

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 237 | Octubre 2020

ISSN: 1699-129X

Insolvencia del deudor persona natural en 2020

Carlos Gómez Asensio

Materialización de una letra de cambio sobre *blockchain*

Carlos Fernández Herraiz,
Sara Esclapés Membrives y
Antonio Javier Prado Domínguez

Acreedores cuyas cargas figuran en el registro con anterioridad

José Achón Bruñén

Desprotección de recurrentes frente a infracciones procesales en el contencioso-administrativo

Lucía Casado Casado

Administraciones locales y COVID-19

Ángel Iglesias Alonso



Cursos de formación a medida para empresas *(in Company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a principios de año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

+ 4.700

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Revista CEFLegal

Núm. 237 | Octubre 2020

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 (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

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: 1699-129X

ISSN-e: 2531-2146

Imprime

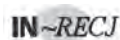
Artes Gráficas Coyve, SA

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2020 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: 1699-129X
ISSN-e: 2531-2146

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

- Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural en 2020 5-40
Insolvent natural person's restructuring, bankruptcy and second chance in 2020
1.º Premio «Estudios Financieros» 2020
Carlos Gómez Asensio
- La materialización de una letra de cambio sobre *blockchain*: un examen desde la economía, el derecho y la tecnología 41-72
The materialization of a bill of exchange about blockchain: an examination from the economy, law and technology
Carlos Fernández Herraiz, Sara Esclapés Membrives y Antonio Javier Prado Domínguez
- Acreeedores cuyas cargas figuran en el registro con anterioridad: perjuicios que sufren si el inmueble es subastado por un gravamen posterior 73-98
Creditors whose charges appear in the property registry previously: damages suffered if the property is auctioned by a subsequent lien
M.ª José Achón Bruñén
- Libertad de expresión cuando se ejercita en conexión con el derecho de defensa (Comentario a la STS de 23 de julio de 2020) 99-104
Casto Páramo de Santiago
- Causas de nulidad judicial de un laudo arbitral (Comentario a la STSJ de Madrid, de 12 de septiembre de 2019) 105-112
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- La desprotección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: ¿quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva? 113-148
The vulnerability of the appellant facing breaches of procedural rules in the administrative justice: A breakdown of the right to an effective remedy?
1.º Premio «Estudios Financieros» 2020
Lucía Casado Casado

Impulsando el valor institucional de las Administraciones locales para afrontar los nuevos retos derivados de las consecuencias de la COVID-19 149-158

Pushing forward the institutional value of local government to face the challenges deriving from COVID-19 consequences

Ángel Iglesias Alonso

Casos prácticos

Civil

Acción de repetición de la Administración por deudas no solidarias 159-165

Adelaida Medrano Aranguren

Posesión ilegítima del arrendador de finca arrendada 166-171

José Ignacio Atienza López

Administrativo

Expediente sancionador a personal laboral de Administración autonómica 172-190

Julio Galán Cáceres

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>



Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural en 2020



Carlos Gómez Asensio

*Profesor ayudante doctor.
Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont».
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto 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.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

El presente trabajo lleva a cabo un estudio del régimen legal de la reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural desde una perspectiva dinámica que, partiendo del recentísimo texto refundido de la Ley concursal, analiza la evolución de la regulación de dichos institutos desde la ya decaída Ley concursal, incorpora la necesaria referencia a la normativa de carácter transitorio emanada del estado de alarma con incidencia en la materia, y termina con un análisis prospectivo del contenido de dicha regulación desde el horizonte de su modificación, en poco más de un año, con ocasión de la transposición de la Directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas.

Palabras clave: reestructuración; concurso; exoneración; deudor persona natural.

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

Cómo citar: Gómez Asensio, C. (2020). Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural en 2020. *Revista CEFLegal*, 237, 5-40.



Insolvent natural person's restructuring, bankruptcy and second chance in 2020

Carlos Gómez Asensio

Abstract

The present work carries out a study of insolvent natural person's restructuring, bankruptcy and second chance legal regime from a dynamic perspective. Starting from the very recent consolidated text of the Bankruptcy Law, the present work analyses the evolution of the regulation of the aforementioned institutes from the declined Bankruptcy Law, incorporating the necessary reference to the transitory regulations from the State of Alarm with incidence in the matter, ending with a prospective analysis of that regulation from the horizon of its modification, in little more than a year, with the transposition of European Directive on preventive restructuring frameworks and second chance.

Keywords: restructuring; bankruptcy; second chance; insolvent natural person.

Citation: Gómez Asensio, C. (2020). Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural en 2020. *Revista CEFLegal*, 237, 5-40.





Sumario

1. Introducción
2. Responsabilidad limitada imperfecta y conexión entre patrimonio empresarial y personal
 - 2.1. Responsabilidad limitada imperfecta
 - 2.2. La conexión entre el patrimonio empresarial y el patrimonio personal
3. La reestructuración de deuda del deudor persona natural
 - 3.1. Regulación vigente y futura del acuerdo extrajudicial de pagos
4. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: una regulación en transformación
 - 4.1. Sistemas de exoneración, normativa vigente y oportunidades de cambio
 - 4.2. La buena fe del deudor
 - 4.3. Duración del plazo para la exoneración y tratamiento de la vivienda habitual
 - 4.4. La exoneración del crédito público
5. Conclusiones: Reestructuración, concurso y exoneración en el segundo semestre de 2020

Referencias bibliográficas

1. Introducción

El tratamiento de la insolvencia del deudor persona natural en 2020 se encuentra en un momento de transición regulatoria. Por un lado, el pasado 7 de mayo el BOE publicaba el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC), cuya tramitación se aceleró durante la vigencia del Estado de alarma¹ y que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020. Pero, por otro lado y paralelamente, España debe transponer antes del 17 de julio de 2021 la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas² (Directiva 2019/1023), norma comunitaria cuya transposición supondrá una trascendental reforma de la regulación nacional del Derecho preconcursal y paraconcursal, a la vez que importantes modificaciones en el vigente régimen de concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

En este contexto, junto con los problemas de seguridad jurídica y transitoriedad normativa ínsitos a esta de por sí compleja encrucijada normativa, los operadores jurídicos deberán enfrentarse, además, a la dispersa y cambiante normativa emanada del estado de alarma que, de forma directa o indirecta, incide sobre el derecho concursal³. Todo ello tomando

¹ La iniciativa de refundición de la normativa concursal nacional partió de la habilitación otorgada al Gobierno por la disp. final 3.ª de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, para elaborar y aprobar en un plazo de 8 meses un texto refundido sobre la Ley concursal. Los ministerios de Justicia y Economía y Empresa presentaron, el 21 de marzo de 2019, el texto del proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal, cuya tramitación a fecha de declaración del estado de alarma tan solo estaba pendiente del preceptivo informe del Consejo de Estado. Por ello, en el Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020 se adoptó el acuerdo por el que se solicitaba a la Comisión Permanente del Consejo de Estado la emisión de dictamen con carácter urgente, no más tarde del jueves 2 de abril de 2020, en relación con el proyecto de Real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal.

² 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 deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), la cual regula en su artículo 34 los distintos plazos para la transposición del contenido de la misma, siendo el plazo general de transposición el 17 de julio de 2021.

³ A título enunciativo por orden cronológico de su publicación: suspensión de términos y suspensión e interrupción de plazos procesales para todos los órganos jurisdiccionales, para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público, así como la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de acciones y derechos durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por la disp. adic. 2.ª, 3.ª y 4.ª, respectivamente, del RD 463/2020, de 14 de marzo; suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso por el artículo 43 del RDL 8/2020, de 17 de marzo; normas especiales empresas en concurso que adoptan medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por la disp. trans. 4.ª del RDL 11/2020, de 31 de marzo; y, finalmente,

en consideración que, no obstante su eficacia transitoria, los efectos de dicha normativa están llamados a extenderse más allá de los inciertos límites temporales del propio estado de alarma⁴, solapándose su aplicación con la entrada en vigor de las sucesivas reformas concursales enunciadas, así como también, a mayor abundamiento, con la aplicación de las distintas medidas de agilización procesal de los órganos judiciales⁵.

2. Responsabilidad limitada imperfecta y conexión entre patrimonio empresarial y personal

El tejido empresarial español está compuesto en su mayoría por pymes de menos de 250 trabajadores, las cuales concentran a nivel nacional tanto el mayor porcentaje de creación de empleo (71,9 %), como de valor añadido (61,3 %), con cifras superiores a la media europea. A su vez, el grueso de las pymes está integrado por microempresas de menos de 10 trabajadores que representan casi el 95 % del tejido empresarial español⁶.

El perfil empresarial mayoritario español es por tanto el de la microempresa, jurídicamente articulada en la forma del empresario individual o del empresario social constituido como

modificación del cómputo de plazos procesales y ampliación del plazo para recurrir (art. 2), así como el conjunto de medidas de índole concursal, recogidas en el artículo 8-18, del RDL 16/2020, de 28 de abril.

⁴ Es el caso de la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso establecida inicialmente por el artículo 43 del RD 8/2020, de 17 de marzo, derogado y modificado posteriormente por el artículo 11 del RDL 16/2020, de 28 de abril. También es el caso de las siguientes disposiciones, con eficacia indirecta sobre los procedimientos concursales, en especial, en el caso de deudor persona natural: suspensión de lanzamientos deudor hipotecario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, hasta el 15 de mayo de 2024, por el RDL 6/2020, de 10 de marzo; régimen de la moratoria hipotecaria regulado en los artículos 7-16 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, modificado por el RDL 11/2020 de 31 de marzo; la enervación del régimen de responsabilidad por deudas de los administradores si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma establecido en el artículo 40.11 y 12 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, modificado por el RDL 11/2020, de 31 de marzo; la suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional una vez levantado el estado de alarma, así como la prórroga de dichos contratos, previsto en los artículos 1-8 del RDL 11/2020 de 31 de marzo; o el régimen de moratoria de pago de la renta del alquiler de local comercial establecido por los artículos 1-5 del RDL 15/2020, de 21 de abril.

⁵ Estas medidas se encuentran contenidas en el RDL 16/2020, de 28 de abril, sin perjuicio de la aprobación por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia de un Plan de Actuación para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo, así como en el ámbito de los juzgados de lo mercantil, en un plazo máximo de 15 días tras la finalización del estado de alarma, de conformidad con lo dispuesto por la disp. adic. 19.^a del RDL 11/2020, de 31 de marzo.

⁶ En España las microempresas suponen el 94,7 % del total de las empresas frente al 93 % de la UE, generan el 38,7 % de empleo frente al 29,7 % de la UE y el 25,3 % del valor añadido frente al 20,8 % de la media comunitaria, de conformidad con los datos de la Comisión Europea (2019). *2019 SBA Fact Sheet Spain*. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CQA9GZE3sPIJ:https://ec.europa.eu/docs-room/documents/38662/attachments/27/translations/en/renditions/native+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>

sociedad de responsabilidad limitada, muchas veces unipersonal⁷. Sin embargo, estas empresas son las que presentan mayores problemas para superar las situaciones de sobreendeudamiento e insolvencia, siendo en 2019 el perfil paradigmático de empresa concursada en España el siguiente: microempresa, dedicada al sector del comercio, con una cifra anual de negocios inferior a 250.000 euros y con menos de 4 años de antigüedad⁸.

Los datos estadísticos reflejan por tanto una realidad paradójica: el mayor porcentaje de empleo y valor añadido es creado por microempresas, las cuales a su vez son las que más incurren en situación de insolvencia y concursan en mayor número, escenario llamado a repetirse en la actualidad como consecuencia de la crisis económica derivada de la paralización de la actividad empresarial durante el estado de alarma⁹.

Estos hechos evidencian por tanto la importancia de disponer de un marco regulatorio eficaz, con herramientas de alerta temprana que permitan identificar las situaciones de sobreendeudamiento activo y pasivo de estas empresas advirtiéndoles de la necesidad de tomar medidas para evitar su insolvencia¹⁰, a la vez que proporcione una respuesta adecuada al tratamiento de las singularidades jurídico-patrimoniales propias de las mismas.

En relación con el primer objetivo, nuestro país dispone en la actualidad de dos herramientas de alerta temprana elaboradas por la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa (SEGIPIYME): el autocuestionario evaluativo «Salud Empresarial» y el proyecto «*Early Warning*», ambas poco conocidas por los operadores económicos, poco promocionadas por la propia Administración y de utilidad relativa para las empresas¹¹.

Estas herramientas de alerta temprana están llamadas a ser desarrolladas con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, en cuyo artículo 3 se establecen las pautas para el desarrollo por los Estados miembros de un auténtico sistema de alerta temprana, con participación de organismos públicos y privados que asegure la efectividad del mismo,

⁷ El porcentaje de constitución de sociedades unipersonales sobre el total de sociedades constituidas ha ido en incremento constante desde 2013, llegando al 42,86 % en 2019 según datos de Registro Mercantil Central (2020). *Estadística 2019*. <http://www.rmc.es/documentacion/publico/ContenedorDocumentoPublico.aspx?arch=Estadisticas\ESTADISTICAS-2019.pdf>

⁸ Datos extraídos del INE (2020). Nota de prensa. *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2019 y año 2019*. Datos provisionales. <https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0419.pdf>

⁹ En este sentido, resultan particularmente interesantes las conclusiones a las que llega el Banco de España (2020), en su Artículo Analítico 2/2020 *Transferibilidad de habilidades de los trabajadores en los sectores potencialmente afectados tras el COVID-19*, el cual señala cómo el sector del comercio en establecimientos físicos se va a ver gravemente afectado después del levantamiento del estado de alarma, afectando a un total de 3,75 millones de trabajadores, lo que supone un 19,6 % del total del empleo. <https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/articulos-analit/>

¹⁰ En profundidad sobre las prácticas origen del sobreendeudamiento pasivo, Cuenca Casas (2019a y 2019b).

¹¹ Ambos recursos se encuentran disponibles electrónicamente, en la página de la SEGIPIYME, dentro de la web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, si bien con una compleja ruta de acceso telemático. <http://www.ipyme.org/es-ES/Consolidacion/Paginas/SaludEmpresarial.aspx>.

especialmente para con las microempresas, quienes en muchas ocasiones, debido a su reducido tamaño, no disponen de un asesoramiento adecuado para la prevención de su sobreendeudamiento y evitación de su insolvencia¹².

Por lo que respecta a la adecuación del marco regulatorio de la insolvencia a los caracteres jurídico-patrimoniales propios de las microempresas, son dos los fenómenos cuyo tratamiento resulta determinante para la eficacia del mismo: la responsabilidad limitada imperfecta y la conexión entre patrimonio empresarial y personal, ambos estrechamente ligados entre sí.

2.1. Responsabilidad limitada imperfecta

Con el término responsabilidad limitada imperfecta se alude al fenómeno jurídico-económico por el cual la responsabilidad patrimonial de una sociedad formalmente caracterizada por el principio de limitación de responsabilidad se extiende por vía negocial al patrimonio personal de sus socios o administradores, de forma que la limitación de responsabilidad y la consiguiente separación patrimonial entre el patrimonio social y el de los mismos es imperfecta¹³.

Este fenómeno se produce, entre otros, como consecuencia de la práctica habitual de las entidades financieras de exigir, como requisito para el acceso al crédito, la prestación de garantías personales o reales de un tercero a las sociedades de responsabilidad limita-

¹² Así lo ratifica el considerando 17 de la Directiva 2019/1023: «Las empresas, en particular las pymes, que representan el 99 % de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Las pymes a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea. Además, se deben ofrecer herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las pymes para la contratación de expertos».

¹³ En este sentido, Gómez Pomar y Celentani (2012, p. 4): «En efecto, en estas empresas la separación entre los activos de la sociedad y el patrimonio del propietario es imperfecta. Una de las razones se encuentra en que los acreedores de la empresa pequeña exigen a los propietarios, con una frecuencia muy elevada, garantías personales o reales sobre activos que forman parte de su patrimonio personal. De hecho, tampoco es infrecuente, ni mucho menos, esta separación "imperfecta" en las relaciones con las Administraciones públicas, ya que la Agencia Tributaria suele mirar con total desconfianza y considerar como simuladas, casi indiscriminadamente, la creación de sociedades patrimoniales y las transacciones vinculadas de la persona física y la sociedad patrimonial. Esto quiere decir que un procedimiento concursal para una empresa pequeña precipita también a su propietario, con una probabilidad muy alta, a una situación de insolvencia. Esto comporta que, para una empresa pequeña un concurso será menos atractivo ante una situación de dificultad financiera cuanto más duro y menos generoso sea el concurso individual en el cual, de forma casi segura se verá envuelto el propietario». (La traducción es nuestra).

da, especialmente las de reciente constitución o unipersonales, siendo habitualmente dicho tercero el socio o socios que conforman la sociedad, o incluso también sus familiares¹⁴.

Como consecuencia de lo anterior, si bien formalmente se mantiene el principio de limitación de responsabilidad entre la sociedad y sus socios, en la práctica estos últimos acaban respondiendo con su patrimonio personal de las deudas derivadas de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad, lo que evidencia una conexión entre el patrimonio empresarial y personal, con independencia de la relación jurídico-laboral que ligue al socio con la sociedad¹⁵.

Esta conexión patrimonial es una de las causas que justifica la tardanza de las microempresas, ante situaciones de sobreendeudamiento o insolvencia, en acudir a soluciones concursales, las cuales acaban por extenderse también a sus socios o administradores (arts. 38-43 TRLC, hasta ahora, arts. 25-25 ter LC). Sin embargo, una respuesta temprana a dichas situaciones es determinante para lograr una solución eficiente y coordinada, que permita tanto la reestructuración como, en su caso, el concurso ordenado de la sociedad y de sus socios o administradores, favoreciendo para estos últimos el acceso en mejores condiciones a la exoneración de deudas.

2.2. La conexión entre el patrimonio empresarial y el patrimonio personal

Además del fenómeno de la responsabilidad limitada imperfecta propio del empresario social, la conexión entre patrimonio empresarial y personal se produce también en otras formas de organización empresarial de las microempresas, particularmente en el caso del empresario individual.

En este sentido, por el lado del activo, en muchas ocasiones, parte de los bienes empleados en el ejercicio de la actividad comercial o profesional por el empresario individual provienen de su patrimonio privado en tanto persona natural: local comercial, mobiliario, maquinaria, medios de producción, etc. Por el lado del pasivo, la vigencia del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC) determina que los acreedores financieros y comerciales del empresario individual cuentan con la garantía personal e ilimitada del empresario como perso-

¹⁴ Estas prácticas han suscitado debate doctrinal y jurisprudencial sobre la condición o no de consumidores de los socios y en su caso familiares, constituidos en avalistas o fiadores de los préstamos de la sociedad, estableciéndose las condiciones para su consideración como consumidores en la STS (Sala Primera), núm. 1901/2018 de 28 de mayo de 2018, FD 5.º y, a nivel europeo, en los autos del TJUE, de 19 de noviembre de 2015, asunto CC-74/15, y de 14 de septiembre de 2016, asunto C- 534/2015.

¹⁵ En este sentido, debe tomarse en consideración la obligación que el artículo 305.2 b) del TRLGSS impone de acogerse al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) a quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella.

na natural, lo que implica que, salvo determinadas excepciones legales¹⁶, todo el patrimonio personal del empresario individual quede vinculado a las resultas de su actividad comercial.

A mayor abundamiento, al igual que sucedía en sede de responsabilidad limitada imperfecta, esta conexión entre patrimonio empresarial y personal puede extenderse también a otras personas naturales más allá del propio empresario individual, particularmente su cónyuge, si su régimen económico matrimonial es el de gananciales o cualquier otro de comunidad, ex art. 1.365 del CC. De esta cuestión se ocupó tempranamente nuestro decimonónico Código de Comercio, que extendió la responsabilidad por las resultas del comercio a los bienes comunes del cónyuge comerciante, pero también a los bienes comunes del otro cónyuge que no ejerce ninguna actividad comercial, salvo oposición expresa manifestada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil¹⁷.

Ahora bien, y debido a la propia ausencia de obligación legal de inscripción del empresario individual en el Registro Mercantil (art. 19 CdC), dicho régimen de protección legal *ex ante* de los bienes comunes del cónyuge del comerciante es poco utilizado, lo que conlleva que en una eventual situación de concurso, los bienes comunes o gananciales quedan integrados en la masa activa del concurso (art. 193 TRLC, hasta ahora, art. 77 LC). Ello determina que la protección de dichos bienes comunes, a salvo de una eventual extinción de la sociedad de gananciales anterior al estado de insolvencia, debe articularse a través de mecanismos *ex post* de tutela como, en este caso, la extensión del beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho al cónyuge del concursado, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso, de las que debiera responder el patrimonio común (art. 501 TRLC, hasta ahora, art. 178 bis ap.5 *in fine* LC).

Sea como fuere, los supuestos de conexión entre el patrimonio empresarial y personal expuestos evidencian la necesidad de coordinación entre las instituciones de reestructuración y concurso para abordar de forma global tanto el problema del sobreendeudamiento inicial como, en su caso, el tratamiento de la posterior insolvencia de la persona natural¹⁸.

¹⁶ Sería el caso del emprendedor de responsabilidad limitada regulado en los artículos 7-11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Esta figura ha tenido muy poca acogida en el tráfico mercantil, siendo los últimos datos actualizados al respecto los de la Estadística del Registro Mercantil Central de 2018, la cual señala que, en dicho año, se inscribieron tan solo 10 emprendedores de responsabilidad limitada. Registro Mercantil Central (2018). *Estadística mercantil*. <http://www.rmc.es/estadisticas/EstadisticaSocietaria.aspx>

¹⁷ Artículos 6-11 del Código de Comercio.

¹⁸ Acerca de las dificultades en el tratamiento separado de ambas deudas y propugnando su tratamiento unitario, Cuenca Casas (2020), con importantes citas al respecto: «Pueden existir dificultades a la hora de determinar qué gastos de la vivienda son imputables a la actividad profesional y cuáles no. Tampoco es infrecuente que el empresario pida un préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual y parte del importe lo dedique a atenciones personales y otra a los profesionales. El considerando 84 ejemplifica la deuda profesional y personal que no puede separarse el caso de que se use un activo tanto durante una actividad profesional del empresario como fuera del marco de dicha actividad. El coche puede ser un bien que cumpla tal doble función. Sus gastos de mantenimiento pueden tener naturaleza dudosa» (p. 44).

Esta necesidad de coordinación es también propugnada a nivel europeo por la Directiva 2019/1023, en cuyo artículo 24 se aboga, como principio general, por un tratamiento unitario, a efectos de la obtención del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, de las deudas procedentes de la actividad empresarial y personales en un solo procedimiento. Ello no obstante, la directiva también permite que, si ambas deudas pueden separarse de modo razonable, los Estados miembros puedan prever su exoneración en procedimientos separados, aunque coordinados¹⁹.

En el ámbito preconcursal, a nivel nacional la regulación de los distintos marcos de reestructuración preventiva no prevé ninguna disposición especial que expresamente autorice, o niegue, la posibilidad de sujetar a un mismo acuerdo de reestructuración las deudas provenientes de la actividad empresarial y privada del deudor, así como también los bienes grabados con garantías provenientes de uno u otro ámbito²⁰.

Esta posibilidad de tratamiento unitario de las deudas es también respaldada por el artículo 8 de la Directiva 2019/1023 regulador del contenido de los planes de reestructuración, el cual no excluye la posibilidad de que, entre las partes afectadas por el acuerdo de reestructuración, se incluyan acreedores o bienes grabados pertenecientes a la esfera privada del deudor²¹, siempre que su presencia sea razonable para alcanzar el objetivo de evitar la insolvencia y garantizar la viabilidad empresarial²².

¹⁹ Al respecto de esta previsión señala Benavides Velasco (2018): «No es deseable que al empresario se le someta a dos procedimientos distintos en función del origen de sus deudas, pues hacerlo así conllevaría a la necesidad de realizar un análisis exhaustivo de las mismas, que no siempre estaría exento de dificultad, dada la confusión habitual entre el patrimonio personal y el proveniente de la actividad profesional o empresarial» (p. 86).

²⁰ En este sentido, el ámbito subjetivo de los acuerdos de reestructuración individuales, colectivos no homologados y colectivos homologados judicialmente, viene establecido en el artículo 597 del TRLC, hasta ahora, artículo 71 bis de la LC, el cual refiere a «el deudor», sin distinguir su carácter como empresario o no. En cuanto al ámbito objetivo de los mismos, si bien la finalidad de estos acuerdos debe ser «permitir la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo», el precepto no restringe las deudas, garantías o contratos que puedan insertarse en su ámbito de aplicación, si bien la afectación de los mismos por el acuerdo de refinanciación deberá justificarse por su idoneidad para coadyuvar a la consecución de su finalidad rectora. Por lo que respecta al acuerdo extrajudicial de pagos, su presupuesto subjetivo ex artículos 631-634 del TRLC, hasta ahora 231 de la LC, es el deudor persona natural y el deudor persona jurídica que cumpla las condiciones establecidas en el artículo 633 del TRLC.

²¹ Acerca de la facultad del propio deudor de delimitar el pasivo objeto del acuerdo de reestructuración, Gómez Asensio (2019): «Mayor interés reviste el apartado c) del precepto, el cual, de conformidad con lo establecido en la Recomendación de 2014, refiere a la facultad del deudor de delimitar el pasivo o «partes afectadas», por el plan de reestructuración, esto es, los acreedores que tendrán derecho de voto sobre la adopción del plan de reestructuración (art. 9.2 Directiva 2019/1023), lo que consecuentemente *a sensu contrario*, implica determinar la identidad de las partes no afectadas por el plan de reestructuración –art. 8.1 e) Directiva 2019/1023–, las cuales no participarán en la adopción del plan y por tanto no se verán afectadas por el mismo ex artículo 15.2 de la Directiva 2019/1023» (pp. 144-145).

²² A mayor abundamiento, el artículo 9.4 de la Directiva 2019/1023 permite la posibilidad de que los Estados miembros puedan prever que los deudores pymes tengan la posibilidad de no tratar a las partes

3. La reestructuración de deuda del deudor persona natural

El empresario en situación de sobreendeudamiento que, con el objetivo de evitar la insolvencia, pretende alcanzar un acuerdo de reestructuración con sus acreedores, dispone en el derecho concursal español de una amplia variedad de institutos concursales a través de los que instrumentar su reestructuración. Esta amplia disponibilidad es conforme con lo dispuesto por la Directiva 2019/1023, la cual no establece una regulación detallada y reglada de un único procedimiento de reestructuración preventiva, sino que posibilita la coexistencia en un mismo ordenamiento nacional, de varios procedimientos de reestructuración preventiva, incluso de carácter extrajudicial, siempre y cuando se garantice que dichos marcos de reestructuración concedan a los deudores y a las partes afectadas los derechos y las garantías reconocidos por la propia directiva²³.

En este contexto, dentro de la variedad de marcos de reestructuración preventiva disponibles, el empresario puede: por un lado, recurrir a los acuerdos de refinanciación colectivos y singulares no homologados judicialmente (arts. 596 a 603 y 604 TRLC, hasta ahora, arts. 71.1 bis y 71.2 bis LC, respectivamente), o a los acuerdos de refinanciación colectivos homologados judicialmente (arts. 605-630 TRLC, hasta ahora, disp. adic. 4.ª LC), institutos todos ellos que, pese su diferente régimen jurídico, presentan notas transversales y efectos comunes, como la moratoria preconcursal; pero también el empresario puede optar por escoger el instituto del acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 631-720 TRLC, hasta ahora, arts. 231-242 bis LC).

Particularmente interesante resulta este último marco de reestructuración, el cual, si bien contiene una regulación diferenciada en su tramitación para el caso del deudor persona natural empresario y no empresario²⁴, aboga por un tratamiento unitario de la insolvencia

afectadas por el acuerdo de reestructuración como categorías separadas, lo que, en el caso de las microempresas, refuerza aún más la posibilidad del tratamiento unitario de sus créditos.

²³ Sobre esta pluralidad de marcos de reestructuración admitidos por el artículo 4.5 de la Directiva 2019/1023, Gómez Asensio (2019) afirma: «El problema radica en que, el Título II de la Directiva 2019/1023, pese a pretender regular de una forma amplia unas instituciones comunes para una pluralidad de marcos de reestructuración preventiva, en la práctica se articula en torno a la regulación de un determinado modelo de marco de reestructuración preventiva: el del plan de reestructuración con mecanismos de arrastre entre clases [...]. En el caso español, el modelo de plan de reestructuración de la Directiva 2019/1023 con arrastre de clases se corresponde en gran medida con el régimen de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de la disp. adic. 4.ª de la LC, de forma que la extensión de los derechos y garantías que recoge la Directiva a los sujetos intervinientes en dichos acuerdos homologados no parece *a priori* plantear grandes inconvenientes. Mayores dificultades sin embargo se encontrarán respecto del régimen de los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis de la LC, especialmente con los individuales, por no mencionar el caso de los acuerdos atípicos de refinanciación» (p. 125).

²⁴ Hasta ahora, dicho régimen especial se encontraba concentrado en el artículo 242 bis de la LC. Con el texto refundido de la Ley concursal, dicho régimen especial se encuentra repartido entre cada uno de los preceptos que regulan cada una de las fases del procedimiento (arts. 631-720 TRLC), lo que se considera una mejor opción sistemática que facilita su manejo y comprensión.

del deudor, conteniendo disposiciones específicas que reflejan expresamente la conexión entre el patrimonio empresarial y personal del deudor persona natural, por ejemplo en relación con los requisitos para la presentación de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos en caso que el deudor fuere persona casada (art. 635 TRLC, hasta ahora, art. 232.2 LC)²⁵.

Por último, resulta determinante el hecho de que, a diferencia del resto de marcos de reestructuración, la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos se encuentra materialmente vinculada con el régimen de concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho al deudor persona natural²⁶.

En concreto, la utilización de este instituto como instrumento a través del cual intentar alcanzar un acuerdo de reestructuración con los acreedores supone que, en sede de un eventual concurso de acreedores posterior (concurso consecutivo), el deudor persona natural podrá, tanto acogerse al régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, como, cumplidos ciertos requisitos, alcanzar dicho beneficio mediante la satisfacción de unos requisitos de concesión menos exigentes.

En primer lugar, de conformidad con la interpretación dada al hasta ahora artículo 178 bis ap. 3 p. 3.º de la LC, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 marzo de 2019, para poder acceder a la petición del beneficio de la exoneración es necesario haber intentado, al menos de forma «material», alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos²⁷.

²⁵ Puigcerver Asor y Adán Doménech (2019) analizan con detalle las cuestiones acerca de la legitimación y litisconsorcio para la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos en este caso (pp. 26-32).

²⁶ Por todos, en cuanto al régimen jurídico del Acuerdo Extrajudicial de Pagos y su conexión con la posterior solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho: Fernández Seijo (2015), Sendra Albiñana (2018), Puigcerver Asor y Adán Doménech (2019).

²⁷ STS (Sala Primera), núm. 150/2019, de 13 de marzo de 2019, FD 2.º p. 5: «El requisito del ordinal 3.º se refiere a que se hubiera instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, que, al verse frustrado, dio paso al concurso consecutivo, a cuya conclusión por insuficiencia de activo el deudor interesa el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De modo que, a los efectos del ordinal 3.º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos».

Dicha jurisprudencia puede complementarse con los criterios del Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, de 15 de junio de 2016, de conformidad con los cuales: «3. Se considerará que se ha intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos a los efectos del art. 178 bis 3. 3.º, en los supuestos en que, elevada una propuesta de acuerdo, esta no sea aceptada por los acreedores. También se podrá considerar que se ha intentado un AEP en los casos en que el mediador concursal decida, a la vista de las circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y solicitar concurso. Asimismo, se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del art. 178 bis 3. 3.º en los supuestos en que la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor. También se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del art. 178 bis 3. 3.º cuando se acrediten otros supuestos en que se ponga fin, por causa no imputable al deudor, al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos».

También desarrollando esta casuística, Puigcerver Asor y Adán Doménech (2019, pp. 132-138).

En la actualidad debe destacarse que, habida cuenta de la redacción del artículo 488 del TRLC regulador del presupuesto objetivo de la exoneración de deudas, la exigencia de haber intentado alcanzar un previo acuerdo extrajudicial de pagos es matizada. En este sentido, dicho precepto regula expresamente dos presupuestos alternativos de acceso al beneficio de la exoneración: uno para el deudor que hubiera intentado el acuerdo y otro para el deudor que no lo hubiera hecho. Por consiguiente, a partir del 1 de septiembre de 2020, la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho no queda condicionada al cumplimiento de la previa obligación de intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos por el deudor persona natural²⁸.

En segundo lugar, el intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores determina una rebaja de las exigencias necesarias para alcanzar la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho ex art. 488 y 491 del TRLC, hasta ahora, artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º de la LC. En este sentido, por lo que respecta al requisito de satisfacción de un umbral mínimo de pasivo, se elimina la obligatoriedad de satisfacer un 25 % de los créditos ordinarios reconocidos en concurso para el deudor que, previamente a la declaración de concurso, hubiera intentado reestructurar su deuda mediante un «efectivo» acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores²⁹.

²⁸ Esta supresión del carácter obligatorio del previo intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos para poder acogerse al beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho resulta positiva, habida cuenta de las críticas que el régimen anterior había despertado en la doctrina, por todas Esteban Ramos (2019): «En todo caso, insistimos en que esta solución no es la más adecuada por los perjuicios que de ella derivan tales como el que el intento de acuerdo extrajudicial de pagos se convierta en una especie de obligación a cargo del deudor que pretenda la exoneración que tiene que cumplirse mucho antes de saber si realmente la va o no a necesitar o el añadir costes al intento de solucionar los problemas de solvencia en que pueda encontrarse un deudor. Además, supondría alargar el momento de la obtención del beneficio y, además, se estaría beneficiando a los deudores más informados en perjuicio de aquellos que desconocen las distintas posibilidades a su alcance ante una situación de alarma patrimonial. Por tanto, debería eliminarse esta exigencia» (p. 336).

En el mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), núm. 60/2019, de 11 de febrero de 2019, FD 2.º.

²⁹ De conformidad con el criterio sentado por la STS (Sala Primera), núm. 150/2019, de 13 de marzo de 2019, FD 2.º p. 5: «Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4.º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25 % del pasivo concursal ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4.º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos».

Todo ello con independencia de las modificaciones que, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023, será necesario llevar a cabo también en la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, tal y como se analizará posteriormente.

En todo caso, la conexión material entre el acuerdo extrajudicial de pagos y el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho evidencia la constitución del primero como el marco preferente para la reestructuración de deuda del deudor persona natural. Por consiguiente, procede analizar los aspectos del acuerdo extrajudicial de pagos que presentan mayor interés desde la perspectiva de la situación de transición regulatoria que atraviesa el mismo, tomando en consideración su vinculación con el régimen de exoneración de deudas.

3.1. Regulación vigente y futura del acuerdo extrajudicial de pagos

Desde su introducción en el título X de la Ley concursal por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos ha sido objeto de diversas reformas legislativas, todas ellas con ocasión, precisamente, de la reforma, a su vez, de la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, lo que evidencia de nuevo la conexión material entre ambas instituciones³⁰.

A pesar de todas estas reformas, la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos no ha dejado de adolecer de múltiples deficiencias³¹, empezando por sus propios presupuestos subjetivo

³⁰ Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo y Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

³¹ Recopilando estas deficiencias, Sendra Albiñana (2019) señala: «Las limitaciones cuantitativas en relación al pasivo máximo susceptible de sometimiento al instituto preconcursal que nos ocupa (cinco millones de euros), unidas a otras que hacen referencia al contenido material del acuerdo –esperas no superiores a 10 años–, junto con la exclusión de los acreedores de derecho público y aquellos otros que contasen con garantías reales sobre su crédito, provocaban una excesiva limitación sobre la posibilidad de alcanzar un acuerdo que evitase el concurso de acreedores. Además, la imposición de los mismos límites, en fase preconcursal, que aquellos establecidos para el convenio durante la vigencia del concurso (excepción hecha de las quitas) hacen inoperativa la normativa promulgada e inviabilizan, de facto, cualquier suerte de verdadera mediación que permita el consenso entre las partes. Por si ello fuera poco, el escaso lapso de duración del plazo concedido para la obtención del acuerdo (sin posibilidad de prórroga a su término), y la necesaria acreditación de medios económicos para la asunción de los gastos del procedimiento extrajudicial inciden en la escasa efectividad del remedio preconcursal que nos ocupa. Por último, la aceptación del cargo por parte del mediador concursal determina que haya de hacerse constar, en los registros públicos, la anotación preventiva del inicio de la mediación concursal, tanto en el registro civil –si afecta a personas naturales– como en el registro mercantil –si afecta a personas jurídicas o empresarios personas naturales–, lo cual quiebra el fundamental principio de confidencialidad que rige en toda actividad mediadora, y perjudica mucho la obtención de cualquier acuerdo, dada la estigmatización social y financiera que las situaciones de crisis económica producen tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas en nuestro país» (pp. 346-347).

y objetivo (arts. 631-634 TRLC, hasta ahora, art. 231 LC), los cuales en la práctica acaban acotando su ámbito de aplicación a las microempresas, constituidas como empresario individual o social, cuyo pasivo es previsible que no supere el límite cuantitativo del presupuesto objetivo.

Además, el instituto presenta otras dos deficiencias a destacar: el limitado alcance de la moratoria preconcursal en lo que respecta a los efectos suspensivos de las ejecuciones, en especial en relación con los acreedores titulares de créditos con garantías reales (art. 591 TRLC, hasta ahora, art. 235. 2 a) LC); y la exclusión del crédito de derecho público tanto de los efectos suspensivos de la moratoria preconcursal en general (art. 592 TRLC) como del propio instituto del acuerdo extrajudicial de pagos en su conjunto (arts. 655-658 TRLC, hasta ahora, art. 231.5 p. LC).

En cuanto a la exclusión de los acreedores titulares de garantía real respecto la prohibición general de iniciar ejecuciones y la suspensión de las ya iniciadas, debe no obstante valorarse positivamente que, a pesar de dicha exclusión, el artículo 591 del TRLC (como hasta ahora el art. 235. 2 a) LC) prevé expresamente la extensión de los efectos suspensivos de la moratoria preconcursal tanto a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor como a su vivienda habitual. Este hecho permite preservar la viabilidad empresarial del deudor mientras negocia el acuerdo de reestructuración, pero también permite preservar su viabilidad personal, en lo que constituye una manifestación más de la conexión entre ambos patrimonios del deudor persona natural³².

Por su parte, la rotunda exclusión del crédito público del ámbito de la moratoria preconcursal en general solo puede merecer una consideración negativa, puesto que el acreedor de derecho público es uno de los que con mayor frecuencia integran el pasivo del deudor persona natural, especialmente en el caso del empresario individual³³.

La relevancia de esta exclusión se acentúa más aún si se toman en consideración las consecuencias que implica el privilegio de autotutela ejecutiva del acreedor público. En este sentido, el deudor persona natural debe soportar los continuos embargos sobre sus cuentas corrientes y requerimientos a terceros pagadores del acreedor público, lo que le priva de la liquidez coyuntural necesaria tanto para poder preservar su solvencia con carácter general como, muy especialmente, mientras negocia un acuerdo de reestructuración con sus acreedores³⁴.

³² En detalle, acerca del régimen de los acreedores con garantía real en sede del acuerdo extrajudicial de pagos, Fernández Seijo (2015, pp. 78-81).

³³ A este respecto señala Senent Martínez (2020): «Nuestro sistema perjudica claramente al empresario frente al consumidor, ya que aquel, por lo general, suele asumir un mayor pasivo privilegiado, tanto general como especial, derivado fundamentalmente de obligaciones tributarias, laborales y de Seguridad Social, por lo que al tener que pagar un elevado porcentaje del pasivo para obtener la exoneración, es muy difícil que pueda conseguirlo» (p. 165).

³⁴ Haciendo referencia a lo que ha sido calificado como una «relación alérgica» del privilegio de autotutela de la Administración con el resto de normativa e instituciones concursales, y reflejando las principales críticas doctrinales sobre este tratamiento privilegiado del crédito público, Sendra Albiñana (2020, p. 182).

El mantenimiento de esta exclusión en el artículo 592 del TRLC resulta especialmente desconcertante, dados los relevantes pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en sede de concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho sobre el tratamiento y exoneración del crédito de derecho público, tal y como se analizará posteriormente.

No es de extrañar por tanto que estas deficiencias expuestas, al igual que la modificación estructural y de carácter transversal que deberá sufrir el acuerdo extrajudicial de pagos y toda la variedad de acuerdos de refinanciación existentes en nuestro derecho³⁵, sean objeto de modificación con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023 a nuestro ordenamiento³⁶.

Así, en primer lugar, el límite cuantitativo del presupuesto objetivo del acuerdo extrajudicial de pagos está llamado a desaparecer, por cuanto la Directiva 2019/1023 no establece límites cuantitativos de pasivo, ni para el acceso por el deudor a los marcos de reestructuración preventiva, ni tampoco para el acceso al régimen de exoneración de deudas³⁷.

Por lo que respecta a la exclusión de los acreedores con garantía real y del crédito de derecho público del régimen de suspensión de ejecuciones de la moratoria preconcursal, la Directiva 2019/1023, en su artículo 6.2, regulador de la suspensión de las ejecuciones singulares como efecto derivado de la negociación de un acuerdo de reestructuración, establece como principio general que la suspensión de ejecuciones singulares debe abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes. No obstante, este principio general puede ser objeto de excepción para determinados créditos, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y, además, alternativamente, concorra una de estas dos circunstancias: que no resulte probable que la ejecución ponga

³⁵ Acerca de la conveniencia de una modificación transversal de todas las instituciones de refinanciación en nuestro Derecho como consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023, Rojo Fernández del Río (2017): «El Gobierno español no debería limitarse a modificar en puntos concretos el régimen en vigor de los acuerdos de refinanciación y de los acuerdos extrajudiciales de pagos, sino que, una vez determinado si opta por un único procedimiento o por mantener la actual dualidad, debería proceder a una nueva regulación. En particular, la disciplina vigente de los acuerdos de refinanciación (arts. 71 bis y disposición adicional 4.ª LC y arts. 595 a 629 del Texto refundido) es tan defectuosa e incompleta, además de excesivamente favorable a los deudores, que la introducción de reformas parciales sería insuficiente» (p. 110).

³⁶ Un estudio exhaustivo sobre el régimen de los acuerdos de reestructuración en la Directiva 2019/1023 puede encontrarse en Gómez Asensio (2019).

³⁷ Así lo pone de manifiesto Senent Martínez (2020): «Sin embargo, parece que no tienen cabida en la Directiva excepciones que tengan su fundamento en requisitos meramente formales o se basen en aspectos meramente cuantitativos del pasivo. Por tanto, debería excluirse de nuestra legislación, al menos como requisito ineludible, el haber intentado la vía del Acuerdo extrajudicial de pagos, zanjando así la polémica existente al respecto. Tampoco podrá excluirse al deudor por razón del importe de su pasivo, por elevado que sea, ya que esa exclusión, sino se acompaña de otra causa debidamente justificada, infringiría el principio fundamental de la Directiva, en virtud del cual los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas» (p. 172).

en peligro la reestructuración de la empresa, o bien, que la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos³⁸.

Como consecuencia de lo anterior, la transposición de la Directiva 2019/1023 obligará al legislador español a replantearse el actual régimen de tratamiento de los acreedores con garantía real y de los acreedores de derecho público, no ya solo en sede del acuerdo extrajudicial de pagos, sino, en general, en sede de todos los marcos de reestructuración preventiva. En este sentido, de conformidad con la norma europea, solo será posible mantener la exclusión de estos dos acreedores respecto los efectos suspensivos de la moratoria pre-concursal si se logra justificar, por un lado, que la ejecución de dichos créditos no pone en peligro la reestructuración de la empresa (condición de especial incidencia con respecto la autotutela del crédito público), y por otro lado, que la suspensión de su ejecución no daña a dichos créditos, extremo que *a priori* no parece cumplirse, dada la calificación privilegiada del crédito de ambos acreedores en sede concursal.

Ello no obstante, debido a la conexión material del acuerdo extrajudicial de pagos con la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, las deficiencias observadas no implican necesariamente un desincentivo para la utilización de este marco de reestructuración, pero sí una pérdida de su finalidad y eficacia, lo que puede redundar en una instrumentalización del mismo. En este sentido, el deudor puede acabar recurriendo a este instituto, aun a sabiendas que nunca va a alcanzar un acuerdo debido a su escasez patrimonial, simplemente a los efectos de acceder a la exoneración de deudas en condiciones más ventajosas, lo que plantea el debate acerca de la utilidad de seguir vinculando dicha rebaja de los requisitos de acceso a la exoneración al intento de tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos³⁹.

4. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: una regulación en transformación

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, al igual que el del acuerdo extrajudicial de pagos, se encuentra también en un momento de transición regulatoria desde su

³⁸ Así, establece el considerando 34 de la Directiva 2019/1023 que: «En circunstancias bien definidas, los Estados miembros deben poder excluir del ámbito de aplicación de la suspensión determinados créditos o categorías de créditos, como los que estén garantizados por activos cuya supresión no pondría en peligro la reestructuración de la empresa o los créditos de acreedores a quienes una suspensión provocaría un perjuicio injusto, por ejemplo a causa de una pérdida no compensada o de una depreciación de las garantías».

³⁹ Acerca de este riesgo de instrumentalización, Latorre Chiner (2018) expone que: «El AEP carece de sentido cuando no cabe reestructurar la empresa o reorganizar la actividad y el único propósito del deudor es liquidar su patrimonio para poder pagar. Tampoco es un remedio oportuno cuando el deudor carece de bienes suficientes, no solo para atender a un mínimo de pasivo sino, incluso, para poder pagar los gastos del expediente preconcursal. En situaciones como esta, resulta difícil imaginar que el deudor llegue a algún tipo de acuerdo con los acreedores; lo único que se consigue con un AEAP es retrasar el inicio del procedimiento concursal con un incremento innecesario de los gastos» (p. 68).

normativa recogida en los artículos 486-502 del TRLC, sucesores del hasta ahora artículo 178 bis de la LC, hacia su reforma de carácter transversal como consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023⁴⁰.

Respecto a la norma comunitaria, debe realizarse una consideración previa: el artículo 1.2 h) de la Directiva 2019/1023 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las personas físicas que no tengan la condición de empresario. Sin embargo, inmediatamente a continuación, el artículo 1.4 de la directiva declara expresamente la posibilidad de los Estados miembros de extender el ámbito de aplicación de la directiva a las personas físicas insolventes que no sean empresarios. Por consiguiente, el tratamiento de la reestructuración y exoneración de deudas del empresario individual queda directamente comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1023, mientras que dicha norma solo será de aplicación a la persona natural no empresario por vía indirecta, esto es, a través de un expreso aunque potestativo pronunciamiento legislativo por parte de cada Estado miembro⁴¹.

En el caso de España, el ámbito subjetivo de la regulación de la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se identifica con el deudor persona natural (art. 487 TRLC), con independencia de su condición o no de empresario, al igual que, como se ha expuesto anteriormente, los distintos marcos de reestructuración preventiva no restringen su ámbito de aplicación a la persona natural no empresario. Por lo tanto, parece lógico aventurar que, en la transposición de la Directiva 2019/1023, el legislador español hará uso de la facultad prevista en el artículo 1.4 de la misma y extenderá el ámbito de aplicación de la directiva también a la persona natural no empresario, manteniendo así el tratamiento jurídico ya existente en el derecho nacional vigente.

En todo caso, el momento de transición regulatoria que atraviesa la regulación de la exoneración de deudas justifica la necesidad de un análisis dinámico del régimen jurídico de la institución que refleje su evolución hasta la situación actual y que identifique los aspectos que será necesario modificar con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023.

⁴⁰ La Directiva 2019/1023, después de regular los marcos de reestructuración preventiva en sus títulos I y II, dedica su título III, artículos 20 a 24, a la regulación de la exoneración de deudas, previendo un título IV, artículos 25-28, un régimen de medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Ello no obstante, debe destacarse la incidencia en esta materia que tiene la regulación en el artículo 3 de la directiva de los mecanismos de alerta temprana y acceso a la información, encaminados a favorecer una detección y tratamiento temprano de circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente por el empresario individual, con el objetivo de evitar su insolvencia.

⁴¹ Una postura crítica y muy bien fundada con esta exclusión inicial del consumidor del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2019/1023, y abogando por su inclusión dado el carácter conexo del patrimonio profesional y personal del empresario persona natural, es la mantenida por Cuena Casas (2020, pp. 42-45).

4.1. Sistemas de exoneración, normativa vigente y oportunidades de cambio

Hasta ahora, el artículo 178 bis de la LC establecía dos vías o formas alternativas de exoneración⁴²: en primer lugar, la prevista en el artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º de la LC, consistente en la satisfacción por el deudor, mediante la liquidación de su patrimonio, de un umbral mínimo de pasivo compuesto por los créditos contra la masa, créditos privilegiados (especiales y generales) y, si no se ha intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, además, el 25 % de los créditos ordinarios. En segundo lugar, y para el caso de que no se hubiera logrado satisfacer dicho umbral mínimo de pasivo, el deudor que cumplía los requisitos establecidos para ello debía pagar los créditos restantes hasta alcanzar dicho umbral, de conformidad con un plan de pagos diseñado al efecto (art. 178 bis ap. 3 p. 5.º LC), en el plazo de 5 años, pudiendo igualmente alcanzar la exoneración pasado este plazo, pese a no haber logrado cumplir con el plan de pagos, si concurrían los requisitos del artículo 178.8 bis de la LC⁴³.

Dicho régimen legal basado en la previa liquidación del patrimonio del deudor, más, en su caso, el posterior cumplimiento por el mismo de un plan de pagos, era objeto de abundantes críticas, especialmente por lo gravoso, ineficiente y contradictorio que supone la imposición de un plan de pagos a quien, tras la previa liquidación de su patrimonio, carece de medios con los que cumplirlo⁴⁴.

⁴² Así lo establece la STS del Pleno de la Sala Primera, núm. 381/2019, de 2 de julio de 2019 (NCJ064148), FD 2.º, p. 2.

⁴³ Esta interpretación del artículo 178.8 bis de la LC no es pacífica en la doctrina. Se pronuncian a favor de la misma, por todos, Fernández Seijo (2015) al señalar que: «Al regularse la exoneración definitiva no se establece limitación alguna, la ley habla de pasivo insatisfecho en el concurso, por lo tanto, aunque el deudor no pudiera en principio verse exonerado del crédito público y del crédito por alimentos, transcurridos cinco años, constatado el esfuerzo realizado y constatada la insuficiencia del patrimonio del deudor, la única consecuencia posible es que se exonere de la totalidad de créditos pendientes» (p. 310). En contra de esta opinión, Cuenca Casas (2020, p. 48).

A favor de la misma también los criterios del Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, de 15 de junio de 2016, apartado IV.

⁴⁴ En este sentido es muy ilustrativa la crítica de Senent Martínez (2020) exponiendo que: «En cualquier caso, la realidad práctica ha evidenciado los problemas de compatibilidad de plan de pagos con la existencia de una liquidación previa. Dado que el deudor ha perdido todo su patrimonio y en ocasiones ya no obtiene ingresos, o los que obtiene se encuentran por debajo del umbral embargable, poco puede ofrecer a sus acreedores, por lo que se aprueban planes meramente formales o de imposible cumplimiento, a la espera de que el juez del concurso haga uso de la facultad del art. 178 bis.8 LC y transcurrido el plazo previsto para el plan de pagos atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declare la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurren en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del RDL 6/2012, de 9 de marzo» (p. 174).

En todo caso, independientemente de cuál sea la vía o forma alternativa de exoneración por la que se hubiera optado, la regulación española exigía también, en ambos casos, la calificación del deudor como «deudor de buena fe»⁴⁵, lo que llevaba a calificar al modelo español como un sistema de «exoneración mixto». En este sentido, la doble exigencia expuesta supone una combinación del «modelo de mercado» propio de los países del *common law*, basado en la satisfacción de un umbral mínimo de pasivo, con el «modelo de responsabilidad» de algunos países europeos como Alemania, Austria y Portugal, basado en el sometimiento a un plan de pagos y la calificación del deudor como «deudor de buena fe»⁴⁶.

Dicho modelo, lejos de ser objeto de rectificación, se mantiene en la actualidad de conformidad con la redacción de los artículos 487, 488, 491 y 493 del TRLC, los cuales mantienen el sistema mixto de liquidación con satisfacción de un umbral mínimo de pasivo y, en su caso, sometimiento a un plan de pagos, con la calificación del deudor como deudor de buena fe, como presupuesto subjetivo común en ambos casos.

Ahora bien, esta situación está llamada a dar un importante giro con el artículo 20 de la Directiva 2019/1023, el cual, si bien no prevé la regulación de un procedimiento unitario de exoneración de deudas para todos los países, dejando por tanto margen a los Estados miembros para diseñar su propio procedimiento de exoneración⁴⁷, contiene, en cambio, dos delimitaciones importantes:

La primera, que los procedimientos de exoneración se articularán sobre la base de los modelos de satisfacción de cuota mínimo de pasivo o sometimiento al plan de pagos; y la segunda, y más importante, contenida en el artículo 20.2 de la directiva, que en el caso de optar por un modelo que incluya la satisfacción de una cuota mínima de pasivo, «la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario y, en particular,

⁴⁵ En este sentido la STS del Pleno de la Sala Primera, núm. 381/2019 (NCJ064148), de 2 de julio de 2019, FD 2.º, p. 2: «De este modo, para que se pueda reconocer la exoneración del pasivo es necesario en primer lugar que, con carácter general y al margen de la alternativa que se tome, el deudor cumpla con las exigencias contenidas en los ordinales 1.º, 2.º y 3.º del apartado 3 del art. 178 bis LC: el concurso no haya sido calificado culpable; el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales; y se haya acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso. Además, en función de la alternativa que se tome, la exoneración inmediata del ordinal 4.º o la exoneración en cinco años del ordinal 5.º, se han de cumplir otras exigencias propias de esa alternativa. Por lo tanto, la denuncia de la inexistencia de buena fe exigida por el art. 178 bis 3 LC se debe ceñir al cumplimiento de estos requisitos».

⁴⁶ Una exposición detallada de los modelos de exoneración en el derecho comparado, abordando el «modelo de mercado», «modelo de responsabilidad» y «modelo de merecimiento», con ocasión del modelo establecido por la Directiva 2019/1023 puede encontrarse en Cuenca Casas (2020), pp. 45-48).

⁴⁷ Analizando el precepto señala Cuenca Casas (2020) que son conformes con la directiva los siguientes sistemas de exoneración: «a) Sistema de exoneración inmediata y automática tras liquidación del patrimonio del deudor. b) Sistema de exoneración tras el cumplimiento del plan de pagos (con o sin umbral de pasivo mínimo), tras la liquidación del patrimonio del deudor. c) Sistema de exoneración tras cumplimiento de plan de pagos (con o sin umbral de pasivo mínimo), sin liquidación del patrimonio» (p. 48).

sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores».

Es decir, la Directiva 2019/1023 obligará con su transposición a modificar nuestro régimen de exoneración en lo que respecta al actual umbral objetivo de satisfacción de pasivo (como mínimo, crédito contra la masa y privilegiado), debiendo establecer unas reglas que, atendiendo a los parámetros dados por la directiva, permitan ajustar dicho umbral de pasivo a las concretas circunstancias del deudor en cada caso. Este hecho parece aventurar un papel relevante de la administración concursal y de la autoridad judicial para la fijación del mismo; así, el umbral mínimo de pasivo a satisfacer podría ser formulado inicialmente por el deudor, informado posteriormente por la administración concursal y fijado finalmente por el juez.

En todo caso, la adecuación del umbral mínimo de pasivo exigido a las circunstancias patrimoniales del deudor merece una valoración positiva. En este sentido, la medida redundaría en la eficacia del procedimiento, permitiendo acceder directamente a la exoneración por la vía de la liquidación del patrimonio a deudores con pocos recursos que, de otra forma, al no poder alcanzar la cuota mínima objetiva exigida, quedan sistemáticamente obligados a someterse a un plan de pagos abocado al fracaso, dada la ausencia de bienes tras la liquidación de su patrimonio con los que cumplir las previsiones de dicho plan.

Precisamente, esta ineficiencia es la que ha propiciado que importantes voces doctrinales se pronuncien a favor de establecer, con ocasión de la reforma del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho por la transposición de la Directiva 2019/1023, un nuevo modelo dual o de doble itinerario para la exoneración, basado en dos alternativas⁴⁸:

La primera, una exoneración automática tras la liquidación del patrimonio del deudor, especialmente pensada para los supuestos de concursos sin masa activa, en la cual se suma además la exigencia de intentar un previo acuerdo extrajudicial de pagos. La segunda, una exoneración tras cumplimiento del plan de pagos, sin liquidación previa del patrimonio del deudor, pensada para los deudores con masa, en la cual sí se prevé la tramitación de un previo acuerdo extrajudicial de pagos al efecto de incentivar una temprana salida convencional a la situación patrimonial que evite la insolvencia y, en caso de producirse esta, el sometimiento a un plan de pagos cuyo cumplimiento sí resulte posible para un deudor que previamente no ha liquidado su patrimonio.

En conclusión, el modelo español de «exoneración mixto» tiene una vigencia temporal reducida como consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023, la cual obligará

⁴⁸ Estas dos alternativas son propuestas por Cuenca Casas (2020), quien, tras exponerlas en detalle, concluye: «El sistema que propongo se inspira en el establecido en el art. 742 Código de consumo francés y en el Capítulo 13 del USCO. No tiene sentido liquidar el patrimonio del deudor y exigir el cumplimiento del plan de pagos. La regulación debe incentivar la declaración temprana del concurso, con masa activa suficiente que permita además remunerar a los profesionales que atienden este tipo de concursos» (p. 50).

También apoyando este modelo dual de exoneración, Senent Martínez (2020).

a la reforma del mismo, al menos en lo que respecta al carácter objetivo del umbral mínimo de pasivo exigible para la concesión del beneficio de la exoneración, sin perjuicio de poder prever la implantación del modelo dual de exoneración aquí expuesto, medidas ambas que permiten, al menos *a priori*, una adaptación del procedimiento de exoneración al perfil patrimonial del deudor, mejorando así la eficiencia y eficacia del mismo.

4.2. La buena fe del deudor

Como se ha expuesto, el modelo español de «exoneración mixto» combina la doble exigencia, por un lado, de liquidación del patrimonio con satisfacción de un umbral mínimo de pasivo y en su caso sometimiento a un plan de pagos y, por otro lado, la exigencia, en todo caso, de la calificación del deudor como «deudor de buena fe».

Lo peculiar del modelo español es que la noción de «deudor de buena fe» es una noción normativa, cuyos criterios legales de definición en ocasiones se asientan sobre parámetros que nada tienen que ver con la conducta del deudor y que, además, presentan una doble graduación en función de si el deudor logra satisfacer el umbral mínimo de cuota de pasivo exigible o, por el contrario, queda sometido al cumplimiento de un plan de pagos, en cuyo caso los requisitos para la calificación como «deudor de buena fe» son aún más elevados⁴⁹.

Por lo que respecta a los parámetros que integran la noción normativa de «deudor de buena fe», se aprecia una confusión entre alguno de ellos y los que en realidad constituyen los presupuestos del propio sistema de exoneración. En este sentido, tanto el intento de celebración previo de un acuerdo extrajudicial de pagos como la satisfacción de un umbral mínimo de pasivo exigible aparecían hasta ahora recogidos en el artículo 178 bis. ap. 3 p. 3.º y 4.º de la LC como requisitos para la concurrencia de la buena fe del deudor, cuando, en realidad, son hechos objetivos que nada tienen que ver con la conducta del deudor y por tanto su actuación de buena o mala fe, sino con los propios requerimientos del sistema de exoneración⁵⁰.

Afortunadamente, esta confusión entre parámetros de enjuiciamiento para la concurrencia de una noción normativa de buena fe del deudor y presupuestos del propio sistema de exoneración ha sido resuelta por el texto refundido de la Ley concursal, el cual distingue

⁴⁹ En profundidad sobre la noción normativa de «deudor de buena fe» en sede del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, Bastante Granell (2016).

⁵⁰ Este carácter normativo de la buena fe alejado de la conducta del deudor es destacado por Benavides Velasco (2018), quien señala que: «La buena fe del deudor se aprecia conforme a una técnica legislativa de exclusión que hace depender de una serie de hechos que, de producirse, imposibilitaría el acceso al beneficio, por lo que el juez carece de margen de interpretación al haberse objetivizado el concepto de buena fe. Por tanto, no se aprecia en cada caso concreto la actitud del deudor, ya que esa valoración no se realiza desde un prisma subjetivo, sino objetivo, debiendo el deudor cumplir los requisitos que se prevén legalmente, con independencia de la posible existencia de otros comportamientos que podrían también tenerse en cuenta» (p. 93).

entre presupuestos subjetivos y objetivos de la exoneración. De esta forma, el artículo 487 del TRLC establece como presupuesto subjetivo único la consideración del deudor como «deudor de buena fe». Por su parte, el artículo 488 del TRLC establece la satisfacción de un umbral mínimo de pasivo exigible como presupuesto objetivo de la exoneración, a la vez que el artículo 493 del TRLC recoge los requisitos adicionales que complementan el presupuesto objetivo en sede de plan de pagos.

A pesar de esta mayor claridad, el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, también en lo concerniente a la verificación de la buena fe del deudor, está llamado a verse modificado con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023.

En este sentido, frente al modelo nacional en el cual el deudor debe probar su condición de «deudor de buena fe» para obtener la concesión del beneficio de la exoneración, la directiva parte de un modelo opuesto, establecido sobre la consideración del deudor como «deudor de buena fe». Por consiguiente, deberán ser los acreedores o la administración concursal quienes prueben la concurrencia de la mala fe del deudor, según la normativa nacional, como causa de exclusión del beneficio de la exoneración (art. 23.1 Directiva 2019/1023), lo que supone una inversión en la carga de la prueba respecto a nuestro modelo nacional, lo que determina la caracterización de la exoneración de deudas más como un derecho del deudor que como un beneficio para el mismo⁵¹.

A los efectos de facilitar la prueba de la mala fe del deudor, el considerando 79 de la Directiva 2019/1023 ofrece una serie de parámetros a tomar en consideración por el legislador nacional para apreciar la concurrencia de la mala fe, que orbitan en torno al sobreendeudamiento activo del deudor, así como la ausencia de recurso a los mecanismos de alerta temprana o de evitación de la insolvencia, todo ello sin perjuicio del listado enunciativo de causas que permiten excluir la exoneración o someterla a unos plazos más largos, previsto en el artículo 23.2 de la directiva, todas ellas de asunción potestativa por los Estados miembros⁵².

⁵¹ La calificación de la exoneración más como derecho que como beneficio es apuntada por Senent Martínez (2020, p. 172).

Un excepcional análisis del cambio de paradigma que supone la Directiva 2019/1023 en cuanto al análisis de la concurrencia de la buena fe del deudor puede encontrarse en Cuenca Casas (2020), quien señala que: «Si bien la exoneración se ha considerado como una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal, parece que la DRI parte del principio opuesto. Todo empresario tiene derecho a obtener una segunda oportunidad y su denegación debe ser excepcional. A tales excepciones se refiere el art. 23 DRI que engloba todas las restricciones que pueden establecerse a la obtención de la exoneración. Artículo extenso que mezcla el pasivo no exonerable con la conducta del deudor que puede ser objeto de censura en un proceso concursal. La primera consecuencia de este planteamiento general es que se pretende una inversión de la carga de la prueba. Tal y como está estructurado el precepto, la inversión de la carga de la prueba, de facto, se impone. El deudor no tendría que probar su buena fe como, por el contrario, sí exige el art. 178 bis LC» (p. 59).

⁵² Un análisis detallado de cada una de estas causas puede encontrarse en Cuenca Casas (2020, pp. 60-61) y en Senent Martínez (2020, p. 173).

A su vez, estos criterios subjetivos para la valoración de la concurrencia de la mala fe del deudor recogidos en la directiva suponen la apertura de otro debate acerca de si los mismos quedan subsumidos en los criterios ya presentes en nuestra legislación concursal para declarar la culpabilidad del deudor en sede de calificación del concurso⁵³ o, por el contrario, complementan a los anteriores en sede de un posterior examen en el marco de la exoneración de deudas⁵⁴, opción esta última que compartimos.

A la vista de lo expuesto, es claro que la transposición de la Directiva 2019/1023 obligará a una profunda remodelación del régimen nacional del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, también en lo que respecta al presupuesto subjetivo del mismo, la buena fe del deudor. En este sentido, la transposición supondrá pasar del vigente sistema, en el cual el deudor debe acreditar su buena fe, a un modelo en el que esta se presume, siendo los acreedores o la administración concursal los que deben probar la mala fe del deudor sobre la base de una serie de parámetros a valorar en función de la conducta individual del deudor en cada caso. Entre los mismos, tendrá particular importancia el sobreendeudamiento activo del deudor, así como la ausencia de recurso a mecanismos de alerta temprana.

⁵³ Esta es la tesis sostenida por Senent Martínez (2020) quien afirma que: «En ningún caso podrá considerarse merecedor de la exoneración del pasivo a quien ha generado o agravado su propia insolvencia. En este ámbito se deberán valorar, no solo las presunciones de culpabilidad de los arts. 164.2 y 165 LC, sino la conducta del deudor con arreglo a la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 en orden a apreciar la concurrencia de hechos reveladores de un sobreendeudamiento activo, como puede ser la existencia de gastos desproporcionados en relación con los ingresos previsibles del deudor, que de concurrir, al menos culpa grave, permitan calificar culpable el concurso. De este modo, se establece un único sistema de enjuiciamiento de la conducta económica del deudor. La insolvencia o es culpable, por lo que no merece la liberación, o no lo es, en cuyo caso se podrán valorar otras circunstancias, pero en ese caso, por razones de seguridad jurídica y para evitar que la exoneración legal se convierta en discrecionalidad judicial, las mismas deben ser objetivas, como puede ser la condena por la comisión de determinados delitos. Por consiguiente, comportamientos de sobreendeudamiento activo del deudor que de modo irresponsable, asumiendo gastos inasumibles para su concreta situación económica, agravan o generan su insolvencia, deberán ser examinados a la luz de la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1, en la que deberán subsumirse otros hechos no tipificados expresamente, pero igualmente dignos de reproche, como el haber sido declarado persona afectada por la calificación culpable de otro concurso o cómplice del mismo, que cobra especial relevancia en el caso de administradores sociales, evitando que por esta vía pretendan eludir su responsabilidad» (p. 172).

⁵⁴ Es la opinión mantenida por Cuenca Casas (2020) quien argumenta que: «Si analizamos los supuestos en que el concurso puede ser declarado culpable, se puede comprobar que las hipótesis pueden subsumirse dentro de los criterios que la DRI tiene en cuenta para valorar la conducta del deudor merecedor de la exoneración. Por lo tanto, es claro que la declaración de culpabilidad de concurso es buena prueba de la mala fe del deudor. El tema es si debe quedarse ahí el legislador español. El baremo de conducta que se enjuicia en la fase de calificación es una conducta «grave», merecedora de las sanciones reguladas en el art. 172 LC. En este terreno, hay cierto margen para valorar la conducta del deudor, pero siempre en el marco del dolo o culpa grave (intencionalidad o negligencia grave) y fuera de este marco no cabe ningún juicio valorativo adicional. Parece desconocerse que el hecho de que el deudor no deba ser sancionado, no implica que merezca que sus deudas sean perdonadas» (p. 60).

na previstos, los cuales, tal y como se ha expuesto anteriormente, en el ámbito nacional se encuentran aún en una fase primigenia, si bien su desarrollo se torna ahora más necesario, habida cuenta del especial protagonismo que están llamados a desempeñar.

4.3. Duración del plazo para la exoneración y tratamiento de la vivienda habitual

Otro de los aspectos que está llamado a modificarse con la transposición de la Directiva 2019/1023 es el referente al plazo de obtención de la exoneración de deudas. Así, frente al plazo de 5 años en sede de cumplimiento del plan de pagos posterior a la liquidación del patrimonio del deudor (art. 495.2 PTRL, hasta ahora, art. 178 bis ap. 6 LC), cuyo *dies a quo* se sitúa en la fecha de concesión provisional de la exoneración del pasivo insatisfecho y conclusión del concurso, el artículo 21.1 de la Directiva 2019/1023 establece, con carácter general, un plazo para la exoneración de 3 años, cuyo *dies a quo* dependerá de la modalidad o itinerario para la exoneración establecido: en el caso de procedimientos que incluyan un plan de pagos, el cómputo del plazo comenzará desde la fecha de inicio de la aplicación del plan; en todos los demás procedimientos, desde la fecha de la decisión de la autoridad judicial de abrir el procedimiento, o la fecha en que se determine la masa concursal del deudor.

Dicho plazo debe ponerse en relación con lo dispuesto por el artículo 21.2 de la Directiva 2019/1023, en virtud del cual, la exoneración deberá concederse de forma automática una vez expirado el plazo de exoneración –o antes si se cumplen los requisitos para ello⁵⁵, sin necesidad de iniciar ningún procedimiento específico al efecto ante la autoridad judicial, lo que no obsta para un control por el juez del efectivo cumplimiento de los requisitos para obtener la exoneración⁵⁶. En todo caso, la directiva no prevé la existencia de un trámite para la revocación de la exoneración concedida, lo que plantea la cuestión acerca de si nuestra regulación nacional de la revocación (art. 492 TRLC, hasta ahora, art. 178 bis ap. 7

⁵⁵ Esta posibilidad es contemplada tempranamente por Latorre Chiner (2018), quien analizando el texto de la propuesta de directiva apunta dos posibilidades para el legislador nacional: «Una consistiría en conceder el beneficio de la exoneración en el mismo momento en que se satisface el pasivo necesario, aunque no hubiesen transcurrido los 3 años desde el auto de declaración del concurso. La solución contraria pasaría por agotar el plazo de 3 años, de manera que el concursado que satisficiera el pasivo exigible antes de dicho plazo quedaría en una especie de período de observación, no muy largo, que podría resultar conveniente para corroborar su condición de deudor honesto» (p. 75).

⁵⁶ A este respecto señala Senent Martínez (2020): «Ahora bien, el que no sea posible exigir un procedimiento adicional, no implica que no se contemple algún tipo de trámite, a fin de que pueda ser efectivo el control judicial que prevé el propio párrafo segundo del art. 21.2 de la Directiva, para lo que seguramente bastará una comunicación del deudor dirigida al juez, alegando el cumplimiento del plan de pagos y adjuntando los documentos justificativos de dicho cumplimiento y un trámite de audiencia a los acreedores de modo similar a lo previsto actualmente en el art. 178 bis. 8 LC» (p. 175).

LC)⁵⁷, es compatible con el régimen de concesión automática de la exoneración del artículo 21.2 de la Directiva 2019/1023.

Por otro lado, debe destacarse igualmente la posibilidad establecida por el artículo 21.3 de la Directiva 2019/1023 de conceder la exoneración al deudor, sin perjuicio de la continuación de algunos procedimientos singulares de ejecución y liquidación de sus activos más allá del *dies ad quem* del plazo de exoneración. Esta posibilidad, que en nuestra jurisprudencia ya ha sido aplicada por algunos órganos judiciales⁵⁸, no parece plantear especiales inconvenientes para su incorporación a la regulación nacional del régimen de exoneración de deudas.

Ahora bien, en todo caso no debe perderse de vista que el plazo de 3 años para la exoneración es un plazo general y que, tal y como se ha señalado anteriormente en sede de análisis de la condición de «deudor de buena fe», el artículo 23 de la Directiva 2019/1023 contiene un listado de supuestos en los que, entre otros efectos, es posible prolongar el plazo máximo de 3 años para alcanzar la exoneración.

Así, se ha analizado como, en primer lugar, el artículo 23.1 de la directiva establecía la inversión en la carga de la prueba de la mala fe del deudor, calificación que permitía denegar al mismo el acceso a la exoneración, o establecer plazos más largos para su obtención. En segundo lugar, se ha expuesto como el artículo 23.2 recogía un listado enunciativo de supuestos de asunción potestativa, que permitían de nuevo excluir la exoneración o so-

⁵⁷ En la regulación nacional del régimen de la revocación, el deudor que alcanza la exoneración, bien a través de haber satisfecho el umbral de cuota mínimo de pasivo exigible en sede de liquidación, bien por la vía del plan de pagos, queda sometido a un período de vigilancia de 5 años por los acreedores, los cuales podrán solicitar la revocación de dicho beneficio por la concurrencia de alguna de las causas recogidas en el artículo 492 del TRLC, hasta ahora, 178 bis ap. 7 de la LC. Este régimen ha sido muy criticado; por todos, incorporando abundante referencia doctrinal, Molina Hernández (2019): «Parece que resulta excesivamente amplio el plazo para la solicitud de la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho para un deudor persona natural, más si cabe, y siendo una cuestión no tratada por el legislador, si cumple el plan de pagos antes del transcurso de los cinco años [...] la segunda materia controvertida se centra en los efectos que genera, derivando en la pérdida del efecto de la extinción de todas las deudas, por lo que todos los acreedores del deudor podrán dirigirse frente a él para ver satisfechos sus créditos, tantos los exonerados como los reducidos o aplazados por el plan de pagos. En este sentido, la causa más polémica, como apunta parte de nuestra doctrina, relativa a la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, radica en la mejor fortuna del deudor [...]. Parece evidente que no es una solución aceptable, no solo porque las nuevas oportunidades se necesitan con recursos, sino porque se corre el riesgo de fomentar la economía sumergida, que es, precisamente, uno de los efectos que la *discharge* trata de evitar» (pp. 121-122).

⁵⁸ Se trata en este caso de la SJM núm. 3 de Valencia, de 27 de junio de 2019, que en la línea vanguardista que caracteriza a su titular, el magistrado Eduardo Pastor Martínez, declara la exoneración por la vía del artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º de la LC sin necesidad de esperar a la conclusión de la ejecución de activos. Igualmente, en la doctrina a favor de dicha posibilidad, Cuenca Casas (2020): «Parece razonable que el juez pueda decretar la exoneración sin necesidad de esperar a que concluyan todas las operaciones de liquidación y, particularmente, las ejecuciones separadas. Así, por ejemplo, en el caso de esté en marcha el proceso de ejecución hipotecaria y se estime que quedará pasivo pendiente, el juez puede decretar la exoneración del pasivo ordinario que quede tras la ejecución, sin necesidad de que esta finalice» (p. 50).

meterla a unos plazos más largos. En tercer lugar, en el artículo 23.3 se prevén plazos de exoneración más largos en relación con el tratamiento de la vivienda habitual del deudor, supuesto que será analizado a continuación. Y, por último, el artículo 23.4 recoge una serie de categorías de deudas que podrán ser excluidas de la exoneración o sometidas a plazos de exoneración más largos, precepto que se analizará en el siguiente epígrafe.

Por lo que respecta al tratamiento de la vivienda habitual del deudor, la misma queda incluida dentro de la masa activa del concurso de conformidad con el artículo 192 del TRLC, ya que no es posible su inclusión dentro del listado de bienes inembargables de los artículos 605 y 606 de la LEC. La inclusión en la masa activa determina por tanto la necesidad de su liquidación, sin que la vigente regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho permita otorgar ningún tipo de tratamiento especial a la liquidación de la vivienda habitual⁵⁹.

A mayor abundamiento, esta posibilidad se encuentra vedada porque, en la mayoría de las ocasiones, la vivienda habitual suele estar gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo, de forma que el prestamista reviste la condición de acreedor privilegiado en sede de concurso del prestatario/deudor hipotecario. En consecuencia, la vivienda habitual gravada con hipoteca debe ser liquidada para pagar el crédito privilegiado, integrado en el umbral mínimo de pasivo exigible, como requisito para el acceso al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho⁶⁰.

No obstante dicha situación, la jurisprudencia ha realizado esfuerzos interpretativos para permitir al deudor el acceso al beneficio de la exoneración, dando por concluida la liquidación, a pesar de no haber liquidado su vivienda habitual gravada con hipoteca: por ejemplo, en el caso en que dicho crédito privilegiado esté al día con cargo a la masa y el valor de la garantía sea superior al del bien⁶¹; o si el valor de tasación es superior al importe adeudado y no hay garantías de que la realización de la vivienda alcance el precio de tasación⁶².

⁵⁹ Un estudio interdisciplinar del tratamiento de la vivienda habitual del deudor en sede concursal desde la perspectiva de la exoneración de deudas puede encontrarse en Gómez Asensio (2015).

⁶⁰ Sobre la imposibilidad de subsistencia de créditos con privilegio especial después de la liquidación del patrimonio en sede de exoneración del pasivo insatisfecho, Moya Ballester (2020, p. 293).

⁶¹ Criterio mantenido por el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, de 15 de junio de 2016, apartado III, p. 12: «Se podrá valorar que no sea necesario, para acordar la exoneración, que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía».

⁶² Criterio mantenido por el AAP de Barcelona (Sección 15.ª), núm. 153/2018, de 15 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva reza: «a) El precio mínimo de realización del inmueble, cualquier que sea la forma seguida, será de 192.434,09 euros, si ese precio no llegara a obtenerse, el bien seguirá en el patrimonio de los concursados, siempre y cuando sigan al corriente del pago de las deudas que gravan el inmueble. b) Si antes de concluir el concurso, los deudores dejan de atender más de tres cuotas del préstamo, a instancias del acreedor, el bien hipotecado será realizado en su totalidad, sea en venta directa o en subasta judicial».

Ello no obstante, debe traerse a colación en este ámbito el contenido que presentaba el actual artículo 499 del TRLC en su versión prelegislativa, esto es, el proyectado artículo 498 ap. 2 p. 2.º del proyecto de texto refundido de la Ley concursal (PTRLC). Dicho precepto establecía una regla especial para la concesión de la exoneración de deudas al deudor titular de un crédito o un préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda habitual, que permitía al mismo mantenerse en su vivienda habitual durante el plazo de 5 años de duración del plan de pagos⁶³.

En este sentido, si bien no lo recogía expresamente, el proyectado artículo 498 ap. 2 p. 2.º del PTRLC establecía un diferimiento en la liquidación de la vivienda habitual del deudor gravada con préstamo hipotecario en sede de exoneración del pasivo insatisfecho. De esta forma, la vivienda habitual no era objeto de realización en la fase previa de liquidación del patrimonio del deudor para intentar satisfacer el umbral mínimo de pasivo exigible, sino que su eventual liquidación se postergaba hasta el *dies ad quem* del plazo para el cumplimiento del plan de pagos, momento en el que se declararía, bien la exoneración del crédito privilegiado si se han cumplido las condiciones establecidas en el artículo 498 ap. 2 p. 2.º PTRLC, bien la liquidación de la vivienda por incumplimiento de dichas condiciones.

A mayor abundamiento, dicha regulación parecía poder mantenerse en el tiempo dada su conformidad con el artículo 23.3 de la Directiva 2019/1023, el cual permite excepcionar el plazo general de 3 años para la exoneración, estableciendo plazos más largos (por ejemplo 5 años de conformidad con el artículo 498 ap. 2 p. 2.º PTRLC), en el supuesto concreto de que «no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia»⁶⁴.

En todo caso, la actual dicción del artículo 499.2 del TRLC obvia cualquier mención al régimen de la vivienda habitual del deudor presente en la versión prelegislativa del precepto, limitándose a reproducir el contenido del, hasta ahora, artículo 178 bis ap. 8 de la LC, lo que cierra la puerta, al menos *de lege lata*, a un tratamiento diferenciado de la vivienda habitual del deudor en sede de exoneración de deudas.

⁶³ Artículo 498, ap. 2 p. 2.º del PTRLC: «Aunque el deudor no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, el juez, previa audiencia de los acreedores, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho en los siguientes casos: 2.º Si el deudor que tuviere un crédito o un préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda habitual hubiese destinado a cumplimiento del plan de pagos, al menos, la cuarta parte de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables, cuando, además, concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda. b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al sesenta por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar».

⁶⁴ De conformidad con Cuenca Casas (2020): «La alusión a la vivienda de la familia del deudor entiendo se refiere a aquellos casos de crisis matrimoniales en los que el uso de la vivienda lo tiene adjudicado el cónyuge no propietario» (p. 49).

En definitiva, la transposición de la Directiva 2019/1023 obligará a reformar el vigente y proyectado régimen jurídico del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho para establecer, con carácter general, un plazo para la exoneración de 3 años, cualquiera que sea la modalidad para la exoneración por la que se opte⁶⁵, sin perjuicio de las excepciones a dicho plazo que, ex artículo 23.2 de la directiva, pueda potestativamente introducir el legislador nacional, entre otros, en los casos de liquidación de la vivienda habitual del deudor gravada con hipoteca. Además, será también necesario reformar el régimen de concesión de la exoneración definitiva, la cual deberá concederse de forma automática al vencimiento del plazo de exoneración, debiendo finalmente cuestionarse la compatibilidad del régimen de revocación nacional del beneficio de la exoneración con una directiva que no prescribe el establecimiento de ningún control *ex post* de la exoneración de deudas concedida.

4.4. La exoneración del crédito público

El tratamiento del crédito de derecho público en el vigente régimen de exoneración del pasivo insatisfecho ha sido objeto de múltiples discusiones doctrinales y jurisprudenciales, dada la confusa redacción de su regulación en el hasta ahora artículo 178 bis de la LC y, por consiguiente, las dudas interpretativas que planteaba.

En síntesis, las dos cuestiones más controvertidas se sucedían en sede de acceso a la exoneración por la vía del plan de pagos, en cuyo caso se discutía si, en primer lugar, el crédito público calificado como ordinario o subordinado – y por tanto excluido del contenido del plan de pagos–, quedaba o no exonerado al igual que el resto de créditos ordinarios o subordinados; y, en segundo lugar, si el crédito público no exonerado, es decir, el crédito público contra la masa o privilegiado, debía incluirse en el plan de pagos o recibía un tratamiento autónomo diferenciado de conformidad con su normativa, dada la dicción del hasta ahora artículo 178 bis ap. 6 *in fine* de la LC⁶⁶.

⁶⁵ Valorando de forma positiva el plazo de exoneración de 3 años de la Directiva 2019/1023 y los cambios que supondrá en nuestra legislación nacional, Latorre Chiner (2018), quien para el caso de que se alcance la exoneración por la vía de la liquidación del patrimonio y satisfacción del umbral mínimo de pasivo apunta: «La anticipación del inicio del cómputo al auto declarativo del concurso tiene un efecto positivo considerable para el concursado, porque su liberación coincidirá prácticamente con la conclusión del concurso. De este modo, el deudo que, con el resultante de la liquidación, logre satisfacer el mínimo exigible no tendrá que esperar, como hasta ahora, a que transcurra el entero plazo de condonación, sin otro objeto que sentirse observado para ganarse la concesión definitiva del beneficio» (p. 75).

⁶⁶ Una corriente judicial importante había optado por incluir el aplazamiento o fraccionamiento del crédito público dentro del plan de pagos. Así puede verse la SAP de Baleares (Sección 5.^a), núm. 260/2016, de 21 de septiembre, FD 4.º; o las SAP de Barcelona (Sección 15.^a), núm. 475/2018, de 29 de junio y de 2 de noviembre (rec. núm. 528/2018), respectivamente.

Para una profusa exposición, tanto de las dudas interpretativas que planteaba el artículo 178 bis ap. 6 *in fine*, así como de los argumentos en contra de la corriente interpretativa de mantener la tramitación del aplazamiento y fraccionamiento del crédito público de acuerdo a su normativa especial, puede encontrarse en Sendra Albiñana (2020, pp. 186-188).

Ambas dos dudas interpretativas quedaron sin embargo zanjadas con la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019⁶⁷, la cual estableció que, en primer lugar, en el caso de acceso a la exoneración por la vía del plan de pagos, el crédito público calificado como ordinario o subordinado quedaba exonerado; y, en segundo lugar, que el crédito público no exonerado quedaba integrado en el plan de pagos, sometiéndose su aplazamiento o fraccionamiento a aprobación judicial⁶⁸.

Esta jurisprudencia regirá también la interpretación que debe darse al tratamiento del crédito público en la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho contenida en el artículo 497 del TRLC, el cual conserva la deficiente redacción del hasta ahora artículo 178 bis ap. 5 de la LC, manteniendo la no-exoneración del crédito de derecho público durante la vigencia del plan de pagos, así como también la remisión del aplazamiento y fraccionamiento de dicho crédito a su normativa específica.

Ahora bien, el TRLC no solo desaprovecha la oportunidad para clarificar el tratamiento del crédito público en sede de acceso a la exoneración por la vía del plan de pagos de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que, incluso, introduce un retroceso en el tratamiento del crédito público en sede de acceso a la exoneración por la vía de satisfac-

⁶⁷ En este sentido declara la STS del Pleno de la Sala Primera, núm. 381/2019 (NCJ064148), de 2 de julio de 2019, FD 4.º, p. 3 y p. 5, respectivamente, que: «La ley, al articular la vía alternativa del ordinal 5.º, bajo la ratio de facilitar al máximo la concesión del beneficio, pretende facilitar el cumplimiento de este requisito del pago de los créditos contra la masa y privilegiados, y para ello le concede un plazo de cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento. Bajo la lógica de esta institución y de la finalidad que guía la norma que es facilitar al máximo la "plena exoneración de deudas", debemos entender que también en la alternativa del ordinal 5.º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. Este plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados [...]. Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el art. 178 bis LC (que pueda alcanzarse en algún caso la exoneración plena de la deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial».

⁶⁸ Una posición contraria a la inclusión del fraccionamiento y aplazamiento del crédito público en el plan de pagos, en la que se exponen con profusión argumentos en contra basados tanto en la regulación del régimen de segunda oportunidad, como de la normativa administrativa específica, si bien anterior a la Sentencia del Pleno del Supremo de 2 de julio de 2019, puede encontrarse en Lado Castro-Rial (2019).

Igualmente mantiene una posición crítica con dicha sentencia del Pleno del Supremo Moya Ballester (2020), quien con crítica al argumento teleológico del espíritu de la norma en el que se basa el Tribunal Supremo concluye que: «La argumentación del Tribunal Supremo resulta cuestionable pues no parece desprenderse del artículo de la Ley Concursal, ni de la exposición de motivos de las distintas leyes que la han modificado, ni de la Recomendación de la Comisión Europea que en el caso que nos ocupa haya un único interés, pues siempre existen otros intereses dignos de tutela, que el legislador toma o debe tomar en cuenta en la elaboración de una norma justa y ponderada. Por el contrario, en la exposición de motivos analizada se observa con facilidad la preocupación del legislador por proteger otros intereses, como el de la hacienda pública, que considera dignos de protección».

ción del umbral mínimo de cuota de pasivo. En este sentido, el artículo 491 del TRLC señala expresamente que, en el caso de haberse alcanzando el umbral mínimo de cuota de pasivo exigida, «el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos».

Dicha previsión supone un giro de 180 grados respecto al régimen hasta ahora vigente en el artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º LC, y también con respecto al proyectado artículo 490 del PTRLC, en los cuales la exoneración calificada como «inmediata»⁶⁹ se extendía a la totalidad de créditos insatisfechos sin distinciones, es más, incluso el artículo 490 del PTRLC establecía expresamente en su apartado 3, para mayor claridad, que la exoneración incluía al crédito de derecho público.

En definitiva, el TRLC establece un tratamiento totalmente privilegiado del crédito público a los efectos de la exoneración de deudas. Ello no obstante, esta opción de política legislativa puede sin embargo modificarse a propósito de la transposición de la Directiva 2019/1023. En este sentido, la norma europea no prevé un tratamiento diferenciado para este tipo de crédito en el ámbito de la exoneración de deudas. Más aún, el crédito público no aparece expresamente incluido dentro de las categorías de deudas previstas en el artículo 23.4 de la directiva que puedan ser excluidas del ámbito de la exoneración o sometidas a plazos de exoneración más largos.

Por lo tanto, dada la no exclusión expresa del crédito de derecho público del alcance de la exoneración de deudas establecido por la Directiva 2019/1023, y dada su compatibilidad con la normativa de ayudas de Estado⁷⁰, sería posible establecer legislativamente la plena exoneración del crédito de derecho público con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, tal y como ha manifestado al respecto algún Estado miembro⁷¹.

⁶⁹ A este respecto, sobre las dos alternativas de exoneración del artículo 178 bis, ap. 3 p. 4.º y p. 5.º respectivamente, estableciendo la facultad del deudor de optar por cualquiera de dichas dos alternativas, *vid.* STS del Pleno de la Sala Primera, núm. 381/2019 (NCJ064148), de 2 de julio de 2019, FD 2.º y 3.º.

⁷⁰ STJUE de 16 de marzo de 2017, asunto C-439/15, Agenzia delle Entrate / Marco Identi, la cual declara que: «El Derecho de la Unión, en particular el artículo 4 TUE, apartado 3, y los artículos 2 y 22 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, así como las normas en materia de ayudas de Estado, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que unas deudas del impuesto sobre el valor añadido sean declaradas inexigibles con arreglo a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece un procedimiento de liberación de las deudas en virtud del cual un órgano jurisdiccional puede, bajo determinadas condiciones, declarar inexigibles las deudas de una persona física que no se han satisfecho al término del procedimiento concursal del que ha sido objeto dicha persona».

⁷¹ Es la postura sostenida por Portugal, tal y como expone Lado Castro-Rial (2019): «Así, Portugal entiende que los Estados miembros pueden mantener o establecer normas que excluyan o restrinjan la exoneración del pasivo insatisfecho en relación con las deudas tributarias, no solo porque dichas medidas hayan de considerarse debidamente justificadas dada la naturaleza especial de los créditos fiscales, sino también porque la adopción de legislación de la UE con efectos en el pago de impuestos sobre el volumen de ne-

5. Conclusiones: Reestructuración, concurso y exoneración en el segundo semestre de 2020

El tejido empresarial español, constituido en un 95 % por microempresas, sufre con especial virulencia los efectos de las crisis económicas, con unas cifras de insolvencia particularmente altas en este tipo de empresas. A su vez, tanto el carácter imperfecto de la responsabilidad limitada de las microempresas constituidas como empresario social como el carácter ilimitado de la responsabilidad del empresario individual determinan que, en muchas ocasiones, la insolvencia de las microempresas implique también la insolvencia de la persona natural que las gestiona.

En la actualidad, la regulación de la reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural se encuentra en un momento de tránsito regulatorio entre la hasta ahora vigente Ley concursal, el nuevo texto refundido de la Ley concursal, que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020, y la Directiva 2019/1023, que deberá ser traspuesta antes del 17 de julio de 2021. A todo ello debe unirse, además, la normativa derivada del estado de alarma, que si bien tiene una eficacia temporal transitoria, no por ello deja de producir efectos directos e indirectos sobre el tratamiento de la insolvencia de microempresas y deudores personas naturales.

En este sentido, dentro de dicha normativa destaca la moratoria para el deudor en estado de insolvencia del deber de solicitar la declaración de concurso hasta el 31 de diciembre de 2020, establecida por el artículo 11 del Real Decreto-ley 16/2020. Esta moratoria del deber de solicitar la declaración de concurso no conlleva sin embargo los efectos suspensivos de las ejecuciones (*automatic stay*) propios de la moratoria preconcursal.

Ello no obstante, de conformidad con lo establecido tanto por el hasta ahora artículo 5 bis de la LC como por el artículo 584 del TRLC desde el 1 de septiembre de 2020, sería posible para el deudor llevar a cabo la comunicación de apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo de reestructuración hasta el último día antes del vencimiento de la moratoria del deber de solicitar la declaración de concurso, lo que permitiría al deudor disponer como mínimo hasta marzo de 2021 para intentar alcanzar un acuerdo de reestructuración con sus acreedores, beneficiándose de los efectos de la moratoria preconcursal desde la fecha en que hubiera llevado a cabo dicha comunicación.

En el caso del deudor persona natural, la eventualidad de la percepción de la prestación extraordinaria por cese de actividad establecida por el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, así como su eventual acogimiento a la moratoria hipotecaria (arts.

gocios, de impuestos especiales al consumo y de otros impuestos exigirá una base jurídica específica diferente, sujeta a procesos legislativos especiales, tal como prevé el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por lo tanto, Portugal se reserva esta posición sobre la regulación del acceso a la exoneración del pasivo no satisfecho respecto de las deudas tributarias a la hora de transponer la Directiva» (p. 142).

7-16 RDL 8/2020, de 17 de marzo), a la moratoria no hipotecaria (arts. 21-27 RDL 11/2020, de 31 de marzo), a la moratoria de pago del alquiler de su vivienda habitual (arts. 1-15 RDL 11/2020, de 31 de marzo) o a la moratoria del pago del alquiler de su local comercial (arts. 1-5 RDL 15/2020, de 21 de abril) determinará tanto un retraso en la eventual incursión en situación de insolvencia como, en su caso, la no iniciación de ejecuciones sobre los créditos afectados por dichas medidas.

Por consiguiente, todo este conjunto de medidas que promueven un diferimiento en el tiempo, tanto de la insolvencia como del concurso del deudor, establecen un entorno propicio para la negociación de acuerdos de reestructuración, siendo en el caso del deudor persona natural el acuerdo extrajudicial de pagos la opción preferente para negociar la reestructuración de su deuda, dada su conexión material con el régimen de exoneración de deudas.

Precisamente consciente de esta realidad, el artículo 17 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, establece una regla especial para considerar que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado celebrar por el deudor sin éxito, a los efectos de favorecer el acceso del mismo al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en condiciones más ventajosas, ex artículo 488 del TRLC.

Por otro lado, con independencia del marco de reestructuración por el que se opte, los efectos de la moratoria preconcursal no alcanzarán a los créditos de derecho público, lo cual, habida cuenta de la efectividad de la Administración pública en el ejercicio de su autotutela ejecutiva, puede tanto frustrar la consecución del acuerdo como tornar en definitiva o actual lo que hasta entonces era una insolvencia inminente del deudor. Esta situación, mantenida por el artículo 592 del TRLC, puede no obstante revertirse con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, la cual no prevé la exclusión del crédito de derecho público de los efectos suspensivos de la moratoria preconcursal.

Ahora bien, debe tomarse en consideración que la vigencia temporal de hasta 6 meses de la moratoria y medidas de aplazamiento de pago del crédito público correspondiente a AEAT y Seguridad Social, previstas en el artículo 14 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo y artículos 34 y 35 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, respectivamente, podría implicar *de facto*, unos efectos semejantes a los derivados de la efectiva extensión de la suspensión de ejecuciones al acreedor de derecho público durante la negociación de un acuerdo de reestructuración. Esta circunstancia, sin solucionar el problema regulatorio de fondo, permitiría al menos salvar transitoriamente la viabilidad de las reestructuraciones iniciadas durante la vigencia de dichas medidas.

En el caso de que finalmente proceda la declaración de concurso, la determinación de la masa pasiva del deudor persona natural se verá afectada de forma indirecta como consecuencia de los efectos derivados de las moratorias hipotecaria, no hipotecaria o de pago de alquileres (vivienda y local comercial) a las que hubiera podido acogerse durante la vigencia del estado de alarma. Todo ello sin perjuicio de los efectos derivados de la declaración de

concurso para con estos contratos ex artículos 156-191 del TRLC (hasta ahora arts. 61-70 LC), así como los efectos de vencimiento anticipado de los créditos aplazados asociados a la apertura de la fase de liquidación ex art. 414 del TRLC, hasta ahora artículo 146 de la LC.

En cuanto al régimen de exoneración de deudas, el modelo español de exoneración sigue sujetando al deudor persona natural al cumplimiento de un doble requisito para alcanzar el beneficio de la exoneración de pasivo: la liquidación de su patrimonio para satisfacer un umbral mínimo de pasivo genérico, con sometimiento a un posterior plan de pagos en caso de no alcanzarlo; más la calificación del deudor como «deudor de buena fe», circunstancia que tendrá que acreditar el propio deudor, de conformidad con los criterios establecidos al efecto.

Este modelo de doble exigencia no se adecua en cuanto a su contenido a lo dispuesto por la Directiva 2019/1023. En este sentido, respecto a la liquidación del patrimonio, la directiva aboga por establecer un umbral mínimo de pasivo a satisfacer adaptado –que no genérico como establece el art. 488 TRLC, hasta ahora, 178 bis ap. 3 LC– a la situación patrimonial del deudor en cada caso concreto. Por otro lado, respecto a la calificación del deudor como «deudor de buena fe», la directiva parte de la presunción *iuris tantum* de dicha calificación del deudor, lo que implica que deban ser los acreedores o la administración concursal quienes prueben la mala fe del deudor sobre la base de los parámetros indicativos establecidos por la propia directiva, lo que supone en todo caso una inversión de la carga de la prueba respecto el vigente modelo español.

La Directiva 2019/1023 establece por tanto una valoración mucho más individualizada de los requisitos para la concesión de la exoneración de deudas, facilitando el acceso a dicho beneficio de quien realmente reúne la condición de «deudor de buena fe». Habida cuenta de que la transposición de dicha norma deberá hacerse prácticamente en el plazo de un año, debería valorarse la conveniencia de llevar a cabo, cuanto antes, al menos la reforma del régimen nacional de exoneración de deudas para adaptarlo al contenido de la directiva. Esta reforma es particularmente conveniente, sobre todo si se toma en consideración que muchas de las próximas insolvencias traerán su causa de la paralización de la actividad económica por el estado de alarma, lo cual resultará determinante en la valoración de la buena fe del deudor, así como en la necesidad de proporcionarle un acceso rápido y efectivo a una auténtica segunda oportunidad que le permita desarrollar de nuevo una actividad económica.

A la consecución de este objetivo ayudará también la necesidad de sustituir la actual duración de 5 años del plan de pagos para alcanzar la exoneración de deudas por el plazo general de 3 años establecido por la Directiva 2019/1023 para la concesión, automática, de la exoneración, sin que la norma europea prevea tampoco un régimen de revocación de la exoneración como el previsto en nuestra norma nacional.

Este plazo general de 3 años para alcanzar la exoneración permite no obstante excepciones, alguna particularmente reseñable, como la que refiere al caso de no ejecución de la vivienda habitual del deudor. A este respecto, si bien el artículo 499.2 del TRLC, reproduciendo

el contenido del hasta ahora el artículo 178 bis ap. 8 de la LC, cierra la puerta, al menos *de lege lata*, a un tratamiento diferenciado de la vivienda habitual del deudor en sede de exoneración de deudas, debería valorarse la posibilidad de optar, con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, por introducir alguna previsión en línea con lo establecido por el proyectado artículo 498 ap. 2 p. 2.º del PTRLC. Esta medida resultaría especialmente adecuada en el horizonte de una crisis económica, pues el mantenimiento del deudor en su vivienda habitual durante el plazo de cumplimiento del plan de pagos determina una mayor estabilidad personal y financiera del mismo, habilitándole para conseguir una mayor disponibilidad de ingresos con la que intentar cumplir con el contenido del plan de pagos.

Finalmente, y siguiendo con el tratamiento privilegiado del crédito de derecho público en el ámbito concursal, también en sede de exoneración del pasivo insatisfecho se refuerza dicha diferencia de trato. En primer lugar, porque el artículo 491 del TRLC, modificando lo hasta ahora dispuesto en el artículo 178 bis ap. 3 p. 4.º LC, recoge la exclusión del crédito público del alcance de la exoneración «inmediata» derivada de la satisfacción del umbral mínimo de cuota de pasivo exigido, lo que supone introducir la no-exoneración por dicha vía del crédito público ordinario y subordinado. En segundo lugar, porque el artículo 497 del TRLC en sede de acceso a la exoneración por la vía del plan de pagos conserva la deficiente redacción del hasta ahora artículo 178 bis ap. 5 de la LC, manteniendo la no-exoneración del crédito de derecho público durante la vigencia del plan de pagos, así como la remisión de su aplazamiento y fraccionamiento a su normativa específica, extremos ambos que no obstante será posible corregir en aplicación de la jurisprudencia emanada de la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019.

Referencias bibliográficas

- Bastante Granell, V. (2016). *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad: origen, fundamento y significado*. Comares.
- Benavides Velasco, P. (2018). Nuevas «oportunidades» para una regulación sobre exoneración del pasivo insatisfecho. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 28, 73-104.
- Cuena Casas, M. (2019a). La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario. *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 84, 50-55.
- Cuena Casas, M. (2019b). Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Actualidad Civil*, 9.
- Cuena Casas, M. (2020). La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 39-69.

- Esteban Ramos, L. M. (2019). ¿Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la segunda oportunidad? *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 333-344.
- Fernández Ecker, A. y Sallent Sánchez, M. (2019). Prevención de la insolvencia, pymes y segunda oportunidad. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 123-130.
- Fernández Sejo, J. M. (2015). *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. (2.ª ed.). Bosch.
- Gómez Asensio, C. (2015). Concurso de la pyme y concurso de la persona natural: régimen concursal de la vivienda habitual del deudor. *Anuario de Derecho Concursal*, 36, 237-268.
- Gómez Asensio, C. (2019). *Los acuerdos de reestructuración en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva*. Aranzadi.
- Gómez Pomar, F. y Celentani, M. (2012). Tarea urgente: el concurso personal. *InDret*, 1/2012.
- Lado Castro-Rial, C. (2019). Exoneración de pasivo insatisfecho y el crédito público. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 131-142.
- Latorre Chiner, N. (2018). El discharge y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 29, 65-82.
- Hurtado Iglesias, S. (2019). La necesaria conexión entre la perconcursalidad y la tramitación del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 109-122.
- Molina Hernández, C. (2019). Las propuestas de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. *Anuario de Derecho Concursal*, 46, 105-128.
- Moya Ballester, J. (2020). El tratamiento del crédito público en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. *Anuario de Derecho Concursal*, 49, 285-304.
- Muñoz Paredes, A. (2020). Permutaciones del deber de concursar. *Diario La Ley*, 9609.
- Puigcerver Asor, C. y Adán Doménech, F. (2019). *La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y Propuestas*. Bosch.
- Rojo Fernández del Río, A. (2017). La propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva. *Anuario de Derecho Concursal*, 42, 99-111.
- Sendra Albiñana, A. (2018). *El Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho*. Aranzadi.
- Sendra Albiñana, A. (2019). El concurso consecutivo necesario. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 345-354.
- Sendra Albiñana, A. (2020). La exoneración del pasivo insatisfecho y el crédito público. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 181-193.
- Senent Martínez, S. (2020). Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 167-177.



La materialización de una letra de cambio sobre *blockchain*: un examen desde la economía, el derecho y la tecnología

Carlos Fernández Herraiz

Cátedra en Blockchain UAM - Grant Thornton

Sara Esclapés Membrives

Cátedra en Blockchain UAM - Grant Thornton

Antonio Javier Prado Domínguez

Catedrático de Economía Aplicada. Universidad de La Coruña

Extracto

En este trabajo los autores estudian de forma pormenorizada las implicaciones económicas, jurídicas y tecnológicas que tendría la emisión de una letra de cambio sobre *blockchain*. Se afirma que el empleo de *blockchain* hace posible impulsar la digitalización de la letra de cambio y garantizar sus propiedades económicas y jurídicas. El hilo conductor de la investigación es el poderoso argumento conceptual del libro mayor distribuido que tiene *blockchain*, y que permite estructurar el trabajo y obtener unas prometedoras y positivas conclusiones.

Palabras clave: letra de cambio; *token*; *smart contract*; *blockchain*; letrabloc.

Fecha de entrada: 16-07-2020 / Fecha de aceptación: 11-09-2020

Cómo citar: Fernández Herraiz, C., Esclapés Membrives, S. y Prado Domínguez, A. J. (2020). La materialización de una letra de cambio sobre *blockchain*: un examen desde la economía, el derecho y la tecnología. *Revista CEFLegal*, 237, 41-72.



The materialization of a bill of exchange about blockchain: an examination from the economy, law and technology

Carlos Fernández Herraiz

Sara Esclapés Membrives

Antonio Javier Prado Domínguez

Abstract

The paper studies in depth the economic, legal and technological implications of issuing a bill of exchange on a blockchain. Features of blockchain are key in this framework since they foster the digitisation of the bill of exchange and, at the same time, guarantee its economic and legal properties. The powerful conceptual argument of the distributed ledger is the unifying thread of this paper, which allows to structure the work and to obtain promising and positive conclusions.

Keywords: bill of exchange; token; smart contract; blockchain; billblock.

Cómo citar: Fernández Herraiz, C., Esclapés Membrives, S. y Prado Domínguez, A. J. (2020). La materialización de una letra de cambio sobre blockchain: un examen desde la economía, el derecho y la tecnología. *Revista CEFLegal*, 237, 41-72.



Sumario

1. Introducción
 2. Token y tokenización o el nudo gordiano de las finanzas tecnológicas: el estado de la cuestión
 - 2.1. Los elementos configuradores de un token emitido sobre una cadena de bloques
 - 2.2. Conceptualización y taxonomía de los tokens, el estado de la cuestión jurídica y regulatoria
 - 2.3. El potencial de los títulos valor materializados en tokens
 3. Análisis del ciclo vital de una letra de cambio librada sobre una cadena de bloques (letrabloc)
 - 3.1. Contenido obligado de una letra de cambio configurada en un token
 - 3.2. Libramiento, endoso, aceptación y presentación al pago de una letra de cambio emitida sobre una cadena de bloques: un esquema expositivo
 - 3.3. La protección de los bienes jurídicos de una letrabloc
 4. Los cambios introducidos por las letras de cambio libradas sobre una cadena de bloques
 - 4.1. Qué supone para el tráfico mercantil la digitalización y la inmutabilidad de las reglas del *smart contract*
 - 4.2. Cómo afecta al tráfico mercantil la automatización de la letrabloc
 - 4.3. Qué supone para el tráfico mercantil la trazabilidad de la letrabloc
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Esta investigación se ha beneficiado del apoyo, sugerencias y comentarios sobre aspectos tecnológicos fundamentales por parte de Iñigo García de Mata y Alejandro Dovale, especialistas en tecnología blockchain, del Blockchain Lab de Gran Thornton España. Asimismo, ha recibido el apoyo fundamental y las sugerencias del doctor Óscar Delgado, desde la cátedra en Blockchain UAM - Grant Thornton. Los autores expresan su enorme agradecimiento al tiempo y energía puesta a su disposición. Cualquier error es de nuestra exclusiva responsabilidad.



1. Introducción

Los títulos valor son instrumentos con un gran acervo histórico del que dan una exhaustiva información tanto la literatura económica como la jurídica. Su origen tuvo lugar cuando el tradicional régimen de cesión empezó a resultar insuficiente para atender las crecientes exigencias del tráfico mercantil. Con el objeto de encontrar una alternativa adecuada al ritmo expansivo de la actividad comercial, los derechos comenzaron a incorporarse a papeles o documentos, permitiendo una mayor facilidad en la transmisión y el ejercicio de derechos y obligaciones.

Precisamente, ese carácter físico les ha proporcionado un gran éxito por su condición de títulos completos. Esta propiedad fundamental de los títulos valor cambiarios dota de libertad e independencia de acción a las partes implicadas, permitiendo su autonomía en la adquisición de los derechos que dichos títulos incorporan.

Sin embargo, con el avance de las tecnologías informática de redes y telecomunicación y la gran transformación de los usos comerciales, se ha puesto de actualidad preguntarse por la posibilidad de que este progreso tecnológico sea incorporado a los títulos valor, sin menoscabo alguno de sus propiedades y garantías jurídicas hasta el momento consolidadas. En suma, se trata de que los cambios tecnológicos que pudieran operarse en estos títulos tendrán que hacer compatible, de manera obligatoria y satisfactoria, el proceso de digitalización con el respeto íntegro a la seguridad jurídica de los mismos, tarea esta que constituye la principal línea de trabajo y el interés prioritario de los epígrafes que componen la presente investigación.

Otra cuestión complementaria ha empujado a distintos actores, pero en especial a los intermediarios financieros, a ofrecer diferentes opciones de desmaterialización. En los títulos valor de participación, cuyo manejo y custodia comenzó a resultar altamente costoso, dicha evolución culminó en la desmaterialización del derecho en forma de anotaciones en cuenta.

Por su parte, los títulos valor cambiarios como letras o pagarés han sufrido una desmaterialización de segundo grado. Si bien en el momento de su creación el derecho se incorpora a un soporte documental, tan pronto como pasa a poder de una entidad de crédito, el

título queda bloqueado (truncado), operando desde este momento por vía informática mediante el intercambio de ciertos identificadores.

En un contexto cada vez más informatizado y con las posibilidades de agilización y eficiencia en la circulación que ofrece internet, muchos han sido los que han planteado proyectos *de lege data* como el proyecto «Firma Electrónica - Gestión de Títulos Cambiarios Electrónicos» (Baygual i Davoust, 2002) y argumentaciones *de lege ferenda*, como en Martínez Nadal (2012) o Gómez Díaz (2011), sobre la posibilidad de crear títulos valor electrónicos, adaptando su uso a la realidad social y económica actual y, sobre todo, atendiendo a su razón de ser: hacer circular el valor en el tráfico mercantil.

Sin embargo, y con independencia de los impedimentos legislativos existentes, uno de los mayores obstáculos que dificulta –o, incluso, impide– la efectiva digitalización de los títulos valor cambiarios está en la carencia de un protocolo satisfactorio para garantizar la integridad del título, es decir, asegurar que el título original no ha sido duplicado y transmitido a varios sujetos a la vez en el entorno virtual.

El precedente de la digitalización de títulos cambiarios consiste en la creación de una entidad central encargada del registro virtual del movimiento de los títulos. Esto, además de suponer un esfuerzo legislativo extra, en términos de definición de la naturaleza y funciones de dicha entidad gestora, tal y como defiende Martínez Nadal (2012), implica un obstáculo práctico a la libre circulación del título. En efecto, puesto que depende este de la validación de un tercero y, a la par, no garantiza que dicho tercero no pueda desempeñar estrategias de arbitraje, generadoras de efectos indeseables para otros participantes.

Sin embargo, en este trabajo defendemos que la situación descrita puede cambiar notablemente de la mano de una tecnología, en notable expansión, conocida como cadena de bloques, *blockchain*. Si se consiguiese, se podría hacer recuperar a los títulos valor un papel protagonista en el tráfico mercantil. Blockchain nació para resolver, precisamente, un problema de confianza y seguridad en internet: el mal llamado problema del «doble gasto», que se explica en el documento fundacional de *bitcoin*, la razón de ser del nacimiento de esta tecnología (Nakamoto, 2008).

Pensamos que este instrumento, blockchain, tiene una gran aptitud por su sencillez, ya que cuenta con el poderoso argumento conceptual de ser un libro mayor distribuido, en el que es posible anotar todos los cambios de estado, así como las firmas de los autorizados para realizar dichos cambios. Y esta es la idea central para desarrollar la estructura del presente trabajo. En el epígrafe 2, se aborda un examen pormenorizado de lo que para los autores es el nudo gordiano de las finanzas tecnológicas (*fintech*), el *token* y la *tokenización*. El epígrafe 3 estudia el posible ciclo vital de una letra de cambio creada sobre blockchain. En el epígrafe 4, se analiza la evolución introducida por la letra de cambio librada sobre una cadena de bloques. Finalmente se exponen las conclusiones de la investigación y algunas líneas futuras de exploración.

2. Token y tokenización o el nudo gordiano de las finanzas tecnológicas: el estado de la cuestión

El término token es utilizado desde la antigüedad en la lengua inglesa. Así, Travaini (2004) hace referencia a los *memory tokens* que, en tiempos medievales, denominaban a las piezas introducidas en los sepulcros de las personas con reputación de santidad o de los propios santos¹. Más adelante, el término token nombraba a las piezas de metal, hechas con el objeto de prestar servicios similares al dinero acuñado por el señor feudal o el rey entre personas privadas por consentimiento mutuo y hasta un cierto importe.

Con el paso del tiempo, los tokens evolucionaron como instrumentos de intercambio económico y su utilización se hizo más compleja, requiriendo la necesaria tutela del derecho inglés en una doble vertiente significativa: a) como un documento o signo de la existencia de un hecho y b) como un elemento de tipificación que distingue, por una parte, entre públicos o generales y privados y, por otra, si son verdaderos o falsos. En términos generales, en el caso de los públicos, si el token se reputa como falso e indica una intención general de defraudar, y se usa para ese propósito, hará al delincuente culpable del delito de engaño; pero si se trata de un token privado, la falsificación o el engaño son cuestiones a dirimir entre privados (Black's Law Dictionary, 2020).

Gracias a esta breve reseña histórica, podemos afirmar que el token es un instrumento antiguo que está experimentando una nueva transformación conceptual, ampliando la riqueza de su contenido de la mano de las fintech y las tecnologías blockchain, como se expondrá a continuación.

2.1. Los elementos configuradores de un token emitido sobre una cadena de bloques

Tanto la connotación económica como la jurídica se encuentran presentes en el significado tradicional del término token desde tiempo inveterado. Sin embargo, desde hace algunas décadas, el concepto se ha visto potenciado al ser dotado de un alto contenido tecnológico. En este sentido, blockchain ha operado como un elemento amalgamador y creador de un nuevo tiempo para el token en el que se ha configurado como un concepto en el que confluyen, de manera indisociable, las perspectivas tecnológica, económica y legal.

¹ Concretamente, la autora señala que los *memory tokens* serían los ejemplares de diversa naturaleza, preferentemente de bajo poder liberatorio, a través de los cuales el devoto peregrino, a la par que dejaba constancia de su paso por el lugar, perpetuaba en la memoria determinados rezos, votos, peticiones o promesas realizadas con anterioridad.

A. Aspectos tecnológicos

Actualmente, la mayor parte de los tokens se generan en la cadena de bloques pública de Ethereum (Buterin, 2013). A partir de Ethereum se han podido desarrollar otras tecnologías similares que se adaptan a determinados aspectos o necesidades de la industria, como Quorum o Parity. También han surgido otras redes de acceso público, como EOS, que son clones de Ethereum.

La existencia de los tokens sobre Ethereum se hace posible gracias a los denominados *smart contracts* –contratos inteligentes– que modelan un token. Los smart contracts son representaciones abstractas que se concretan al desplegarse en la red, es decir, al recibir una dirección concreta (un localizador) que permite ubicar ese smart contract a los usuarios del protocolo.

Un smart contract, como tal, incluye propiedades y métodos. Las propiedades se refieren a la información almacenada en el smart contract, por ejemplo, el número de tokens emitidos o las direcciones de los *wallets* donde están «depositados»². Los métodos, por otra parte, representan las funciones que el smart contract puede llevar a cabo, como la forma de hacer cambios en la lista de tokens asignados a cada dirección. Bajo la tecnología de Ethereum y otras similares, todo token se modela con un smart contract, pero no todo smart contract modela un token.

Con el paso del tiempo, la necesidad de establecer mecanismos para aplicar mejoras o simplemente cambios a la red de Ethereum ha generalizado las llamadas *ethereum improvement proposals* (EIP) que incluyen modificaciones sugeridas para su implementación. No todas las EIP son aceptadas de forma generalizada por la comunidad. En el caso de los smart contracts que modelan tokens, existen al menos dos tipos que han tenido un reconocimiento general y son totalmente interoperables: el ERC-20 y el ERC-721. Las siglas ERC hacen referencia, simplemente, a *ethereum request for comment*, es decir, la propuesta que se comunica a la comunidad de usuarios para su discusión y potencial aplicación. Así, el ERC-20 fue la propuesta número 20 de mejora de la red, y el ERC-721 la propuesta número 721. El ERC-20 es un estándar de normalización para la creación de tokens fungibles, es decir, divisibles en fracciones y totalmente intercambiables. Es el estándar que ha dado lugar a un mayor número de tokens. El ERC-721 es un estándar que normaliza la creación de tokens no fungibles, no divisibles y con características que hacen único a cada uno de esos *tokens*. Una característica podría ser, por ejemplo, un número de serie diferente.

² En realidad, en la red de Ethereum no existe tal concepto de depósito del token en un wallet. El wallet mantiene el registro de claves del usuario. Lo que se guarda en el smart contract es la información del wallet que está autorizado para alterar el estado de ese token. Alterar el estado significa, por ejemplo, ceder su control a otro wallet - otro usuario.



Los estándares ERC-20 y ERC-721 suponen iniciativas de normalización que han ido surgiendo de forma espontánea en la comunidad de Ethereum a partir de la necesidad de generar modelos interoperables, compatibles con distintos tipos de aplicaciones.

El hecho de seguir un estándar no significa que el desarrollador de una solución tenga que confinar su smart contract a las propiedades y métodos incluidos en el estándar. De hecho, puede incluir otros métodos y propiedades, que serán utilizados por aquellas aplicaciones cuya lógica permita interactuar con dichas funcionalidades. Así, podemos decir que la normalización obtenida a través de los estándares ERC-20, ERC-721 y otros, como las mejoras propuestas para dichos estándares, no son, en modo alguno, limitantes para la innovación.

De hecho, la estrategia para el desarrollo de un token puede consistir en aplicar un estándar de smart contract como el ERC-20 y, posteriormente, utilizar otros smart contracts para modelar determinadas características específicas o, directamente, ampliar los métodos y propiedades del smart contract original para incluir esas necesidades no cubiertas.

B. Aspectos económicos

Con cierto grado de generalidad, puede afirmarse que los tokens que han alcanzado una mayor popularidad son los considerados, impropiaemente, como criptomonedas. Los casos más conocidos son los de *bitcoin* y *ether* (el token nativo, consustancial, a la red de Ethereum).

Todas las redes blockchain mantienen una regularidad empírica: el hecho de que los tokens puedan ser conceptuados como unidades contables de un libro mayor que, de manera innovadora, pasa a ser compartido y distribuido (*distributed ledger*). De esta manera, es perfectamente posible rastrear la posesión, la negociación y la diseminación de los tokens entre los agentes implicados en esas actividades transaccionales y, a la vez, participantes en una plataforma blockchain.

El token se convierte en el elemento central de nuevos modelos de negocio basados en la tecnología de cadena de bloques, que, incluso en su forma más básica, facilitan la creación de estructuras económicas anteriormente desconocidas, innovadoras y descentralizadas.

Esa facilidad ha permitido ya la creación de muchos tipos de tokens, que son susceptibles de agruparse en dos grandes grupos: los tokens de protocolo y los tokens respaldados por activos.

Los primeros se utilizan en proyectos con el propósito de crear protocolos. Estos son, fundamentalmente, reglas económicas, implementadas utilizando métodos criptográficos, entre otros, para mantener un consenso disperso en las redes descentralizadas. Cumplen, así, un importante papel instrumental en las propias cadenas de bloques: un claro ejemplo de este tipo de token es el ether, que alimenta la plataforma Ethereum.

El valor de los tokens de protocolo no se deriva de su asociación con ningún almacén de valor existente, sino con su facultad para ser usados en la implementación de los propios protocolos. En principio, la fuente intrínseca del valor fundamental de un token de protocolo, como ether, radica en su capacidad para ser usado en la creación de contratos inteligentes, pero, como sucede con cualquier activo económico sujeto a presión de demanda y aptitud para la negociación secundaria, en la práctica, el proceso de formación de precios (*pricing*) de un token es, en una gran medida, el resultado de la interacción de factores tales como la especulación, las expectativas o la elaboración de estrategias diversas, entre otros muchos.

En cambio, el valor fundamental de los tokens respaldados por activos es derivado, y surge de manera dependiente de los activos con los que son asociados. Así, los tokens tienen la potencialidad para representar, entre otras cosas, valores negociables, derechos de propiedad o activos intangibles, como los derechos de propiedad intelectual. Actualmente, incluso, se aprecia una tendencia a la creación de tokens complejos que estarían vinculados a varias clases de activos diferentes.

C. Aspectos jurídicos

Tanto los tokens básicos como los complejos ponen de manifiesto la crucial importancia de los requisitos jurídicos y legales con los que han de ser dotados y tutelados en beneficio de todos los que tengan un legítimo interés.

Sin este corpus no es posible, utilizando tan solo la tecnología, asociar un token con un instrumento financiero de tal manera que el titular de este llegue a tener similares derechos otorgados a las figuras existentes y consolidadas en el tráfico mercantil.

En consecuencia, se hace absolutamente imprescindible el concurso de una adecuada estructuración jurídica y legal de un token con el objeto de delimitar el estatus de los derechos y obligaciones de su creador, las reglas de intercambio de los tokens y los requisitos exigidos a las contrapartidas, bien sea como adquirentes de tokens o como intermediarios en su comercio.

2.2. Conceptualización y taxonomía de los tokens, el estado de la cuestión jurídica y regulatoria

A pesar de la radiografía que acabamos de realizar sobre los elementos presentes en un token, aún se carece de un consenso general sobre cuál ha de ser su definición y taxonomía. Hoy, podemos identificar dos tendencias a la hora de abordar las definiciones: aquellas que atienden a la literalidad del token, esto es, lo definen como un conjunto de datos cifrados generados en blockchain representados de forma unitaria, y aquellas que atienden a su funcionalidad, definiéndolo como una representación virtual de un valor sujeto a operaciones de intercambio en blockchain.

La definición literal prima la morfología técnica del token asomándonos a conceptos puramente tecnológicos, en los que este se concibe como una pieza de *software*. Esto da lugar a una visión mecanicista, en parte debido a la capacidad de alterar la configuración del token según las reglas que convengan en cada caso. Sin embargo, centrarse solo en una definición literal podría impedir vislumbrar la compleja problemática que involucra el concepto de token desde el punto de vista jurídico.

Dicha problemática tiene su origen, principalmente, en el concepto económico subyacente al token, que condiciona su funcionalidad y, en consecuencia, su calificación jurídica. Así se desprende de las diferentes taxonomías elaboradas, en su mayoría, por supervisores financieros.

En Suiza, la Autoridad Federal de Supervisión de los Mercados Financieros (FINMA, 2016), clasifica los tokens en tres categorías: tokens de pago (*payment tokens*), tokens de utilidad (*utility tokens*) y los tokens en forma de activos (*asset tokens*). El criterio que utiliza se basa en la funcionalidad del token y en su capacidad para ser transferido. Así, los tokens de pago tienen como propósito ser medios de pago en las transferencias de una determinada red; los tokens de utilidad son aquellos que dan acceso a un servicio o una aplicación determinada y, por último, la categoría de los *asset tokens* engloba a todos aquellos tokens con vocación de representar activos financieros en un sentido amplio.

Por su parte, la Financial Conduct Authority (FCA, 2019) de Reino Unido ha sido una de las primeras en reconocer y diferenciar entre los tokens regulados y no regulados. Entre los regulados distingue: los *security tokens*, representativos de derechos y obligaciones en una determinada inversión y el *e-money token*, que se adhiere al concepto de dinero digital de la legislación inglesa. Entre los no regulados el organismo señala que, en su mayoría, se trata de *tokens* no subsumibles bajo concepto de dinero digital o el resto de las normas sobre instrumentos financieros.

Otro pronunciamiento destacable es el del Parlamento Europeo (Houben y Snyers, 2020), cuyo planteamiento descansa en la necesidad de diferenciar entre las llamadas criptomonedas y los tokens, ambos conceptos englobados bajo el término general de criptoactivos. La categoría de tokens comprende a los llamados *security* y *utility tokens*, es decir, aquellos que ofrecen a sus titulares ciertas ventajas económicas o gobernanza o derechos de utilidad/consumo. Al mismo tiempo, el pronunciamiento advierte sobre la posibilidad de encontrar híbridos que incorporen características de ambos tipos.

A pesar de la falta de consenso para alcanzar una categorización de tokens única, las taxonomías anteriores reflejan un común denominador ya mencionado anteriormente: la distinción entre aquellos tokens que pueden ser en sí mismos un activo, pues su valor proviene de su propia existencia en la red (tokens de protocolo), y aquellos tokens que representan activos o derechos que se encuentran fuera de la cadena de bloques, cuyo valor proviene de dicho activo o derecho al que representan.

Esto tiene consecuencias jurídicas relevantes, ya que aquellos tokens que constituyen un activo en sí mismos requerirán, en su caso, la regulación pertinente como nueva fuente de derechos y obligaciones, mientras que cuando nos referimos a un token que sirve de soporte representativo de un activo, lo que debe procurarse es que las reglas de circulación de ese token protejan, de forma equivalente o superior a otras formas de representación, los bienes jurídicos involucrados en cada caso.

Esta dicotomía se resume, por tanto, en la necesidad de conocer cuáles son las reglas aplicables a los nuevos activos surgidos a raíz de blockchain y la necesidad de conocer si los activos tradicionales pueden representarse a través de tokens, es decir, si podemos proteger la circulación de los activos representados a través de una infraestructura blockchain en la medida que la ley exige en cada caso.

Estas cuestiones han sido definidas por Fernández, Esclapés y Prado (2020) como los problemas de producto y los problemas de mercado. Los autores consideran que estos y otros aspectos similares constituyen, precisamente, el nudo gordiano de los procesos de tokenización, o de creación de nuevas representaciones de valor sobre tokens.

2.3. El potencial de los títulos valor materializados en tokens

Si se pretende analizar la viabilidad de crear títulos valor digitales en blockchain es necesario que centremos la atención en los tokens respaldados por activos, es decir, en aquellos tokens cuyo valor tiene origen fuera de la cadena de bloques. Ya destacábamos antes que cuando pretendemos tokenizar un activo tradicional (por ejemplo, un derecho de crédito) por medio de una representación digital en una blockchain, el objetivo es la representación fiel de unos bienes y derechos preexistentes a los que, en todo caso, sabemos qué reglas aplicarles. No tenemos, por tanto, un «problema de producto».

El potencial de los tokens representativos ha sido entendido por muchos expertos como un nuevo salto en la forma de representar valor, ya que no solamente permiten representar y configurar en formato digital (token) cualquier activo, sino que dicha representación queda sometida a unas reglas previamente programadas en los smart contracts que gobiernan al token y que se ejecutan con total trazabilidad y garantía de integridad.

La capacidad de autogobierno tecnológico ha sido denominada por algunos autores como *lex cryptographica*: una nueva forma de ordenar los intercambios mediante la ejecución de código informático de manera automática gracias a la utilización de contratos inteligentes.

Si bien el código informático no equivale a ley, en ocasiones sí rige las relaciones económicas y sociales, especialmente cuando se trata de plataformas digitales con alcance geográfico indeterminado, accesibles desde cualquier país del mundo.

Al mismo tiempo, autores como Ballabriga (2019) han argumentado que el consentimiento expresado en los smart contracts es «más extenso» que el de la contratación tradicional, puesto que también se debe consentir en la forma del contrato y en su modo de ejecución. Incluso desde varias líneas de investigación se han abordado los problemas de gobierno y seguridad que se han producido en algunos de los primeros ejemplos de proyectos descentralizados sobre Ehtereum, como la Decentralized Autonomous Organization (DAO), (Aguilar y Miras, 2020).

En el contexto que nos ocupa, la posibilidad de gobernar tokens automáticamente supone un salto cualitativo en lo que a la representación de valor respecta, pues, tras haber superado el soporte documental con el paso de los títulos valor a las anotaciones en cuenta, ahora resulta posible evolucionar esta representación sometiéndola a reglas informáticas que gobiernan su circulación y que, en ocasiones, podrían llegar a emular lo dispuesto por la ley en un entorno digital, a través de la configuración de un smart contract.

Sin embargo, aunque tecnológicamente sea posible representar cualquier tipo de valor y configurar cualquier tipo de smart contract, no todo lo representado tiene validez. Por ello, el potencial de los tokens representativos debe analizarse cuidadosamente atendiendo a las formas de representación de derechos existentes en nuestro ordenamiento.

Podríamos distinguir casos en los que el token sería un mero reflejo de un activo en blockchain y casos en los que, atendiendo a la teoría del título valor y al principio de equivalencia funcional, podría ser tecnológicamente posible la incorporación del derecho a un token.

Para que la incorporación de un derecho a un token pudiese llegar a suceder, sería preciso, en primer lugar, abordar la gestión del cambio de los agentes involucrados y sus usos habituales. Es aquí donde nos enfrentamos al concepto de «problema de mercado». Debería existir una infraestructura adecuada, con unos agentes que realicen las funciones que permitiesen la gestión y la continuidad de la red blockchain que diese soporte al tráfico de esos instrumentos. Además, esa infraestructura debería permitir preservar en la misma medida (aunque no necesariamente en idéntica forma) los bienes jurídicos protegidos por la ley para tener la oportunidad de ser reconocida por el legislador.

Dado que en el marco de los títulos valor cambiarios no existe disposición legal que exija una infraestructura determinada para la circulación de estos (al contrario, su canal de distribución es el propio tráfico mercantil) y que su naturaleza es «completa» (esto es, su contenido, extensión y límites se deducen del propio título), la solución analizada en este documento es un modelo basado en la completa digitalización del título valor.

A diferencia del modelo actual en el que se combina la existencia del título valor tradicional con el tratamiento electrónico de su información por parte de las entidades de crédito, lo que aquí se pretende es la recreación de un título valor en el entorno digital sustituyendo *ab initio* el soporte documental por su equivalente en token, y programando los smart contracts que lo soportan conforme a las exigencias de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (en adelante, LCCH).

Desde el punto de vista legal, no sería la primera vez que se plantea que un token pueda constituir un título valor. Aunque en un contexto diferente, y tal y como plantea la profesora Chamorro Domínguez (2019), ya la Agencia Tributaria reconoció implícitamente que una criptomoneda podría tener la naturaleza de título valor impropio en su consulta vinculante 2846-15 relativa a la sujeción a IVA de las operaciones de intercambio de bitcoin.

Sin embargo, uno de los propósitos de este trabajo consiste en analizar en qué medida podemos decir que, por ejemplo, un futuro token-título valor dentro de una blockchain es jurídicamente equivalente a un título valor físico y, yendo aún más allá, en qué medida podemos dar a los tokens-títulos valor materializados en blockchain el nombre puro y simple de títulos valor. Es decir, no se busca una representación que implique la desincorporación del derecho o la captura de parte de sus propiedades intrínsecas por terceros, sino su misma materialidad como activo digital.

Si se diseñase un sistema que permitiese hacer circular los títulos valor cambiarios en forma digital, sería necesario que las funciones programadas en los smart contracts implicados en el gobierno del token reprodujesen el efecto exigido por las disposiciones legales que regulan los propios títulos cambiarios; principalmente, nos referimos a la LCCH.

Llegados a este punto, las cuestiones que se acaban de citar serán examinadas con detenimiento, a partir del apartado siguiente, para el caso de una letra de cambio. El objetivo que se pretende sería adaptar este título valor a la tecnología de bloques sin pérdida alguna de su seguridad jurídica y eficiencia y eficacia económicas.

3. Análisis del ciclo vital de una letra de cambio librada sobre una cadena de bloques (letrabloc)

La construcción anterior, aunque posible desde el punto de vista práctico, topa con ciertos obstáculos jurídicos. No se pretende aquí realizar un examen exhaustivo del detalle de cada uno, sino esbozar una primera aproximación que permita abrir camino para futuros estudios más detallados. Para ello el foco del estudio se pondrá en el análisis de un título valor cambiario en particular, la letra de cambio.

Desde el punto de vista tecnológico, un token es lo suficientemente flexible como para convertirse en el soporte del derecho incorporado en una letra de cambio, pero ¿sería esto válido jurídicamente? La cuestión esencial que debe dilucidarse reside en determinar si un token puede equivaler jurídicamente a una letra de cambio y, por tanto, si su tenencia puede considerarse legitimadora para exigir los derechos incorporados a esta, y si su circulación equivale a la transmisión de dichos derechos. En resumen, ¿puede un token gozar de la naturaleza de letra de cambio?, ¿es posible crear letras de cambio libradas sobre una cadena de bloques, letrablocs?

Para responder a esta pregunta parece lógico partir de las referencias al soporte documental que se recogen a lo largo de la LCCH. *A priori* podría sostenerse que, atendiendo a la literalidad de la norma, no es jurídicamente válida la articulación de una letra de cambio en forma de token.

Sin embargo, si se profundiza en el análisis de la cuestión, parece que la articulación de una letrabloc no solamente tiene mayores ventajas desde el punto de vista funcional, sino que permite reducir muchos de los riesgos de los que traen causa las disposiciones de la LCCH, así como dar cumplimiento a estas.

Para realizar este análisis se procederá a abordar varios aspectos de relevancia. En primer lugar, la supervivencia en un token del contenido obligado exigido por la ley para considerar a la letra de cambio como título valor formal. En segundo lugar, se aborda un esquema expositivo del ciclo de libramiento, aceptación, endosos y vencimiento de una letrabloc. En tercer lugar, se procederá a evaluar el mantenimiento de los bienes jurídicos protegidos por la letra de cambio en su materialización como letrabloc.

3.1. Contenido obligado de una letra de cambio configurada en un token

El derecho de los títulos valores se configura como un derecho especial que desplaza el régimen común para el ejercicio y la transmisión de los derechos de contenido patrimonial. Su razón de ser es precisamente servir como alternativa al régimen de la cesión cuando este muestra sus limitaciones más evidentes, es decir, ante derechos destinados a circular.

Para ello la ley se sirve, en primer lugar, del principio de literalidad, exigiendo incluir en el título el contenido, la extensión y los límites del derecho, características que se presentan en términos absolutos en los títulos valor cambiarios (Gadea, 2008). A continuación, se plantea una sucinta aproximación a los requisitos esenciales exigidos por la LCCH para la letra de cambio y su posible implementación en blockchain:

Tabla 1. **Requisitos esenciales de una letra de cambio y su posibilidad de implementación en una letrabloc.**

Requisito esencial en la LCCH	Posibilidad técnica de implementación
La denominación del tipo de letra de cambio se inserta en el texto del mismo título, expresada en el idioma empleado para su redacción.	El smart contract que gestiona las letras deberá contar con un campo que permita incluir el tipo de letra de cambio. Se hace imprescindible contar con un estándar tecnológico para la letrabloc que recoja exhaustivamente sus propiedades y funciones intrínsecas.



Requisito esencial en la LCCH	Posibilidad técnica de implementación
<p>▶</p> <p>El mandato puro y simple de pagar una suma determinada en euros o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial.</p>	<p>La programación del smart contract conductor de la letrabloc ha de incluir esa función. Es posible articular dos alternativas. Una requiere contar con dinero tokenizado (1) en la red. La otra requiere asociar el evento de vencimiento de la letra con la cuenta bancaria de cada una de las partes, de forma que los pagos fuesen ejecutados directamente a través de las entidades de crédito.</p>
<p>El nombre de la persona que ha de pagar y el nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar.</p>	<p>La necesidad de identificación de las partes podría realizarse mediante la creación de identidades digitales (2) con blockchain o, también, podría reemplazarse por las claves públicas que identifican de forma unívoca a las <i>wallets</i>.</p>
<p>La indicación del vencimiento.</p>	<p>Esta es una de las propiedades que debe incluir el smart contract que gestione la letra, y se podría rellenar con un formulario por el interesado.</p>
<p>El lugar en el que se ha de efectuar el pago.</p>	<p>El requisito, desde el punto de vista tecnológico, de las propiedades que debe incluir el smart contract y que, al igual que en el punto anterior, se podrían rellenar con un formulario por el interesado (véase epígrafe 3.2, más adelante). La interpretación de lugar, en este caso, deba ser considerado como una dirección (<i>address</i>) en la red y no una dirección física.</p>
<p>La fecha y lugar en el que se libra la letra.</p>	<p>El requisito se cumple con la inclusión del sello tiempo (<i>timestamp</i>) de la cadena de bloques para la transacción (3). En lo que se refiere al lugar, es válido lo comentado respecto al requisito anterior.</p>
<p>La firma de quien emite la letra.</p>	<p>El requisito se cumple con los mecanismos de firma electrónica (clave privada del emisor o equivalente) atendiendo a lo dispuesto en la Ley 59/2003 de firma electrónica.</p>

- (1) Tecnológicamente es posible tanto enviar un mensaje a un sistema externo, por ejemplo, el de una entidad financiera, para ejecutar un pago a vencimiento del contrato, como movilizar tokens que representen dinero de curso legal dentro de la propia red. Otra cuestión es el avance en el desarrollo de las monedas digitales de bancos centrales (CBDC) o sus versiones sintéticas (sCBDC).
- (2) Existen varias opciones para resolver la cuestión de la identidad digital sobre blockchain. Se trata, además, de uno de los campos más fecundos de investigación en esta tecnología. Sin ánimo de exhaustividad es posible profundizar en la cuestión recurriendo a Alamillo (2019) o Ibáñez (2020).
- (3) El sello de tiempo no es totalmente exacto porque se introduce discrecionalmente por parte del nodo de la red que cierra ese bloque de transacciones. Sin embargo, a efectos de determinar el momento de la emisión, se podría considerar como una alternativa viable. Existen otras alternativas que incluyen el empleo de oráculos, agentes que incorporan información externa a la red, por ejemplo las fechas o el resultado de un evento.

Fuente: elaboración propia.

Como se observa, y a falta de profundizar en el detalle, blockchain permitiría incluir la información exigida por la LCCH para las letras de cambio en el token. Si bien el tipo de red utilizada puede tener importancia para asegurar otros extremos. La articulación técnica del token sería posible tanto en una red de tipo público como de tipo permissionado.

Una vez analizadas las opciones para trasladar el contenido obligado del título formal al token, se abordará un esquema de los cambios de estado de la letrabloc y la interacción de los distintos agentes involucrados.

3.2. Libramiento, endoso, aceptación y presentación al pago de una letra de cambio emitida sobre una cadena de bloques: un esquema expositivo

Este apartado desarrolla el ciclo de vida básico de una letra de cambio, incluyendo los procedimientos de libramiento, aceptación, endosos y vencimiento. Para ello se divide el proceso en tres fases estilizadas: una fase de libramiento y aceptación, una fase de endosos, y una última fase de vencimiento de la letra y pago.

Los autores consideran que una letrabloc debería emitirse como un token no fungible, es decir, indivisible y con unas características propias diferenciadas de otras letras. Esta es la forma en la operan los títulos valor de cambio, por oposición a los títulos valor de participación, para los que los tokens fungibles parecen una buena alternativa a la hora de representar sus características económicas.

Se ha hablado previamente de la estandarización, y la importancia que tiene para hacer interoperables los procesos dentro de una red como Ethereum. En el caso de un título valor como una letra de cambio, sujeta al ordenamiento jurídico español, podrían preverse diferentes alternativas que diesen lugar a la creación de los smart contracts conductores de los tokens no fungibles, y su despliegue en la red.

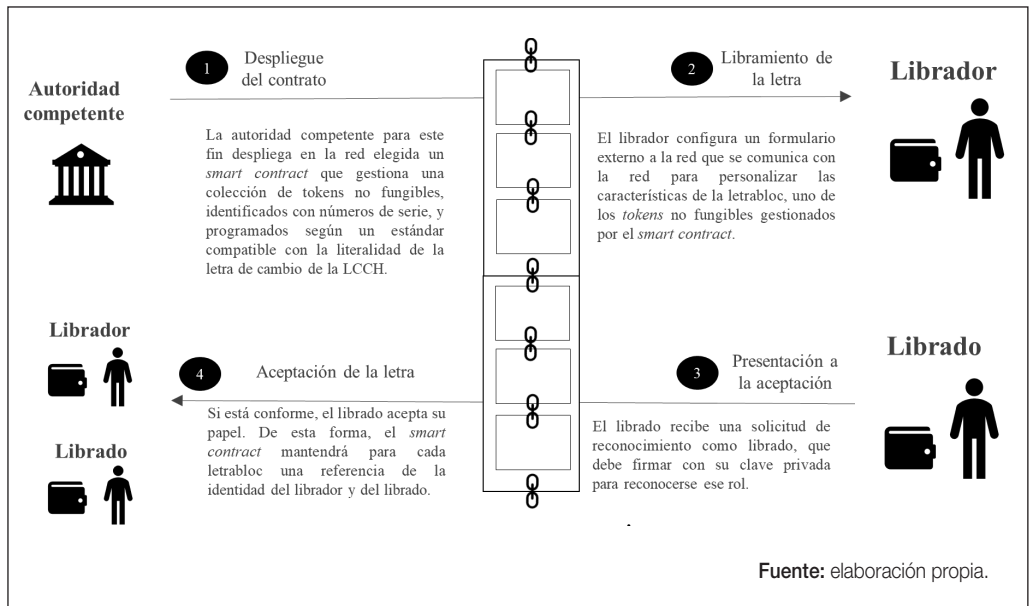
Aunque este es un tema en el que los autores no pretenden profundizar en este esquema expositivo, podría considerarse una nueva forma de entender el timbrado de un título valor cambiario sobre una cadena de bloques. Así, el timbrado consistiría en la programación y despliegue de un smart contract conductor del estándar de letrabloc, que incluya la identificación unívoca para cada una de las letrablocs, los tokens no fungibles, gestionados por ese contrato. Podríamos hablar de números de serie, por ejemplo.

El librador, entonces, debería disponer de una aplicación externa a la red que le permitiese rellenar un formulario con aquellas propiedades que deba contener su letrabloc, propiedades como las identidades de librador y librado, la fecha y lugar del vencimiento de la letra, el importe a pagar, etc. Es decir, los requisitos exigidos por la LCCH para considerar a la letra de cambio como título valor formal. El objetivo de esta aplicación sería facilitar la experiencia del usuario, el librador, que no tiene por qué ser un experto en la tecnología.

Entre los campos que deberá rellenar el librador estarán los de la identidad del propio librador y el librado. Dado que estos actores desarrollan funciones económicas distintas, así deben reconocerse en las funciones que pueden desarrollar uno y otro en el tráfico de la letrabloc.

El modelo particularizado de letrabloc se libra asignando al librador la propiedad de «librador» y potencial transferente, en caso de endoso, del derecho de cobro. Por su parte, el librado recibe la propiedad de «librado», una función diferente que, ante la aceptación de esa condición debería implicar el pago contra entrega del título en las fechas previamente indicadas.

Figura 1. Despliegue del smart contract, libramiento y aceptación de una letrabloc.



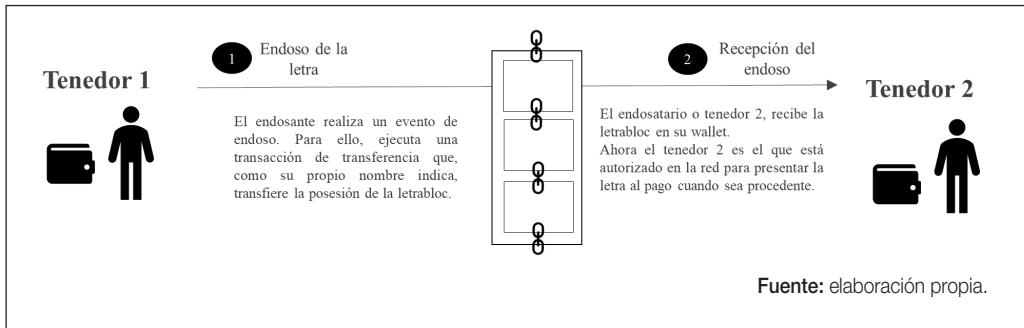
El proceso de endoso se presenta de forma estilizada en la figura 2. El endoso se convierte en un procedimiento sencillo, en el que el tenedor firma la transmisión que cede el control de la letrabloc al endosatario. El método que resuelve esta acción en Ethereum está presente desde los primeros estándares de tokens, puesto que es el que permite «envío de tokens»³. Al estar ahora la letra en posesión del endosatario, este se convierte en el nuevo tenedor y podría repetir el proceso tantas veces como sea necesario hasta que llegue el vencimiento.

³ En la práctica no existe tal envío. El smart contract que gestiona el token cuenta con una nueva relación entre el identificador del token y la dirección que tiene el control del token, en definitiva, el nuevo tenedor. En el caso que nos ocupa, el endosatario.

Las transacciones que dan lugar al endoso quedan registradas en la red, de tal forma que siempre es posible reconstruir la cadena de endosos, desde el último endosatario hasta el librador. Aunque la cuestión de la presentación al cobro en el caso del impago del librado excede los objetivos de este trabajo, es claro que la posibilidad de trazar a todos los obligados cambiarios está presente en la letrabloc.

Una de las cuestiones abiertas para próximas investigaciones reside en la forma óptima de construir el smart contract que gestiona la letrabloc para garantizar la máxima seguridad al pago de su tenedor.

Figura 2. Endoso de una letra de cambio.



La figura 2 no profundiza en las múltiples casuísticas que podrían dificultar el endoso, por ejemplo, un error del endosante al indicar la dirección del endosatario. La solución a la irreversibilidad las transacciones en blockchain no es siempre sencilla, pero el paso del tiempo ha permitido ir construyendo alternativas que hacen viables los procesos como este. Una alternativa consiste en alterar el orden del proceso. El tenedor 1, librador o endosatario, realiza una transacción por la que otorga permiso (autoriza) a otro agente, el potencial endosatario, para que sea este, posteriormente, el que inicie una transacción para tomar el control de la letrabloc. Como puede verse, en este caso existen dos transacciones, lo que implica un mayor coste y menor eficiencia, pero al mismo tiempo, se dota de una mayor seguridad a la operación.

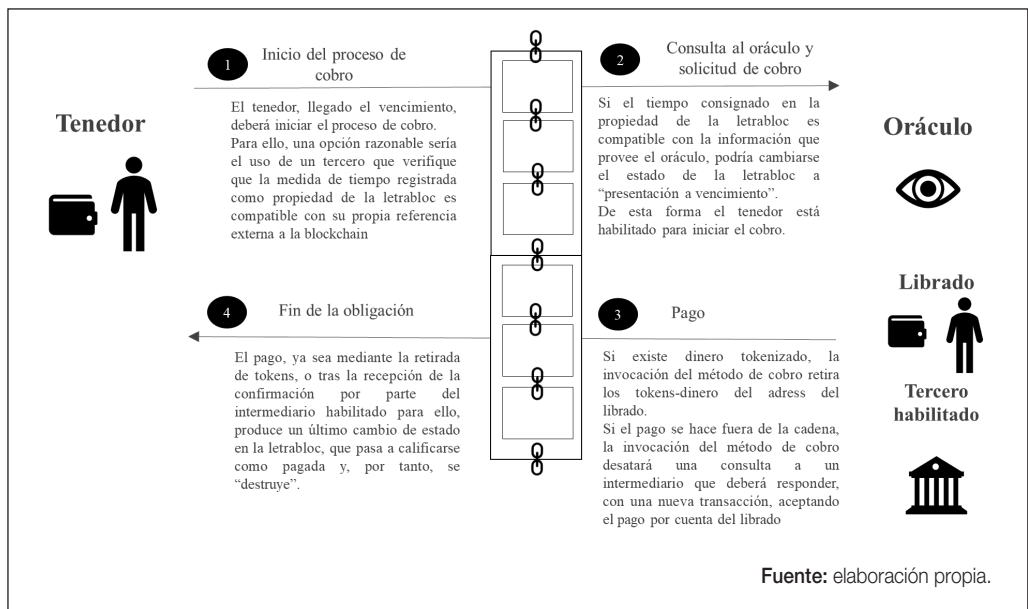
El proceso de pago contra presentación de la letra en una cadena de bloques requiere de algunos supuestos sobre el pago. El primero y más relevante es de carácter estructural y afecta a toda la red. El obligado cambiario podría realizar el pago empleando dinero «tokenizado», es decir, dinero de curso legal representado como tokens. Pero para ello, debería existir ese dinero en esa forma y en dicha red. La cuestión del dinero tokenizado, bajo distintos formatos, es otra de las líneas fundamentales de investigación actuales, tanto de los actores privados como de los actores públicos. Más de 60 bancos centrales de todo el mundo están en distintos estadios de análisis sobre la viabilidad de las llamadas «monedas digitales de bancos centrales» (CBDC). Aunque en este punto la literatura es prolija, se recomienda este análisis del Banco de Pagos Internacionales, donde se presentan los resultados de la última encues-

ta disponible sobre esta cuestión (Boar, Holden y Wadsworth, 2020) y el análisis de las implicaciones para el sector financiero de distintos modelos de CBDC de Adrian y Mancini (2019).

Pero si el dinero tokenizado no está disponible, también sería posible, con la tecnología actual, contar con un mecanismo de conexión entre la red blockchain y los sistemas de información de las entidades financieras que admita la ejecución del pago fuera de la propia cadena de bloques.

La figura 3 representa una versión estilizada del proceso de pago contra entrega, en una versión que consideramos adecuada para los títulos valor propios del tráfico mercantil. La letra se presenta para la aceptación al pago. Así, si el librado acepta el pago, se desencadenaría, ya sea un «movimiento» de tokens –dinero tokenizado– o una llamada a un servicio externo a la red y una respuesta afirmativa, si procede, de confirmación de dicho servicio. Aparentemente, si cada transacción en la red tiene un coste, resultará más gravoso realizar varias transacciones que lleven a buen fin el pago, que realizar una única transacción. Este motivo, entre otras múltiples cuestiones de eficiencia y eficacia, está detrás de la investigación en representaciones tokenizadas de dinero. Por ejemplo, en el caso de la letrabloc, la ganancia de eficiencia derivada del uso de un método de pago interno a la red –dinero tokenizado– se vuelve relevante en el caso de impago del librado y necesidad de solicitar el pago a cada uno de los miembros de la cadena de obligados cambiarios. El recurso a la comprobación de saldo y aceptación de pago fuera de la red implica al menos dos y probablemente más transacciones.

Figura 3. El vencimiento de la letra.



Otra cuestión relevante es la determinación del vencimiento. En la figura 1 hemos hablado, en general, de período de vencimiento. En la práctica, la medición del tiempo dentro de una red de blockchain no es una cuestión evidente. Por ejemplo, de cara a utilizar una unidad compatible con el funcionamiento de la red, alguien podría pensar en medir en número de bloques cerrados el periodo a vencimiento de la letrabloc, en vez de medirlo en días. Sin embargo, el objetivo de la letrabloc es reproducir lo más fielmente posible el funcionamiento de una letra de cambio, según la LCCH, y por tanto se hace necesario contar con una fecha de vencimiento.

Para ello, una solución factible sería contar con un oráculo, es decir, un tercero de confianza al que consultar dicha información de cara a poder proceder al pago. Desde el punto de vista de un procedimiento en blockchain, una opción bastante natural sería que el interesado, el tenedor de la letra, llegado el vencimiento, que puede consultar en el parámetro de la letrabloc, iniciase una consulta al oráculo para que este pudiese confirmar que la fecha que está en sus registros coincide con la que aparece en esa propiedad de la letrabloc. Si fuese así, el estado de la letra cambiaría a «presentable a vencimiento», y el tenedor podría invocar el smart contract para ejecutar el método que dispararía la entrega contra pago. Sin querer ser repetitivos, aquí de nuevo se daría la casuística de la ejecución del pago dentro o fuera de la propia cadena de bloques, con sus peculiaridades.

Conviene recalcar que el smart contract no se puede autoejecutar. Se hace necesario que el usuario autorizado firme una transacción para que el estado de la red, y de la letrabloc, cambie. Otra cosa es que, si se cuenta con una aplicación externa conectada a la red que ayuda al usuario a interactuar con la red de una forma amigable, se puedan establecer procedimientos que lleven a esta aplicación a ejecutar automáticamente una acción que consista en la firma de una transacción que, por ejemplo, dispare a vencimiento la entrega contra pago de la letra, firmando la transacción en blockchain.

3.3. La protección de los bienes jurídicos de una letrabloc

Desde un plano normativo, certificar técnicamente la posibilidad de trasladar los requisitos de una letra de cambio a un token, así como permitir su tráfico en los mismos términos que los actuales permitiría encuadrar la figura de la letrabloc en lo previsto por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos. Esta Ley Modelo recoge en su artículo 10 los extremos que debe cumplir un documento electrónico para considerarse equivalente a un documento en papel. La observancia de estos requisitos para el caso que nos ocupa se aborda a continuación:

- **Identificación unívoca de la letrabloc.** La identificación unívoca de la letrabloc podría producirse a través de cualquier identificador o número de serie que permitiese trazar el token de manera individualizada. Al tratarse de tokens no fungibles es posible distinguir uno de otro (un portador de otro), pero su numeración permitiría un registro más exhaustivo en el smart contract gestor de la letrabloc.

- **Capacidad de controlar la totalidad del ciclo de vida de la letrabloc.** La creación de una letra requiere de mecanismos de emisión, intercambio y, en su caso, de redención que, como se mostró en el epígrafe 3.2 de este documento, pueden articularse a través del uso de la tecnología de cadena de bloques. Estos hitos quedarían registrados en la red como cambios de estado firmados por cada parte de forma perfectamente trazable e inmutable.

Además, para que la obligación de pago surta efectos entre las partes es necesario que el título valor se emita, se firme y, en su caso, se entregue (véanse figuras 1 y 3).

En lo que respecta a la firma de la letra será necesario atender a lo dispuesto por la Ley 59/2003 de firma electrónica y a los numerosos estudios realizados relativos a la creación de identidades digitales en blockchain. Una vez emitida la letra, su endoso se realizaría a través de los envíos de wallet a wallet. La trazabilidad de las transmisiones realizadas en la cadena de bloques permitiría, en su caso, legitimar al portador de la letra mediante la acreditación de una serie no interrumpida de endosos, conforme a lo dispuesto por el artículo 19 de la LCCH. Del mismo modo, la trazabilidad que aporta la tecnología también contribuye a facilitar el ejercicio de los derechos derivados del título, por ejemplo, cuando el pago no se realiza por el obligado cambiario directo. En este caso, el pagador podría ejercer acción contra los firmantes anteriores, perfectamente trazables en la red.

- **Mantenimiento de la integridad de la letrabloc.** La integridad de la letrabloc se consigue gracias a las propiedades de inmutabilidad y trazabilidad que aporta la tecnología blockchain. Mediante mecanismos criptográficos y de concatenación de hashes la integridad de cualquier información registrada en blockchain queda garantizada. Esta capacidad podría hacer innecesarias algunas de las exigencias recogidas en la LCCH como, por ejemplo, la necesidad de incluir la cantidad a pagar en número y letra (cuyo único fin es evitar la manipulación de las cantidades escritas en el título).

El análisis anterior parece aproximarnos a la idea de que es posible proteger los intereses involucrados en el ciclo de vida de la letrabloc de la misma manera que lo es en el ciclo de vida del título documental. No obstante, si bien sabemos que con blockchain se puede crear una letra de cambio con todas sus propiedades, analicemos si dicha letra garantizaría los bienes jurídicos protegidos por el legislador.

Las causas que dieron lugar al surgimiento de los títulos valor vinieron de la mano de la necesidad de agilizar el tráfico mercantil, liberándolo del régimen de la cesión de créditos. La incorporación del derecho al título supuso dotar de un mecanismo de publicidad al derecho incorporado gracias a su soporte material. Es decir, las características físicas del documento son las que hacen que el derecho sea fácilmente consultable, presentable, transmisible sin apenas costes de comprobación.

Este mecanismo de publicidad permite reducir drásticamente los riesgos para el adquirente del título, el cual puede estar seguro de la existencia y consistencia del derecho que adquiere (Alfaro, 2017). La adquisición, a través del documento, queda dotada de publicidad posesoria, generando confianza en el tráfico y permitiendo una mayor agilidad y seguridad en la circulación de los derechos. La seguridad en el tráfico (la protección de los adquirentes de la letra) es, pues, el bien objeto de protección por la regulación de los títulos valor cambiarios.

Este mecanismo de publicidad posesoria es mantenido por la tecnología blockchain, ya que cada transacción (emisión, endoso, pago etc.) es replicada automáticamente y de forma inmutable en cada uno de los nodos que forman parte de la red. De esta manera el envío de la letrabloc de una wallet a otra no implica únicamente la constancia de que el adquirente es el nuevo tenedor de la letrabloc, sino que dicha transacción es conocida y consultable por la totalidad de los miembros que forman parte de la red. Esta operativa refuerza el principio de publicidad posesoria y garantiza en mayor medida la seguridad del adquirente de la letrabloc quien, además, puede trazar el ciclo de vida a lo largo de toda la cadena.

En consecuencia, la tecnología blockchain podría generar una apariencia merecedora de una tutela similar a la de la posesión, en consonancia con lo expuesto por Recalde (2001). Esto permitiría dar un paso más y superar las exigencias de la LCCH, cuyas referencias al soporte cartular descansan en la imposibilidad, hasta hace unos años, de generar apariencia y ofrecer un mecanismo de publicidad fuera del título en forma de documento, tal y como señala Rodríguez de las Heras (2018).

Como se observa, todo lo anterior parece indicar que sería posible crear un token con las mismas características que un título cambiario documental y con la capacidad de producir los mismos efectos gracias al smart contract que lo gobierna.

En consecuencia, resultaría difícil negar efectos jurídicos, validez o fuerza ejecutoria a la letrabloc por la sola razón de que esta adopte la forma de token, principio también incluido en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (así como en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).

Si bien es cierto que la Ley Modelo deja a expensas de los Estados la inclusión de los títulos valor en la categoría de documentos electrónicos transmisibles, también lo es que las anteriores consideraciones podrían servir de base para plantear recogerlos dentro de esta categoría. El reconocimiento de la letrabloc traería consigo, entre otras consecuencias, la posibilidad de considerar la información registrada en blockchain como prueba de garantía.

Sin embargo, a pesar de que la protección de los bienes jurídicos quedaría garantizada, para que la incorporación del derecho a la letrabloc pueda producirse resulta necesario que el ordenamiento reconozca que la constitución, transmisión y ejercicio de derechos pueden

tener lugar como consecuencia de la producción, tradición y presentación del token que lo soporta (Alfaro 2017). Actualmente pocos son los pronunciamientos en España que pueden servirnos de base para inferir cuál es la tendencia. La CNMV en su comunicado de 20 de septiembre de 2018 (CNMV, 2018), reconoció la posibilidad de registrar derechos que puedan tener la consideración de valor negociable a través de la tecnología DLT (blockchain), a pesar de exponer luego importantes salvedades.

4. Los cambios introducidos por las letras de cambio libradas sobre una cadena de bloques

Una vez analizada la posibilidad de preservar los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento en el contexto de los títulos valor, se procede a considerar las posibles mejoras al tráfico mercantil que resultan del libramiento de una letrabloc.

Para ello analizaremos algunos cambios derivados de la digitalización de las letras, los que se producen por la automatización de determinados procesos y, por último, las que se pueden derivar de la trazabilidad del ciclo vital de la letra.

4.1. Qué supone para el tráfico mercantil la digitalización y la inmutabilidad de las reglas del *smart contract*

Para responder a esas cuestiones, en esta sección se revisan las interpretaciones de algunos artículos de la LCCH, lo que permite añadir justificaciones y comentarios a la aproximación del ciclo de vida de la letra en la cadena de bloques, y que se expondrán a continuación de manera esquemática.

Tabla 2. Principales implicaciones para el tráfico mercantil de la digitalización e inmutabilidad del smart contract: un breve examen de la LCCH.

Artículo de la LCCH	Aspectos destacados	Implementación
Art. 9.	El librador garantiza la aceptación y el pago. El librador podrá eximirse de la garantía de la aceptación, pero toda cláusula por la cual se exonere de la garantía del pago se considerará como no escrita.	El smart contract no incluirá la posibilidad de exonerar de la garantía del pago al librador.



Artículo de la LCCH	Aspectos destacados	Implementación
▶		
Art. 15, primer párrafo	El endoso deberá ser total, puro y simple. Toda condición a la que aparezca subordinado se considerará no escrita.	El smart contract no incluirá posibilidad de condicionar el endoso. Este no admitirá la parametrización del endoso, pues solo incluye al nuevo endosatario.
Art. 15, segundo párrafo.	El endoso parcial será nulo.	El smart contract no admitirá la opción de endoso parcial. Este no admitirá más que el campo del nuevo endosatario.
Art. 36, segundo párrafo.	La firma personal en el anverso de la letra de cambio sirve como aval, siempre que no se trate de la firma del librado o del librador.	El smart contract podrá impedir que librado o librador avalen la lettrabloc.
Art. 36, cuarto párrafo.	El aval en documento separado no producirá efectos cambiarios.	El smart contract carecerá de un método que le permita invocar a otro smart contract que gestione avales sobre esa lettrabloc.
Art. 38.	La letra de cambio podrá librarse: 1. A fecha fija. 2. A un plazo a contar desde la fecha. 3. A la vista. 4. A un plazo contado desde la vista. Las letras de cambio que indiquen otros vencimientos o vencimientos sucesivos serán nulas.	El smart contract podrá impedir la inclusión de otro tipo de vencimientos en la lettrabloc a través de campos tasados.

Fuente: elaboración propia.

4.2. Cómo afecta al tráfico mercantil la automatización de la lettrabloc

En esta sección se evalúan algunas de las posibles mejoras que ofrece la automatización de las funciones –los métodos– que forman parte del smart contract que gestiona una lettrabloc.

Obtenemos mejoras aparentemente significativas en el tráfico mercantil derivadas de la automatización de los procesos vinculados a las letras de cambio sobre una cadena de

bloques. A continuación, se revisan las interpretaciones de algunos artículos de la ley cambiaria y se añaden justificaciones y comentarios a la aproximación del ciclo de vida de la letra en la cadena de bloques.

Tabla 3. **Principales implicaciones para el tráfico mercantil de la automatización de la letrabloc: un breve examen de la LCCH.**

Artículo de la LCCH	Aspectos destacados	Implementación
Art. 42, primer párrafo.	Cuando una letra de cambio sea pagadera a fecha fija en un lugar en que el calendario sea diferente del que rija en el lugar de la emisión, la fecha del vencimiento se entenderá fijada con arreglo al calendario del lugar del pago.	El smart contract podrá definir los lugares de pago como ubicaciones en la red. Así, la fecha de vencimiento será única para la red. El smart contract se programará para resolver de forma diferente el caso en función de si el pago se realiza dentro de la propia red o es necesario recurrir a agentes externos (1).
Art. 43, primer párrafo.	El tenedor de una letra de cambio pagadera en día fijo o a un plazo a contar desde la fecha o desde la vista deberá presentar la letra de cambio al pago en el día de su vencimiento, o en uno de los dos días hábiles siguientes.	El smart contract no puede autoejecutarse para producir el cambio de estado de la letra. La automatización de la presentación de la letra en los plazos indicados podría, sin embargo, realizarse desde una aplicación externa.
Art. 60, primer párrafo.	El tenedor de la letra a quien un obligado cambiario le ofrezca el pago de la misma estará obligado a aceptarlo y a entregar la letra en el plazo más breve posible desde el ofrecimiento. A partir de tal ofrecimiento de pago, el tenedor será responsable del perjuicio causado por su conducta.	El librado puede consultar en cualquier momento la wallet/dirección del tenedor. El smart contract puede recoger un método que permita al librado, que ya ha firmado la aceptación, ejecutar un pago que cancele su obligación en cualquier momento. El smart contract cambiará el estado de la letra a pagada, y se «destruirá».

(1) Como se ha comentado anteriormente, esta cuestión está íntimamente relacionada con la emisión de dinero de curso legal dentro de una cadena de bloques o, en su defecto, la alternativa de ordenar un pago de forma tradicional a partir de la ejecución de un smart contract. Ambas opciones son hoy objeto de investigación.

Fuente: elaboración propia.

4.3. Qué supone para el tráfico mercantil la trazabilidad de la letrabloc

Para responder a la pregunta que se acaba de formular, en esta sección se comentarán de forma esquemática las consecuencias que la trazabilidad de la letrabloc podría tener en la aplicación de algunas disposiciones de la LCCH, como se expone más adelante.

Tabla 4. Principales implicaciones para el tráfico mercantil de la trazabilidad de la letrabloc: un breve examen de la LCCH.

Artículo de la LCCH	Aspectos destacados	Implementación
Art. 19, primer párrafo.	El tenedor de la letra de cambio se considerará portador legítimo de la misma cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco. A tal efecto, los endosos tachados se considerarán como no escritos.	Los endosos surgen de forma natural en el envío entre los wallets de los endosantes y endosatarios de la letra. Dicho envío con la firma del endosante es el endoso. Todo el tráfico vinculado a una letra se puede trazar desde su libramiento, por lo que la adquisición de la letra será siempre trazable.
Art. 19, segundo párrafo.	Cuando una persona sea desposeída de una letra de cambio, por cualquier causa que fuere, el nuevo tenedor que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente (serie ininterrumpida de endosos) no estará obligado a devolver la letra si la adquirió de buena fe.	El riesgo de ser desposeído de la letra quedará reducido drásticamente siempre que no se vulnere la seguridad del wallet, especialmente el acceso a la clave privada del tenedor.
Art. 28, primer párrafo.	El librado podrá pedir que se le presente por segunda vez la letra de cambio, al día siguiente de la primera presentación. Los obligados en vía de regreso no podrán alegar que tal petición quedó incumplida, salvo que hubiere constancia de la misma en el protesto o en la declaración equivalente del librado.	La presentación (cambio de estado) de la letrabloc requiere de la firma del librador o endosatario, la cual queda registrada en la cadena de bloques, por lo que siempre podrá comprobarse si esta se presentó.



Artículo de la LCCH	Aspectos destacados	Implementación
▶ Art. 34, primer párrafo.	Cuando el librado tuviere en su poder la letra para su aceptación, la aceptare y antes de devolverla tachare o cancelare la aceptación, se considerará que la letra no ha sido aceptada. Salvo prueba en contrario, la tachadura se considerará hecha por el librado y antes de la devolución del título.	La entrega de la letra supone, en nuestro esquema, la solicitud del cobro y contra tal la entrega del título que se destruye. La dinámica es distinta en función de si el dinero está tokenizado o no, pero en cualquier caso las acciones de los intervinientes son trazables.
Art. 84, primer párrafo.	En los casos de extravío, sustracción o destrucción de una letra de cambio, el tenedor desposeído de la misma podrá acudir ante el juez para impedir que se pague a tercera persona, para que aquella sea amortizada y para que se reconozca su titularidad.	El riesgo de extravío de la letra quedará reducido drásticamente siempre que no se vulnere la seguridad del wallet, especialmente el acceso a la clave privada del tenedor.

Fuente: elaboración propia.

5. Conclusiones

1. La digitalización de las relaciones comerciales ha derivado en la necesidad de adaptar el tráfico mercantil a la era de internet. Esta necesidad se ha traducido en propuestas dirigidas a dar un paso más en la representación virtual de derechos, en muchos casos, a través de la creación de títulos valor cambiarios electrónicos. Sin embargo, la persistente dificultad de garantizar sus propiedades y, en particular, la integridad del título en el ámbito digital ha impedido la creación de un consenso general para poner en marcha tales iniciativas sin la colaboración de terceros de confianza que, al intermediar dichos títulos, alteran de manera muy notable su papel en el tráfico mercantil.
2. En ese contexto, pensamos que la tecnología blockchain abre un camino hacia un modelo de intercambios en el que los intermediarios podrían tener roles novedosos, e incluso se podría aspirar a recuperar el protagonismo de los títulos valor cambiarios. Este trabajo ofrece un análisis pormenorizado sobre la viabilidad de crear un modelo de letra de cambio sobre una cadena de bloques: letrabloc.
3. Apreciamos que hay viabilidad técnica en trasladar el contenido y las propiedades de una letra de cambio a un token no fungible sobre una blockchain que admita

smart contracts. La LCCH exige que la letra de cambio contenga un conjunto de requisitos esenciales para considerarla como tal. Dichos requisitos pueden implementarse en un token a través de distintas técnicas, esencialmente basadas en la configuración específica de las funciones del smart contract conductor del token, la creación de una identidad digital que permita identificar a las partes o la utilización de sistemas de firma electrónica que permitan firmar la letra. La combinación de dichas técnicas de la forma adecuada daría lugar a una materialización de la letrabloc, comprensiva de todos los elementos esenciales exigidos por la ley y que actualmente se trasladan a un soporte documental.

4. Consideramos que una red blockchain hace técnicamente viable la reproducción de la circulación de una letra de cambio garantizando su integridad. De hecho, bajo un modelo de smart contract conductor del token que se adecúe al estándar de tokens no fungibles, cada estado de cada letra en su proceso de circulación quedaría reflejado para cualquiera de las letras timbradas bajo la misma colección, o la misma serie controladas por dicho smart contract.

La propia configuración técnica de blockchain, basada en mecanismos criptográficos y de concatenación de hashes, se encuentra específicamente diseñada para garantizar que, en este caso, la letrabloc no ha sido duplicada ni transmitida a varios sujetos a la vez en el entorno virtual, superando así el principal obstáculo que, hasta ahora, impedía digitalizar títulos valor cambiarios.

5. En el contexto del punto anterior, creemos que resulta posible configurar los smart contracts que gobiernan los intercambios de la letrabloc conforme a las exigencias de la LCCH. Esta circunstancia sumada a otras técnicas y aplicaciones como la firma electrónica o la identidad digital brindan la posibilidad de reproducir el esquema de libramiento, aceptación, endoso y vencimiento de una letra de cambio en un entorno virtual como estados por los que transita el token en el que se materializa la letra, en los mismos términos en los que se produciría en la realidad analógica.

Hemos comprobado que los bienes jurídicos protegidos por la LCCH se pueden garantizar a través del uso de la cadena de bloques. El mecanismo de publicidad posesoria podría mantenerse e incluso potenciarse en una red blockchain. Al tratarse de un libro mayor distribuido en el que se anotan de forma inmutable todos los cambios de estado y las personas autorizadas para ello, cada transacción es conocida y consultable por la totalidad de los miembros que forman parte de la red, lo que refuerza el principio de apariencia. De esta forma, se garantizaría la seguridad del adquirente de la letrabloc, quien podría trazar el ciclo de vida de esta a lo largo de toda la cadena, reforzando la función para la que nacieron los títulos valor: la agilización del tráfico mercantil.

6. Consideramos que resultan adecuadas las propiedades de la tecnología blockchain relativas a la trazabilidad, automatización y flexibilidad en la configuración

de los smart contracts y, además, permiten simplificar cuestiones que, en un entorno analógico, solamente podrían solventarse mediante regulación específica. De entre tales simplificaciones destaca la eliminación del repudio por el uso de claves públicas y privadas en la cadena de bloques, mejoras aparentemente significativas derivadas de la automatización de los procesos vinculados a las letras de cambio en blockchain y una mayor transparencia gracias a la trazabilidad de los endosos en la red. Por tanto, el uso de la letrabloc podría dar lugar a ventajas en términos de eficiencia y agilización del tráfico, resultando en ahorros de costes económicos.

7. Como sucede en toda investigación sobre una realidad compleja, quedan pendientes varias tareas importantes como líneas de trabajo futuro. En efecto, la labor de perfilado de la definición de una letrabloc y sus componentes esenciales económicos, jurídicos y tecnológicos ha puesto de manifiesto algunas áreas en las que profundizar en próximos trabajos.
 - 7.1. Se requiere abordar la posibilidad de comparar las distintas opciones de digitalización disponibles bajo la tecnología de la cadena de bloques. En este estudio se ha considerado que la alternativa más interesante es la de la emisión del título valor cambiario –la letrabloc–, sobre blockchain, con el token como soporte de materialización. Sin embargo, también sería posible optar por el camino de la tokenización de una letra de cambio. En este caso se procedería a la representación en blockchain de un título valor ya existente, como si la red ofreciese una alternativa al truncamiento y al intercambio posterior de claves realizado por los intermediarios financieros.
 - 7.2. Se requiere desarrollar un elemento fundamental, como es la arquitectura de la red que debiera soportar el tráfico mercantil de las letrabloc. Cabría plantearse opciones de despliegue sobre una red pública o la necesidad de optar por redes privadas o permissionadas. Sería interesante establecer las ventajas e inconvenientes de ambos modelos para favorecer la innovación y el mantenimiento de la seguridad a la vez que se garantiza el tráfico mercantil y los bienes jurídicos protegidos en una letrabloc.
 - 7.3. Es necesaria una gran profundización en el papel de los distintos agentes que deberían formar parte de esa red. Un modelo compatible con la realidad actual de la letra de cambio requiere, entre otros, la definición del rol de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Su papel podría consistir, tal vez, en el despliegue en la red de los smart contracts controladores de las añadidas o series de letrablocs. Smart contracts que estarían así listos para ser llamados por los usuarios, los libradores, a la hora de configurar su letrabloc particular con los parámetros acordes con sus necesidades de tráfico.
 - 7.4. Es necesario trabajar en el marco de la gobernanza que debería tener esa red. Incluso en el caso de una preferencia por las redes públicas, se hace imprescin-

dible la definición de roles especiales acordes con las necesidades específicas del proceso. Así parece derivarse de las experiencias pioneras en el caso de los títulos valor de participación materializados en blockchains públicas, como las pruebas realizadas por el Banco Santander o Société Générale, entre otros.

También ha de incluirse la necesidad de un gran esfuerzo investigador para resolver satisfactoriamente el problema de la identidad digital, considerado por muchos como elemento indisoluble al nudo gordiano de blockchain. La privacidad juega un papel esencial en este modelo, no solamente en lo que respecta a la propia identidad digital de librado y librador, sino en términos de confidencialidad de la transacción. Definir el grado de la transparencia de la red, y encontrar un equilibrio entre la publicidad necesaria para garantizar la confianza en el tráfico mercantil y la confidencialidad del contenido de la transacción, por ejemplo, en términos de visibilidad de la cuantía de la letra, resulta esencial para que el modelo sea atractivo.

Asimismo, el análisis de la viabilidad del token no fungible como elemento de materialización de otros títulos valor cambiarios, como el pagaré o el cheque, obliga a repensar, especialmente en el último caso, cuestiones como la involucración de terceros en la red. En el caso de los cheques las entidades de crédito podrían jugar un papel preferente.

- 7.5. Por último, la reflexión y el análisis sobre los efectos que el traslado de la operativa de estos títulos a blockchain podría tener en el tráfico mercantil es una línea de investigación abierta, que abre un extraordinario abanico de posibilidades a la hora de explorar nuevas modalidades e instrumentos de financiación, en general.

Referencias bibliográficas

- Adrian, T. y Mancini, T. (2019). The Rise of Digital Money. *Fintech Notes*. Note 19/01. International Monetary Fund.
- Aguiar Cárceles, M. M.^a y Miras Marín, N. (2020). Consecuencias penales y tributarias a la modificación fraudulenta de los smart contracts. Especial referencia al caso The DAO. *Revista CEFLegal*, 231, 113-134.
- Alfaro Águila-Real, J. (2017). Los títulos-valores y el pasado como futuro. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/los-titulos-valores-pasado-futuro>
- Alamillo, I. (2019). Las tecnologías de registro distribuido (blockchain) y la transformación del procedimiento administrativo. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 1.
- Ballabriga Solanas, T. (2019). Régimen jurídico y problemática de los contratos inteligentes. *Revista CEFLegal*, 227, 5-38.
- Baygual i Davoust, F. A. (2002). España: Horizontes no tan lejanos: el proyecto PISTA sobre títulos cambiarios electrónicos. *REDI Revista Electrónica de Derecho Informático*.
- Black's Law Dictionary. (2020). *Law Dictionary & Black's Law Dictionary*. (2.^a ed.). <https://dictionary.thelaw.com/token/>
- Boar, C., Holden, H. y Wadsworth, A. (2020). Impending arrival – a sequel to the survey on central bank digital currency. *BIS Papers*, 107.
- Buterin, V. (2013). Ethereum: A Next-Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform. <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper>
- Chamorro Domínguez, M. C. (2019). Aspectos jurídicos de las criptomonedas, Blockchain Intelligence. www.blockchainintelligence.com
- CNMV. (2018). Criterios en relación con las ICOs. <http://cnmv.es/DocPortal/Fintech/CriteriosICOs.pdf>
- FCA. (2019). Guidance on Cryptoassets, Feedback and Final Guidance to CP 19/3. Policy Statement PS19/22. <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf>
- Fernández Herraiz, C., Esclapés Membrires, S. y Prado Domínguez, A. J. (2020). Tokens and Tokenization: Still a Gordian Knot for the Future of FinTech? En B. Álvarez García y J. Abeal Vázquez, (Eds.), *Emerging Tools and Strategies for Financial Management* (pp. 32-58). IGI Global.
- FINMA. (2016). Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs). <https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/>
- Gadea Soler, E. (2008). *Los títulos valor. Letra de cambio, cheque y pagaré*. Universidad Rey Juan Carlos.
- Gómez Díaz, J. L. (2011). El título valor electrónico, especial referencia a la letra de cambio electrónica y la actuación notarial. *La Notaría*, 101-107.
- Houben, R. y Snyers, A. (2020) Cryptoassets. Key developments, regulatory concerns and responses. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. Directorate-General for Internal Policies. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU\(2020\)648779_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU(2020)648779_EN.pdf)
- Ibáñez Jiménez, J. W. (2020) Gestión distribuida de la identidad digital: claves orientadoras para el Regulador Europeo. *Revista Legal Alastria*, 14-19.
- Martínez Nadal, A. (Ed.). (2012). *Títulos cambiarios electrónicos: Estudio interdisciplinar*. Civitas.



Nakamoto, S. (2008). Bitcoin: A peer to peer electronic cash system. <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

Recalde Castells, A. (2001). Electronificación de los títulos-valor. *Revista de Contratación Electrónica*, 69-108.

Rodríguez de las Heras Ballel, T. (2018). Los títulos valor electrónicos de crédito y pago.

En R. Illescas Ortiz (Ed.), *Electronificación de los títulos valores*. Civitas.

Travaini, L. (2004). Saints and Sinners: Coins in medieval Italian graves. *Numismatic Chronicle*, 159-181.



Acreeedores cuyas cargas figuran en el registro con anterioridad: perjuicios que sufren si el inmueble es subastado por un gravamen posterior

M.^a José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

Extracto

En el presente artículo se analizan los problemas que ocasiona al acreedor, cuya anotación preventiva de embargo o hipoteca consta en el registro con anterioridad, el hecho de que otro acreedor posterior se adelante a subastar el inmueble.

Palabras clave: embargo; hipoteca; subasta; liquidación de cargas; sobrante.

Fecha de entrada: 16-07-2020 / Fecha de aceptación: 07-09-2020

Cómo citar: Achón Bruñén, M.^a J. (2020). Acreeedores cuyas cargas figuran en el registro con anterioridad: perjuicios que sufren si el inmueble es subastado por un gravamen posterior. *Revista CEFLegal*, 237, 73-98.



Creditors whose charges appear in the property registry previously: damages suffered if the property is auctioned by a subsequent lien

M.^a José Achón Bruñén

Abstract

This article analyzes the problems caused to the creditor, whose preventive entry of seizure or mortgage is recorded in the Property Registry beforehand, the fact that another subsequent creditor goes ahead to auction the property.

Keywords: seizure of assets; mortgage; auction; liquidation of charges.

Citation: Achón Bruñén, M.^a J. (2020). Acreedores cuyas cargas figuran en el registro con anterioridad: perjuicios que sufren si el inmueble es subastado por un gravamen posterior. *Revista CEFLegal*, 237, 73-98.



Sumario

1. Derechos de los acreedores cuyas cargas constan en el registro con anterioridad
 - 1.1. Subrogación del rematante o adjudicatario en los gravámenes anteriores sin convertirse en deudor
 - 1.2. Derecho del titular de una anotación preventiva de embargo anterior a ampliar su importe manteniendo el mismo rango registral
 - 1.3. Derecho del acreedor con garantía hipotecaria a iniciar una ejecución ordinaria embargando el mismo bien hipotecado con prioridad registral frente a las cargas intermedias (salvo en lo que exceda de la cobertura hipotecaria)
2. Obligación de los acreedores anteriores de informar sobre la cuantía de sus cargas si el bien se subasta por una carga posterior
 - 2.1. Polémica acerca de la existencia de esta obligación en la ejecución hipotecaria
 - 2.2. Modo de hacer constar en el registro la minoración de cargas de los acreedores anteriores
 - 2.3. Perjuicios que sufre el acreedor anterior si facilita una información errónea
 - 2.4. Acreedores anteriores que no facilitan la información que se les solicita
3. Perjuicios que ocasiona al acreedor que consta en el registro con anterioridad el hecho de que el bien sea adquirido por un tercero en una subasta por una carga posterior
 - 3.1. Ejecución ordinaria
 - 3.2. Ejecución hipotecaria

Referencias bibliográficas

1. Derechos de los acreedores cuyas cargas constan en el registro con anterioridad

1.1. Subrogación del rematante o adjudicatario en los gravámenes anteriores sin convertirse en deudor

Con la actual crisis económica, originada por la pandemia de la COVID-19, el endeudamiento de profesionales y particulares puede ocasionar que un mismo inmueble se encuentre grabado con diversos embargos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 610.2, *in fine*, de la LEC, «el reembargante podrá solicitar la realización forzosa de los bienes reembargados, sin necesidad de alzamiento del embargo o embargos anteriores, cuando los derechos de los embargantes anteriores no hayan de verse afectados por aquella realización».

Con base en este precepto, el reembargante puede instar la subasta antes que el embargante si el bien posee publicidad registral, dado que, tras la enajenación forzosa, las cargas anteriores subsisten y el rematante o adjudicatario se subroga en las mismas, entendiéndose que las acepta (art. 668.2.II LEC). El problema es que la responsabilidad del tercer poseedor se encuentra limitada (art. 613.3 LEC), ya que, como analizaremos en otro epígrafe del presente comentario doctrinal, el acreedor anterior no puede cobrar su crédito del mismo modo cuando el bien se ha transmitido a un tercero que si continúa en propiedad del deudor.

En todo caso, para que el acreedor posterior pueda sacar el bien a subasta, las cargas anteriores no deben alcanzar ni superar el valor de tasación (art. 666.2 LEC), dado que nadie va a querer pujar por un bien cuyo valor sea inferior a sus cargas, dado que el rematante se subroga en las mismas.

Como predica el Tribunal Supremo¹,

la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura, esto es, la subrogación, al amparo del precepto, acontece sobre

¹ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 366/2016, de 3 de junio (NCJ061484) y 497/2016, de 19 de julio (rec. núm. 125/2014 [NCJ061566]).

el deber de naturaleza real de soportar la realización forzosa del bien para satisfacer el crédito asegurado y no en asumir forzosamente la posición del deudor en la relación obligacional objeto de la garantía hipotecaria.

El rematante o adjudicatario queda subrogado en la responsabilidad de las cargas anteriores, las cuales subsisten, pero ello no comporta que se produzca una asunción de deuda, al no producirse una novación subjetiva, por lo que si con posterioridad el deudor o el fiador abona la deuda, puede surgir una situación de enriquecimiento injusto, dado que el rematante o adjudicatario ha adquirido un bien cuyas cargas anteriores se han rebajado del valor de tasación para hallar el valor de liquidación o valor por el que el bien ha salido a subasta. El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en la Sentencia 366/2016 de 3 de junio de 2016, rec. núm. 1304/2014 (NCJ061484), conoce de un supuesto en que un tercero se adjudicó una finca en subasta por 6 euros, ya que en la determinación del precio de venta en pública subasta del bien embargado se tuvo en cuenta la carga hipotecaria previa que gravaba la finca. El Alto Tribunal considera que aunque el adjudicatario no se convierte en deudor, sino que pasa a ser un tercer poseedor, respondiendo únicamente con el bien adquirido de las cargas anteriores que pesan sobre el mismo (dado que la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura), cuando del precio de remate se le hubiera rebajado el importe de la deuda garantizada con una carga anterior y esta hubiere sido abonada posteriormente por el fiador, concurren los presupuestos para que resulte de aplicación el instituto del enriquecimiento injustificado. La teoría del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o acción culpable de ningún género, ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino simplemente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa y sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe².

Asimismo, cuando un tercero ha adquirido en una subasta un bien gravado con una hipoteca anterior, aunque no se convierte en deudor, debe soportar, llegado el caso, la ejecución de esta, dada la reipersecutoriedad de que goza la hipoteca, aunque nunca podrá dirigirse contra él –ni tampoco contra el hipotecante no deudor– la acción personal.

En este caso, cuando la entidad bancaria acreedora inicie una ejecución hipotecaria, deberá demandar no solo al deudor sino, en su caso, al actual propietario (tercer poseedor). El artículo 685 de la LEC establece que en el procedimiento hipotecario se ha de demandar al deudor y al tercer poseedor siempre que este hubiera acreditado al acreedor su adquisición³, enten-

² STS, Sala 1.ª, de 23 octubre 2003 (RJ 2003\7764).

³ Cuando el tercer poseedor no hubiera acreditado al acreedor su adquisición pero fuera conocida su existencia, las reglas de la buena fe procesal obligan a dirigir la demanda contra él si dicho conocimiento fuera anterior al proceso. Si el conocimiento fuese posterior a la demanda, deberá poner dicha circunstancia en conocimiento del juzgado para que se le pueda notificar la existencia de la ejecución.

diendo el Tribunal Constitucional⁴ y la DGRN⁵ que también debe ser demandado si constara su derecho inscrito en el registro en el momento de presentar la demanda ejecutiva⁶, dado que la publicidad registral atribuye una eficacia *erga omnes* a lo inscrito (arts. 13, 32 y 34 LH). No obstante, esta tesis ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina⁷ y no es compartida por todos los tribunales de manera unánime; así, la SAP de Madrid, Sección 20.^a, núm. 199/2018, de 4 de junio, rec. núm. 129/2018 (SP/SENT/967969) considera que si el tercer poseedor no ha acreditado su adquisición ante el acreedor, este no tiene que demandarle en el procedimiento hipotecario, aun cuando su derecho conste en el momento de interponer la demanda inscrita en el registro, dado que, conocida su existencia al recibir la certificación de cargas, sus intereses se salvaguardan notificándole la existencia de la ejecución (art. 689 LEC), toda

⁴ STC, Sala 1.^a, núm. 79/2013 de 8 de abril, rec. núm. 6996/2011 (NCJ059850):

En este sentido, el art. 685 LEC establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados «siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes», precepto este que entendido según el art. 24 CE nos lleva a la conclusión de que la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria. En efecto, en la cuestión planteada la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos *erga omnes*, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que este conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral. Esta solución resulta reforzada por lo dispuesto en el art. 538.1.3 LEC, de aplicación al proceso especial de ejecución hipotecaria ex art. 681.1 LEC, donde se reconoce la condición de parte al titular de los bienes especialmente afectados al pago de la deuda, así como por lo dispuesto en el art. 132 de la Ley hipotecaria (LA LEY 3/1946), que exige al registrador, a la hora de realizar la calificación del título, que constate si se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y «terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento».

⁵ Resoluciones de la DGRN de 20 de marzo de 2014, 6 de junio de 2017, 10 de julio de 2017 (BOE de 27 de julio), 20 de abril de 2018 y 29 de marzo de 2019 (BOE de 16 de abril).

⁶ También se considera necesario demandar al tercer poseedor cuando en el momento de interponer la demanda exista un mero asiento de presentación a su favor:

En este sentido, en la STS 43/2011, de 3 de febrero, rec. núm. 13/2008 (NCJ054479), se aprecia error judicial en un caso en que se denegó la nulidad de actuaciones porque se entendió que no debía notificarse el procedimiento hipotecario a quien no tenía inscrita su derecho, sino solo un asiento de presentación.

En parecidos términos, la RDGRN de 7 de marzo de 2014 (SP/SENT/763830) contempla un supuesto en que en la certificación solicitada antes de iniciarse el procedimiento para acompañar a la demanda, se reseñó que existía presentado, pendiente de despacho, el título de compraventa de la finca hipotecada a favor de unos terceros. En esta resolución se declara que, en tanto el artículo 24 de la LH considera como fecha de la inscripción a todos los efectos la fecha del asiento de presentación, y dado que se retrotrae la eficacia de la inscripción posterior a la fecha de dicho asiento, deben ser demandados y requeridos de pago los terceros adquirentes, en su condición de terceros poseedores, cuando presentaron su título antes de interponerse la demanda de ejecución, aun cuando obtuvieron su inscripción después, durante la vigencia del primitivo asiento.

⁷ Cfr. García Vila (2014).

vez que el acreedor hipotecario no tiene ninguna obligación de consultar el registro, porque la inscripción de la hipoteca le exonera de cualquier otra obligación posterior.

En los casos en que siendo preceptivo demandar al tercer poseedor no se constituya el debido litisconsorcio pasivo necesario, ello determinará la nulidad del procedimiento hipotecario⁸. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 79/2013, de 8 de abril⁹, estima el amparo en un supuesto en que, constando en la certificación de cargas que el titular del inmueble era distinto al deudor hipotecario, ni se le requirió de pago ni se le notificó la existencia del procedimiento, considerando que su falta de llamada al proceso de ejecución hipotecaria vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la CE¹⁰. En este mismo sentido, la DGRN¹¹ rechaza la inscripción de resoluciones judiciales si no consta que los titulares de derechos inscritos que se pudieran ver afectados han tenido la intervención establecida por las leyes para su defensa, evitando así que sufran las consecuencias de su indefensión procesal (art. 132.1.º LH).

No obstante, cuando el conocimiento o la propia existencia del tercer poseedor fuere posterior a la demanda ejecutiva, por haber inscrito su derecho con posterioridad en el registro, no habrá que demandarle, pero ello no supone que no deba ser llamado al proceso, pues conforme al artículo 689 de la LEC, si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerida

⁸ STS, Sala 1.ª, de 2 de diciembre de 2004 y RDGRN de 16 de octubre de 2014.

⁹ STC, Sala 1.ª, 79/2013, de 8 de abril, rec. núm. 6996/2011(NCJ059850).

¹⁰ Cfr. Bernabéu Pérez (2013, p. 107).

¹¹ RDGRN de 20 de noviembre de 2014:

La notificación que sobre la existencia de dicho procedimiento se le haya podido realizar no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago. Es cierto que según el artículo 132.2.º de la Ley Hipotecaria, la calificación del registrador se extenderá al hecho de «que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas...», y, conforme al artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca». Pero, como se ha señalado en la doctrina científica, el tercer poseedor ha de ser demandado y requerido de pago de conformidad con lo dispuesto en los artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien, en los casos en que no se hubiere acreditado al acreedor la adquisición de los bienes hipotecados –ni se hubiera inscrito– en el momento de formular la demanda sino que hubiera inscrito su derecho posteriormente de modo que aparezca en la certificación registral, debe ser entonces (tras la expedición de dicha certificación para el proceso) cuando se le deberá notificar la existencia del procedimiento.

En similares términos: RDGRN de 21 de marzo de 2014 (SP/SENT/763867).

de pago en ninguna de las formas, notarial o judicial, previstas legalmente, se le notificará la existencia del procedimiento, en el domicilio que conste en el registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución o satisfacer, antes del remate, el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca (art. 132.2.º LH).

No obstante, en el caso de que el tercer poseedor haya inscrito su derecho en el registro con posterioridad a la certificación de cargas, no será necesario tan siquiera notificarle la pendencia del procedimiento, puesto que ya habrá conocido su existencia por la nota marginal que extiende el registrador cuando expide la citada certificación (art. 132.2.º LH).

1.2. Derecho del titular de una anotación preventiva de embargo anterior a ampliar su importe manteniendo el mismo rango registral

El acreedor cuya anotación preventiva de embargo conste en el registro con anterioridad ostenta el derecho de ampliar el importe de esta, manteniendo la ampliación el mismo rango registral que la inicial anotación aun cuando consten en el registro acreedores posteriores.

La DGRN¹² considera que la ampliación de la anotación preventiva de embargo a consecuencia del vencimiento de nuevos plazos (art. 578 LEC)¹³, de resultar insuficiente la cantidad presupuestada para intereses y costas (art. 613.4 LEC), e incluso de haber acumulado otras ejecuciones (art. 555 LEC)¹⁴ goza de la prioridad de la propia anotación de embargo frente a posteriores inscripciones o anotaciones, aunque se hubieran practicado antes de dicha ampliación¹⁵, con la excepción prevista en el artículo 613.3 de la LEC, conforme al cual la respon-

¹² Resoluciones de la DGRN de 26 de septiembre y 4 de diciembre de 2003, de 12 de febrero, 26 de abril, 30 de septiembre y 1 de octubre de 2005, de 18 de marzo y 25 de abril de 2006, y de 15 de septiembre de 2015.

¹³ RDGRN de 26 de septiembre de 2017:

La doctrina de este Centro Directivo se ha ido consolidando y concretando a lo largo del tiempo, de tal manera que ha permitido la llamada ampliación de embargo no solo por nuevos intereses y costas generados a lo largo del procedimiento ejecutivo, sino incluso por nuevos importes del principal de la deuda que genera el apremio, siempre que tuviesen el mismo origen que el débito original y que por ello pudiesen ser exigidos en el mismo procedimiento, como ocurre en los nuevos vencimientos de una deuda de duración periódica (Resoluciones de 4 de diciembre de 2003, 7 de junio de 2006, 14 de julio de 2011 y 16 de febrero de 2015).

¹⁴ En este sentido, la RDGRN de 30 de septiembre de 2005 (BOE del 17 de noviembre), referida a acumulación de ejecuciones laborales, considera que el hecho de que al procedimiento primeramente iniciado se hayan acumulado otros no es óbice para la cancelación de los asientos posteriores a la primera anotación preventiva de embargo, pero previos a la ampliación del mismo. En similares términos, RDGRN de 2 de diciembre de 2004.

¹⁵ De conformidad con lo establecido en el artículo 613 en sus párrafos primero y segundo, el embargo atribuye al acreedor el derecho a cobrarse íntegramente con el precio de realización del bien trabado, lo

sabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquellos hubieran inscrito su adquisición. No obstante, cuando la finca apareciera inscrita a favor de persona distinta al ejecutado ya no es posible la ampliación del importe de la anotación preventiva de embargo, pues al salir el bien del patrimonio del deudor, no se podrá hacer efectiva su responsabilidad patrimonial universal más allá de los términos en que se practicó el embargo y se reflejó registralmente¹⁶.

Este derecho de los acreedores anteriores merece ser objeto de crítica¹⁷, dado que perjudica tanto a los acreedores que constan en el registro con posterioridad como a los terceros que hayan adquirido el bien en una subasta por una carga posterior:

- Respecto de los primeros, les ocasiona una gran inseguridad el hecho de que un embargante anterior pueda incrementar el importe de su anotación preventiva de embargo, ya que si el aumento alcanza o supera el valor de tasación, no van a poder adelantarse en instar la subasta del bien (art. 666.2 LEC), y si es el acreedor anterior el que primero solicita la subasta, pueden ver frustradas sus expectativas de recibir algún sobrante¹⁸.
- En cuanto a los terceros que hayan adquirido el bien en una subasta a consecuencia de una carga posterior, puede ocurrir que antes de que inscriban el de-

que no puede ser impedido por ningún otro acreedor que no haya sido declarado preferente en una tercería de mejor derecho, por lo que el segundo embargo en modo alguno puede menoscabar el derecho íntegro de cobro del acreedor embargante, de lo que se deduce que no hay razón para que la anotación de embargo posterior impida reflejar en la anotación del primer embargo el exceso por intereses y costas devengados sobre lo inicialmente previsto en la ejecución en que se acordó.

¹⁶ Cfr. Rivas Torralba (2001, p. 87) y Martínez Escribano (2006, p. 74, 75, 107, 108 y 119).

¹⁷ Cfr. Rivas Torralba (2001, p. 87). Este registrador considera que la nueva anotación, aunque conectada con la inicial, debería tener su propio rango registral, por lo que debería nacer subordinada a las anotaciones que hubieran accedido al registro con posterioridad a la anotación que se pretende ampliar.

¹⁸ Cfr. Martínez Escribano (2006, pp. 44 y 169). En opinión de esta autora se debería cerrar la vía a la constancia registral de la ampliación de una primera anotación preventiva de embargo cuando hubiera acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad, ya que estos han confiado en lo que constaba en el registro y una variación de esta índole puede ser contraria a la seguridad jurídica.

Rodríguez Serrano (2009, p. 16):

Asume la DGRN que el acreedor intermedio esté privado de hacer valer su prioridad registral mediante la tercería de mejor derecho, cuando los créditos que se le anteponen mediante la acumulación gocen de su misma prelación. Pero obvia que la solución por la que ha optado puede dejar también inerte al acreedor intermedio ¡aunque goce de preferencia material sobre los créditos acumulados! Si la Ley no prevé que se le notifique la acumulación de ejecuciones en un proceso con embargo anterior, aunque el acreedor intermedio sea preferente a los nuevos créditos acumulados, ¿cómo se va a enterar de que debe interponer tercería para hacer valer su preferencia sobre estos?

creto de adjudicación, pero después de la práctica de la liquidación de cargas, el acreedor anterior haga constar en el registro el incremento del importe garantizado por la anotación preventiva, en cuyo caso se pueden encontrar con que tienen que cargar con un gravamen por importe superior al que se descontó del valor de tasación al practicar la liquidación de cargas¹⁹.

1.3. Derecho del acreedor con garantía hipotecaria a iniciar una ejecución ordinaria embargando el mismo bien hipotecado con prioridad registral frente a las cargas intermedias (salvo en lo que exceda de la cobertura hipotecaria)

En caso de incumplimiento del deudor, no existe una norma que obligue al acreedor hipotecario a intentar el cobro planteando un procedimiento hipotecario, dado que junto a su derecho de realización del bien hipotecado, conserva el derecho de perseguir todos los bienes presentes y futuros del deudor, conforme al artículo 1.911 del CC²⁰.

Cuando el acreedor con garantía hipotecaria decide iniciar en primer lugar una ejecución ordinaria, se suscita el problema de si para sacar el inmueble hipotecado a subasta precisa embargarlo y, en caso afirmativo, qué prioridad ostenta esa anotación preventiva de embargo frente a los acreedores cuyos derechos hayan accedido al registro con posterioridad a la hipoteca.

En contra de la necesidad de embargar el bien hipotecado se ha alegado que, dado que el bien ya está afecto al pago de la deuda, ante la existencia de la afección que la hipoteca pública, ni el embargo ni su anotación preventiva añaden ninguna otra garantía, sino más bien al contrario, ya que, si se acuerda el embargo y del mandamiento de anotación no se desprende claramente que se está ejecutando un crédito hipotecario, podrían producirse importantes disfunciones cuando se dicta el decreto de adjudicación y se pretende cancelar la hipoteca anterior²¹.

¹⁹ Este problema ha llevado a parte de la doctrina a considerar que si el acreedor, titular de una anotación preventiva de embargo anterior, manifiesta cuando es requerido para que informe sobre la subsistencia y cuantía de su crédito, ex art. 657 de la LEC, que la deuda total liquidada a la fecha del requerimiento es superior a la cantidad que consta determinada en el registro, lo oportuno es descontar la realidad de la deuda declarada; no obstante, si el acreedor anterior es titular de una hipoteca e informa que la deuda garantizada por la misma ha aumentado, nunca se podrá descontar en la liquidación de cargas un importe superior a la cobertura hipotecaria (Cfr. Sabater Sabaté [2012, pp. 137 y 156]).

²⁰ SAP de Granada, Sección 5.^a, núm. 481/2011, de 11 de noviembre (rec. núm. 534/2011).

²¹ AAP de Valladolid, Sección 1.^a, núm. 195/2007, de 5 de noviembre (rec. núm. 418/2007):

La controversia que subyace en este recurso es la relativa a si es necesaria la afección por medio de embargo del bien sujeto a ejecución ordinaria o común cuando este está ya hipotecado

No obstante, la DGRN²² se pronuncia a favor de la necesidad de que el acreedor que inicie una ejecución ordinaria, en vez de una hipotecaria, solicite el embargo del bien hipotecado: En estos casos, para que, una vez enajenada en pública subasta la finca, se pueda

y el crédito garantizado con dicha hipoteca es el que se ejecuta. El Juez de Instancia así lo entiende, y de dicha convicción resulta su negativa a reclamar la certificación de dominio y cargas de un bien que no ha sido embargado a resultados del procedimiento. Esta Sala por el contrario se inclina en el sentido expuesto por numerosa doctrina que entiende innecesario y a menudo perturbador el embargo de la finca ya hipotecada y afecta a determinadas responsabilidades, pues ante la existencia de la afección que la hipoteca publica *erga omnes*, no añade ninguna garantía más el embargo, ni su anotación preventiva, sino que al contrario, si se traba el embargo y del mandamiento de anotación no se desprende claramente que se está ejecutando un crédito hipotecario, podrían producirse importantes disfunciones cuando se dicta el auto de adjudicación y se pretenden cancelar la hipoteca finalmente ejecutada y todas las cargas posteriores.

En parecidos términos: Cfr. Cachón Cadenas (1991, p. 257). Este autor opina que, si se inicia un procedimiento de ejecución ordinario, en vez de un hipotecario, resulta innecesario embargar los bienes hipotecados, porque los efectos que produce el embargo ya se producen con la hipoteca.

Adán Domènech (2009a, p. 83). Martínez de Santos (2013, pp. 56 y ss.).

²² RDGRN de 14 de diciembre de 2015 (BOE n.º 312, miércoles 30 de diciembre de 2015):

Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria cuando en relación a los terceros poseedores se establece que «cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes [...]». Este mismo criterio ha sido defendido por esta Dirección General en Resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999.

Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997, si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria resultan cargas intermedias su cancelación devendría imposible si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos.

Para evitar estos efectos tan distorsionadores, como dijera la misma Resolución, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Así lo considero igualmente la Resolución de 23 de julio de 1999, que afirmó la necesidad de hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario. Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria.

RDGRN de 1 de febrero de 2017 (BOE n.º 45, 22 de febrero):

Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria cuando en relación a los terceros poseedores se establece que «cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al

proceder a la cancelación de las cargas anteriores a la anotación preventiva de embargo, pero posteriores a la hipoteca, será necesario que desde el primer momento se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca, haciendo constar por nota al margen de la hipoteca su relación con la posterior anotación de embargo. No obstante, esa preferencia sobre la carga intermedia del embargo anotado lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria²³.

2. Obligación de los acreedores anteriores de informar sobre la cuantía de sus cargas si el bien se subasta por una carga posterior

Con carácter previo a la subasta de bienes embargados constituye un requisito *sine qua non* solicitar información al ejecutado y a los acreedores cuyos derechos constan en el registro con anterioridad para que manifiesten si dichos créditos subsisten y en qué cuantía (art. 657 LEC).

embargo y venta de dichos bienes (...). Este mismo criterio ha sido defendido por esta Dirección General en Resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999 recogidas en la más reciente de 14 de diciembre de 2015.

En similar sentido: Izquierdo Blanco y Picó i Junoy (2014, pp. 311 y ss.).

Añón Calvete (29 de septiembre de 2017):

La anotación de embargo deberá hacerse constar también por nota marginal en la inscripción de hipoteca, para que conste que el crédito que da lugar al procedimiento de ejecución cuyo embargo se anota es el crédito garantizado con la hipoteca cuyo valor se realiza a través de este procedimiento de ejecución. Finalmente, cuando se expida certificación de cargas del art. 656 LEC, debe hacerse constar por nota marginal en la anotación de embargo como en la inscripción de la hipoteca cuyo valor es objeto de realización, todo ello además de las notificaciones perceptivas a los titulares de derechos de cualquier clase de fecha posterior a la inscripción de hipoteca, tanto los que figuren en la certificación de cargas como los demás que accedan al registro.

²³ La Resolución de la DGRN de 10 de diciembre de 1997 considera que:

Para la cancelación, como consecuencia de la ejecución seguida, de los derechos recayentes sobre el bien rematado constituidos después de la hipoteca que se ejecuta y antes de la anotación del embargo de dicho bien, deber acreditarse: a) Que los respectivos titulares no solo tuvieron conocimiento de la ejecución desde su inicio, sino, también, de que en esta se estaba haciendo valer la hipoteca preferente a sus derechos, y que, por tanto, comportaría la extinción de estos últimos (en otro caso, bien pudieron desentenderse de la notificación al considerar que la ejecución no afectaba a sus derechos inscritos con anterioridad a la anotación de embargo del bien a ejecutar); b) Que de los autos y, consiguientemente, de la publicidad de la subasta resulte claramente que se estaba ejecutando la referida hipoteca, a fin de que los postores no descontaran en sus pujas el importe económico de los derechos intermedios.

En este sentido, el artículo 657 de la LEC establece que:

El Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución se dirigirá de oficio a los titulares de los créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución y al ejecutado para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía.

A nuestro juicio, la expresión que utiliza este precepto («titulares de los créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución») lleva a confusión, pues el letrado de la Administración de Justicia no debe solicitar información a los acreedores con créditos preferentes, sino a los que consten en el registro con anterioridad, con independencia de que sus créditos sean o no preferentes al del ejecutado, dado que no cabe equivocar la preferencia crediticia y la prioridad registral²⁴.

El artículo 657 exige a los acreedores anteriores y al ejecutado poner en conocimiento del letrado de la Administración de Justicia una detallada información acerca del crédito garantizado, indicando con la mayor precisión si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa y, en caso de subsistir, qué cantidad queda pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse. Si el crédito estuviera vencido y no pagado, deberán informar también de los intereses moratorios vencidos y de la cantidad a la que asciendan los intereses que se devenguen por cada día de retraso. Cuando la preferencia resulte de una anotación de embargo anterior, habrán de expresar la cantidad pendiente de pago por principal e intereses vencidos a la fecha en que se produzca la información, así como la cantidad a que asciendan los intereses moratorios que se devenguen por cada día que transcurra sin que se efectúe el pago al acreedor y la previsión de costas.

Con dicha información, el letrado de la Administración de Justicia practicará la liquidación de cargas, o lo que es lo mismo, descontará del valor por el que el bien haya sido tasado el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el

²⁴ *La prioridad o rango registral* deriva del orden registral de los asientos, la prioridad nada tiene que ver con el crédito en sí, ya que no es una cualidad del mismo, sino una situación registral, su función es determinar cuáles son los asientos registrales que han de subsistir o ser cancelados como consecuencia de un proceso de ejecución a consecuencia del remate del bien embargado, procediendo la cancelación de los asientos posteriores al gravamen que se ejecuta y subsistiendo los anteriores al regir en el registro la máxima *prior in tempore potior in iure*.

Por el contrario, *el privilegio o preferencia crediticia* es una cualidad no negociable, atribuida al crédito por normas jurídicas de distinto carácter, en atención a criterios de política legislativa, y que origina una anteposición en el pago en caso de concurrencia con otros créditos, siempre que se haga valer por la vía procesal correspondiente; su función se limita a determinar cuál entre varios acreedores de un mismo deudor tiene derecho a cobrar con preferencia a los demás, con cargo a bienes determinados o a todo el patrimonio del deudor (Cfr. Ríos Salmerón [1998, pp. 454 y 455] y Montes Penadés [1998, p. 280]).

que se haga constar en el registro cuando las deudas garantizadas por las cargas anteriores se hayan minorado (art. 666 LEC).

No obstante, para que se pueda tener en cuenta la información facilitada por los acreedores que constan en el registro con anterioridad será necesario que el crédito resulte debidamente identificado y que se acredite que la persona que facilitó la información sobre la disminución de la carga tenía facultades o poderes para vincularle dicha manifestación²⁵, es decir, que el acreedor ha contestado por medio de persona con poder suficiente²⁶.

2.1. Polémica acerca de la existencia de esta obligación en la ejecución hipotecaria

Se suscita el problema de si los artículos 657 y 666 de la LEC resultan de aplicación en el procedimiento hipotecario, pues conforme al artículo 682.2.1.^a de la LEC, en la escritura de hipoteca debe figurar el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior al 75 % del valor señalado en la tasación. No obstante, para las hipotecas que pueden servir de base y cobertura para la emisión de títulos hipotecarios (es decir, los que se ponen en circulación en el mercado hipotecario, como vía de financiación de las propias entidades), rige lo previsto en el artículo 8.2 del Real Decreto 716/2009, que fija el tipo de la subasta en el 100 % del valor de tasación, y no en el 75 %²⁷. Asimismo, el artículo 129.2 a) de la LH (reformado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de contratos del crédito inmobiliario) establece que el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta en el procedimiento extrajudicial ante notario no podrá ser inferior al valor señalado en la tasación ni podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, por lo que si en la escritura de hipoteca se prevé poder acudir tanto al procedimiento judicial como al notarial, el valor de subasta del bien deberá ser el 100 % del valor de tasación y no el 75 %.

Si no se cumplen estos presupuestos, la hipoteca se puede entender válidamente constituida, pero no será posible la tramitación del procedimiento de ejecución especial de los artículos 681 y siguientes de la LEC, debiendo el registrador inscribir la hipoteca con dicha

²⁵ Cfr. Bernabéu Pérez (2007c, p. 52 y 2007b, pp. 64 y ss.).

²⁶ RDGRN de 21 de junio de 2005.

²⁷ Artículo 8.2 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo:

La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración.

precisión, sin perjuicio de que el acreedor pueda acudir al procedimiento de ejecución ordinaria o a un juicio declarativo en caso de impago.

Un sector de la jurisprudencia menor²⁸ y de la doctrina²⁹ considera que el artículo 682.2.1.º de la LEC contempla, como una especialidad en el procedimiento hipotecario, que las partes pacten en la escritura de constitución de la hipoteca el precio de subasta, por lo que, existiendo una norma específica para la valoración del bien, no es preciso acudir con carácter subsidiario a la normativa establecida en la ejecución dineraria.

No obstante, esta opinión no es unánime, pues a favor de aplicar lo establecido en los artículos 657 y 666 de la LEC en el procedimiento hipotecario se pronuncia otro sector de la doctrina³⁰ con base en los siguientes argumentos:

- Por un lado, se entiende que el artículo 682.2.1.º, al determinar la necesidad de establecer la tasación del bien en la escritura de hipoteca, equivale al artículo 637 de la LEC, que contempla el modo de tasar el bien en la ejecución ordinaria, pero

²⁸ AAP de Madrid, Sección 18.ª, núm. 38/2007, de 6 de febrero, rec. núm. 733/2006:

Por ello, si la finalidad del artículo 666 LEC es la regulación de la forma en que han de valorarse los bienes inmuebles para su subasta, es claro que tal precepto es de carácter general en la ejecución pero inaplicable cuando existe norma específica para la ejecución hipotecaria que exige que el precio a efectos de subasta esté determinado en la escritura, de manera que sin tal requisito no sería adecuado ese procedimiento, el cual solo podrá concluir de forma anormal, sin perjuicio de las reglas generales aplicables a todo proceso en el supuesto previsto en el artículo 688.3 LEC. En consecuencia, ha de estimarse que tal y como alegó el apelante, no resultaría aplicable al procedimiento de autos, ejecución hipotecaria, las prescripciones contenidas en el artículo 666 de la LEC, por lo que procede, acogiendo el recurso planteado, dejar sin efecto el Auto impugnado y la providencia de que trae causa, para que en su lugar se continúe el procedimiento con arreglo a lo previsto en los artículos 681 y siguientes de la LEC, como corresponda con arreglo a derecho.

En parecidos términos, autos de las AP de La Coruña, Sección 4.ª, de 24 de abril de 2006; y de Madrid, Sección 18.ª, de 5 de febrero de 2007, y Sección 8.ª, de 1 de febrero de 2010 (rec. núm. 119/2009).

²⁹ Cfr. Monserrat Molina (2008, pp. 48 y ss.). Este autor considera que, cuando el artículo 682 de la LEC exige que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que «sirva» de tipo en la subasta, dicha expresión es sinónima de que «sea» el tipo de la subasta.

Montero Aroca (2009, p. 355). Este profesor se muestra en contra de que el artículo 666 se aplique a la ejecución hipotecaria partiendo del argumento de la literalidad del artículo 682.2.1.º de la LEC, que establece que en la escritura de constitución de la hipoteca se debe determinar el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.

Martínez de Santos (2010, pp. 280 y 281, y 2013, pp. 80 y ss.). En opinión de este autor, la liquidación de cargas no se realiza en las ejecuciones hipotecarias.

³⁰ Cfr. Blasco Gascó (2000, p. 468). Fajardo Fernández (2001, p. 536). Rives Seva (2005, p. 43). Bernabéu Pérez (2007a, p. 67). Adán Domènech (2009a, pp. 113 y ss.; 2008, p. 260, y 2009b, p. 163 y ss.). Izquierdo Blanco y Picó i Junoy (2014, p. 62 y ss.).

no deja sin efecto lo dispuesto en los artículos 657 y 666 de la LEC, los cuales se deben considerar aplicables.

- Por otro lado, se alega que el artículo 681 de la LEC remite a lo previsto en el título IV del Libro III, relativo a la ejecución dineraria, con las especialidades establecidas en el capítulo V de dicho título, en donde no se encuentra ningún precepto que exceptúe estos trámites.

A nuestro juicio, lo equitativo sería que si disminuyeran o desaparecieran las cargas anteriores que se tuvieron en cuenta para fijar el valor de tasación del bien, se actualizara dicho valor a efectos de subasta; el problema es que esta interpretación se aparta de la literalidad del apartado primero del artículo 682.2. de la LEC. Una solución intermedia podría venir por solicitar información a los acreedores anteriores y al ejecutado acerca de la minoración de las cargas que constan con carácter previo en el registro, no para descontar su importe del valor de tasación, conforme al artículo 666 de la LEC, sino en aras de hacerlo constar en el Portal de Subastas, ya que podría incentivar la concurrencia de postores el hecho de que los gravámenes anteriores fueran menores de los que figuran en el registro.

En todo caso, si el acreedor con garantía hipotecaria decide reclamar su crédito por medio de una ejecución ordinaria, en vez de por una hipotecaria, será necesario que un perito tase el bien, salvo acuerdo de las partes acerca de su valor, y se deberán seguir los trámites de los artículos 657 y 666 de la LEC, es decir, solicitar información al ejecutado y a los acreedores anteriores acerca de la subsistencia y cuantía de las cargas que constan en el registro con posterioridad y practicar la liquidación de cargas.

2.2. Modo de hacer constar en el registro la minoración de cargas de los acreedores anteriores

De conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 657 de la LEC, a la vista de lo que el ejecutado y los acreedores anteriores declaren sobre la subsistencia y cuantía actual de los créditos, si hubiera conformidad sobre ello, el letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución, a instancia del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la LH. De existir disconformidad, les convocará a una vista ante el tribunal, que deberá celebrarse dentro de los tres días siguientes, resolviéndose mediante auto, no susceptible de recurso, en los cinco días siguientes. Los interesados deberán aportar la prueba documental que a su derecho convenga, aunque el juez también podrá de oficio reclamar la documentación precisa antes de decidir (*v. gr.* un exhorto al órgano judicial en que se tramiten los otros procesos de ejecución o un oficio a la autoridad administrativa en que se sigan los apremios administrativos por las cargas anteriores).

Una vez determinada la cantidad que falte por abonar de los créditos que constan en el registro con anterioridad, surge el problema de cómo interpretar la remisión que el artículo

657.2 de la LEC realiza al artículo 144 de la LH, o lo que es lo mismo, cómo hacer constar en el registro, a instancia del ejecutante, que las cargas anteriores se han minorado o que no subsisten, si practicando una nueva inscripción, una cancelación total o parcial o mediante una nota marginal.

La DGRN³¹ en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000 consideró que:

En cuanto al asiento procedente para hacer constar la manifestación de los acreedores anteriores al gravamen que se ejecuta, sobre subsistencia y cuantía de los créditos, a que se refiere el artículo 657 de la nueva Ley será una nota marginal (cfr. por analogía artículo 240 del Reglamento Hipotecario), cuya vigencia será la del asiento de inscripción o anotación preventiva a cuyo margen se practique.

No obstante, la DGRN en la Resolución de 21 de junio de 2005 entiende que a los efectos de los artículos 144 de la LH y 657.2 de la LEC el pago de parte de la obligación garantizada con una hipoteca que consta con anterioridad a una anotación preventiva de embargo que va a ser objeto de ejecución puede hacerse constar bien por cancelación bien por nota marginal, pero que para que pueda figurar por cancelación, han de observarse todas las garantías que establece la ley a favor de los titulares de los derechos inscritos, ya que conforme al artículo 82 de la LH las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelan sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos³².

De todos modos, el mayor problema que plantea el artículo 657.2 es que subordina la expedición de los mandamientos al Registro para modificar las cargas anteriores a la previa petición del ejecutante, defecto legal que se agrava porque dicha minoración o extinción solo podrá tenerse en cuenta en la liquidación de cargas si cuenta con el oportuno reflejo registral³³.

³¹ La DGRN ha sido suprimida en la nueva organización del Ministerio de Justicia (art. 2.2 del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales). Actualmente sus funciones las ejerce la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

³² En el caso concreto de esta resolución, no se considera procedente la cancelación parcial, pues el mandamiento judicial presentado no era adecuado para ello, ya que ni tenía la consideración de sentencia ni constaba que hubiera prestado su consentimiento a la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción (es decir, la entidad de crédito) o su representante legítimo. La DGRN analiza si, al no proceder la cancelación parcial, podía practicarse la nota marginal a que se refiere el artículo 240 del RH, lo que en el caso concreto tampoco se acuerda, pues para practicar dicha nota es necesario que el acreedor anterior haya contestado por persona con poder suficiente, ya que el reconocimiento del pago parcial supone igualmente la disminución de las facultades del titular de la hipoteca en el momento de exigir el pago del préstamo.

³³ Cfr. Casero Linares (2010, p. 2.867).

Con base en la literalidad legal, si el ejecutante no ha solicitado expresamente que la minoración de cargas manifestada por los acreedores anteriores se haga constar en el registro, se obliga al letrado de la Administración de Justicia a practicar la liquidación conforme a unos datos que no se corresponden con la realidad³⁴.

Para paliar este problema un sector de la jurisprudencia menor³⁵ y de la doctrina³⁶ considera que lo que se debe descontar del valor de tasación es la deuda real, actual y vigente que a su favor tiene el acreedor anterior, de tal manera que si lo que consta inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad difiere de la realidad de la cuantía de las cargas pendientes sobre la finca, es a esta realidad a la que habrá que estar para practicar la liquidación de cargas y no a la cantidad que resulte del asiento registral, ya que de no entenderlo así, se estaría eludiendo el espíritu y la finalidad de la Ley procesal, dado que resulta escasamente razonable que el juzgado actúe con desconocimiento de cuantos datos, circunstancias o hechos relevantes para la ejecución consten en el proceso porque tales hechos no hayan tenido reflejo registral.

2.3. Perjuicios que sufre el acreedor anterior si facilita una información errónea

El acreedor que consta en el registro con anterioridad debe asegurarse de que la información acerca de la cuantía y subsistencia de su crédito es veraz, porque si erróneamente manifiesta que su crédito se ha extinguido o minorado y dicha información se hace constar en el registro (arts. 657.2 LEC y 144 LH), resulta vinculante para el mismo³⁷.

³⁴ En este sentido la SAP de Toledo, Sección 1.^a, núm. 51/2009, de 29 de septiembre, rec. núm. 31/2009 (SP/AUTRJ/484877) declara que no cabe descontar sin más en la liquidación de cargas lo que el acreedor anterior informe en el trámite previsto en el artículo 657.1 de la LEC, sino que hay que restar lo que, con base en tal información previa, termine constando en el Registro de la Propiedad, lo que se justifica por el principio jurídico básico de concordancia del registro con la realidad, y así se deduce de la referencia del artículo 657.2 de la LEC al artículo 144 de la LH, según el cual cualquier modificación de la eficacia de una obligación hipotecaria no surte efectos frente a terceros si no se hace constar en el registro con nueva inscripción (cancelación total o parcial) o por nota marginal según proceda.

³⁵ Autos de las AP de Sevilla, Sección 5.^a, de 3 de marzo de 2006 (rec. núm. 822/2006); Murcia, Sección 5.^a, de 2 de septiembre de 2003 (rec. núm. 269/2003, núm. de resolución 66/2003); y de Barcelona, Sección 14.^a, de 15 de marzo de 2006 (rec. núm. 636/2005, núm. de resolución 79/2006); y SAP de Madrid, Sección 18.^a, de 11 de octubre de 2018 (rec. núm. 375/2018, núm. de resolución 339/2018).

³⁶ Cfr. Sabater Sabaté (2012, p. 125) y López Chocarro (5 de noviembre de 2019).

³⁷ SAP de Valencia, Sección 7.^a de 19 de julio de 2006, rec. núm. 360/2006, núm. de resolución 450/2006. En esta sentencia se da primacía a la nota practicada en el registro, ex artículo 144 de la LH y 657.2 de la LEC, dado que la entidad bancaria titular de una hipoteca anterior había manifestado que no se le debía cantidad alguna, siendo que, por el contrario, había cedido dicho crédito a un tercero. En consecuencia, la AP considera que el adquirente del bien en la subasta no se debe subrogar en la carga hipotecaria.

La DGRN³⁸ considera que la minoración de responsabilidad que publica el registro no es un mero dato informativo, sino que supone una manifestación de la llamada publicidad material, provocando los efectos derivados de los principios hipotecarios, y de las presunciones de veracidad y exactitud de los asientos registrales.

Cuando la información errónea ha accedido al registro ocasiona las siguientes consecuencias:

Si se saca el bien a pública subasta por una carga posterior, el adquirente del mismo tan solo se subrogará en la carga anterior por la cuantía que conste en el registro, dado que el apartado 3 del artículo 613 de la LEC predica que la responsabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido los bienes en otra ejecución tendrá como límite las cantidades que para la satisfacción del principal, intereses y costas aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquellos hubieran inscrito su adquisición, pudiendo liberar el bien abonando tan solo esos importes (art. 662.3 LEC).

Asimismo, los acreedores inscritos con posterioridad podrán subrogarse en la posición del acreedor anterior satisfaciendo, antes del remate, el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del registro (art. 659.3 LEC), para lo que se tendrá en cuenta la modificación efectuada, conforme a los artículos 657.2 de la LEC y 144 de la LH, basada en una información errónea.

Por lo demás, y lo que es más traumático, si el acreedor anterior es titular de una hipoteca e inicia la ejecución hipotecaria por una cantidad superior a la que se ha hecho constar en el registro (por haber manifestado por error que se le debía una cantidad menor), una vez subastado el bien, el adjudicatario no va a poder inscribir el decreto de adjudicación ni cancelar las cargas posteriores. En este sentido, en la Resolución de la DGRN de 7 de marzo de 2012 se resuelve un recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador por la que deniega la práctica de la inscripción de un testimonio del decreto de adjudicación, así como de un mandamiento de cancelación de la hipoteca que se ejecuta y de las cargas posteriores que gravan la finca, por haberse incoado la ejecución por cantidades superiores a las que constaban en el registro, según nota marginal derivada de un procedimiento de ejecución de un embargo posterior, en la que se indicaba que el capital pendiente se había minorado. La DGRN rechaza que se pueda valorar en el procedimiento gubernativo si ha sido correcta la práctica en su día de la nota marginal referida, pues una vez practicado un asiento, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos. En esta resolución se analiza el valor de la nota que se puede practicar conforme a los artículos 657. 2 de la LEC y 144 de la LH, declarando que la minoración de responsabilidad

³⁸ RDGRN de 7 de marzo de 2012.

que publica el registro no es un mero dato informativo, sino que supone una manifestación de la llamada publicidad material, provocando los efectos derivados de los principios hipotecarios, y de las presunciones de veracidad y exactitud de los asientos registrales, por lo que si en el procedimiento hipotecario se ha reclamado una cantidad superior a la cifra de responsabilidad hipotecaria que constaba por dicha nota marginal, no cabe la cancelación de las cargas posteriores, no pudiendo tampoco inscribirse el testimonio del decreto de adjudicación separadamente del mandamiento de cancelación de cargas en el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 133 LH).

2.4. Acreedores anteriores que no facilitan la información que se les solicita

Si los acreedores anteriores no facilitan la información que se les interesa, el texto legal no prevé cómo se debe proceder, toda vez que el artículo 657 de la LEC se limita a prescribir que, transcurridos 10 días desde el requerimiento al ejecutado y a los acreedores sin que ninguno de ellos haya contestado, se entenderá que la carga, a los solos efectos de la ejecución, «se encuentra actualizada al momento del requerimiento en los términos fijados en el título preferente».

Parte de la doctrina³⁹ mantiene que el silencio de los acreedores anteriores y del ejecutado ha de entenderse como una conformidad presunta, de manera que se habrá de valorar la carga según el estado registral⁴⁰, por lo que si la carga anterior es una hipoteca, se debe deducir del avalúo del bien los límites garantizados que gravan la finca por capital, intereses y costas según consta en la certificación registral⁴¹. No obstante, también se defiende que si la carga anterior es un crédito hipotecario y, por ejemplo, hace 16 meses desde que se devengó la primera cuota, se habrá de presumir que esas cuotas se han pagado⁴².

A nuestro juicio, la solución más adecuada es descontar la carga según consta en el registro. En este sentido, en la Resolución de 24 de octubre de 2016 se desestima el recurso contra la negativa del registrador de hacer constar, por nota al margen en una hipoteca de máximo, que la cantidad adeudada era cero, toda vez que la entidad bancaria había guardado silencio, no informando sobre el importe debido.

No obstante, esta solución tampoco resulta satisfactoria, ya que se puede llegar a sacar a subasta un bien por un importe muy distinto al real, por descontarse de su valor de ta-

³⁹ Cfr. Ferrer Gutiérrez (2010). Este autor considera que, para dar por cierta y actual la carga publicitada, es necesario que tanto ejecutado como acreedores guarden silencio, pues, de hacer alguno de ellos una manifestación de inexactitud de aquellas, habrá que concretar la nueva situación, lo que únicamente puede llevarse a cabo por el tribunal, previa celebración de la vista.

⁴⁰ Cfr. Martínez de Santos (2010, p. 285) y (2011, p. 71).

⁴¹ Cfr. Sabater Sabaté (2012, p. 157).

⁴² Cfr. Bernabéu Pérez (2010, p. 59).

sación gravámenes que, aunque figuran en la certificación de cargas, ya no existen o se han minorado considerablemente, y ello por el mero silencio de los acreedores anteriores, pues, aunque bien es cierto que desde la reforma de la LEC por la Ley 13/2009 también se solicita información al ejecutado sobre las cargas anteriores subsistentes, el legislador no ha tenido en cuenta que no siempre este se halla en paradero conocido, y si se realiza el requerimiento por edictos, difícilmente va a poder facilitar dicha información.

A nuestro juicio, antes de sacar el bien a subasta por un valor de liquidación irreal, por no haberse recibido la información solicitada, podría resultar oportuno que, cuando el acreedor anterior lo fuere por una anotación preventiva de embargo o una hipoteca que hubiere dado lugar a la iniciación de un procedimiento judicial, se obtuviera dicha información por vía indirecta, remitiendo un exhorto al órgano judicial que conozca del procedimiento.

En todo caso, si solo respondiera al requerimiento el ejecutado, consideramos que no se podrá hacer constar la disminución de la deuda de la carga anterior en el registro, ni tenerla en cuenta en la liquidación de cargas, sin remitir nuevo oficio al acreedor o acreedores anteriores para que corrobore dicha información.

3. Perjuicios que ocasiona al acreedor que consta en el registro con anterioridad el hecho de que el bien sea adquirido por un tercero en una subasta por una carga posterior

Al acreedor cuya hipoteca o anotación preventiva de embargo consta con anterioridad en el registro no le es indiferente que el bien sea subastado en otra ejecución por un gravamen posterior. Bien es cierto que los artículos 668.2. II y 670.5 de la LEC establecen que quien resulte adjudicatario del bien inmueble habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, pero la responsabilidad se produce en cuanto a la carga, no respecto de la deuda, y además la responsabilidad del tercero se encuentra limitada, aunque de distinta manera en la ejecución ordinaria que en la hipotecaria.

3.1. Ejecución ordinaria

Como regla general en la ejecución ordinaria, a diferencia de en la hipotecaria, con lo obtenido en la enajenación forzosa del inmueble embargado el ejecutante tiene derecho a cobrar la totalidad de lo que se le debe, es decir, principal e intereses y costas definitivos, y no solo los presupuestados que figuren en la anotación preventiva de embargo⁴³.

⁴³ Esta interpretación se infiere de lo previsto en el artículo 613.2 de la LEC, el cual, con una claridad meridiana, establece que sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito

No obstante, en el supuesto de que el bien haya pasado a un tercer poseedor que lo haya adquirido en otra enajenación forzosa por una carga posterior, el ejecutante tan solo podrá cobrar, con el dinero obtenido en la subasta celebrada a su instancia, hasta el límite de las cantidades consignadas en la anotación preventiva de embargo en el momento en que el tercer adquirente hubiera inscrito su adquisición (art. 613.3 LEC); lo que confirma la idea de que los acreedores que constan en el registro con anterioridad pueden verse perjudicados si a consecuencia de otras cargas posteriores se subasta el bien.

Para evitar este perjuicio, es conveniente que hagan constar en la anotación preventiva de embargo el aumento de la cantidad prevista en concepto de intereses devengados durante la ejecución y de costas de esta (art. 613.4), ya que dicha cautela les salvaguarda frente a los que adquieran el bien en otra ejecución como consecuencia de la realización de una carga posterior, cuyo límite de responsabilidad es lo que figure en el registro en el momento de inscribir su adquisición (art. 613.3 LEC)⁴⁴.

No obstante, parte de la doctrina⁴⁵ efectúa una interpretación correctora del artículo 613.3 de la LEC, defendiendo que la limitación de responsabilidad del tercer poseedor que hubiera adquirido el bien en otra ejecución con una anotación preventiva de embargo anterior no siempre puede operar hasta el importe de lo que figurara en el registro en dicha anotación en el momento de inscribir su adquisición, pues si existían datos que acreditaran la posibilidad efectiva de que la cantidad que constaba para intereses y costas no iba a ser suficiente para cubrir estos conceptos, el tercer adquirente del bien debía responder por la totalidad de los intereses y de las costas que se devengarán en el procedimiento en que se hubiera practicado dicha anotación preventiva de embargo. En este sentido, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en la sentencia núm. 824/2013, de 18 de diciembre (rec. núm. 8/2011), no entiende incurso en error judicial el pronunciamiento de un juzgado que consideró que la limitación de responsabilidad que predica el artículo 613.3 de la LEC solo puede beneficiar al tercer poseedor que reúna los requisitos del artículo 34 de la LH.

3.2. Ejecución hipotecaria

En la ejecución hipotecaria, a diferencia de en la ordinaria, como regla general el ejecutante solo puede cobrar hasta el límite de la cobertura hipotecaria, aunque haya sobrante y

y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en una tercería de mejor derecho.

⁴⁴ Aunque el embargante no haga constar en la anotación preventiva de embargo el incremento de la cantidad inicial por haberse devengado nuevos intereses o costas (art. 613.4 LEC), no se va a ver perjudicado frente a los acreedores que figuren en el registro con posterioridad, ya que estos no van a poder percibir el sobrante sin haber cobrado aquel completamente lo que se le adeuda.

⁴⁵ Cfr. Cachón Cadenas (2000, p. 3107). En este mismo sentido: Gimeno y Gómez Lafuente (22 de febrero de 2002), pp. 1-5; Vegas Torres (2001, p. 1.075).

el deudor le siga adeudando cantidades por encima de dicha cobertura (art. 692 LEC). No obstante, en el caso de que el propietario del bien hipotecado en el momento de la subasta fuera el propio deudor, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca, así como los embargantes del sobrante, y siempre que dicho deudor no se encuentre en situación de concurso, el acreedor podrá cobrar todo lo que se le adeuda. Bien es cierto que podría ponerse en tela de juicio que, siendo el deudor el dueño del bien en el momento de la subasta, deba responder de lo que exceda de la cobertura hipotecaria, habida cuenta de que esta cantidad no se le ha reclamado en la demanda ejecutiva; no obstante, compartimos las opiniones doctrinales⁴⁶ que consideran acertadas estas previsiones legales en aras de evitar que el acreedor deba acudir a otro proceso⁴⁷.

Por el contrario, cuando el bien perteneciere en el momento de la subasta a persona distinta al deudor, por ejemplo, un tercero que lo hubiera adquirido en una subasta a consecuencia de una carga posterior, en modo alguno la cantidad percibida por el ejecutante en el procedimiento hipotecario podrá exceder de la cobertura hipotecaria, por lo que, una vez pagados los acreedores posteriores, si todavía hubiere sobrante, este se devolverá al titular del bien en el momento de la subasta, todo ello sin perjuicio de que el acreedor para cobrar el resto pueda ejercitar una acción personal contra el deudor y, en su caso, contra el fiador⁴⁸.

El problema es que si se devuelve el sobrante a un tercer poseedor que hubiere adquirido el bien en un acto de disposición voluntario después de que en el procedimiento hipotecario se hubiera expedido la certificación de cargas, se puede franquear una puerta al fraude, dado que el ejecutado podría transmitir la finca a otra persona con el único objeto de poder recibir el sobrante a través de la persona interpuesta⁴⁹.

En el procedimiento ordinario en principio este problema no se plantea, pues la opinión mayoritaria⁵⁰ defiende que la responsabilidad del tercer poseedor de bienes embargados respecto a las anotaciones preventivas que constan en el registro con anterioridad se limita a la cantidad que figure en el registro en el momento de inscribir su adquisición únicamente si ha adquirido el bien en una enajenación forzosa, pero no si hubiera adquirido el bien embargado en un acto de disposición voluntario, en cuyo caso responderá de todo lo que se adeude en los procedimientos que hubieran suscitado esas anotaciones preventivas con las que carga (art. 613.3 LEC).

⁴⁶ Cfr. Adán Domènech (2009c, pp. 134 y ss.).

⁴⁷ AAP de Mallorca, Sección 4.ª, de 14 de febrero de 2019.

⁴⁸ Para que el acreedor pueda iniciar una posterior ejecución ordinaria contra el fiador es necesario que se le haya notificado la demanda inicial del procedimiento hipotecario (art. 685.5 de la LEC).

⁴⁹ Cfr. Sastre Papiol (2000, p. 449).

⁵⁰ Cfr. Gómez Gállego (2000, p. 1877). Franco Arias (2000, pp. 3226 y ss.). Fidalgo Iglesias (2003, p. 823). Espejo Lerdo de Tejada (2005, p. 220). Bernabéu Pérez (2006, p. 51; 2008, p. 46, y 2009, pp. 52 y ss.).

No obstante, esta tesis no es unánime, pues otro sector doctrinal⁵¹ defiende la conveniencia de que todo tercer poseedor de bienes embargados (y no solo el que hubiera adquirido el bien en una enajenación forzosa) tenga como límite de responsabilidad la cantidad que figura en el registro en el momento de inscribir su adquisición, opinión que a nuestro juicio, *de lege data*, no puede mantenerse, pues pudiere ocasionar conductas fraudulentas por parte del deudor, que podría verse en la tentación de transmitir el inmueble a un tercero en aras de congelar la cuantía fijada en el auto despachando ejecución en concepto de intereses y costas o incluso de principal, evitando tener que responder de nuevos vencimientos o del crédito del tercerista cuyo mejor derecho fuera declarado preferente respecto del ejecutante.

⁵¹ Cfr. Díaz Martínez, A. (2001, p. 266). Esta autora entiende que hubiera sido preferible que el legislador hubiese previsto esta limitación de responsabilidad para todo tercer poseedor de bienes embargados y no solo para el que hubiera adquirido el bien en una enajenación forzosa, máxime cuando el ejecutante, de conformidad con lo previsto en el apartado cuarto del artículo 613 de la LEC puede solicitar la constancia registral de las cantidades que se vayan devengando en concepto de intereses y costas.

En parecidos términos, se considera que se debe otorgar un tratamiento homogéneo al tercer poseedor, limitando la responsabilidad del bien embargado a las cantidades que figuren anotadas cuando este inscriba su adquisición, tanto si adquirió el bien en otra ejecución, como cuando fuere otro el origen de su adquisición, por lo que, en todo caso, la responsabilidad del tercer poseedor debe quedar limitada a la cantidad que figure en la anotación preventiva de embargo en la fecha en que inscribió su derecho en el registro (García García, 2000, pp. 22 y ss.). A favor de esta tesis se alega que, dado que la anotación preventiva de embargo enerva la fe pública registral de los terceros que adquieran el bien trabado, resulta razonable que dicha consecuencia se produzca dentro de los términos de la anotación y no más allá de lo anotado, porque entonces, más que enervar la fe pública registral, la anotación preventiva de embargo desembocaría en situaciones de absoluta desinformación sobre el bien o de información acerca de una situación de inseguridad jurídica; además, si el adquirente del bien desconociera el alcance cuantitativo de la traba, no se encontraría en condiciones de apreciar la conveniencia de la adquisición (Martínez Escribano, 2006, pp. 93, 103 y 115).

Sobre este particular, véase también: VV. AA. Encuesta Jurídica: «a) ¿Qué cantidad debe ser satisfecha por el ejecutado antes de la aprobación del remate de bienes inmuebles para liberarlos y alzar los embargos? b) ¿Y si quien pretende liberar los bienes es un tercero?». *Revista sepinNET Enjuiciamiento Civil*, 88, 2008, p. 14. En cuanto a la pregunta a), todos los encuestados se pronunciaron a favor de que el ejecutado respondiera de la totalidad; sin embargo, respecto de la pregunta b), dos opinaron que el tercero debe responder de la totalidad, otros dos que depende de la situación del tercero o de si adquirió los bienes en otra ejecución, y los dos restantes que solo responderá el tercero de las cantidades anotadas en el registro.

Referencias bibliográficas

- Adán Domènech, F. (2008). Aspectos problemáticos de la ejecución hipotecaria. Una visión jurisprudencial. En M. Cachón Cadenas y J. Picó i Junoy (Coords.), *La ejecución Civil. Problemas actuales*. Atelier.
- Adán Domènech, F. (2009a). *La ejecución hipotecaria*. Barcelona.
- Adán Domènech, F. (2009b). La práctica forense de la ejecución hipotecaria. Respuestas a sus principales problemas de aplicación. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*.
- Adán Domènech, F. (2009c). La satisfacción completa del acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria. *Justicia*, 3-4.
- Añón Calvete, J. (29 de septiembre de 2017). Ejecución de hipoteca en procedimiento declarativo (Comentario a la RDGRN de 1 de febrero de 2017). *Noticias Jurídicas*.
- Bernabéu Pérez, I. C. (2006). El límite de responsabilidad del tercer poseedor. Especial referencia al apartado tercero del Art. 613. *Práctica de Tribunales*, 24.
- Bernabéu Pérez, I. C. (2007a). La aplicación del Art. 666 a la ejecución hipotecaria. *Práctica de Tribunales*, 43.
- Bernabéu Pérez, I. C. (2007b). La información de cargas extinguidas o aminoradas. Su alcance registral. *Práctica de Tribunales*, 43.
- Bernabéu Pérez, I. C. (2007c). La valoración de los bienes inmuebles en la subasta y su acceso al Registro de la Propiedad. *Práctica de Tribunales*, 35.
- Bernabéu Pérez, I. C. (2008). La liberación del bien embargado por el tercer poseedor. *Práctica de Tribunales*, 45.
- Bernabéu Pérez, I. C. (2009). Alcance del art. 613.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la anotación preventiva de embargo. *Práctica de Tribunales*, 57.
- Bernabéu Pérez, I. C. (2010). La nueva regulación de la información de cargas extinguidas o aminoradas. *Práctica de Tribunales*, 69.
- Bernabéu Pérez, I. C. (2013). La obligatoriedad de llamar al proceso de ejecución hipotecaria al titular registral de la finca. La Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2013, de 8 de abril de 2013. *Práctica de Tribunales*, 103.
- Blasco Gascó, F. (2000). *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Tirant lo Blanch.
- Cachón Cadenas, M. J. (1991). *El embargo*. Bosch.
- Cachón Cadenas, M. J. (2000). Comentario al art. 613. En A. M. Lorca Navarrete (Coord.) y V. Guilarte Gutiérrez (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (T. III). Lex Nova.
- Casero Linares, L. (2010). *Los procesos civiles* (J. Garberí Llobregat, Dir.). Bosch.
- Díaz Martínez, A. (2001). *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Aspectos civiles y registrales*. Aranzadi.
- Espejo Lerdo de Tejada, M. (2005). *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la LEC*. Thomson-Civitas.
- Fajardo Fernández, J. (2001). Comentario al art. 682. En F. Cerdón Moreno, T. Armenta Deu, J. Muerza Esparza e I. Tapia Fernández (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Ferrer Gutiérrez, A. (2010). Comentario al art. 657. Información de cargas extinguidas o aminoradas. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Sepín.
- Fidalgo Iglesias, M. V. (2003). La ejecución ordinaria. Especial referencia al embargo y a la subasta de bienes. *Estudios Jurídicos* (T. I).

- Franco Arias, J. (2000). Comentario al art. 662. En V. Guilarte Gutiérrez (Dir.) y A. M. Lorca Navarrete (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (T. III). (2.^a ed.). Lex Nova.
- García García, J. M. (2000). La anotación de embargo en la nueva LEC. *Lunes* 4,30, 273.
- García Vila, J. A. (2014). La posición procesal del tercer poseedor de finca hipotecada. <https://www.notariosyregistradores.com>.
- Gimeno y Gómez Lafuente, J. L. (22 de febrero de 2002). El embargo y los terceros. El principio de determinación registral y el Art. 613.3 de la nueva LEC 1/2000. *Diario La Ley*, 5488.
- Gómez Gállego, F. J. (2000). La normalización del derecho hipotecario procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *RCDI*, 659.
- Izquierdo Blanco, P. y Picó i Junoy, J. (Dir.). (2014). *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente*. Bosch.
- López Chocarro, I. (5 de noviembre de 2019). La liquidación de cargas como paso previo a la subasta judicial. Problemas prácticos y posibles fraudes que justifican una futura reforma. Análisis arts. 657.2 y 666.2 de la LEC. *Diario La Ley*. Wolters Kluwer, 9511.
- Martínez Escribano, C. (2006). *Eficacia del embargo y su alcance frente a terceros*. Thomson Aranzadi.
- Martínez de Santos, A. (2010). *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*. La Ley.
- Martínez de Santos, A. (2011). Los oficios de averiguación del art. 657 LEC. *Práctica de Tribunales*, 82.
- Martínez de Santos, A. (2013). *Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria, ¿puede evitarse la ruina del ejecutado?* Foro Jurídico.
- Montserrat Molina, P. E. (2008). Aplicación del Art. 666 de la LEC a la ejecución sobre bienes hipotecados. *Práctica de Tribunales*, 51.
- Montero Aroca, J. (2009). *Tratado de ejecuciones hipotecarias*. Tirant lo Blanch.
- Montes Penadés, V. L. (1998). *Derecho Civil. Obligaciones y contratos* (coord. M. R. Valpuesta Fernández). Tirant lo Blanch.
- Ríos Salmerón, B. (1998). Tercería de mejor derecho y protección del crédito salarial. (Ejemplar dedicado a Puntos críticos en ejecución de sentencias. Recurribilidad de las resoluciones judiciales. Especial referencia a la suplicación). *Cuadernos de Derecho Judicial, VIII*. CGPJ.
- Rivas Torralba, R. (2001). *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*. Centro de Estudios Registrales. Fundación Benéfica et Peritia Iuris.
- Rives Seva, J. M. (2005). Tasación de bienes sujetos a ejecución hipotecaria. *Práctica de Tribunales*, 22.
- Rodríguez Serrano, P. (2009). Alcance del embargo anotado. Especial referencia al apremio Administrativo. *Actualidad Civil Jurisprudencia*, 1. Wolters Kluwer.
- Sabater Sabaté, J. M. (2012). *La liquidación de cargas en el proceso de ejecución*. [Tesis doctoral]. Universitat Rovira i Virgili.
- Sastre Papiol, S. (2000). Ejecución de bienes hipotecados. En J. Alonso-Cuevillas Sayrol (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (Vol. III). Difusa.
- Vegas Torres, J. (2001). Comentario al art. 613. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas.

Libertad de expresión cuando se ejercita en conexión con el derecho de defensa

Comentario a la [STS de 23 de julio de 2020](#)

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Es relevante que el demandado, al realizar tales manifestaciones, se defendía de una acusación penal, contestando a una pregunta del abogado del querellante, que hoy es el demandante, con unas declaraciones cuyo contenido era pertinente, pues estaba directamente vinculado con la cuestión objeto del interrogatorio, y sin utilizar ninguna expresión ofensiva desconectada de la cuestión objeto del interrogatorio. Por tanto, se establece que la libertad de expresión más intensa, cuando se ejercita en conexión con el derecho de defensa en procesos civiles o laborales, ha de ser la eficacia legitimadora del derecho de defensa cuando las expresiones consideradas afrentosas han sido realizadas por quien declara como investigado porque se ha formulado una querrela en su contra que puede acarrearle una sanción penal.

Palabras clave: derecho al honor; declaración de investigado en proceso penal; derecho de defensa.

Fecha de entrada: 12-09-2020 / Fecha de aceptación: 29-09-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de septiembre de 2020).

Es habitual en el ámbito forense contemplar declaraciones de investigados o acusados en los procedimientos judiciales penales, pero también en otras jurisdicciones, que siendo preguntados sobre las cuestiones objeto de investigación o durante la declaración del acusado prueba en el juicio. No es extraño que un acusado, pese a la evidencia de las declaraciones y otras pruebas que se realicen durante la instrucción, y, posteriormente, durante el desarrollo de las pruebas en el juicio oral, como investigado o como acusado después, las declaraciones que presten durante esos actos procesales nieguen los hechos, modifiquen lo sucedido realmente o incluso dirijan su declaración contra otra persona como supuesto responsable de los hechos.

Esto es lo que sucede en la sentencia que se comenta y que en resumen consiste en lo siguiente: el demandado en el procedimiento contra el honor lo es porque previamente había declarado como investigado en un procedimiento iniciado por una querrela y, a pregunta del entonces querellante y ahora actor en el procedimiento contra el honor, el investigado declara que el actor había ideado una fórmula para vencer algunos obstáculos en relación con proyecto. Con ese único bagaje interpone una demanda contra el derecho al honor, que fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia, con imposición de costas en ambas instancias.

En primer lugar, no debe dejar de mencionarse el artículo 7.7 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, que dispone que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta ley: «La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación», para, partiendo de él, analizar cómo ha resuelto la jurisprudencia el conflicto que se da siempre en estos entre el derecho al honor, que protege el artículo 18.1, y el derecho a la libertad de expresión del artículo 20, ambos preceptos de la Constitución.

Así, debe decirse que el derecho al honor contiene su núcleo o ámbito específico de protección, que es necesario conocer, delimitar y respetar. Sin embargo, los derechos

fundamentales exigen, en ocasiones, el sacrificio de uno de ellos, en el caso de imposible convivencia o incompatibilidad circunstancial; ahora bien, siempre que concurren razones suficientes que así lo justifiquen y que deben ser debidamente expuestas y valoradas. El artículo 20 de la Constitución española establece, en su apartado 4, que todas las libertades reconocidas en el precepto «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia», que cumplen de esta manera lo que la sentencia del Tribunal Constitucional 23/2010, de 27 de abril, ha denominado «función limitadora» en relación con dichas libertades.

Para que pueda considerarse justificada una intromisión en el derecho al honor, es preciso que la información o la expresión se refiera a asuntos de relevancia pública o interés general, ya por la propia materia a la que aluda la noticia o el juicio de valor, ya por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre las que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública –STC 68/2008 y STS de 6 de julio de 2009, rec. núm. 906/2006–, la cual se reconoce en general por razones diversas, no solo por la actividad política, sino también por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias.

En suma, la relevancia pública o interés general constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia de las libertades de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

Tanto un querellante como un denunciante puede poner hechos en conocimiento de los órganos de la jurisdicción penal que entiende que son susceptibles de acción penal y de investigación posterior, igualmente el investigado podrá defenderse como considere oportuno declarando lo que quiera en el marco de las declaraciones que haya de prestar; otra cosa sería que, al margen o extendiéndose de lo que se investiga, realice calificaciones, juicios de valor que puedan resultar ofensivos.

En este sentido, la Sala Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia 1659/2016, manifestó que «la Sentencia de 11 de diciembre de 2008, resalta que esta Sala ha seguido considerando que la mera interposición de una denuncia penal no constituye un acto de imputación lesivo para el honor "al servir tan solo como medio para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la posible existencia de un delito al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva del que se siente perjudicado en sus intereses, siendo así que el descrédito que toda denuncia lleva aparejado para quienes figuran en ella no es bastante para apreciar la existencia de intromisión, ante la mayor protección que merece el derecho de la presunta víctima del ilícito penal, no concurriendo el supuesto de hecho previsto en el artículo 7. 7 de la Ley 1/82 cuando "la imputación de hechos penales se realiza a través del medio legal previsto (denuncia), ante las autoridades penales competentes para conocerlos (policía judicial), en ejercicio del derecho como perjudicado y deber como ciudadano de poner en conocimiento la comisión de hechos delictivos"». La Sentencia de 4 febrero de 2009

insiste en la doctrina de la Sala y colige que «la existencia o no de intromisión ilegítima en el honor a resultas de imputaciones vertidas en el marco de un proceso penal exige un juicio de ponderación de los derechos en juego, a fin de dilucidar si la restricción al honor del imputado (trabajador) ha respetado la definición constitucional de aquellos y sus límites, comprobando si tal restricción está constitucionalmente justificada, siendo para ello esencial comprobar si el que ejerce su derecho y decide acudir a la vía penal para tutelar sus legítimos intereses tenía razones para hacerlo y si se excedió, esto es, si fue más allá de lo que era legal y estrictamente necesario a los fines de defenderlos, pues si su actuación tenía un mínimo soporte y tampoco se excedió en su actuación procesal, el simple hecho de reflejar manifestaciones o imputaciones críticas con ocasión de la elaboración del material que iba a conformar la eventual acusación (informe de detective) o de instar diligencias de investigación, en cuyo resultado iba después a ser objeto de contraste en fase de instrucción, estarían dentro de lo legítimo al no desviarse del fin previsto por el ordenamiento». De forma constante y uniforme, se han venido pronunciando las Sentencias posteriores de 26 mayo de 2009, 25 mayo de 2011, 15 noviembre de 2012, 5 febrero de 2013, 25 febrero de 2013, 15 enero de 2014 y 18 mayo de 2015.

Por otro lado, señala la jurisprudencia, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020, 5155/2018, que «aunque se considerase prevalente la libertad de expresión, la doctrina jurisprudencial reitera (SS 450/2017, de 13 de julio, y 258/2017, de 26 de abril –fundada a su vez en las SSTC 79/2014, 216/2013, y 41/2011–) que cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y la emisión de valoraciones aparecen indisolublemente unidas, por lo que ni siquiera esa exposición de una opinión crítica y legítima justificaría la atribución o imputación al criticado de "hechos no veraces, que objetivamente considerados, ofendan gravemente su honor". En el mismo sentido, la Sentencia 689/2019, de 18 de diciembre, puntualiza que "no resultan amparadas por la libertad de expresión aquellas expresiones ofensivas relacionadas con hechos cuya comunicación pública supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor por no cumplir el requisito de la veracidad", y la Sentencia 236/2019, de 23 de abril, sobre un caso de mensajes en Twitter imputando una agresión física y verbal, precisó que "en este caso carece de relevancia la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, pues ninguna de las dos justificaba la intromisión al sustentarse las opiniones o juicios de valor del demandado sobre el demandante en unos hechos no veraces que afectaban gravemente a la consideración pública del demandante"».

Delimitada la protección del derecho al honor en relación con la libertad de expresión, el supuesto de la sentencia que se comenta tiene aspectos propios, de acuerdo con el ámbito concreto en el que se hacen las imputaciones. No es lo mismo el comentario en un periódico o en un medio de comunicación social, o incluso por un letrado durante un acto procesal, que las realizadas por el investigado o acusado en un procedimiento penal.

En cualquier caso, es imprescindible que las expresiones utilizadas sean realmente merecedoras de reproche por su contenido y que por su contenido sean realmente ofensivas

para un observador imparcial, más allá de las consideraciones personales; es la manifestación de juicios de valor, insultos, vejaciones que atenten contra el aprecio social, la buena fama o la opinión negativa que de una persona tengan o puedan tener los ciudadanos.

Por tanto, lo realmente trascendente es si tales expresiones se realizan en un medio de comunicación social, en una red social, y esas llegan a los demás y le hacen desmerecer en la consideración ajena, o, como sucede en este caso en el ámbito concreto de un proceso penal, durante una declaración prestada por el querellado en la investigación realizada por el juez de instrucción; ambas situaciones no pueden compararse.

La existencia de un proceso penal previo en el que el demandado declaró como investigado es muy relevante para considerar si estaba legitimado para declarar como hizo. En este sentido, debe decirse que, en el proceso penal, el investigado, imputado o acusado, no está obligado a decir la verdad, sino que puede declarar como estime procedente. De hecho, la declaración la presta ante el juez en la sede judicial y en contestación a una pregunta del querellante, ahora demandante, y cuyo contenido no puede considerarse imperitante sino que lo que declaró tenía relación con lo que se le preguntó en el interrogatorio, y, además, no puede entenderse de lo manifestado que fueran utilizadas expresiones que traspasaran el límite de lo preguntado y resultaran ofensivas para el abogado que realizó el interrogatorio y que constan entrecomilladas en la resolución. Otra cosa es que el letrado considerase así, desde un punto personal, teniendo en cuenta el momento y las circunstancias en que se produjeron. No se puede considerar vulnerado el derecho al honor, y considerar que ha existido una intromisión ilegítima en el derecho fundamental, partiendo únicamente de consideraciones personales.

En este sentido, es importante considerar el requisito de la proporcionalidad respecto del que constituye doctrina general (STS 599/2019, con cita de la Sentencia 273/2019, de 21 de mayo) que aunque ni la libertad de información ni la libertad de expresión amparan el uso de expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias, sin relación con la noticia o con el juicio de valor que se pretende transmitir, en todo caso las expresiones deben analizarse, no atendiendo a su estricto significado gramatical, aisladamente consideradas, sino en relación con el contexto, donde pueden perder o ver disminuido su significado ofensivo, siendo particularmente determinante el contexto en casos de enfrentamientos o contiendas de todo tipo.

De hecho, el proceso penal terminó sin sentencia, siendo sobreseído, y no puede considerarse que el ataque fuera deliberado, encaminado a menoscabar el honor, sino para ejercitar el derecho de defensa, que todo investigado o persona frente a la que se sigue un proceso penal tiene como derecho constitucional reconocido y que le legitima para declarar como estime oportuno para su defensa. Tampoco consta que realizara valoraciones personales o presuntamente delictivas a través de las que se pudiera ver comprometida la honorabilidad del actor como podría ocurrir si hubiera referido hechos graves o bien ofensas personales, lo que no sucedió.

La decisión del Tribunal Supremo desestimando el recurso es consecuencia, por un lado, de la falta de gravedad de las manifestaciones, carentes de naturaleza ofensiva en sí mismas, unido a la situación en la que se encontraba el demandado en el momento en que se produjeron las mismas, proceso penal por incoado mediante querrela, en el que, de conformidad con el derecho de defensa, estaba legitimado para declarar aquello que resultara mejor para sus intereses de acuerdo con el derecho constitucional que tiene cualquier investigado o acusado en el proceso penal, resultando además que dichas declaraciones carecen de naturaleza ofensiva.

Causas de nulidad judicial de un laudo arbitral

Comentario a la [STSJ de Madrid, de 12 de septiembre de 2019](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

El TSJ de Madrid nos recuerda que las alegaciones para la nulidad del laudo por la comunidad de propietarios deben circunscribirse necesariamente a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje, limitándose a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje, sin extenderse a los supuestos de infracción del derecho material aplicable al caso.

La acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. Las causas de anulación, por tanto, solo se centran a la falta de garantías procesales, a si el laudo se ajusta a los límites marcados en el convenio arbitral, y si ese laudo sobrepasó las cuestiones o los límites no sujetos al arbitraje por las partes.

Formulada la demanda reconvenzional, se entiende que en ese momento se acepta la controversia y expresamente consiente el convenio, sin que se detecte desequilibrio alguno en perjuicio del consumidor, debiendo entenderse que la controversia es posterior y ha sido consentida.

Posibilidad de establecer convenios de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo siempre que se pacten una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato.

El TSJ de Madrid reconoce la suficiencia argumental del laudo, en él se responden todas las cuestiones, y cita expresamente algunas páginas del mismo, sin que el presente supuesto adolezca de falta de motivación; por ello, declara que no es contrario al orden público y desestima el recurso. Voto particular.

Palabras clave: laudo arbitral; causas de nulidad; motivación; convenio arbitral.

Fecha de entrada: 07-09-2020 / Fecha de aceptación: 25-09-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de septiembre de 2020).

Antes de entrar directamente en el estudio y comentario de la sentencia, hacemos una breve referencia al arbitraje, a fin de que sirva de compendio sucinto e ilustrativo sobre esta figura de resolución de conflictos extrajudicial y de la susceptibilidad de impugnación del laudo para no eludir el control judicial.

Diremos, por tanto, que el arbitraje es un sistema alternativo extramuros de la intervención de los tribunales de justicia. Un tercero especializado dicta el laudo de obligado cumplimiento y se supone que con este sistema de resolución de conflictos extrajudiciales se pretende ganar tiempo y reducir costes.

Al ser preciso un acuerdo entre las partes, es necesario asimismo que sea expreso, y que las partes se sometan al criterio de una corte formada por personas especializadas en las materias que se van a dirimir. Y si las materias son de libre disposición, la autonomía de la voluntad cobra especial significación por contraposición al intervencionismo propio de los tribunales de justicia. Los métodos de solución de conflictos alternativos pueden agruparse en dos tipos, en función de quien resuelva el conflicto:

- Autocompositivos: Conciliación y mediación. Las partes resuelven por sí mismas el conflicto aunque han sido asistidas durante el procedimiento.
- Heterocompositivos: En el arbitraje, al igual que en la justicia ordinaria, las partes facultan a un tercero para la resolución del conflicto.

Pues bien, en nuestro caso hablamos del arbitraje regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, cuyo artículo 2 ya nos advierte del objeto del mismo: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». Y la sentencia que vamos a comentar supone el ejercicio de la impugnación del laudo ante los tribunales de justicia, pues, al fin y al cabo, la ley prevé, en su artículo 43 que: «El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

Con esta pequeña introducción, nos adentramos ya en el análisis de la STSJ de Madrid, de 12 de septiembre de 2019, que estudia un problema muy común: la nulidad de un

laudo arbitral de equidad, dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, por demanda interpuesta por una empresa contra una comunidad de propietarios, por incumplimiento de los contratos de sistema de instalación de agua y de mantenimiento preventivo, en aplicación de una cláusula que preveía el sometimiento al arbitraje de las controversias surgidas entre las partes.

Ese laudo arbitral resulta favorable a la empresa y condena a la comunidad a indemnizarla. Esta, a su vez, alega en la demanda ante el TSJ indefensión y nulidad de los laudos. La esencia de la oposición de la empresa al recurso de la comunidad es la siguiente: el arbitraje no es de consumo. La Corte es competente para el conocimiento de este tipo de asuntos y, por tanto, para dictar el laudo; y no hay contravención del orden público por falta de motivación, porque se argumenta lo suficiente en el laudo y se da respuesta a cada formulación o solicitud.

Evidentemente, se niega la invalidez o nulidad del laudo, y el debate se centrará también en la existencia de vulneración del orden público, la validez o no del contrato de adhesión, mejor dicho, si la cláusula relativa al sometimiento de la controversia es abusiva por impuesta y no negociada, y de especial valor, pues motiva el voto particular de un magistrado, si debe entenderse la reconvención de la comunidad de propietarios como consentimiento tácito del sometimiento de la controversia al arbitraje como válido, para así superar el control, de legalidad, pues la norma –como se verá– prohíbe la sumisión al arbitraje que no sea de consumo cuando la controversia surge con anterioridad al pacto arbitral.

Pues bien, sintéticamente, se reproduce aquí el sentido de la demanda y del recurso de la comunidad de propietarios contra el laudo que la condena extrajudicialmente por el incumplimiento contractual suscrito con la empresa. Un laudo de equidad, por contraposición al de derecho. Con respecto a este tipo de laudos, conviene recordar su naturaleza, amparándonos en la copiosa doctrina y jurisprudencia al respecto, porque la sentencia que dicta el TSJ nos lo va a recordar a lo largo de su fundamentación jurídica. Digamos, por tanto, parafraseando el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 y la STS de 15 de septiembre de 2008, que la principal función del mismo, «de la institución arbitral y el efecto negativo del convenido arbitral», es prohibir la intervención de los órganos jurisdiccionales «para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial», buscando la intervención mínima del órgano jurisdiccional, una actuación judicial de apoyo y de respeto a la autonomía de las partes, sin que al órgano jurisdiccional, cuando se impetra su actuación, le corresponda la revisión de las cuestiones de fondo, sino el apoyo o control en los supuestos tasados expresamente en la ley reguladora de la institución.

Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad –entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de motivos de la Ley 60/2003– de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Debe observarse el sentido de la exposición de

motivos de la Ley de Arbitraje. Es la rapidez y la defensa de los intereses lo que cualifica esta institución, y se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa. Por otro lado, el Tribunal Constitucional también se hace eco de lo mismo en sus SSTC 62/91, de 22 de marzo, y 228/93 de 4 de octubre, 259/93, de 23 de julio, 176/96, de 11 de noviembre.

Por ello, insiste en que el laudo se puede revisar pero siempre que se canalice la revisión a través de las causas tasadas y a las garantías formales. Además, la Sentencia de 23 de abril de 2001 nos dice que los motivos de revisión o de recurso contra las decisiones arbitrales han de ser interpretados «estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones».

Hechas las consideraciones precedentes, se comprenderá que el TSJ, en esta sentencia, nos recuerde que las alegaciones para la nulidad del laudo por la comunidad de propietarios deben circunscribirse necesariamente a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje. No cabe reexaminar –se nos dice– las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral, solo se atienden las referencias a la falta de garantías procesales, si el laudo se ajusta a los límites marcados en el convenio arbitral, y si ese laudo sobrepasó las cuestiones o los límites no sujetos al arbitraje por las partes. Y esto es el objeto del examen, porque, al socaire de esa petición de nulidad, muchos de los recursos pretenden la revisión del fondo de la cuestión, por ello, al principio hemos resaltado los límites que impone la naturaleza del arbitraje de equidad, dentro de la autonomía de la voluntad, al renunciarse a la intervención del poder judicial para dilucidar la controversia extrajudicialmente.

Así se comprende que el fundamento jurídico tercero de la sentencia del TSJ de Madrid entre en el estudio de una de las alegaciones de la comunidad de propietarios tras recordarnos los límites de la revisión del laudo impugnado. Empieza, por tanto, por rechazar la alegación de la inexistencia o falta de validez del convenio arbitral, primero por indefensión, porque no pudo «desplegar todos los medios de defensa a su alcance». Se admite el convenio arbitral en la medida en que se respeten las garantías fundamentales. Lógicamente, concretada o individualizada la indefensión, mediante la exposición del supuesto o de los supuestos en concreto, su estudio dará como resultado que prospere o no la alegación.

A este respecto, la sentencia del TSJ de Madrid, recuerda a la comunidad cosas elementales que permite desestimar su petición:

- a) de un lado, la comunidad contesta a la demanda y formula reconvencción;
- b) se abrió el periodo;
- c) las partes formularon las alegaciones que estimaron por conveniente.

Concluido el procedimiento arbitral –esto es importante– la comunidad de propietarios presenta un escrito alegando que los convenios son nulos por ser abusivos, que la Corte no tenía capacidad para arbitrar en un supuesto de consumo y que la comunidad no había consentido la resolución del conflicto mediante el arbitraje. Téngase en cuenta que el debate que sugiere este nuevo escrito se centra en la condición de consumidores de la comunidad de propietarios –lo cual será objeto de comentario más adelante–.

Pues bien, sin perjuicio de la cita de sentencias sobre la idea de la indefensión –tantas veces leídas–, al considerar el TSJ que la indefensión, para que tenga relevancia constitucional, debe buscar su fundamento en los actos u omisiones de los órganos judiciales derivados de la incorrecta actuación judicial, no por la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales intervinientes; al considerarlo así no la detecta en el caso presente, pues no solo intervino un profesional letrado cualificado en materia arbitral, sino que su intervención, a lo largo del procedimiento, de todas sus fases, fue activa.

El cambio experimentado al final por la dirección letrada, ya aceptado previamente el procedimiento e interviniendo en todas sus fases como así se ha dicho, instando la nulidad por indefensión, o por materia de consumo sin consentimiento de la comunidad, es inaceptable. Porque sucede, además, que «el concepto de orden público no se limita a la infracción de derechos fundamentales y/o de garantías de índole procesal, ni en las normas internacionales, sino el conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC, 3 Sala 2.ª, 54/1989, de 23-2; 58/2015, de 21 de julio, FJ 2)». Como tampoco –y a ello alude la sentencia del TSJ– se puede argumentar que no haya habido motivación suficiente.

Al final, de una manera velada, la sentencia invoca la motivación, la ausencia de irracionalidad, el dictamen caprichoso o la deducción impropia e ilógica tras el razonamiento y la aplicación de la norma. Es decir, aceptado el convenio y el surgimiento de controversia antes de la aceptación del arbitraje por la comunidad de propietarios –cosa que comentaremos después–, y que el laudo da respuesta y contempla los elementos interpretativos de la decisión, no se contraviene el principio básico del derecho a obtener una resolución fundada, por oposición a la «arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos» (STC 131/1990 y 112/1996), pues contiene la fundamentación jurídica y se cumple con la legalidad, sin que haya error patente que justificaría la anulación del laudo.

En estos parámetros se mueve, por consiguiente, la interpretación de la sentencia que comentamos, y por ello la impugnación del laudo carece de sentido, sin que pueda invocarse la vulneración del artículo 24 de la CE. Del mismo modo... la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte

fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio). El TSJ de Madrid habla de suficiencia argumental del laudo, se responden todas las cuestiones, y cita expresamente algunas páginas del laudo. El control del laudo es limitado a los casos ya advertidos, sin que el presente supuesto adolezca de falta de motivación; por ello, declara que no es contrario al orden público y desestima el recurso.

En cuanto a la nulidad del convenio al amparo del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, conviene recordar, antes de entrar en su análisis, su contenido literal, que nos reenvía al comentario de la tasación de causas. Expone el artículo los siguientes motivos de nulidad:

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

Dando por hecho la existencia de los contratos entre la empresa y la comunidad, y de la cláusula novena del segundo de ellos sobre el sometimiento de las controversias al convenio, lo que se cuestiona es la validez del convenio arbitral dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, revisando si se contravienen las reglas que disciplinan los requisitos esenciales del contrato, normas indisponibles para las partes o normas imperativas o prohibitivas. Bien, así dispuesto el estudio de esta alegación de invalidez, por el TSJ se deniega la nulidad basada en que el artículo 57.4 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

El artículo en cuestión dispone que: «No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables». Ese antes de surgir el conflicto lo interpreta el TSJ de la siguiente manera: Surgido el conflicto entre las partes, al formular reconvencción, la comunidad de propietarios «se erige en demandante a

través de su demanda reconvenicional». Esto quiere decir que la comunidad está aceptando el convenio, o surge el conflicto después del convenio por la presentación de la reconvenición, como si hubiera una aceptación expresa posterior al conflicto. Claro, de esta manera, alegar, a su vez, el desequilibrio entra las partes o la falta de negociación de las cláusulas contractuales por ausencia de negociación, no es viable. Hubo contratos aceptados por ambas partes y se está haciendo una interpretación interesada del desequilibrio (ex art. 82.1 RDL 1/2007) entre la empresa y la comunidad, cuya condición de consumidora no se discute. Además, si bien es cierto que entre un consumidor y una empresa cabe pacto de arbitraje cuando surge de una controversia anterior al mismo, ese pacto debe ser negociado individualmente y expresamente consentido. Lo que aquí hace la sentencia que comentamos es considerar que, tramitado el recurso, formulada la demanda reconvenicional, en este momento acepta la controversia y expresamente consiente el convenio, sin que se detecte desequilibrio alguno en perjuicio del consumidor (esto se cuestiona por el voto particular, como luego veremos).

Otra parte breve del comentario debe centrarse en la alegación de la falta de capacidad subjetiva de la Corte Arbitral para el conocimiento del arbitraje, vulnerándose el artículo 41.1, letras d) y e). Es decir, que «la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; y que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje». Visto lo anterior, aceptado que el consumidor consiente someterse al arbitraje tras la reconvenición, ya no hay objeto, pues es claro que no cabe ese sometimiento en materia de consumo y, por consiguiente, las previsiones del artículo 57.2.4 del RDL 1/2000 se contemplan y cumplen.

A pesar de la aparente claridad expositiva y argumental de la sentencia, se formula un voto particular muy interesante que no conviene pasar por alto. El magistrado que formula el voto particular hace mención a una circunstancia no inane: que las sentencias citadas por el laudo son anteriores a la trasposición a nuestro derecho de la Directiva Comunitaria 2001/83/UE y, por tanto, a la nueva redacción del artículo 57.4 del TRELGDUCU, donde se alude a la proscripción de pactos sobre convenios arbitrales entre consumidores y empresarios anteriores al conflicto, cuestionando la interpretación de la aceptación expresa del convenio en la reconvenición por el consumidor, porque, entre otras razones, la jurisprudencia que se cita no es aplicable al caso. El magistrado se plantea si la aceptación de la sumisión al arbitraje -al margen del de consumo- ha de ser con base en una negociación «expresa con un determinado contenido» o no.

De otro lado, hace referencia a la inconsistencia del laudo cuando dice que el contrato no es de adhesión, o lo relativo al examen de la abusividad de las cláusulas de sumisión al arbitraje para la comunidad de propietarios. Pero lo importante, lo radicalmente trascendente, gira en torno a la reconvenición como momento de asunción del arbitraje sin que ello contravenga la prohibición del sometimiento al mismo por controversias posteriores al pacto. Eso es lo cuestionado por el magistrado que formula el voto particular. Y razona así: ¿Si no invoco la nulidad de la cláusula abusiva, me someto al procedimiento alegando

y defendiéndome al margen del abuso, y solo después, cuando formulo la reconvencción, argumento que el contrato puede ser abusivo en tanto que es de adhesión unilateral, este momento procesal es extemporáneo y permite afirmar el consentimiento expreso al convenio? Una cosa es la aceptación posterior del laudo (art. 9.1 LA) y otra la convalidación de una negociación contractual abusiva por falta de negociación o de transparencia. Se distingue claramente entre la consecuencia de un convenio y la posible nulidad anterior de una cláusula en un contrato de adhesión.

El convenio no puede convertirse en una convalidación de cláusulas abusivas contractuales previas. No es que no quepa la convalidación posterior del laudo, pero siempre que haya sido implícitamente negociado, lo que, a juicio de este magistrado, no ha sucedido. La reconvencción en ningún caso supone aceptación tácita tras negociación individualizada, que no cabe en un contrato de adhesión, máxime cuando, como ocurre en el presente supuesto, no nos hallamos ante un arbitraje de consumo. Cita, al efecto, la importante Sentencia del TJCE de 26 de octubre de 2006 –léase–. Apoyándose en esa doctrina y considerando que la conducta del consumidor en el seno de un expediente arbitral no opuesta al convenio es irrelevante para impedir la anulación del laudo por un tribunal, es contradictorio que su posición procesal con la reconvencción sí sirva para admitir tácitamente el sometimiento al mismo, aunque sea por controversia anterior. Pero lo que está claro es la prohibición de cláusulas anteriores al conflicto que limitan o impidan el sometimiento de las controversias a arbitrajes de consumo entre las partes, siendo una de ellas empresario y el otro un consumidor.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 –traspuesta a la normativa nacional– sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es muy clara al respecto cuando indica: «Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión»; o: «Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión»; o: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas». De aquí que el magistrado añada que el consentimiento *ex ante* del consumidor no es posible, aun a arbitraje de consumo, requiriéndose una aceptación expresa del propio consumidor; lo cual nos indica claramente que el reproche del magistrado ponente no está carente de significado, pues se halla sostenido con jurisprudencia comunitaria y normativa legislativa por el juego de los artículos 57.4 de la LA, y 82 y 90 del TRLGDCU, entre otros. Basta con la simple lectura de su voto particular para obtener una posición, tras el análisis crítico, que, en opinión del redactor de este artículo, se sustenta en una base sólida que se comparte.

La desprotección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: ¿quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva?



Lucía Casado Casado

*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad Rovira y Virgili*

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto 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.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Este trabajo analiza los obstáculos con que se enfrenta, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la tutela de los derechos procesales de los recurrentes, con el fin de advertir de los principales problemas y déficits que presentan los medios de impugnación existentes para articular una protección efectiva frente a las infracciones procesales. Tras las últimas reformas normativas, la depuración de errores procesales cometidos por jueces y magistrados al dictar resoluciones judiciales se ha visto seriamente dificultada y, en muchos casos, imposibilitada. El estudio realizado pone de manifiesto el debilitamiento que ha sufrido el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes frente a las infracciones de naturaleza formal o procedimental en que incurren las resoluciones judiciales, al no existir mecanismos efectivos de depuración y quedar sin posibilidad de control y corrección buena parte de los vicios *in procedendo* cometidos por los órganos jurisdiccionales. A su vez, plantea la necesidad de reforzar la tutela de los derechos procesales de los ciudadanos y realiza, a estos efectos, algunas propuestas *de lege ferenda* que, de materializarse, reforzarían su derecho a la tutela judicial efectiva, solventando o, por lo menos, mitigando algunos de los problemas actualmente existentes.

Palabras clave: tutela judicial efectiva; infracciones procesales; vicios *in procedendo*; recursos; orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

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

Cómo citar: Casado Casado, L. (2020). La desprotección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: ¿quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva? *Revista CEFLegal*, 237, 113-148.



The vulnerability of the appellant facing breaches of procedural rules in the administrative justice: A breakdown of the right to an effective remedy?

Lucía Casado Casado

Abstract

This work analyses the hindrances the appellant's right to an effective remedy meets when appearing before administrative justice, warning against the main problems and deficits present in the existing means to appeal, in order to articulate an effective protection against procedural flaws. After the latest statutory amendments, the purging of procedural flaws in judges and magistrates' rulings has been severely strangled and, in many cases, made impossible. This study highlights the weakening suffered by the appellants' right to an effective remedy against breaches of formal or procedural rules in court rulings, as there is no effective mechanism to purge them, thus leaving uncontrolled and uncorrected a fair share of the procedural flaws the courts make. Also states the urge to reinforce the protection of citizens' procedural rights and, to that end, proposes measures *de lege ferenda* which, if passed, would result in a betterment of the right to an effective remedy, solving or, at least, relieving some of the currently existing problems.

Keywords: right to an effective remedy; breach of procedural rules; procedural flaws; appeal; administrative justice.

Citation: Casado Casado, L. (2020). La desprotección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: ¿quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva? *Revista CEFLegal*, 237, 113-148.

Sumario

1. Introducción
2. El recurso de apelación como vía muy limitada para la corrección de la infracción de normas procesales
3. La ineficacia del recurso de casación para la corrección de la infracción de normas procesales
 - 3.1. El nuevo modelo casacional: el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como clave de bóveda y puerta de acceso al recurso de casación
 - 3.2. Las infracciones procesales como fundamento del recurso de casación
 - 3.3. Las dificultades existentes para la invocación en casación de las infracciones procesales
 - 3.4. ¿Alguna posibilidad de protección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el nuevo modelo casacional?
 - 3.4.1. Algunas salidas procesales abiertas por el TS
 - 3.4.1.1. El tratamiento de los supuestos de incongruencia omisiva y por error y de defectuosa motivación de la sentencia de instancia desde la perspectiva del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia
 - 3.4.1.2. El incidente procesal de complemento de sentencias y autos como presupuesto de procedibilidad cuando se invoca una incongruencia omisiva manifiesta
 - 3.4.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones como respuesta al vicio de incongruencia «interna» y «*extra petita*» tras la inadmisión del recurso de casación
 - 3.4.2. La concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia fuera de los supuestos recogidos en la LJCA: ¿una opción viable?
4. El incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo como última salida para la corrección de infracciones procesales
5. Algunas propuestas *de lege ferenda*
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

En el ordenamiento jurídico español, las Administraciones públicas, investidas de importantes privilegios y potestades, actúan, por imperativo constitucional, al servicio de los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE). Esta es la cláusula primordial del Estado de derecho y la piedra angular de todo el derecho administrativo (Sánchez Morón, 2016, p. 88). Para garantizar la plenitud de esta vinculación al derecho, la CE sujeta toda la actuación administrativa a control judicial. En efecto, los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). En este contexto, a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde una importante misión, como es el control de la actuación de las Administraciones públicas cuando actúan en relaciones de Derecho administrativo y cuando ejercitan la potestad reglamentaria, sin perjuicio de que también la actividad administrativa pueda ser enjuiciada por el TC en los procesos de su competencia.

Las previsiones del artículo 106.1 de la CE deben complementarse, desde una perspectiva objetiva y por lo que se refiere a las relaciones jurídicas administrativas, con las del artículo 24.1 de la CE (Sánchez, 2016, p. 103), que reconoce el derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». De este modo, se confía a los jueces y tribunales la garantía última de los derechos de los ciudadanos. Como advierte Laguna (2017), la razón se halla en que en tanto que la Administración es una organización implicada en la gestión del día a día y que aspira a la consecución de objetivos políticos, económicos y sociales, «los jueces son órganos imparciales e independientes, cuya única tarea es la resolución de conflictos, la declaración del derecho y la protección de los legítimos intereses en juego».

Ahora bien, no basta con garantizar un primer control judicial de las Administraciones públicas a través de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que también es preciso articular mecanismos procesales que permitan el control de las resoluciones judiciales que se consideren ilegales o injustas. Es del todo imprescindible poner al servicio de los ciudadanos instrumentos que permitan reaccionar ante resoluciones judiciales ya dictadas y revisarlas y, en su caso, corregir la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico realizada en ese primer pronunciamiento que resulta perjudicial o supone un gravamen para el recurrente. Por ello, en el ámbito contencioso-administrativo, los litigantes dis-

ponen de un amplio abanico de medios de impugnación, potencialmente utilizables frente a las resoluciones judiciales. Su existencia es imprescindible para dar una oportunidad de rectificar los errores cometidos y reparar la injusticia o la ilegalidad en que haya podido incurrir un juez, que como cualquier persona puede equivocarse, en el ejercicio de la función jurisdiccional, al dictar una resolución judicial errónea.

Cabe plantearse, sin embargo, si los mecanismos procesales existentes –especialmente, los recursos– cumplen adecuadamente esa función de revisión y control de las resoluciones judiciales, especialmente tras las últimas reformas normativas acometidas en este ámbito. Es cierto que los jueces y magistrados en su actuación pueden incurrir en errores *in iudicando* –infracciones de fondo cometidas por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma sustantiva o por interpretación errónea de la misma– o *in procedendo* –infracciones de naturaleza formal, por la inobservancia de normas procesales– que basculen el sentido de la resolución judicial adoptada. Ahora bien, ¿son efectivos y suficientes los instrumentos de control existentes sobre estas infracciones en que pueden incurrir las resoluciones judiciales? Esta cuestión es especialmente relevante, en el momento actual, en relación con las infracciones procesales, ya que, tras las últimas reformas normativas –especialmente la de 2007, con la reforma del recurso de amparo, y la de 2015, con la implantación de un nuevo modelo de casación–, la depuración de errores procesales cometidos por los jueces y magistrados al dictar resoluciones judiciales se ha visto seriamente dificultada y, en muchos casos, imposibilitada.

En este escenario, el presente trabajo contiene un análisis exhaustivo de las principales dificultades con que se encuentran los mecanismos procesales de que disponen los recurrentes en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo frente a los errores procesales, con especial referencia a los recursos de apelación y casación, aunque también con alusiones a otros instrumentos, como el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. La finalidad no es otra que detectar las debilidades del actual sistema de protección de los recurrentes frente a la infracción de normas procesales, con el fin de determinar si, en el marco jurídico vigente, realmente existe una tutela judicial efectiva frente a los vicios *in procedendo*. Para ello, se exponen, en primer lugar, los obstáculos que impiden que el recurso de apelación, en su configuración actual, constituya una vía efectiva para corregir las infracciones procesales. En segundo lugar, los que afectan al recurso de casación. En tercer lugar, se incluyen algunas referencias al incidente procesal de nulidad de actuaciones y al recurso de amparo como última vía para la corrección de errores procesales. A continuación, se aportan algunas propuestas *de lege ferenda* que pueden contribuir a reforzar el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y revertir la situación de erosión padecida durante los últimos años. Finalmente, se formulan algunas conclusiones que se centran en los déficits de los mecanismos existentes para la depuración de infracciones procesales y en su impacto sobre la tutela judicial efectiva.

Estamos, sin duda, ante un tema de extraordinaria importancia para todas las personas que se relacionan con las Administraciones públicas y que litigan frente a ellas porque su

derecho a la tutela judicial efectiva está en juego cuando las propias resoluciones judiciales, dictadas por quienes han de controlar a las Administraciones públicas, incurren en vicios procedimentales que quedan sin control y sin posibilidad de corrección. De ahí la conveniencia de una reflexión pausada sobre todas estas cuestiones, objetivo que se pretende acometer en las páginas siguientes.

2. El recurso de apelación como vía muy limitada para la corrección de la infracción de normas procesales

El recurso de apelación, regulado en los artículos 80 a 85 de la LJCA, constituye uno de los medios de impugnación al alcance de los litigantes para llevar a cabo una revisión o segundo examen de una resolución previamente dictada por un órgano jurisdiccional y es «expresión del sistema de doble instancia en el orden contencioso-administrativo» (Casado, 2019, p. 68). A través de este recurso, un órgano jurisdiccional superior a aquel que ha dictado la resolución recurrida, y de carácter colegiado (las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ y de la AN), revisa, a instancia de la parte perjudicada, una resolución procesal dictada por un órgano jurisdiccional de naturaleza unipersonal (los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo), extendiéndose su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho (Casado, 2019, p. 68). Su función, a diferencia de lo que sucede con el recurso de casación, no es sentar jurisprudencia, sino servir de vía de control de las decisiones de los órganos judiciales, ya que permite depurar un resultado anterior, a través del reexamen de la resolución procesal dictada por un órgano jurisdiccional *a quo*, confirmando o revocando la resolución impugnada. De este modo, constituye una vía muy efectiva para comprobar y mejorar los resultados de la primera instancia (Hinojosa, 2018, p. 179), a través de la cual puede asegurarse la corrección de posibles errores.

El recurso de apelación puede fundarse tanto en infracciones jurídicas como en defectos de juicio o equivocaciones del órgano jurisdiccional de instancia (Hinojosa, 2018, p. 170). Como es un recurso de carácter ordinario, su interposición no está limitada a motivos tasados de impugnación y puede hacerse valer cualquier tipo de infracción del ordenamiento jurídico en que hubiera incurrido el órgano jurisdiccional *a quo* al dictar la resolución objeto de recurso (Colomer, 2017, pp. 218-219). Por lo tanto, el recurso «puede fundarse tanto en el desconocimiento de normas o garantías procesales, como en la incorrecta reconstrucción de los hechos o aplicación del Derecho sustantivo por parte de la resolución apelada» (Hinojosa, 2018, p. 171), teniendo en cuenta que el carácter revisor de la apelación también limita las cuestiones en que las partes pueden fundar el recurso o la oposición, que deben ceñirse a las planteadas en la instancia. Eso sí, el recurso debe basarse en la crítica de la resolución recurrida, que constituye su verdadero objeto. En otro caso, carecería de motivos fundamentados.

En consecuencia, la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, entre las que se incluyen las relativas a las normas sobre jurisdicción y competencia,

las referentes a las normas procesales reguladoras de la sentencia (por ejemplo, las relativas al deber de motivación y congruencia) y las que rigen los actos y garantías del proceso (por ejemplo, las producidas en el recibimiento a prueba del pleito y la práctica de las pruebas admitidas), pueden servir de fundamento al recurso de apelación, que deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Es más, este recurso, en cuanto permite una revisión de lo dictado en primera instancia, es una vía idónea para la corrección de los vicios *in procedendo* que hayan podido cometerse. Sin duda, es una opción del todo acertada canalizar la depuración de errores procesales a través de este recurso. Precisamente, para enmendar estos errores es para lo que «debería estar la segunda instancia y el recurso de apelación, que permite una revisión integral de la sentencia inicialmente dictada» (Quintana *et al.*, 2019, p. 195).

Sin embargo, la configuración de la apelación contencioso-administrativa en la LJCA impide que esta vía impugnatoria pueda desempeñar la función señalada en toda su extensión. Actualmente, este recurso carece de carácter universal (Casado, 2019, p. 133) y está sometido a importantes restricciones en su admisibilidad, tanto en el plano interpretativo como en el legislativo (Sospedra, 2019, p. 206), que limitan el acceso al mismo, siendo muchas las resoluciones judiciales contra las cuales no puede interponerse. Así ocurre, en primer lugar, con las dictadas por los órganos jurisdiccionales colegiados, por cuanto el recurso de apelación únicamente cabe contra resoluciones de los juzgados. De este modo, la totalidad de los autos y de las sentencias dictados por las salas de lo contencioso-administrativo, tanto de los TSJ, como de la AN y del TS, quedan excluidas de apelación. Para estas resoluciones no cabe otra vía de reconsideración de lo resuelto que el recurso de casación, que solo procederá cuando el TS aprecie la concurrencia del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, lo que supone una importante barrera de acceso y lleva a que, en la práctica, multitud de litigios queden excluidos de cualquier posibilidad de reconsideración, incluso aunque lo resuelto en la instancia sea discutible (Quintana *et al.*, 2019, p. 195). Además, cabe advertir que el recurso de casación tampoco es posible ni contra los autos ni contra las sentencias del TS, al haberse suprimido el recurso de casación para la unificación de doctrina.

En segundo lugar, la existencia de restricciones de acceso al recurso de apelación por razón de la cuantía lleva a que únicamente pueda interponerse este recurso contra las sentencias de los juzgados cuando se hubieran dictado en asuntos de más de 30.000 euros. La apelación se excluye para todos aquellos asuntos de cuantía igual o inferior a 30.000 euros, si bien sí será posible, con carácter general, en asuntos de cuantía indeterminada (Casado, 2019, p. 75; Hinojosa, 2018, pp. 189-190; y Sospedra, 2014, p. 809). Además, esta restricción no entra en juego en determinados supuestos recogidos en el artículo 81.2 de la LJCA. Así, siempre serán susceptibles de apelación las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de asuntos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros, las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, las que resuelvan litigios entre Administraciones y las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Sin embargo, las infracciones procesales *per se*, aun cuando pue-

dan suponer la vulneración de derechos fundamentales, no tienen garantizado el acceso a la apelación, al no encontrarse recogidas como tal en ninguno de estos supuestos. Por ello, únicamente si se han producido en litigios de cuantía superior a 30.000 euros o afectan a las sentencias recogidas en el artículo 81.2 de la LJCA podrán ser invocadas a través del recurso de apelación, salvo que la cuantía del pleito pueda considerarse indeterminada.

La fijación de la cuantía mínima para apelar en 30.000 euros, duramente criticada por la doctrina administrativista, tiene como consecuencia directa el incremento del número de procesos que se resuelven en única instancia ante los juzgados (Casado, 2019, p. 76). Ello, en opinión de Huelin (2011, p. 3), «no deja de ser una disminución de garantías que, aunque respetuosa con el artículo 24 de la Constitución (este precepto constitucional no exige una segunda instancia procesal, salvo en el orden penal), desde la perspectiva del justiciable no deja de ser preocupante, ya que debe jugárselo todo a una carta, sin una segunda oportunidad».

Sin embargo, lejos de mitigarse, el umbral económico para acceder al recurso de apelación podría verse aumentado, si prospera una propuesta realizada por el CGPJ. Recientemente, en un primer documento de trabajo elaborado por este órgano, sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque de la Administración de Justicia tras el estado de alarma, se propone modificar el artículo 81.1 de la LJCA y aumentar la *suma gravaminis* necesaria para interponer el recurso de apelación, pasándola de 30.000 a 60.000 euros¹. Un aumento propuesto, pues, del doble de la cantidad actual, por lo que no podemos menos que criticarlo, ya que, lejos de ampliar la doble instancia y asumir una reivindicación por la que claman unánimemente tanto la doctrina administrativista (por ejemplo, Casado [2019, pp. 141 y 347], Hinojosa [2018, pp. 176-178], López [2018, p. 19], Parejo [2018, p. 344] y Rando [2018, p. 28]) como la judicatura (por ejemplo, Díez-Picazo [2019, p. 646], Fresneda [2006, pp. 236-239] y Quintana [2018, p. 322]) y la abogacía (tanto abogados –por ejemplo, Alonso [2020, p. 3] y Muñoz [2018, pp. 157-158]– como letrados de las Administraciones públicas –por ejemplo, González [2018b]–), la ampliación de la cuantía la limitará aún más. Como advierte Aparicio (2020a), «convertirá a la jurisdicción contenciosa-administrativa en un orden donde prevalecerá, con aplastante mayoría, el procedimiento de única instancia». Por ello, no podemos menos que coincidir con Aparicio (2020b) cuando afirma que «la propuesta es del todo punto errónea», por lo que «lo más adecuado es renunciar a esta medida y generalizar la doble instancia en el orden contencioso-administrativo». De acabar materializándose esta propuesta, justificada para descargar de asuntos a las salas de los TSJ y de la AN, las consecuencias serían nefastas. Sin duda, volvería a incrementarse el número de procesos resueltos en única instancia ante los juzgados y volve-

¹ Vid. la medida n.º 5.3 del «Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma», 7 de abril de 2020, pp. 262-264. El CGPJ justifica la propuesta de esta medida en la reducción de la entrada de asuntos en las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ y de la AN, con el fin de contribuir al mejor funcionamiento de estos órganos. Además, considera que este importe, a pesar de su elevación, sigue siendo moderado.

ría a producirse una reducción de las garantías de los litigantes, así como una erosión de su derecho a la tutela judicial efectiva. Además, se produciría «un debilitamiento evidente del control jurisdiccional de la actuación administrativa y, por tanto, del control del poder público» (Casado, 2019, p. 75). Por ello, debe reconsiderarse y, como señala Alonso (2020, p. 3), «debe tomarse en consideración el derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que esa deseable descarga de trabajo no implique una vulneración de este derecho constitucional».

En tercer lugar, el recurso de apelación también presenta algunas restricciones por razón de la materia, tanto con relación a los autos como a las sentencias. Respecto de los primeros, solo es posible contra los dictados en materias concretas –expresamente enumerados en el artículo 80.1 de la LJCA– y en procesos de los que conozcan los juzgados en primera instancia. Con relación a las sentencias, la LJCA también recoge algunas excepciones por razón de la materia, excluyéndose de apelación los asuntos relativos a materia electoral del artículo 8.5 de la LJCA.

A la vista de lo expuesto, son muchos los obstáculos que el recurso de apelación, en su actual configuración, presenta para poder actuar como vía efectiva para corregir la infracción de normas procesales producida en la instancia². La opción, en la LJCA, por un sistema de doble instancia limitado y la existencia de importantes restricciones en el acceso al recurso de apelación conducen a que numerosas resoluciones judiciales queden sin acceso a la segunda instancia y se pierda la oportunidad de canalizar, a través de este recurso, la depuración de errores procesales cometidos en la instancia. Es más, en el ámbito contencioso-administrativo, a diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, la única instancia es la norma general (Casado [2019, p. 74] e Hinojosa [2018, p. 176]). Ello lleva a que, en numerosas ocasiones, excluida la apelación, la única vía posible para corregir y revisar lo resuelto en la instancia y depurar posibles vicios procesales sea el recurso de casación, aunque también presenta importantes limitaciones.

3. La ineficacia del recurso de casación para la corrección de la infracción de normas procesales

El nuevo modelo casacional instaurado tras la reforma de la LJCA por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, también presenta serias dificultades para articularse como instrumento efectivo para la revisión de vicios de naturaleza procesal. Veamos las razones de esta afirmación.

² A los ya señalados, deben añadirse los de carácter económico y, en particular, la actual regulación de las costas procesales, por cuanto la aplicación del principio de vencimiento, como advierte Casado (2019, p. 93), «puede suponer un importante elemento disuasorio para la interposición de este recurso y, por lo tanto, un elemento limitador en el acceso al mismo».

3.1. El nuevo modelo casacional: el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como clave de bóveda y puerta de acceso al recurso de casación

La reforma de la LJCA de 2015 supone la introducción de un nuevo modelo de casación en el ámbito contencioso-administrativo, que transforma radicalmente el anterior y que gravita sobre la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. En este nuevo modelo, la función prevalente del recurso es la de formación de jurisprudencia (*ius constitutionis*) y pasa a un segundo plano la tutela de derechos e intereses (*ius litigatoris*), si bien «el recurso no pretende formar jurisprudencia en abstracto, sino al hilo del caso concreto y de la infracción cometida en el mismo» (Álvarez, 2018, p. 370). De este modo, el recurso está dirigido no tanto a la tutela judicial de los derechos de los recurrentes como a la generación de unidad en la doctrina jurisprudencial, con el fin de fomentar la seguridad jurídica. Por lo tanto, la función preponderante es la nomofiláctica y el recurso debe servir principalmente para redefinir el derecho objetivo y no para resolver el conflicto jurídico que enfrenta a las partes del proceso (Pérez, 2019, p. 5). Como ha constatado el propio TS, el nuevo recurso de casación «presenta una decidida vocación de erigirse como un instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la aplicación de este sector del Ordenamiento»³.

En este nuevo contexto, se dejan atrás las restricciones de acceso existentes por razón de la cuantía, por lo que ya no es necesario que los asuntos superen los 600.000 euros. Cualquier asunto podrá acceder a la casación contencioso-administrativa, si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Lo determinante ahora no es la cuantía, sino la trascendencia jurídica, económica y social y la proyección general, más allá del caso concreto, que hace conveniente un pronunciamiento jurisprudencial. Se facilita, así, que muchos asuntos, antes vedados al conocimiento del TS, puedan tener entrada en esta instancia con el fin de formar jurisprudencia sobre un tema (Gifreu, 2016, p. 68). De este modo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, si se trata de la interpretación de normas de derecho estatal o de la Unión Europea –o las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, si se trata de normas de derecho autonómico–, podrá pronunciarse sobre asuntos que sean jurídicamente relevantes para la sociedad, con independencia de su cuantía (Córdoba, 2015, apartado II).

El recurso de casación contencioso-administrativo, en su actual regulación, pivota sobre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que «se erige como la piedra angular del nuevo modelo casacional»⁴ o, en otros términos, «como clave

³ ATS de 29 de marzo de 2019 (recurso n.º 33/2019), FJ 3.º.

⁴ ATS de 31 de enero de 2020 (recurso n.º 6791/2019), FJ 3.º, apartado 5.

de bóveda y puerta de acceso al recurso de casación»⁵. Este interés casacional objetivo, que se refiere a la idoneidad del asunto para acceder a la casación, dada su conveniencia para asegurar la unidad del ordenamiento y la formación y uniformidad de la jurisprudencia (Razquin, 2016, p. 160), constituye un presupuesto de admisibilidad y el filtro de acceso más importante (Casado, 2019, p. 188), a la vez que supone el «cambio sustancial más decisivo de la reforma» (Fernández, 2015, p. 109). Además, «no descansa en el interés subjetivo de los litigantes, sino en el interés objetivo de las cuestiones planteadas en el recurso» (Quintana *et al.*, 2019, p. 169), por lo que prima el *ius constitutionis* frente al *ius litigatoris*. No obstante, como ha puesto de manifiesto el TS, entre otros, en el Auto de 31 de enero de 2018 (recurso n.º 1193/2017), ello «no autoriza a configurar el recurso de un modo abstracto o desvinculado de los concretos intereses legítimos en debate», ya que este interés casacional objetivo «no desplaza ni sustituye el interés de las partes procesales en obtener la satisfacción de su derecho, ni por ende convierte la casación en un recurso abstracto o puramente dogmático o doctrinal, sino que en cierta medida se superpone a él, complementándolo» (FJ 4.º).

El recurso de casación, con arreglo al artículo 88.1 de la LJCA, solo podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, «la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», pero «no en abstracto, sino en relación con la resolución de las cuestiones suscitadas en el pleito que fueron objeto del pronunciamiento en la sentencia o debieran haberlo sido»⁶. A la parte recurrente corresponderá acreditar y motivar ese interés casacional del asunto en su escrito de preparación y convencer al TS, a quien corresponde apreciar su concurrencia, de que tiene interés para la sociedad y sirve para crear jurisprudencia, con independencia del interés subjetivo que presente (Córdoba, 2015, apartado III). Sin embargo, la LJCA no define qué debe entenderse por interés casacional objetivo. Simplemente, se limita a acotar el marco en que ha de desenvolverse la apreciación sobre su concurrencia (Casado, 2019, p. 191), a través de la incorporación, en el artículo 88 de la LJCA, de una doble relación de supuestos, a modo de *numerus apertus* (Quintana *et al.*, 2019, p. 165), en que podrá apreciarse que existe dicho interés casacional objetivo –apartado 2– y en que se presumirá –apartado 3–⁷, aunque sin gran concreción. Esta relación es puramente indicativa, por lo que no se cierra la posibilidad a la existencia de otros supuestos de interés casacional, fuera de los enumerados en el artículo 88, como ha admitido el propio TS.

⁵ ATS de 8 de enero de 2019 (recurso n.º 4346/2018), FJ 3.º, apartado. 4.

⁶ ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016), FJ 1.º.

⁷ Nótese que la presunción no afecta por igual a todos los supuestos recogidos en el apartado 3 del artículo 88 de la LJCA. Solo hay una presunción *iuris et de iure* en los supuestos recogidos en los apartados b) y c), aun cuando en este último caso se introduce un matiz. Como advierten Quintana *et al.* (2019, p. 166), en todos los demás supuestos queda en manos del tribunal decidir si hay o no interés casacional.

Por otra parte, no es suficiente con que un asunto presente interés casacional objetivo, sino que, además, debe serlo para la formación de jurisprudencia. Por ello, las controversias puramente repetitivas no revestirán tal interés⁸. Ahora bien, debe tenerse en cuenta la interpretación flexible que ha realizado el propio TS, al considerar que el recurso de casación no solo puede operar para formar jurisprudencia en sentido estricto –es decir, para crearla–, sino también para matizar, precisar o, incluso, corregir o reconsiderar la existente⁹.

3.2. Las infracciones procesales como fundamento del recurso de casación

El recurso de casación se limita únicamente a las cuestiones de derecho, con exclusión de las de hecho¹⁰, por lo que centra su objetivo en la interpretación del derecho y deja fuera las cuestiones fácticas¹¹ y de valoración de la prueba¹², con perfiles marcadamente casuísticos y circunstanciados, precisamente porque resultan ajenas a la finalidad del nuevo recurso y carecen de la dimensión de interés casacional objetivo inherente al nuevo sistema, al no tener proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos¹³. Por tanto, es un recurso destinado exclusivamente a resolver cuestiones jurídicas (Córdoba, 2015, apartado II) y dirigido a revisar la aplicación del derecho realizada por el tribunal *a quo*. Su admisión a trámite depende de la invocación, por el recurrente, de una concreta infracción del ordenamiento jurídico o de la doctrina jurisprudencial, siempre que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS –o de los TSJ– estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para formar jurisprudencia.

En consecuencia, debe fundarse, necesariamente, en la infracción de normas o de la jurisprudencia. Desde la perspectiva que aquí nos interesa, cabe destacar que puede ser-

⁸ *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 5 de diciembre de 2018 (recurso n.º 5363/2017), FJ 1.º.

⁹ *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 16 de mayo de 2017 (recurso n.º 685/2017), FJ 1.º; de 6 de junio de 2017 (recurso n.º 1137/2017), FJ 1.º; de 23 de mayo de 2018 (recurso n.º 527/2018), FJ 2.º, apartado 2; 16 de enero de 2019 (recurso n.º 6950/2018), FJ 5.º, apartado 2; de 6 de mayo de 2019 (recurso n.º 8013/2018), FJ 2.º; de 20 de junio de 2019 (recurso n.º 80/2019), FJ 6.º, apartado 2.1; y de 9 de julio de 2019 (recurso n.º 1072/2019), FJ 5.º, apartado 2.

¹⁰ *Vid.* el artículo 87 bis, apartado 1, de la LJCA.

¹¹ Sin perjuicio de la facultad de integración de los hechos que el artículo 93.3 de la LJCA confiere al TS.

¹² *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 29 de marzo de 2019 (recurso n.º 33/2019). Nótese, sin embargo, que sí que pueden ser cuestionadas, a través del recurso de casación, la calificación jurídica de los hechos o la determinación de las consecuencias jurídicas que de ellos dimanar o, incluso, cuestiones jurídicas referidas a la carga de la prueba. *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 10 de diciembre de 2018 (recurso n.º 462/2018), FJ 3.º; y de 10 de mayo de 2019 (recurso n.º 116/2019), FJ 2.º.

¹³ *Vid.*, entre otros, los autos del TS de 5 de diciembre de 2017 (recurso n.º 269/2017), FJ 4.º; de 26 de septiembre de 2018 (recurso n.º 238/2018), FJ 2.º; y de 29 de marzo de 2019 (recurso n.º 33/2019), FJ 3.º.

vir de fundamento al recurso cualquier tipo de infracción del ordenamiento jurídico, tanto sustantiva como procesal¹⁴, si bien la fundamentación del recurso no debe estructurarse en función de la inserción de la norma infringida en uno u otro ámbito, «sino en atención a su incidencia sobre el proceso, es decir, si se trata de vicios *in procedendo* o *in iudicando*» (Hinojosa, 2018, p. 260). Ello es relevante porque, como regla general, en tanto que las infracciones procesales determinan la reposición de las actuaciones al momento en que se cometió la infracción para su continuación, las sustantivas permiten al tribunal de casación decidir el resto de cuestiones planteadas.

Entre las infracciones de normas procesales que pueden hacerse valer en el recurso de casación, se incluyen las relativas a las normas procesales referidas a la formación de las resoluciones judiciales impugnadas –sentencias o autos–, como el incumplimiento de los deberes de motivación y congruencia¹⁵; las de las normas jurídicas relativas a los presupuestos del proceso de instancia, como la falta de jurisdicción, la incompetencia del órgano juzgador en la instancia o la inadecuación del procedimiento, que constituyen, en suma, «errores *in procedendo* en los que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional *a quo* en la constitución de la relación jurídico-procesal» (Ruiz, 2016, p. 170); o las referidas al desarrollo del proceso seguido en la instancia, en sí mismo considerado, para la adopción de la resolución recurrida, esto es, las infracciones procesales no específicas o generales (Hinojosa, 2018, p. 387), que conllevan la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales y provocan vicios en el proceso judicial, produciendo indefensión y limitando el derecho de defensa¹⁶, como la denegación de pruebas que eran pertinentes o la inadmisión indebida de pruebas¹⁷.

¹⁴ *Vid.* el artículo 88.1 de la LJCA.

¹⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* Ruiz (2016, pp. 165-166).

¹⁶ Nótese que este tipo de infracciones procesales se recoge en el artículo 89.2 c) de la LJCA, que exige que en el escrito de preparación del recurso de casación se acredite «si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello». La LJCA requiere, como se desprende de este precepto, el intento de subsanación de la infracción cometida. El procedimiento a seguir es el incidente procesal de integración y complemento de sentencias y autos, regulado en el artículo 267.5 de la LOPJ y el artículo 215.2 de la LEC, de aplicación supletoria.

¹⁷ Señala Ruiz (2016, p. 176, nota al pie 196) que entre estas normas procesales también se incardinan «las cuestiones atinentes a la designación de ponente, a la composición de la Sala o al señalamiento para votación y fallo, siempre desde la perspectiva de la prohibición de indefensión al amparo del artículo 24 de la CE». En cambio, Hinojosa (2018, p. 391) sitúa las infracciones afectantes a las normas que se ocupan de la adopción de las resoluciones judiciales, esto es, las que disciplinan la constitución de los órganos judiciales, las que determinan las causas de abstención y recusación, las que establecen las incompatibilidades o prohibiciones de los miembros del órgano judicial, así como las que regulan la forma en que la decisión debe adoptarse –la deliberación, votación y fallo–, entre las infracciones de las normas reguladoras de las resoluciones judiciales impugnadas; ahora bien, considera que no se extiende a estos casos la exigencia de justificar la petición en la instancia de la subsanación de la falta.

3.3. Las dificultades existentes para la invocación en casación de las infracciones procesales

Como hemos puesto de manifiesto, las infracciones procesales pueden servir de fundamento al recurso de casación. Sin embargo, en la práctica, franquear la barrera del interés casacional objetivo para este tipo de infracciones va a resultar francamente difícil, si no imposible. En el anterior recurso de casación, estos vicios tenían abierto el acceso al TS por la vía específica del artículo 88.1.c) de la LJCA, con arreglo al cual el recurso de casación podía fundarse, entre otros motivos, en el «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte». Sin embargo, en la nueva regulación, este sistema de articulación de motivos autónomos de revisión, que permitía examinar la admisibilidad de cada uno de ellos, ha desaparecido y se ha sustituido por la invocación de infracciones del ordenamiento jurídico, sustantivas o procesales, o de la jurisprudencia, que únicamente posibilitan la admisión a trámite cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS –o, en su caso, de los TSJ– estime que, atendiendo a la infracción denunciada, el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia¹⁸.

En la medida en que la admisibilidad del recurso de casación está ligada al interés casacional objetivo, esta regla resulta igualmente extensible a las infracciones de naturaleza formal. Por lo tanto, también respecto de estas infracciones rige la regla general del artículo 88.1 de la LJCA de que el recurso solo será admisible cuando presente interés casacional.

Ahora bien, en el nuevo modelo casacional, los vicios *in procedendo* topan de frente con la barrera del interés casacional objetivo, que va a poner importantes trabas para franquear el trámite de admisión. Y ello por tres razones fundamentales. En primer lugar, porque en muchas ocasiones estas infracciones procesales remiten a valoraciones puramente casuísticas, muy ligadas a las circunstancias casuísticas del pleito concreto en el que se denuncia su vulneración, y ello hace más difícil argumentar su proyección general y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS –o de los TSJ–. Como advierte Álvarez (2018, p. 371), frecuentemente, el error *in procedendo* cometido por el órgano de instancia únicamente afectará a las partes en contienda, «de modo que el recurso carecerá de la nota de generalidad y trascendencia más allá del caso concreto ("interés casacional objetivo") que ahora se exige para su admisión». En efecto, el incumplimiento de las normas reguladoras de las formas y garantías procesales «queda reducido al limitado ámbito del proceso en el que supuestamente se haya producido, por lo que difícilmente repercutirá en la aplicación o inaplicación general de una norma o jurisprudencia» (González, 2018a, p. 82).

En segundo lugar, porque no podemos olvidar que la admisibilidad del recurso está ligada a la apreciación de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y sobre las

¹⁸ ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016), FJ 2.º.

normas procesales aplicables a las infracciones procedimentales ya existe una abundante y reiterada jurisprudencia, tanto del TC como del TS. Por ello, será muy difícil justificar la existencia de dicho interés casacional. Estando ya formada la jurisprudencia sobre cuestiones procesales, únicamente cuando se consiga convencer al tribunal de la necesidad de su reconsideración o matización, podrá prosperar el recurso. En caso contrario, estará abocado al fracaso, por carecer de la aptitud para formar jurisprudencia (Álvarez, 2018, p. 371), aun cuando la sentencia de instancia se haya adoptado con clamorosos errores procesales, de los que ha podido depender el fracaso de una pretensión y la pérdida del pleito, y la cuestión pueda revestir un gran interés para los litigantes por estar en juego intereses personales o patrimoniales.

Y, en tercer lugar, también debe tenerse presente que, aunque la invocación de vicios *in procedendo* se conecte, como es habitual, con la infracción de derechos fundamentales (normalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva), ello no asegura la admisibilidad del recurso. Tampoco constituye por sí sola un supuesto de interés casacional objetivo, siendo preciso que el recurrente justifique la infracción con singular referencia al caso y argumente, atendiendo a la infracción alegada, que el recurso presenta dicho interés casacional para la formación de jurisprudencia¹⁹. Así lo constata el TS en el Auto de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016). Además, el propio TS advierte en este auto de las dificultades que plantea la apreciación del interés casacional cuando se denuncia –como acontecía en este caso– la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con infracción del artículo 24 de la CE y de aquellos otros preceptos que exigen a las sentencias y demás resoluciones judiciales ser coherentes con las pretensiones de las partes, al contar estos preceptos con una abundante y reiterada jurisprudencia, por lo que difícilmente se harán necesarios nuevos pronunciamientos de esta sala (FJ 3.º).

En definitiva, son muchas las dificultades que presenta la invocación de infracciones de naturaleza formal, a efectos de la admisión del recurso. De ahí que la probabilidad de que se admita un recurso de casación fundado en exclusiva en infracciones procesales sea escasa, aunque no es inexistente (González, 2018a, p. 82). Efectivamente, son contados los pronunciamientos de admisión en los que la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es de índole procesal (Álvarez, 2018, p. 371, nota al pie 121).

¹⁹ Con anterioridad a la reforma de 2015, la LJCA, en el caso de los procedimientos especiales para la defensa de los derechos fundamentales, excepcionaba el límite cuantitativo del recurso de casación, que procedía cualquiera que fuese la cuantía del asunto (art. 86.2.b LJCA). En cambio, en el nuevo modelo casacional, ya no hay admisión automática del recurso de casación en el caso de vulneración de derechos fundamentales. Que la sentencia haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales únicamente constituye, en la actualidad, uno de los supuestos en que puede apreciarse la existencia de interés casacional objetivo (art. 88.2.i LJCA); ni tan siquiera opera la presunción de existencia de tal interés casacional, ya que este supuesto se sitúa en el apartado 2 del artículo 88 y no en el apartado 3. Así lo confirma, además, el propio TS, por ejemplo, en el Auto de 15 de marzo de 2017 (recurso n.º 110/2017), FJ 3.º. En cambio, siempre son susceptibles de apelación las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 81.2.b LJCA).

Aunque el órgano jurisdiccional de instancia haya cometido graves errores procesales y el resultado del pleito sea claramente injusto e insatisfactorio, si no se puede justificar la concurrencia del interés casacional objetivo y la necesidad de revisar el resultado del pleito de instancia desde la perspectiva objetiva de la formación de jurisprudencia, el recurso de casación está condenado a no ser admitido a trámite²⁰. Y esta justificación de la infracción procedimental es carga de la parte recurrente, que, además de denunciar la correspondiente infracción, deberá fundamentar, con especial referencia al caso, la conveniencia de que el TS entre a conocer de la misma desde la perspectiva objetiva de su interés para formar jurisprudencia²¹. Por lo tanto, también tendrá que «justificar dialécticamente por qué resulta conveniente su estudio y resolución por el Tribunal Supremo desde la perspectiva objetiva de su interés para la formación de jurisprudencia»²². Y ello no resultará sencillo porque muy difícilmente podrá justificarse la conveniencia de un pronunciamiento del TS (Cáncer, 2017, apartado 1.2). En cualquier caso, si la infracción *in procedendo* puede adquirir dimensión colectiva, las posibilidades de admisión del recurso serán mayores (González, 2018a, p. 83). El recorrido procesal, como señala el TS, «puede resultar desalentador y tortuoso»²³ y, muy probablemente, acabará con la inadmisión del recurso, debiendo, además, el recurrente asumir las costas procesales, por cuanto la inadmisión a trámite de este recurso comporta, según el artículo 90.8 de la LJCA, la imposición de las costas al recurrente²⁴.

Esta situación reviste una enorme trascendencia práctica y supone un serio problema, acrecentado aún más al no estar articulada con carácter general, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, una segunda instancia. Las barreras de acceso existentes actualmente para el recurso de apelación llevan a que esta vía, que podría ser idónea para corregir los errores procesales cometidos en la instancia, tenga un alcance muy reducido (solo alcanza a menos del 20% de las sentencias dictadas por los juzgados y a ninguna de las dictadas por los órganos jurisdiccionales colegiados); y a que un porcentaje muy elevado de sentencias dictadas en el orden contencioso-administrativo lo sean en única instancia, dirimiéndose el litigio con un único pronunciamiento judicial sin revisión ulterior por un órgano jurisdiccional superior y sin más posibilidad de reconsideración que la ofrecida por el recurso de casación, si se superan los filtros de acceso existentes (Casado, 2019, p. 132)²⁵. Si tenemos en cuenta que este recurso va a ser extraordinariamente limitado, porque, como ya hemos comentado, en los casos de vicios de naturaleza procesal, difícilmente va a superarse el filtro del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, el

²⁰ Así lo constata el propio TS. Por ejemplo, en el Auto de 8 de enero de 2019 (recurso n.º 4346/2018), FJ 3.º, apartado 7.

²¹ *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 2 de noviembre de 2017 (recurso n.º 2911/2017), FJ 2.º y 3.º.

²² ATS de 2 de noviembre de 2017 (recurso n.º 2911/2017), FJ 3.º.

²³ ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016), FJ 3.º, apartado 4.3.

²⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* el amplio análisis que realiza Casado (2019, pp. 215-219).

²⁵ González (2019, p. 10) advierte que el 29-30 % de los recursos de casación admitidos se dirigen contra sentencias dictadas en apelación y en torno al 70-71 % contra sentencias dictadas en única instancia.

panorama es descorazonador. Como advierten Quintana *et al.* (2019, p. 197), la situación descrita «podrá dar lugar a que en la práctica la mayoría de sentencias queden huérfanas de cualquier posibilidad de impugnación» y a que queden sin posibilidad alguna de reconsideración o revisión numerosas infracciones procesales, que han transgredido el ordenamiento jurídico y que, además, van a quedar impunes. Desde este prisma, «la responsabilidad que cae a partir de ahora sobre los órganos judiciales de instancia es muy grande, pues la mayor parte de sus decisiones quedarán sin posibilidad de ser revisadas y, eventualmente, corregidas por el Tribunal Supremo» (Quintana *et al.*, 2019, p. 199).

3.4. ¿Alguna posibilidad de protección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el nuevo modelo casacional?

Ante las dificultades apuntadas, cabe plantear si, en el escenario propiciado por el nuevo modelo casacional, a los afectados por una infracción procesal cometida por el órgano judicial de instancia les queda alguna opción para lograr que se reconsidere la resolución judicial adoptada.

3.4.1. Algunas salidas procesales abiertas por el TS

El TS, plenamente consciente de las dificultades que presenta la invocación de la infracción de normas procesales a efectos de la admisión del recurso de casación, ha tratado de hallar algunas soluciones que las mitiguen, con el fin de salvaguardar los intereses de las partes y dar una respuesta satisfactoria para la tutela judicial efectiva a que los ciudadanos tienen derecho, sin desnaturalizar la finalidad de este recurso (Quintana *et al.*, 2019, pp. 203-204).

3.4.1.1. El tratamiento de los supuestos de incongruencia omisiva y por error y de defectuosa motivación de la sentencia de instancia desde la perspectiva del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia

En los casos de incongruencia *ex silentio*, por defecto u omisiva –también en los de defectuosa motivación de la sentencia–, que es el defecto procesal más habitualmente imputado a las sentencias (Quintana *et al.*, 2019, p. 204) y que se produce cuando se produce un desajuste entre el fallo y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, al dejarse imprejuzgada una pretensión planteada por las partes o sin respuesta los argumentos centrales que la sustentan²⁶, el TS ha abierto una vía para que pueda admitirse el recurso de casación.

²⁶ Sobre la definición del vicio de incongruencia omisiva o *ex silentio*, *vid.*, por ejemplo, la STS de 3 de noviembre de 2009 (recurso n.º 7246/2005), FJ 2.º.

Con carácter general, en los supuestos de denuncia de incongruencia omisiva o defectuosa motivación de las sentencias, por la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva –con infracción del artículo 24 de la CE y de aquellos otros preceptos que exigen a las sentencias y demás resoluciones ser coherentes con las pretensiones de las partes–, resulta improcedente la casación, dadas las dificultades que plantea la apreciación de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, al existir en esta materia abundante y reiterada jurisprudencia²⁷. En efecto, existe al respecto una consolidada jurisprudencia con arreglo a la cual «la mera denuncia casuística de la existencia de vicios *in procedendo* de incongruencia o defectuosa motivación en la resolución impugnada no constituye *per se* un supuesto de interés casacional objetivo»²⁸. Así pues, en principio, la invocación de incongruencia puede no presentar interés casacional objetivo «por limitarse la controversia a la resolución o no de una determinada pretensión o cuestión planteada por la parte, que solo atañe al caso y al derecho subjetivo de la misma»²⁹. Sin embargo, la infracción procesal invocada trasciende al caso cuando repercute en la aplicación «de una norma de cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte interés casacional objetivo, en cuyo caso habrá de examinarse tal invocación para determinar la admisibilidad del recurso»³⁰. En este caso, concurrirían las circunstancias que determinan la decisión sobre la admisión a trámite del recurso de casación: la invocación de una concreta infracción del ordenamiento jurídico y la justificación de un interés casacional objetivo. De este modo, el TS abre una puerta a la casación. Cuando «tales vicios o defectos se vinculen explícitamente a una cuestión de fondo planteada en el debate procesal que se encuentre efectivamente dotada de ese interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que exige el artículo 88.1 LJCA»³¹, podrá admitirse el recurso. Será necesario, en consecuencia, que el vicio procesal que se denuncia «se refiera o se proyecte sobre una pretensión de fondo que presente dicho interés objetivo para la formación de la jurisprudencia y se invoquen como infringidos, por su inaplicación, los preceptos que la disciplinan»³². Así pues, es preciso que la alegación del vicio de incongruencia omisiva se ponga en conexión con una cuestión de fondo planteada en el debate procesal que sí esté dotada de tal interés y que la sentencia de instancia no llegó a resolver, al haberla dejado de lado incorrectamente (Quintana *et al.*, 2019, p. 205).

Esta doctrina se ha hecho extensiva a los supuestos de incongruencia por error, es decir, a aquellos casos en que el vicio de la resolución judicial deriva del error del órgano judicial, al razonar equivocadamente sobre una pretensión ajena al debate procesal o sobre el mo-

²⁷ *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016), FJ 3.º; y de 8 de octubre de 2018 (recurso n.º 807/2018), FJ 3.º, apartado b).

²⁸ ATS de 26 de septiembre de 2018 (recurso n.º 238/2018), FJ 3.º.

²⁹ ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016), FJ 2.º.

³⁰ ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016), FJ 2.º.

³¹ ATS de 26 de septiembre de 2018 (recurso n.º 238/2018), FJ 3.º. *Vid.* también, entre otros, el ATS de 25 de junio de 2018 (recurso n.º 2200/2018), FJ 2.º.

³² ATS de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016), FJ 3.º.

tivo del recurso, dejando sin respuesta la pretensión formulada en la demanda o el motivo invocado en el recurso –al aplicar indebidamente, por ejemplo, una norma diferente a la que regula la situación controvertida–. El TS también considera posible aquí que la infracción procesal pueda trascender el caso concreto y presentar interés casacional objetivo, si repercute en la aplicación de una norma de cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte tal interés casacional³³.

Este criterio interpretativo abre la puerta, en los casos señalados, a la prosperabilidad del recurso de casación, aunque siempre será preciso razonar por el recurrente que tales defectos procesales se vinculan a un asunto que efectivamente esté dotado de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, tal y como exige el artículo 88.1 de la LJCA y advierte el TS (por ejemplo, en el Auto de 2 de julio de 2018 [recurso n.º 150/2018], FJ 1.º). En estos supuestos, el interés casacional objetivo no se funda en la fijación de doctrina sobre la incongruencia en sí, sino que deriva, en realidad, de un insuficiente o inadecuado examen de una pretensión de fondo que reviste dicho interés y se funda en la fijación de doctrina sobre la normativa de fondo inaplicada. Se mitiga así el cierre de la casación a los vicios *in procedendo* de defecto de motivación³⁴ o de incongruencia omisiva³⁵ o por error³⁶ de la sentencia. Sin embargo, no es el vicio procesal el que determina la admisión, sino la cuestión sustantiva, por lo que «se convierte así en una infracción medial, vehicular de la infracción sustantiva que es la verdaderamente relevante a los efectos de admisión» (Cáncer, 2017, apartado 1.2).

3.4.1.2. El incidente procesal de complemento de sentencias y autos como presupuesto de procedibilidad cuando se invoca una incongruencia omisiva manifiesta

Otra de las salidas procesales abierta por el TS en supuestos de invocación de la incongruencia omisiva manifiesta, con la intención de salvaguardar los legítimos derechos e intereses del recurrente desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva (Quintana *et al.*, 2019, p. 205), es la de exigir, con carácter previo a la interposición del recurso de casación, la utilización del trámite procesal de integración y complemento de sentencias y autos, recogido en los artículos 267.5 de la LOPJ y 215.2 de la LEC, que, hasta entonces, no se venía exigiendo en el marco del motivo de casación previsto en el antiguo artículo 88.1.c) de la LJCA. Así se hace en el Auto de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016, FJ 3.º), cuya doctrina ha sido reiterada posteriormente³⁷.

³³ *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 12 de febrero de 2018 (recurso n.º 5120/2017), FJ 3.º, apartado 2.

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 2 de julio de 2018 (recurso n.º 832/2018).

³⁵ *Vid.*, por ejemplo, el ATS 12 de febrero de 2018 (recurso n.º 5120/2017).

³⁶ *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016).

³⁷ *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 31 de mayo de 2017 (recurso n.º 1188/2017), FJ 3.º; de 16 de mayo de 2018 (recurso n.º 399/2017), FJ 1.º.

El TS considera que, bajo la nueva regulación del recurso de casación, resulta legítimo exigir al recurrente que invoque en casación la incongruencia omisiva de la sentencia que combate, haciendo pivotar sobre tal silencio jurisdiccional su pretensión, haber intentado la subsanación del defecto por el cauce previsto en los artículos 267.5 de la LOPJ y 215.2 de la LEC³⁸. Solo cuando haya instado sin éxito esta vía, podrá acceder a la casación. Y ello, con base en varias razones. En primer lugar, apunta el TS que este incidente ha sido diseñado por el legislador para integrar, mediante un trámite contradictorio instado por quien se considere perjudicado por el silencio y con audiencia de todos los intervinientes, las sentencias que no hayan dado respuesta a una pretensión o a uno de los motivos que la sustenten. Por ello, «puede traer como consecuencia cualquier cambio en su contenido, incluido el sentido en el fallo» y «no sería lógico permitir que se abra un trámite para obtener respuesta sobre aquello a lo que no se contestó, que luego carece de incidencia en la situación jurídica de quien insta el complemento»³⁹. En segundo lugar, puntualiza que la exigencia de este trámite a los recurrentes en casación que denuncien incongruencia omisiva, antes de instar el recurso, «no supone añadir un obstáculo formal más, desproporcionado, para la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos». Al contrario, entiende que «redunda en una mayor y efectiva protección de los mismos, porque se les brinda la oportunidad de que la Sala autora de la sentencia "incompleta" la integre si realmente se ha producido el incongruente silencio en relación con una pretensión o una causa de pedir, sin necesidad de afrontar los costes económicos y temporales inherentes a un recurso de casación»⁴⁰. Aún más, advierte que, mediante tal exigencia, en realidad, «se le ahorra un recorrido procesal que puede resultar desalentador y tortuoso»⁴¹. Desalentador, por las dificultades, ya señaladas, que plantea la apreciación del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los supuestos de incongruencia omisiva, al existir abundante y reiterada jurisprudencia. Y tortuoso porque, desde la perspectiva del recurrente cuyo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se ve afectado, para poder entender agotada la vía judicial previa y acudir mediante recurso de amparo al TC, se verá obligado a promover el recurso de casación y un posterior incidente de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 241 de la LOPJ, «que puede ser evitado en los casos manifiestos por el propio órgano judicial autor de la resolución que se reputa incongruente, remediando la omisión a través del incidente previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC»⁴².

Por lo tanto, a partir del citado Auto de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016), es requisito imprescindible que la incongruencia omisiva denunciada por alguna de las partes en el proceso se haya intentado reparar por el cauce previsto en los artículos 267.5 de la LOPJ y 215.2 de la LEC (González, 2018a, p. 85). En caso de que el recurrente no haya promovi-

³⁸ Vid. los apartados 2 y 3 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

³⁹ Vid. el apartado 4.1 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

⁴⁰ Vid. el apartado 4.2 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

⁴¹ Vid. el apartado 4.3 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

⁴² Vid. el apartado 4.4 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

do, antes del recurso de casación, la solicitud de subsanación de la falta de incongruencia omisiva por esta vía, el recurso estará abocado a la inadmisión⁴³, aun cuando el órgano jurisdiccional *a quo* hubiera tenido por preparado el recurso⁴⁴. Ahora bien, como ha puntualizado el TS en el Auto de 21 de diciembre de 2017 (recurso n.º 4696/2017), no se derivará una inadmisión sin más. Dada la consolidada praxis existente, de no exigir al recurrente promover este incidente bajo la vigencia del régimen casacional anterior, considera «desproporcionado hacer recaer sobre él, con un desenlace de inadmisión, las consecuencias anudadas a la no utilización del cauce de subsanación referido...» (FJ 3.º, apartado 4)⁴⁵. En consecuencia, en estos casos, se inadmitiría el recurso de casación tal y como ha sido preparado y se ordenaría la retroacción de las actuaciones al momento en que se notificó a la parte recurrente la sentencia de instancia, para que pueda presentar, si así lo estima oportuno, escrito interesando su complemento, dando la oportunidad al órgano jurisdiccional *a quo* de ofrecer, si procede, una respuesta a las pretensiones oportunamente deducidas, que se dicen no contestadas. Así quedaría satisfecha la exigencia prevista en el artículo 89.2 c) de la LJCA. Trasladando estas consideraciones al ámbito del recurso de queja –donde lo discutido es la denegación de la preparación por parte del órgano judicial *a quo* y no la admisión o inadmisión del recurso–, el TS alcanza la misma conclusión. Por lo tanto, no habiéndose acreditado la petición de subsanación de la falta o transgresión en la instancia y, no habiéndose pedido previamente el complemento de sentencia, procedería estimar el recurso de queja, con retroacción de las actuaciones al momento en que se dictó la sentencia cuya impugnación pretende la recurrente para que, si lo considera oportuno, formule escrito interesando su complemento⁴⁶.

Para el TS, exigir que frente a situaciones de incongruencia omisiva los recurrentes en casación, antes de promover el recurso, intenten la subsanación de la falta a través del trámite de complemento de sentencias y autos, «refuerza los derechos procesales de los litigantes y redundante en una mayor agilidad y eficacia del trámite procesal de admisión de los recursos de casación preparados»⁴⁷. Cabe preguntarse si es así, porque, en realidad, se está imponiendo a los recurrentes, en los supuestos de incongruencia omisiva manifiesta, un trámite previo a la casación que actúa como presupuesto de procedibilidad, bajo el paraguas del incidente regulado en los artículos 267.5 de la LOPJ y 215.2 de la LEC. Si este trámite es fructífero, puede acabar resolviéndose la situación, habiéndose ahorrado el recurrente la casación, con los beneficios que ello conlleva, tanto desde un punto de vista económico como temporal. Sin embargo, si no lo es, se habrá alargado más su periplo hasta llegar a la casación. Ahora bien, lo cierto es que con esta doctrina jurisprudencial se revaloriza el

⁴³ ATS de 16 de mayo de 2018 (recurso n.º 399/2017), FJ 2.º.

⁴⁴ *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016), en especial, su FJ 4.º.

⁴⁵ *Vid.*, en idéntico sentido, entre otros, los autos del TS de 31 de mayo de 2017 (recurso n.º 1188/2017), FJ 4.º; y de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 3.º, apartado 4.

⁴⁶ *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 15 de febrero de 2017 (recurso n.º 157/2016), FJ 5.º; de 6 de julio de 2017 (recurso n.º 306/2017), FJ 5.º; y de 16 de mayo de 2018 (recurso n.º 399/2017), FJ 2.º.

⁴⁷ ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016), FJ 3.º, apartado 4.5.

complemento de sentencia, que adquiere mayor significación y puede, en algunos casos, ser una solución efectiva a las pretensiones del recurrente.

Por último, hay que tener en cuenta que esta doctrina del TS debe matizarse, habida cuenta de que, en determinados casos de incongruencia omisiva manifiesta, va a ser posible para el recurrente acudir directamente al recurso de casación, aunque no se acredite haber promovido en la instancia el incidente de complemento de sentencia. Ello sucederá si la infracción procesal invocada «repercute en la aplicación de normas de Derecho estatal cuya interpretación y alcance también se invoca y se justifica el interés casacional objetivo»⁴⁸. Confirmar la inadmisión supondría ocasionar una clara lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.4.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones como respuesta al vicio de incongruencia «interna» y «*extra petita*» tras la inadmisión del recurso de casación

A diferencia de lo que sucede en los casos de incongruencia omisiva, cuando el vicio imputado es la incongruencia «interna» –los fundamentos de la sentencia resultan contradictorios unos respecto de otros o con la conclusión del fallo, por falta de lógica– y «*extra petita*» –el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre determinados extremos, al margen de las cuestiones planteadas por las partes–, el mecanismo del complemento de sentencia ya no es un instrumento idóneo para la reparación de dicho vicio, ya que estos tipos de incongruencia «gravitan sobre el principio de "invariabilidad de las resoluciones judiciales"»⁴⁹. Por ello, no procede instar, con carácter previo a la preparación del recurso de casación, este incidente, y esta infracción podrá denunciarse directamente en el escrito de preparación de dicho recurso, si bien, como advierte González (2018a, p. 86), será prácticamente una misión imposible que la infracción denunciada alcance relevancia como para justificar la existencia de interés casacional objetivo.

En estos casos, el TS ha considerado que, no siendo viable el recurso de casación por falta de interés casacional objetivo de tal vicio *in procedendo*, una vez decretada la inadmisión del recurso, cabe promover contra ella, en su caso, el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 241 de la LOPJ. Se trata de un remedio extraordinario contra las resoluciones judiciales que no admiten recurso alguno (Cáncer, 2017, apartado 1.3), en supuestos de vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la CE⁵⁰, cuya resolución posibilitará, en su caso, la modificación del fallo de la sentencia impugnada.

⁴⁸ ATS de 26 de septiembre de 2018 (recurso n.º 920/2018), FJ 2.º, apartado 5.

⁴⁹ ATS de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 4.º.

⁵⁰ Inicialmente, el incidente de nulidad de actuaciones se limitaba a defectos de forma que hubieran causado indefensión o a la incongruencia del fallo (y, por lo tanto, a la infracción del art. 24 de la CE). Sin embargo, tras la reforma del artículo 241 de la LOPJ operada en 2007, por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo,

El TS ha abordado en diferentes autos⁵¹ una cuestión controvertida de gran interés, como es la funcionalidad del incidente de nulidad de actuaciones en el contexto del nuevo modelo casacional, dadas las dudas que se suscitaban en torno al momento en el que debe entenderse agotada la vía judicial ordinaria previa a la interposición de recurso de amparo ante el TC. Ante el dilema planteado por el nuevo recurso de casación en los casos de incongruencia «interna» y «*extra petita*» (interponer el recurso de casación a sabiendas de que será inadmitido, al no revestir la infracción de normas procesales interés casacional objetivo, o no poder interponer, en caso contrario, el incidente de nulidad de actuaciones, al no ser firme aún la resolución judicial que había incurrido en el vicio procesal indicado, siendo este un requisito exigido por el artículo 241 de la LOPJ), el TS reivindica la competencia sobre la admisión o inadmisión de la casación y sitúa la inimpugnabilidad de la resolución judicial de instancia en el momento en que declare la inadmisión de la casación (Pérez, 2019, p. 14). Efectivamente, considera que únicamente cuando se inadmita el recurso de casación interpuesto contra la resolución judicial impugnada se puede afirmar la imposibilidad de interponer recurso ordinario o extraordinario contra la misma. Ello significa que «la condición de "inimpugnabilidad" de la resolución de instancia solo tiene lugar cuando la declaración de inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo se produce, no cuando aquella es dictada»⁵². Por lo tanto, es la resolución de inadmisión de la casación la que abre la posibilidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial de instancia, cuyo plazo comenzará a computarse desde la notificación de la resolución de inadmisión del recurso. Es en este momento cuando se podrá afirmar que la resolución impugnada ya no es susceptible de recurso alguno, cumpliéndose la condición a que el artículo 241 de la LOPJ supedita la válida interposición del incidente de nulidad de actuaciones para denunciar las vulneraciones de derechos fundamentales en las que aquella hubiera incurrido. Esta interpretación, además de dar una respuesta razonable y coherente, «respeto las competencias del Tribunal Supremo –limitadas a admitir o inadmitir el recurso de casación–, y, asimismo, las que pertenecen al Tribunal de instancia, quien con libertad de criterio habrá de decidir, en su caso, acerca de la "incongruencia interna" o "extrapetita" que se denuncie»⁵³.

En esta misma línea, en el Auto 65/2018, de 18 de junio, el TC considera que previamente a la interposición del incidente de nulidad de actuaciones es necesario recurrir en

por la que se modifica la LOTC, se extiende a la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la CE. Sin embargo, como advierten Cáncer (2017, apartado 1.3) y Cancio (2019, p. 640), este incidente únicamente suele entenderse viable en caso de violación de derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la CE o en el artículo 14 en relación con el 24, producida por defectos procesales, dado que normalmente la infracción de otros derechos fundamentales ya habrá podido ser denunciada previamente en el proceso, lo que excluye que este incidente prospere.

⁵¹ *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 5.º; y de 21 de diciembre de 2017 (recurso n.º 4696/2017), FJ 5.º.

⁵² ATS de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 5.º, apartado 3.

⁵³ ATS de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 5.º, apartado 4.

casación, por lo que exige haber intentado este recurso para entender agotada la vía judicial previa. Parte, en su razonamiento de que el TS tiene plena autonomía para valorar la concurrencia del interés casacional objetivo y recuerda que, tras la reforma de 2015, sigue admitiéndose la invocación de infracciones procesales junto con las sustantivas en el recurso de casación, incluyéndose como supuestos de posible interés casacional, entre otros, la errónea interpretación o aplicación de doctrina constitucional y las resoluciones dictadas en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Por ello, entiende que, siendo el recurso de amparo un recurso subsidiario, para garantizar este carácter, no puede quedar abierto el procedimiento constitucional en tanto no se hayan agotado los recursos utilizados en la vía ordinaria. Así, «el agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo exige haber intentado el recurso de casación cuando su admisibilidad dependa exclusivamente de la apreciación del interés casacional objetivo, que únicamente al Tribunal Supremo corresponde» (FJ 5.º). De este modo, aunque no realiza un pronunciamiento directo sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones en el caso de inadmitirse el recurso de casación, implícitamente recoge esta idea (Pérez, 2019, p. 17). Por tanto, para la admisión, en su caso, del incidente de nulidad de actuaciones, paso previo a la interposición del recurso de amparo, es preciso preparar antes el recurso de casación. Este criterio ha sido validado por el TC en la Sentencia 112/2019, de 3 de octubre, que hace referencia expresa a la posición del TS, mencionando el Auto de 11 de diciembre de 2017⁵⁴.

En consecuencia, siendo formalmente impugnabile la resolución judicial en casación, será necesario plantear este recurso y esperar a su inadmisión para poder plantear el incidente de nulidad de actuaciones, aun cuando el recurrente sepa que, al estar fundamentado en un vicio *in procedendo*, casi con total certeza está abocado a la inadmisión; que constituye una acción inútil; y que, además, deberá asumir el pago de una condena en costas por la inadmisión. Solo así podrá plantearse el incidente de nulidad de actuaciones y, en su caso, posteriormente, el recurso de amparo ante el TC. Cabe preguntarse si es esta una solución adecuada. Se obliga al recurrente a ir primero al TS, a pesar de que difícilmente va a admitirse su recurso, para luego volver a la instancia. Sin embargo, no debe descartarse –por improbable que parezca– que, en algún caso, pueda llegar a apreciarse la concurrencia de interés casacional objetivo. Y, de no ser así, siempre quedará la vía del incidente de nulidad de actuaciones como mecanismo de defensa frente a las infracciones de normas procesales que vulneren derechos fundamentales. En efecto, de ser infructuosa la invocación de vicios *in procedendo* para lograr la admisión del recurso de casación, no se deja al justiciable sin remedio en estas situaciones. Tal inadmisión convierte la resolución judicial contra la que se ha preparado la casación en irrecurable y será posible promover contra ella un incidente de nulidad de actuaciones. Se abre, así, una nueva posibilidad de remedio para las infracciones procesales. Sin embargo, no puede ocultarse que este mecanismo, que ha tenido un uso masivo, tiene escasas posibilidades de prosperar (Rando,

⁵⁴ Vid. el FJ 3.º e) de la Sentencia 112/2019, de 3 de octubre.

2018, p. 28), si se tiene en cuenta el escaso número de incidentes de nulidad estimados (Gómez y Montesinos, 2018, p. 99).

3.4.2. La concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia fuera de los supuestos recogidos en la LJCA: ¿una opción viable?

Al margen de estas salidas procesales articuladas por el TS, también se nos ocurre otra posibilidad que podría permitir abrir la casación a determinados supuestos de infracción de normas procesales, aun cuando hasta ahora no nos consta que el TS la haya utilizado. Nos referimos a la invocación de supuestos de interés casacional objetivo no previstos expresamente en el artículo 88, apartados 2 y 3, de la LJCA, con amparo en el carácter abierto de la doble relación contenida en el mismo⁵⁵, que deja la puerta abierta a que puedan existir otros casos, fuera de los allí recogidos. Desde esta perspectiva, como apuntan Quintana *et al.* (2019, p. 197), el TS podría optar por facilitar el acceso a la casación de los recursos que se planteen en estos casos «atendiendo primordialmente a consideraciones de justicia material por encima o al margen del juicio sobre el verdadero interés casacional para la formación de la jurisprudencia, y enfatizando el *ius litigatoris*». Para ello, el recurrente deberá convenir al tribunal de que determinadas cuestiones procesales que no encajan en los moldes de los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la LJCA merecen su examen, por su interés más allá del concreto y por trascender del interés personal de los litigantes en la instancia. No bastará con la mera invocación de otros supuestos o circunstancias no previstos en el artículo 88, sino que deberá irse más allá. La excepcionalidad de la invocación de esas otras circunstancias, ni tan siquiera mencionadas en el artículo 89.2 f) de la LJCA, puesta en relación con el deber que dicho precepto impone al recurrente de fundamentar con singular referencia al caso la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, «exige del recurrente que en el escrito de preparación justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada»⁵⁶.

De este modo, se daría satisfacción a los intereses de los litigantes, pero también se desnaturalizaría, en buena medida, el nuevo modelo casacional, que pivota sobre el *ius constitutionis*, y podría frustrarse su operatividad (Quintana *et al.* 2019, p. 197). Sin embargo, hasta la fecha, no se ha reconocido ningún supuesto de interés casacional objetivo extramuros de los enumerados en el artículo 88 de la LJCA, si bien esta posibilidad sí que ha sido intentada por algunos recurrentes para lograr la admisión del recurso en supuestos de vicios *in procedendo*⁵⁷.

⁵⁵ Reconocido por el propio TS. *Vid.* el Auto de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016), FJ 4.º.

⁵⁶ ATS de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016), FJ 4.º.

⁵⁷ *Vid.*, por ejemplo, el Auto de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016).

4. El incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo como última salida para la corrección de infracciones procesales

Vistas las dificultades que los recursos de apelación y casación presentan para la corrección de los vicios procesales, la única opción que quedaría al litigante sería, como ya hemos anticipado, el incidente de nulidad de actuaciones y, posteriormente, el recurso de amparo⁵⁸.

Con relación al incidente de nulidad de actuaciones, con carácter general, solo podrá promoverse, como hemos visto, después de inadmitido el recurso de casación. Será la interposición de dicho incidente la llave de acceso al recurso de amparo, ya que solo entonces se entenderá agotada la vía judicial previa. El recurrente tiene, por tanto, la carga de interponer dicho incidente, después de intentada la casación, para lograr agotar la vía judicial ordinaria y poder interponer recurso de amparo. Ahora bien, recientemente, el TC, en la Sentencia 112/2019, de 3 de octubre, ha modificado su doctrina sobre la naturaleza del incidente de nulidad de actuaciones, que pasa, en determinados supuestos, de ser un requisito previo al recurso de amparo a ser un requisito meramente potestativo (Baño, 2020, p. 98). En efecto, el máximo intérprete de la Constitución modifica su doctrina anterior, conforme a la cual, para agotar la vía judicial, es necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales. Como novedad, ahora considera que, en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior y esta vulneración ha quedado imprejuzgada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considera lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales que no son imputables a la falta de diligencia de la parte, no es preciso interponer el incidente de nulidad de actuaciones para cumplir el requisito que exige agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo⁵⁹. Para

⁵⁸ Fuera de estas vías, podría plantearse la posibilidad de presentar una reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, por los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial. Sin embargo, esta vía, regulada en los artículos 292 y siguientes de la LOPJ, únicamente permitiría, a lo sumo, obtener una indemnización.

⁵⁹ En el caso que origina la sentencia, un interesado había recibido la notificación de una resolución del director general de Planificación Sociosanitaria, Farmacia y Atención al Ciudadano, de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia, mediante la cual se autorizaba el retorno de la farmacia que se había trasladado provisionalmente a su primitivo emplazamiento. Sin embargo, el acto se notificó defectuosamente, sin precisar si ponía fin a la vía administrativa y sin indicar los recursos que procedían. El interesado formuló recurso contencioso-administrativo, que fue inadmitido por la Sentencia 757/2016, de 4 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) del TSJ de Murcia, porque el acto impugnado no ponía fin a la vía administrativa. Posteriormente, contra la referida sentencia, se preparó recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (Sección 1.ª), que fue inadmitido, mediante Providencia de 6 de abril de 2017, por carecer de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. En este contexto, el recurrente formuló directamente recurso de amparo, sin

adoptar este nuevo criterio, se basa, por un lado, en una interpretación flexible y finalista de este requisito. Considera que de la regulación actual del incidente de nulidad de actuaciones contenida en el artículo 241.1 de la LOPJ no se infiere que sea necesaria su interposición para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo. Por otro, entiende que la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo no exige, en dichos casos, la interposición de este incidente; y que este cambio de doctrina no afecta a la naturaleza subsidiaria del mencionado recurso, que queda salvaguardada si el recurrente interpone frente a la resolución judicial que se estima lesiva de derechos fundamentales el recurso que, de acuerdo con la legislación procesal, es, en principio, procedente para obtener dicha tutela, y dicho recurso –el de casación– se ha interpuesto cumpliendo los requisitos de tiempo y forma establecidos por la normativa (FJ 3.º, apartado d).

Este cambio de doctrina permite, en la práctica, acortar los trámites y agilizar los procedimientos, por lo que debe valorarse positivamente (Castiñeira, 2019, apartado 1). Ahora bien, aunque no exista, conforme a esta nueva doctrina, una necesidad de promover el incidente de nulidad de actuaciones para poder recurrir en amparo ante el TC en los supuestos señalados, puede utilizarse este cauce procesal para obtener la tutela de derechos fundamentales que se consideran vulnerados. Esta interpretación «se justifica en la necesidad de otorgar un cauce impugnatorio a través del cual pueden tutelarse las vulneraciones de derechos fundamentales que se imputan a la resolución contra la que se interpuso el recurso y que no pudieron ser enjuiciadas al haberse inadmitido el recurso por razones procesales» (FJ 3.º, apartado e). En efecto, por exigencias de los artículos 24.1 y 53.2 de la CE, es preciso prever una vía impugnatoria que permita tutelar los derechos fundamentales que puedan haber vulnerado los órganos judiciales cuando resuelven en única o última instancia, máxime cuando esta tutela ahora no está asegurada, tras la reforma de 2007, por el recurso de amparo. En este momento, dicho cauce procesal es el incidente de nulidad de actuaciones. En consecuencia, aun no siendo necesario, en los supuestos señalados, para agotar la vía judicial previa al amparo, si se promueve dicho incidente, debe considerarse un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales, cuya vulneración se imputa a la resolución judicial frente a la que se interpuso el recurso inadmitido. Por tanto, «no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargar indebidamente la vía judicial» (FJ 3.º e).

En cuanto al recurso de amparo, solo queremos destacar que las posibilidades de que sea admitido son ciertamente mínimas, si tenemos en cuenta que, actualmente, la tasa de admisión es muy exigua y se sitúa en torno al 1 % (Padrós, 2019, pp. 309 y 311). Si bien hasta la reforma de 2007 garantizaba la tutela de los derechos fundamentales, al ser un recurso subsidiario, pero también común y general de última instancia, tras dicha reforma ya no garantiza en todo caso esta tutela. La reforma supone «el cambio de un recurso de am-

interponer incidente de nulidad, frente a la sentencia de inadmisión y la providencia de inadmisión citadas, alegando la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

paro de protección subjetiva a un recurso de amparo objetivo para garantía de la eficaz y general aplicación de la Constitución» (Padrós, 2019, p. 310), con el fin de reducir la carga de trabajo del TC. Ahora, para que este recurso sea admitido, no es suficiente con invocar la lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo, sino que, además, es indispensable justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. Así, su admisión a trámite se supedita a que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del TC «en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (art. 50.1.b de la LOTC). Es esta configuración del recurso tras la reforma de 2007 la que determina que únicamente sea procedente en supuestos excepcionales en los que la cuestión planteada en el recurso tenga especial trascendencia constitucional. Por ello, los porcentajes de admisión son alarmantemente bajos.

A la vista de lo expuesto y de la cadena de dificultades que hemos ido señalando, muy probablemente las infracciones procesales cometidas en la instancia queden sin remedio alguno. En muchos casos, el recurso de apelación no podrá interponerse. Y no corren mejor suerte los recursos de casación y de amparo, abocados a la inadmisión. Teniendo en cuenta el porcentaje de inadmisiones del TS y del TC, producida la infracción procesal, el recurso de casación primero y el de amparo después muy probablemente serán inadmitidos y la infracción del derecho fundamental –salvo que el justiciable logre su objetivo a través del incidente de nulidad de actuaciones, lo cual será bastante improbable, si nos atenemos al escaso número de estimaciones– quedará sin resolver y el litigante deberá soportar, en muchos casos, las consecuencias de una sentencia injusta, adoptada contraviniendo claramente las normas y garantías procesales, sin que el ordenamiento jurídico le otorgue un remedio efectivo.

El actual sistema de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo permite invocar las infracciones procesales como fundamento de los recursos de apelación y casación. Sin embargo, son tantas las dificultades para acceder a estos recursos, que su utilización queda muy limitada, máxime en el recurso de casación, que con toda probabilidad va a ser inadmitido cuando se sustente en vicios *in procedendo*. Aun así, a sabiendas de la inadmisión en la gran mayoría de supuestos, es requisito imprescindible preparar antes el recurso de casación, para poder interponer luego el incidente de nulidad de actuaciones. Y el justiciable tiene la carga de interponer este incidente –salvo en los limitados supuestos a que se refiere la Sentencia del TC 112/2019, en que su uso se considera potestativo– para poder acceder en amparo al TC, si todas estas instancias previas aún no han minado su ánimo. Ciertamente, el tener que agotar la vía ordinaria mediante la interposición del recurso de casación puede funcionar como un desincentivo económico de acceso al recurso de amparo (Padrós, 2019, p. 345). Ante este panorama, la conclusión es clara y nos adherimos a lo expresado por Pérez: «El derecho al recurso existe pero su acceso es casi imposible. En esta jurisdicción solo muy pocos, en virtud de su capacidad económica, estarán en condiciones de agotar la vía judicial previa para poder acceder al amparo». Además, aun

logrando acceder al amparo, lo más probable es que el recurso sea inadmitido, a la vista de la exigua tasa de admisión actual. Sin embargo, a pesar de lo injusto de los resultados a que conduce el sistema articulado y de la desprotección evidente de los litigantes, que ven erosionado y debilitado su derecho a la tutela judicial efectiva, el sistema de recursos diseñado por el legislador ordinario es una opción legítima en el marco de la CE, dado que, como ha establecido el TC, el derecho a los recursos es un derecho de configuración legal.

5. Algunas propuestas *de lege ferenda*

La situación descrita pone de manifiesto la insuficiencia del modelo actual de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para garantizar la tutela judicial efectiva de los litigantes frente a la infracción de normas y garantías procesales, aun cuando se vulneren derechos fundamentales. Por ello, es preciso, *de lege ferenda*, plantear algunas medidas que contribuyan a su mejora, con el fin de dotar de mayores garantías a los justiciables.

En nuestra opinión, la solución óptima pasa por la generalización o ampliación de la segunda instancia –acompañada de un nuevo diseño de la planta judicial y de una reordenación de las competencias de los diferentes órganos jurisdiccionales– y por convertir el recurso de apelación en el instrumento ordinario a través del cual se enmienden los errores procesales cometidos en la instancia y se proceda a una revisión integral de las resoluciones judiciales inicialmente dictadas. Es esta una solución en la que existe un amplio consenso, a todos los niveles. Además, solo con la generalización de la segunda instancia adquiriría todo el sentido el nuevo modelo casacional. La reforma del recurso de casación de 2015 no tiene en cuenta su inserción en un sistema en que la segunda instancia no está generalizada y es excepcional, existiendo un amplio número de procesos contencioso-administrativos que se conocen en única instancia (algo más del 80 % de los que ingresan en esta jurisdicción, como advierte Casado [2019, p. 240]). Sin embargo, para que funcione la nueva casación, con una clara dimensión objetiva, y para que el TS pueda desarrollar la función nomofiláctica que tiene encomendada, es absolutamente indispensable que los intereses subjetivos de los litigantes reciban una adecuada protección en la segunda instancia. Solo así puede cumplir verdaderamente su función y desplegar todo su potencial. Y, aunque con arreglo a la jurisprudencia constitucional no sea exigible la segunda instancia, es del todo conveniente su instauración por las ventajas que aportaría, no solo para las partes afectadas sino para toda la comunidad (en términos económicos, de seguridad, de igualdad, etc.) (González, 2019, p. 7). Lamentablemente, no es esta una opción legislativa que esté en la agenda política. Antes bien, en el contexto actual provocado por la situación de emergencia sanitaria derivada de la covid-19, la apelación en el ámbito contencioso-administrativo podría restringirse aún más, de prosperar las propuestas del CGPJ.

Por ello, debemos pensar también en otras opciones que permitan mejorar la tutela de los ciudadanos frente a las infracciones procesales. Ello nos lleva, en primer lugar, a

realizar algunas propuestas en relación con el recurso de casación. Por una parte, sin necesidad de acometer reforma alguna, sería posible, como advierte Chaves (2019), «una reinterpretación reconstructiva y extensiva del recurso de casación» con el fin de evitar que resulten impunes infracciones de garantías procesales sustanciales. Desde esta perspectiva, además de la posibilidad de hallar nuevos supuestos de interés casacional objetivo fuera del artículo 88 de la LJCA, podrían reformularse algunos de los criterios de admisión del recurso de casación en relación con los vicios *in procedendo*, abriendo la puerta a interpretaciones más flexibles –y también más sensibles a la situación del justiciable–, que permitieran remediar las lesiones producidas en la tutela judicial efectiva por errores procesales. Por ejemplo, podría modularse aquí, por razones de justicia material, la exigencia de proyección general del caso, permitiendo que determinados vicios procesales pudieran depurarse con independencia de su trascendencia más allá del caso concreto (por ejemplo, considerando que ya se da este requisito, por el interés general que existe en que los órganos jurisdiccionales sigan un procedimiento ajustado a la ley); o entenderse de forma aún más amplia la función de «formación de jurisprudencia» a que debe responder el citado interés casacional objetivo. Ciertamente, el TS está llamado a formar jurisprudencia, por lo que, si ya está formada, no debiera, en principio, admitirse el recurso. Ahora bien, el propio tribunal ha abierto la puerta a la admisión en supuestos en que la jurisprudencia ya está formada, si resulta necesario precisarla, matizarla o corregirla para realidades jurídicas distintas. Nada impide seguir avanzando en esta línea y admitir el recurso para garantizar el respeto de la jurisprudencia existente en casos en que se ha producido un apartamiento no deliberado de la misma. No es la solución óptima. En realidad, habiendo ya jurisprudencia, en sentido estricto, no habría interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pero puede ser una vía a través de la cual articular un remedio efectivo frente a errores procesales que, de otro modo, podrían quedar impunes. Las interpretaciones que se proponen pueden parecer algo forzadas, pero superan una interpretación formalista e insensible de la norma y, sobre todo, pueden garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados y evitar situaciones injustas. Una interpretación flexible de los requisitos de admisión es necesaria para evitar situaciones de clara indefensión y vulneración de derechos fundamentales.

Por otra, *de lege ferenda*, debería procederse a la introducción de algunas modificaciones en la regulación actual del recurso de casación. Desde esta perspectiva, sería conveniente perfeccionar este recurso y, en particular, el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que determina su admisión, ya que, en su actual configuración, «no permite abarcar todos aquellos supuestos que merecen ser conocidos por nuestro Alto Tribunal por presentar interés para la comunidad jurídica, aunque puedan no servir propiamente a la formación de jurisprudencia» (Álvarez, 2018, p. 666). Por ello, podría producirse una reformulación de los criterios de admisión que permitiese superar uno de los principales obstáculos de la regulación actual, cual es la vinculación de la depuración de errores procesales a la aptitud del litigio para la formación de jurisprudencia y a su trascendencia o proyección general. Así, junto a los supuestos de concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que justificarían la admisión del recurso, podría incluirse

también una causa de admisión específica para la depuración de infracciones procesales, de modo que se exonerase al recurrente, en estos casos, de justificar el interés casacional objetivo. Esto podría conseguirse introduciendo un supuesto específico de admisión para los casos en que se invoquen vicios procedimentales, sin requerir su trascendencia o proyección general más allá del caso concreto o su aptitud para formar jurisprudencia, opción especialmente interesante en un sistema con ausencia de una segunda instancia generalizada. Es esta una opción propuesta, en el ámbito tributario, por Álvarez (2018, pp. 376, 667 y 675), tomando como modelo el recurso de revisión alemán, análogo a nuestro recurso de casación, que puede interponerse frente a las sentencias dictadas en primera instancia por el correspondiente *Finanzgericht* en asuntos tributarios referentes a tributos estatales o federales, ante el *Bundesfinanzhof* (Álvarez, 2018, p. 669). De este modo, al no supeditarse la admisión, en todo caso, a la capacidad para formar jurisprudencia, se introduciría un cauce procesal, dentro del recurso de casación, a través del cual se garantizaría, con mayor acierto, la depuración de infracciones procesales. Además, tal y como pone de manifiesto Álvarez (2018, p. 675) y como ha reconocido la propia doctrina alemana, la admisión del recurso por esta clase de vicios «no solo sirve al interés individual y a la justicia del caso concreto, sino también a la supervisión del procedimiento seguido ante los Tribunales de instancia y, por ello, también al interés general en un procedimiento ajustado a la ley, que es condición para la aceptación de las decisiones judiciales y para la confianza en la jurisprudencia». A través de esta vía, con independencia de que concurra o no interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, el recurso de casación podría servir de cauce para depurar las infracciones procesales cometidas por los órganos de instancia.

En segundo lugar, *de lege ferenda*, también sería conveniente la introducción de mejoras en la regulación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, con el fin de reforzar su eficacia como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos procesales, ante la jurisdicción ordinaria. Desde esta perspectiva, sería conveniente transformarlo en un mecanismo devolutivo y atribuir su conocimiento a un órgano jurisdiccional diferente al que adoptó la resolución que adolece de vicios procesales. En esta línea, Sospedra (2019, p. 216) apunta que este incidente debiera ser conocido por los TSJ o el TS, en función de que la resolución judicial procediese de órganos unipersonales o colegiados; y Gómez (2017, apartado 2) que su conocimiento debiera corresponder al órgano judicial superior al que dictó la resolución que hubiese adquirido firmeza y, en caso de que hubiese sido el TS, a una sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS distinta a la que dictó la resolución objeto de controversia.

Por último, *de lege ferenda*, existiría otra opción posible para solucionar los déficits apuntados. Nos referimos a la introducción, en el ámbito contencioso-administrativo, de un recurso extraordinario por infracción procesal, con el fin de tutelar los derechos procesales y acometer la depuración de los vicios *in procedendo*. De este modo, no se sobrecargaría al TS, cuya intervención quedaría limitada al conocimiento de un recurso de casación limitado a los vicios *in iudicando*, esto es, a las cuestiones de legalidad sustantiva, con el fin de cumplir su misión de fijar jurisprudencia. Este recurso está regulado, en el ámbito civil, en

los artículos 468 a 470 de la LEC. Se trata de un recurso cuyo conocimiento, en principio, se atribuye a las salas de lo civil de los TSJ y a través del cual pueden recurrirse sentencias y autos dictados por las audiencias que pongan fin a la segunda instancia, con base en la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional, de las normas procesales reguladoras de la sentencia o de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; o en la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE. El problema de este recurso en el ámbito civil reside en que todavía no se ha producido la atribución de la competencia para su conocimiento a los TSJ, a pesar de su aprobación en el año 2000. Esto ha provocado la aplicación de un régimen transitorio –regulado en la disposición final 16.^a de la LEC–, que sigue vigente. En tanto no se confiera tal competencia a los TSJ, este recurso por infracción procesal únicamente procede por los motivos señalados, respecto de las resoluciones susceptibles de casación y el competente para conocer del mismo es la Sala de lo Civil del TS –o de los TSJ, cuando les corresponda la competencia sobre la casación–.

La introducción de un recurso extraordinario por infracción procesal en el ámbito contencioso-administrativo, sin las limitaciones que presenta el régimen transitorio vigente en la vía civil, sería una buena opción para garantizar que todos los ciudadanos que invoquen vicios *in procedendo*, que pueden, incluso, vulnerar derechos fundamentales, encuentren una vía a través del cual remediar los errores procesales (Gómez, 2017, apartado 2). Es más, su instauración, como advierte Sospedra (2019, p. 215), «parece necesaria en un contexto donde conviven amplias zonas de irrecurribilidad de las sentencias de órganos unipersonales, y una casación universal respecto de las resoluciones de los órganos colegiados». Este mecanismo procesal podría ser similar al regulado en la LEC. Lo idóneo sería que se tratase de un mecanismo devolutivo, por lo que su conocimiento debería atribuirse a un órgano jurisdiccional distinto del que hubiera cometido la infracción procesal y del TS. Ello implicaría replantear el recurso de casación, con el fin de excluir del mismo la invocación de infracciones procesales y así limitar la intervención del TS a las cuestiones de legalidad sustantiva⁶⁰. De esta forma, la depuración de errores procesales no quedaría supeditada a la concurrencia del interés casacional objetivo y también se evitaría que estos vicios debieran ventilarse por la vía del amparo constitucional. Ahora bien, esta opción no es viable con la configuración actual de la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa (Álvarez, 2018, p. 376). De ahí que, en tanto no se acometa una modificación de la planta judicial, la solución más plausible probablemente sea la ya apuntada, de incorporar una causa específica de admisión en el recurso de casación para la depuración de infracciones procesales.

⁶⁰ Sospedra (2019, p. 216) apunta una propuesta más ambiciosa sobre tutela de los derechos procesales fundamentales por la jurisdicción ordinaria y señala que la tutela de los derechos procesales fundamentales del artículo 24 CE podría residenciarse en el TS. Asimismo, señala que, en una reforma más ambiciosa de residenciar la tutela de derechos fundamentales procesales en la jurisdicción ordinaria, debería contemplarse un amparo ante el TS cuando se denunciaran lesiones de derechos fundamentales procesales.

6. Conclusiones

A la vista del estudio realizado, es evidente que los medios de impugnación existentes en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no ofrecen soluciones adecuadas frente a las infracciones de naturaleza formal o procedimental, habida cuenta de que la mayoría de errores procesales cometidos por los órganos jurisdiccionales de instancia quedan sin posibilidad de remedio alguno. Por un lado, la inexistencia de una segunda instancia generalizada lleva a que un porcentaje elevadísimo de decisiones de órganos judiciales esté exento de apelación y, por consiguiente, de control por una instancia superior, con la consiguiente imposibilidad de corregir por esta vía tales errores. Por otro, la nueva configuración del recurso de casación, con la misión fundamental de formar jurisprudencia, agrava el problema, por la dificultad de encajar las infracciones procesales en el molde del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. A ello se une el largo peregrinaje que debe seguir el recurrente como requisito previo para agotar la vía judicial ordinaria y acceder al recurso de amparo (primero casación, aun a sabiendas de su inadmisión, y, luego, incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de las escasas posibilidades de estimación), un recurso también abocado a la inadmisión, dado el ínfimo porcentaje de admisión (alrededor del 1 %). En consecuencia, no existe un remedio efectivo frente a las infracciones *in procedendo* que vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva.

Las últimas reformas normativas, con la modificación del recurso de amparo en 2007 y del recurso de casación en 2015, han intensificado el problema, como consecuencia de la objetivación de estos recursos, que ahora gravitan sobre la especial trascendencia constitucional y el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Ello dificulta enormemente la revisión de interpretaciones judiciales erróneas de normas procesales y lleva a que los ciudadanos queden sin una respuesta efectiva frente a los vicios procesales. En definitiva, el actual sistema de recursos no cuenta con mecanismos ordinarios y generalizados que permitan la depuración de errores procesales, y ello debiera ser imprescindible a la luz del artículo 24 de la CE. Esta situación, además, lleva a que sea deficiente el control que se realiza sobre la actividad de las Administraciones públicas (Varela, p. 598) y «choca con el mandato constitucional del pleno sometimiento de la acción de la Administración al control jurisdiccional» (Pérez, 2019, p. 28).

Desde la perspectiva de los recurrentes, aun cuando el actual sistema de recursos, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, es respetuoso con el artículo 24 de la CE, es preocupante la ausencia de control y de corrección de los vicios procedimentales. Las últimas reformas normativas han provocado una disminución de sus derechos y garantías y ello puede provocar, además de una pérdida de confianza en la justicia, una desafección de los ciudadanos hacia los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Por ello, deben intensificarse las garantías procesales en este ámbito y permitirse un control razonable de las resoluciones judiciales y una revisión de los errores procesales en que hayan podido incurrir. Y ello puede articularse a través de varias vías, como la genera-

lización de la segunda instancia, que claramente fortalecería el derecho a la tutela judicial efectiva; la reinterpretación extensiva o modificación de la regulación actual del recurso de casación; la modificación del incidente de nulidad de actuaciones; o la introducción de un recurso extraordinario por infracción procesal.

Sin duda, estamos, utilizando las palabras de Chaves (2019), ante un «agujero negro que se traga la tutela judicial efectiva» y que este trabajo pretende poner de manifiesto, confiando en que el legislador, de una vez por todas, le ponga solución. Es imprescindible fortalecer el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos que, en los últimos años, ha sufrido un debilitamiento evidente. En un Estado de derecho no puede permitirse una situación como la descrita, en que las infracciones procesales, aun vulnerando derechos fundamentales, quedan impunes y el justiciable queda desamparado por la ausencia de mecanismos efectivos de depuración de estas.

Referencias bibliográficas

- Alonso de Leonardo-Conde, A. (2020). Medidas propuestas por el CGPJ para agilizar la justicia tras el Estado de Alarma en el ámbito contencioso-administrativo. *Diario La Ley*, 9623, de 29 de mayo, 1-5.
- Álvarez Menéndez, E. (2018). *El recurso de casación en materia tributaria*. Aranzadi.
- Aparicio, E. (2020a). Una primera aproximación a las medidas organizativas y procesales para el orden contencioso-administrativo a la vista del primer documento de trabajo del CGPJ. *Almacén de Derecho*, 9 de abril. <http://www.almacenederecho.org>.
- Aparicio, E. (2020b). Algunas ideas para mejorar las medidas procesales propuestas por CGPJ para el orden contencioso-administrativo. [Blog]. *In dubio pro administrado*, 14 de abril. <http://www.indubioproadministrado.wordpress.com/>
- Baño León, J. M.^a (2020). El nuevo carácter potestativo del incidente de nulidad previo al recurso de amparo. *REL*, 225, 96-100.
- Cáncer Minchot, P. (2017). Nulidad de actuaciones y recurso de casación contencioso-administrativo. *Abogacía Española*, 8 de mayo. <http://www.abogacia.es>
- Cancio, R. C. (2019). Desafíos procesales en el nuevo régimen casacional. En R. Castillejo (Dir.) y C. Alonso Salgado y B. J. Varela Gómez (Coords.), *Tratado sobre el Proceso Administrativo* (pp. 605-664). Tirant lo Blanch.
- Casado, L. (2019). *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones*. Tirant lo Blanch.
- Castiñeira, F. (2019). Vulneración a la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 112/2019: Nueva doctrina constitucional sobre la admisibilidad del recurso de

- amparo. *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*, 4 de diciembre. <http://www.elderecho.com>
- Chaves García, J. R. (2019). Los errores procesales no tienen recurso de casación que los corrija. [Blog]. *El Rincón Jurídico de José Ramón Chaves*, 6 de septiembre. <http://www.delajusticia.com/>
- Colomer Hernández, I. (2017). Capítulo 2. Recurso Ordinario de Apelación. En A. Palomar Olmeda (Dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (3.^a ed., Tomo I, pp. 203-342). Aranzadi.
- Córdoba Castroverde, D. (2015). El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo. *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*, 29 de octubre. <http://www.elderecho.com>
- Díez-Picazo Giménez, L. M. (2019) Reflexiones sobre la justicia administrativa en España. En F. López Ramón y J. Valero Torrijos (Coords.), *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Murcia 8-9 de febrero de 2019* (pp. 633-647). INAP.
- Fernández Farreres, G. (2015). Sobre la eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el nuevo recurso de casación «para la formación de jurisprudencia». *REDA*, 174, 93-131.
- Fresneda Plaza, F. (2006). Juicio crítico del sistema de recursos. En F. J. Pueyo Calleja (Dir.), *Diagnóstico de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Perspectivas de futuro* (pp. 209-291). CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial.
- Gifreu Font, J. (2016). Reflexiones críticas en torno al control jurisdiccional de la actividad urbanística de los entes locales. *RDUyMA*, 310, 35-92.
- Gómez Fernández, D. (2017). La necesaria reforma del sistema contencioso-administrativo para acabar con la desprotección de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. *Abogacía Española*, 11 de octubre. <http://www.abogacia.es>
- Gómez Fernández, I. y Montesinos Padilla, C. (2018). Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión? *REDC*, 113, 71-102.
- González López, A. (2018a). *Manual práctico del recurso de casación contencioso-administrativo*. IVAP.
- González López, A. (2018b). La necesaria generalización del recurso de apelación contencioso-administrativo. *Asociación de Letradas y Letrados del Gobierno Vasco (ALEGO-EJALE)*, 29 de octubre. <http://www.alego-ejale.com>
- González López, A. (2019). Breve análisis del recurso de casación: ajustes necesarios para que cumpla su verdadera función y repaso por la doctrina más relevante. *XV Congreso del Ilustre Colegio de la Abogacía de Málaga*. Málaga, 17 de octubre (texto no publicado, facilitado por su autora).
- Hinojosa Martínez, E. (2018). *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*. Wolters Kluwer.
- Huelin Martínez de Velasco, J. (2011). La elevación del umbral para acceder a los recursos en el orden contencioso-administrativo como medida de agilización procesal. El caso particular del recurso de casación. *Actualidad Administrativa*, 21.
- Laguna de Paz, J. C. (2017). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. *REDA*, 186, 83-108.
- López Menudo, F. (2018). El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia? *RAP*, 207, 13-41.

- Muñoz Aranguren, A. (2018). La deseable generalización de la doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa. *REDA*, 193, 157-178.
- Padrós Reig, C. (2019). La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional. *RAP*, 209, 307-347.
- Parejo Alfonso, L. (2018). Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, 339-355.
- Pérez Estrada, M. J. (2019). El agotamiento de la vía judicial previa en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: casación y/o nulidad de actuaciones. *Revista General de Derecho Procesal*, 49, 1-32.
- Quintana Carretero, J. P. (2018). El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo. En R. C. Cancio Fernández y L. M. Cazorla Prieto (Dirs.), *El Interés Casacional Objetivo en su Interpretación Auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa* (pp. 293-323). Aranzadi.
- Quintana, J. P. (Coord.), Castillo, R. y Escribano, P. (2019). *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*. (2.ª ed.). Dykinson.
- Rando Burgos, E. (2018). El procedimiento abreviado en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: críticas, elogios y propuestas. *RGDA*, 48, 1-29.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2016). El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015. *RVAP*, 104-I, 135-178.
- Ruiz López, M. Á. (2016). *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Morón, M. (2016). *Derecho Administrativo. Parte General*. (12.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Sospedra Navas, F. J. (2014). Capítulo XIV. El recurso de apelación. En A. Ezquerria Huerva y J. Oliván del Cacho (Dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (pp. 799-840). Tirant lo Blanch.
- Sospedra Navas, F. J. (2019). Capítulo 12. Propuestas para una reconstrucción del sistema de recursos en la LJCA. En J. Cudero Blas y J. Ponce Solé (Coords.), *Balance y perspectivas de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX aniversario* (pp. 203-218). Tirant lo Blanch.
- Varela Gómez, B. J. (2019). Generalización de la apelación contra resoluciones definitivas en la instancia. En R. Castillejo (Dir.) y C. Alonso Salgado y B. J. Varela Gómez (Coords.), *Tratado sobre el Proceso Administrativo* (pp. 589-604). Tirant lo Blanch.



Impulsando el valor institucional de las Administraciones locales para afrontar los nuevos retos derivados de las consecuencias de la COVID-19

Ángel Iglesias Alonso

*Presidente del Comité de Sociología Política de la Federación Española de Sociología
Profesor titular de Ciencia Política y de la Administración.
Universidad Rey Juan Carlos*

Extracto

En este texto se pone en valor la necesidad de reforzar a las Administraciones locales como organizaciones de prestación de servicios públicos de proximidad. Las Administraciones locales tienen entre sus competencias el transporte, la vivienda, la seguridad alimentaria, los cuidados o la protección de los vecinos más vulnerables, cuestiones que han pasado al primer plano durante el confinamiento. Para esa puesta en valor se proponen una serie de recomendaciones prácticas que se pueden implantar sin la necesidad de cambios legislativos relevantes.

Palabras clave: Administración local; COVID-19; democracia local; gestión local; servicios públicos locales.

Fecha de entrada: 26-06-2020 / Fecha de aceptación: 17-07-2020

Cómo citar: Iglesias Alonso, A. (2020). Impulsando el valor institucional de las Administraciones locales para afrontar los nuevos retos derivados de las consecuencias de la COVID-19. *Revista CEFLegal*, 237, 149-158.



Pushing forward the institutional value of local government to face the challenges deriving from COVID-19 consequences

Ángel Iglesias Alonso

Abstract

This text highlights the need to reinforce local bodies as public services providers. Among the local government functions are public transport, housing, food safety or care and protection for the most vulnerable, issues pulled to the front line during confinement. To that end, a non-statutory-amendment-required guidance or practical advice is offered.

Keywords: local government; COVID-19; local democracy; local management; local public services.

Citation: Iglesias Alonso, A. (2020). Impulsando el valor institucional de las Administraciones locales para afrontar los nuevos retos derivados de las consecuencias de la COVID-19. *Revista CEFLegal*, 237, 149-158.



Sumario

1. Introducción
2. La Administración municipal frente a la crisis de la COVID-19
3. El refuerzo de la legitimidad institucional de los gobiernos locales
4. Calidad democrática y eficiencia en la gestión
5. Recomendaciones para la práctica

Referencias bibliográficas



1. Introducción

Situaciones globales como las pandemias han puesto de manifiesto que los problemas complejos solo pueden ser resueltos mediante la cooperación interadministrativa entre los diferentes niveles administrativos, incluyendo los locales, regionales, nacionales e internacionales. En este contexto, la crisis desatada por el coronavirus realza la importancia de las Administraciones locales que, como Administraciones más próximas al ciudadano, están abocadas a gestionar muchas de sus consecuencias, tanto sanitarias como sociales y económicas, articulando respuestas diferenciadas que son dependientes del contexto local. Sin duda, el aleatorio comportamiento del virus exige que haya decisiones que tengan que ser tomadas a nivel local, no solo para reaccionar más eficazmente, sino también porque los ciudadanos aceptarían como más legítimas aquellas medidas administrativas restrictivas de derechos, pero necesarias para dar una respuesta sanitaria a la pandemia. Desde estas premisas, en esta contribución se pretende resaltar la importancia de las Administraciones locales y la necesidad de su fortalecimiento para hacer frente a problemas globales que se manifiestan localmente, lo que implica que el resto de Administraciones públicas, europeas, estatales o autonómicas proporcionen más recursos al sector público local y otorguen mayores grados de libertad para su utilización. Pero ello requiere también el reforzamiento de la autonomía local, que es fundamental para consolidar la democracia, y el impulso de políticas y programas públicos para hacer frente a los problemas sociales y económicos derivados de la pandemia. La crisis sanitaria, social y económica global ha dejado patente el carácter imprescindible de las Administraciones locales y abre una oportunidad para repensar su papel en los sistemas de cooperación interadministrativa.

En consonancia con ello, sustentado en las evidencias que el autor ha recopilado a partir de su participación en un proyecto de investigación europeo dentro del programa H2020 (COST Action IS 1207 LocRef), en este trabajo se proponen una serie de recomendaciones para fortalecer el papel de las Administraciones locales, instituciones vitales en el futuro, como instrumentos para garantizar la seguridad de los ciudadanos ante amenazas globales a su salud, y plantear respuestas a sus consecuencias, al tiempo que se preservan los

valores democráticos y la eficacia en la gestión. Interesa resaltar que la Unión Europea ha reconocido que la necesaria reconstrucción tras la pandemia de la COVID-19 lleva implícita la atenuación de las políticas fiscales de austeridad que tanto han afectado a las Administraciones locales de la mayoría de países europeos, particularmente del sur de Europa y, entre ellos, España, lo que abre una ventana de oportunidad para su reforzamiento.

2. La Administración municipal frente a la crisis de la COVID-19

Importa señalar, en primer lugar, que las crisis, y más las que tienen pocos precedentes, replantean las relaciones entre los sectores público y privado. Desde luego, la crisis ignota desatada por la COVID-19, de carácter sanitario, económico y social, requiere una respuesta firme de los Estados, tanto con estructuras centralizadas como federales, y en cooperación con la sociedad civil, particularmente del tejido empresarial, que tanta importancia tiene en la generación de riqueza y empleo. Pero, en todo caso, las Administraciones locales se revelan como actores fundamentales para resolver los problemas más inmediatos de precariedad que afectan a la calidad de vida y el bienestar de los ciudadanos más vulnerables.

En esta coyuntura, las políticas públicas de austeridad fiscal que han afectado a los países europeos, a unos más que a otros, durante la última década, han tenido como consecuencia el debilitamiento de la gestión directa de buena parte de las competencias municipales en materia de protección social prestadas por la Administración municipal, aunque en los últimos años se haya evidenciado una vuelta a los modelos de gestión directa de los servicios públicos locales como contrapunto a los procesos de privatización de servicios locales propiciados por el paradigma de la Nueva Gestión Pública (Wollmann e Iglesias, 2016). Al propio tiempo, si algo ha puesto de manifiesto la pandemia, es la necesidad de situar a las Administraciones municipales en el epicentro de la respuesta a las crisis para revitalizar la acción pública local en materia de servicios sociales relacionados con los cuidados de las personas más vulnerables. En este respecto, la crisis de la COVID-19 abre ventanas de oportunidad para reforzar la prestación de servicios públicos locales que son esenciales, y hacia su reorganización, y el incremento de la colaboración entre los sectores público y privado, así como con los demás niveles administrativos, particularmente en lo que hace a los servicios de salud, que son competencia de las comunidades autónomas.

Pero no se trata solo de eficacia en la gestión de las competencias, pues un aspecto central es la profundización en la autonomía y democracia local. De manera que los instrumentos innovadores en la democracia y en la gestión corran paralelos. En este respecto, sería interesante comprobar, mediante estudios sistematizados que aporten evidencia empírica, hasta qué punto existe una correlación positiva entre mayor autonomía local y una mejor respuesta a la crisis multifactorial provocada por la pandemia. Estos estudios tendrían que realizarse necesariamente en todos los países europeos, a ser posible utilizando metodologías comunes, de manera que de sus resultados se deriven conclusiones para la buena

práctica en materia de políticas públicas y acción administrativa local ante situaciones de crisis globales. Ello completaría la evidencia ya disponible sustentada por los resultados de la investigación del proyecto LocRef a la que se ha hecho referencia anteriormente, que abarca 31 países europeos, y en la que se pone de manifiesto que los ciudadanos están mejor dispuestos a aceptar medidas en las que ellos han participado que las decididas por otros niveles de gobierno (Schwab *et al.*, 2017).

3. El refuerzo de la legitimidad institucional de los gobiernos locales

Tras la pandemia de la COVID-19, Europa se enfrenta a una titánica tarea sin precedentes de prevención y reconstrucción. Y en este ingente reto, las Administraciones locales siguen siendo un pilar fundamental para hacerle frente (Dahl, 2014). Si algo ha dejado ver la crisis sanitaria es la complejidad y crisis de la gobernanza global que ha afectado a los sistemas político-administrativos europeos. Estos, con Italia, España y Francia a la cabeza, semejaban incapaces, a mediados de marzo, de contener el avance de la incipiente pandemia. Los socios europeos estaban ausentes, ensimismados en sus propias dificultades. Carentes de suficiente material sanitario, exhibieron una imagen insolidaria y desleal, llegando a competir en los mercados internacionales por las provisiones, lo cual aumentó la escasez, disparó los precios y minó la calidad de los productos. Y lo que ha quedado claro es que la crisis sanitaria se deriva de la interconexión global, pero sus efectos se manifiestan localmente de manera diferenciada, ya que la pandemia ha tenido diferentes impactos dependiendo del territorio.

Si bien en todos los países europeos la primera y urgente respuesta a la crisis ha consistido en el reforzamiento de la centralización, la Unión Europea y los gobiernos nacionales pronto han constatado que los procesos de recentralización y las políticas de austeridad no pueden ser a medio y largo plazo una respuesta efectiva a las consecuencias de la pandemia. En la práctica, las respuestas democráticas y de gestión eficaz vendrán de la mano de las anunciadas políticas fiscales expansivas, donde se hace imprescindible la acción de los gobiernos y Administraciones locales para garantizar las respuestas a las condiciones específicas de cada localidad. Así, por ejemplo, el coronavirus ha tenido especial incidencia en las personas mayores institucionalizadas (residencias de ancianos) y en los ciudadanos más vulnerables de cuya supervivencia se ocupan los servicios municipales. Sin duda, todo apunta a que el número de ciudadanos vulnerables se incrementa sustancialmente a consecuencia de los efectos sociales y económicos de la crisis.

Es por ello que la respuesta a la crisis requiere de una toma de decisiones más acorde con las necesidades de los ciudadanos de cada municipio, cuya participación se hace imprescindible, de ahí la importancia de los barrios y el diseño de la ciudad para la interacción social, el crecimiento económico sostenible y el diseño de políticas públicas locales

de prevención. De ello se desprende la necesidad de reforzar su importancia con relación a otras Administraciones territoriales (central y autonómica), así como de dotar de recursos a las políticas públicas locales en educación, sanidad, seguridad, servicios sociales, vivienda y medioambiente, entre otras. Todo ellos contando con la movilización de la sociedad civil (asociaciones de vecinos, organizaciones no gubernamentales y tejido empresarial, entre otros) para potenciar la cooperación público-privada que haga frente a los problemas sociales y económicos derivados de la crisis de la COVID-19. Básicamente, la respuesta a la crisis se presenta como una oportunidad para redefinir las prioridades de la Administración pública local y, adicionalmente, sus estrategias de cooperación con otras Administraciones públicas y con el sector privado, así como en materia de sus estructuras organizativas, procedimentales y sus modelos de gestión y prestación de servicios.

4. Calidad democrática y eficiencia en la gestión

La desafección democrática que se manifiesta en el incremento del voto a partidos populistas y el aumento de las propuestas ciudadanas tienen como causas inmediatas las crisis cíclicas, pero se derivan, sobre todo, de grandes tendencias, como los procesos de globalización y sus consecuencias, y de la complejidad de los nuevos modos de gobernanza, en los que los ciudadanos perciben su poca capacidad de influencia en los procesos de toma de decisiones de carácter público. A la luz de los resultados de la investigación antes citada, cabe subrayar la importancia crucial de los gobiernos locales para fortalecer la democracia y la eficacia en el afrontamiento de crisis globales (cambio climático, sanitarias, etc.). Efectivamente, los gobiernos locales fuertes son resilientes ante las crisis y su autonomía les permite tomar las medidas más apropiadas para su localidad. La investigación sugiere también que los instrumentos deliberativos favorecen la legitimación de los gobiernos locales y que las reformas que tienen en cuenta la participación ciudadana refuerzan la democracia en diversos aspectos (Iglesias y Barbeito, 2018).

Así pues, capaces de combinar la eficacia y la eficiencia con innovaciones democráticas mediante la participación de los ciudadanos en el diseño de la prestación de los servicios públicos locales y su coproducción, incluidos los servicios de prevención sanitaria para garantizar la salud de la población en los barrios, aprovechando el capital social que de manera espontánea se genera en los grupos pequeños de población, que incluye también un conocimiento y habilidades empáticas para resolver los problemas propios de cada barrio. Es una evidencia que, particularmente en muchos barrios de las grandes ciudades, se han organizado redes de solidaridad vecinal para hacer frente a las necesidades más básicas y perentorias de los ciudadanos más afectados.

En razón de lo anteriormente dicho, esta última crisis debería hacer reflexionar a los gobiernos centrales acerca de la importancia de los niveles locales y la necesidad de su reforzamiento institucional mediante la introducción de reformas. En el caso de España es

acuciante la siempre demorada reforma fiscal que dote a los ayuntamientos de los recursos financieros suficientes, tal y como se recomienda en algunas propuestas recientes (Chico de la Cámara, 2019). En otro orden de cosas, particularmente en las ciudades, si algo ha puesto de manifiesto la pandemia es que es posible, a partir de iniciativas ciudadanas, establecer redes de solidaridad en los barrios para ayudar a los vecinos más necesitados. Estas redes pueden consolidarse para, conexiando barrios, afrontar la desigualdad y fomentar la cohesión social y económica, revitalizando el espacio público y generando resiliencia. Con las restricciones a la movilidad muchos ciudadanos han descubierto sus barrios, generando sentimientos de comunidad.

Al propio tiempo los gobiernos locales son responsables de la prestación de servicios básicos y de atención personal que inciden en la seguridad y salud de los ciudadanos. El reforzamiento de los servicios básicos esenciales conllevaría la creación de empleo de proximidad, lo que, en algunos países europeos, con una planta municipal donde predomina el inframunicipalismo, como es el caso de España, contribuiría a evitar la despoblación. Los servicios que prestan los gobiernos locales, tales como los relacionados con el transporte, la seguridad, los cuidados domiciliarios, la limpieza, el tratamiento de residuos o el suministro de agua, entre otros, han resultado esenciales durante el duro y excepcional confinamiento al que se han visto sometidos los ciudadanos, y han hecho posible y jugado un papel clave para que la sociedad en su conjunto haya podido funcionar.

En la práctica, el nivel de gobierno local está en disposición de introducir innovaciones democráticas y en la gestión pública para la mejora de la cohesión social, la sostenibilidad y, en definitiva, las condiciones de vida de sus ciudadanos. Los gobiernos locales son esenciales en lo que se ha venido denominando como cuarto pilar del estado de bienestar, es decir, los servicios sociales de atención a personas dependientes y los servicios educativos para la infancia. De ello se desprende que la reconstrucción de las ciudades y pueblos de Europa y España depende, en gran medida, del reforzamiento de sus gobiernos y Administraciones locales.

5. Recomendaciones para la práctica

- a) Redescubrir lo local: Los ciudadanos valoran la eficacia en la prestación de servicios y en las políticas públicas locales, pero también valoran la democracia: el fortalecimiento y las reformas democráticas que faciliten la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones mediante el establecimiento de mecanismos de participación ciudadana o asegurando la transparencia y rendición de cuentas son indispensables para la legitimación de los gobiernos locales (Vallbé e Iglesias, 2018). Cada gobierno local debería diseñar su propia estrategia de cooperación interadministrativa, combinando los aspectos democráticos con los de mejora en la gestión pública. También los gobiernos locales son depen-

dientes de sus características propias, y las estrategias de gobernanza, para ser consistentes, deben sustentarse en su tradición histórica, su cultura política, sus condiciones socioeconómicas y las necesidades y demandas de los diferentes grupos sociales en los que se encuadra su ciudadanía (Villoria e Iglesias, 2017).

- b) Establecer mecanismos de democracia deliberativa, tales como los presupuestos participativos (Kersting *et al.*, 2016), generando oportunidades para que los ciudadanos participen en los debates relativos a los procesos de diseño, implantación y evaluación de las políticas públicas locales. Ello requiere la institucionalización de las innovaciones democráticas que permitan a los ciudadanos tener una influencia en los procesos de toma de decisiones para la elaboración de los programas y políticas públicas locales.
- c) Reforzar las capacidades institucionales y financieras. En particular, garantizar que los gobiernos locales dispongan de los suficientes recursos financieros para la prestación de servicios públicos locales y para el afrontamiento de crisis sanitarias y sus impactos negativos.
- d) Adoptar estrategias de cooperación interterritorial con los gobiernos regionales y centrales, así como la colaboración intermunicipal, acompañadas de reorganizaciones internas para optimizar las cadenas de prestación de servicios. El espectro y ámbito de cooperación dependerá del contexto propio de cada municipio y de los servicios que preste, así como de las relaciones intergubernamentales e interadministrativas derivadas del principio de subsidiariedad.
- e) En consonancia con ello, rediseñar estructuras y procesos administrativos en función de las necesidades propias de cada municipio y siguiendo los principios de buena gobernanza local, cooperando cuando sea necesario con el sector privado o la sociedad civil local mediante la coproducción de los servicios públicos locales o su prestación mediante los distintos modelos de cooperación entre los sectores locales público y privado, en coordinación y colaboración con los niveles de gobierno territoriales, provincial, regional o central, asegurándose, en estos casos, de que se implantan mecanismos de control y de rendición de cuentas.

Todas estas recomendaciones pueden ser implantadas sin requerir reformas sustanciales a nivel constitucional o en la legislación básica, por lo que, sin perjuicio de, en el caso de España, la siempre pendiente reforma de las normas reguladoras de la financiación local, habría que insistir en que, en la reconstrucción tras la pandemia mediante la acción pública, los Estados no se pueden permitir el lujo de ignorar el importante papel que en dicha reconstrucción tiene que adjudicarse al sector público local.

Referencias bibliográficas

- Chico de la Cámara, P. (Dir.). (2019). *Aspectos de interés para una futura reforma de las Haciendas Locales*. Tirant lo Blanch.
- Dahl, R. (2014). The City in the Future of Democracy. *American Political Science Review*. Universidad de Cambridge. <https://doi.org/10.2307/1953398>
- Iglesias, A. y Barbeito, R. (2018). Challenges Related to Implementing the European Charter of Local Self-Government in Spanish Legislation. *Lex localis-Journal of Local Self-Government*, núm. especial, 907-9.013.
- Kersting, N., Gasparikova, J., Iglesias A. y Krenjova, J. (2016). Local Democratic Renewal by Deliberative Participatory Instruments: Participatory Budgeting in Comparative Study. En S. Kuhlmann y G. Bouckaert (Eds.), *Local Public Sector Reforms in Times of Crisis. Governance and Public Management*. Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/978-1-137-52548-2_18.
- Schwab, Ch., Bouckaert, G. y Kuhlmann, S. (2017). Conclusion. En Schwab, Ch.; Bouckaert, G.; Kuhlmann, S. *The Future of Local Government in Europe: Lessons from Research and Practice in 31 Countries*. Nomos.
- Vallbé, J. J. e Iglesias, A. (2018). Exogenous and endogenous determinants of Spanish mayors' notions of democracy. *Revista Española de Ciencia Política*, 46, 49-75.
- Villoria, M. e Iglesias, A. (2017). Developments in Transparency in the Spanish Municipalities: An Analytical Revision of the Last Research. *Lex localis-Journal of Local Self-Government*, 17, 411-432.
- Wollmann, H. e Iglesias, A. (2016). Transformación y cambio del gobierno local en Europa: Un estudio comparativo. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Barataria*, 12, 81-100. <https://doi.org/10.20932/barataria.vOi12.140>.

Acción de repetición de la Administración por deudas no solidarias

Adelaida Medrano Aranguren

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

Extracto

El presente caso propuesto trae a colación la problemática de si existe o no solidaridad de deudas cuando son condenadas en el ámbito laboral, tanto la Administración como la mercantil privada que tenía concedida en vía administrativa una determinada concesión externalizada. Lograda la condena en lo Social a ambas, normalmente por despidos nacidos de una cesión ilegal de trabajadores, estos dirigen la ejecución de la condena solo contra la Administración para asegurarse su pago, provocando la acción civil de repetición entre codeudoras condenadas por el órgano de la Jurisdicción Social. La determinación de si existen en estos casos relaciones de solidaridad en las deudas laborales ante la Jurisdicción Civil no siempre encuentra su respuesta en el artículo 1.145 CC, sino que es preciso delimitar los términos de la condena social para hallar las claves de la solución jurídica, y también es necesario analizar el contenido contractual de la concesión administrativa al objeto de delimitar quién era el responsable de las decisiones que determinaron la cesión ilegal de trabajadores.

Palabras clave: condena laboral; acción de repetición; solidaridad de deudas.

Fecha de entrada: 13-09-2020 / Fecha de aceptación: 29-09-2020

Enunciado

En un cuartel de la ciudad de Valladolid, el servicio de cafetería y restauración estaba externalizado con una concesión administrativa del Ministerio de Defensa a favor de la empresa Ocio, SA; se ha planteado un conflicto laboral de cesión ilegal de trabajadoras, que ha devenido en despidos y que ha sido resuelto por una sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de esa capital de fecha 13 de junio de 2012, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «Estimando la demanda interpuesta por... [las trabajadoras]..., frente a la empresa Ocio, SA y el Ministerio de Defensa, en reclamación de despido, debo declarar y declaro cesión ilegal de trabajadores entre las codemandadas, con adquisición de la condición de trabajadores indefinidos laborales, no fijos de plantilla del Ministerio de Defensa y la improcedencia del despido de los actores, condenando solidariamente a las demandadas a estar y pasar por esta declaración, y al Ministerio de Defensa a que en el plazo de cinco días contados a partir de la notificación de esta resolución, opte entre readmitirlas o indemnizarlas con las siguientes cantidades, de las que se deducirán, en su caso, las percibidas de la empresa, SA... [la sentencia detalla seguidamente los importes a percibir por cada trabajadora], así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, sobre el salario superior recogido en los hechos probados». El Ministerio de Defensa no solicitó aclaración de este fallo.

Dicha sentencia fue objeto de recurso de suplicación por el Ministerio de Defensa ante la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid, y dicha Sala, en fecha 14 de noviembre de 2012, dictó sentencia confirmando la dictada por el Juzgado, la cual no fue objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala 4.ª del TS.

En la Sentencia de Suplicación, consta este párrafo en sus fundamentos: «Estos hechos, no contradichos por el informe del administrador de la residencia, evidencian que el empresario efectivo en cuanto que ejercía los poderes propios del mismo, no era la empresa Ocio, SA, sino el Ministerio de Defensa titular del centro de trabajo en el que las actoras desempeñaban su actividad laboral, lo cual da lugar a la cesión ilegal».

Instada la ejecución forzosa del fallo firme por las trabajadoras, exclusivamente contra el Ministerio de Defensa, en fecha 21 de febrero de 2013, se dictó auto despachando ejecución contra la única ejecutada, junto con el decreto de igual fecha que requería al Ministerio de Defensa para que, en un mes, diese cumplimiento a la sentencia con los apercibimientos correspondientes. El fallo fue ejecutado íntegramente por el Ministerio de Defensa, que abonó a las trabajadoras la totalidad de las cantidades estipuladas en la ejecutoria.

Habiendo abonado todo el fallo laboral, el Ministerio de Defensa demanda a la empresa Ocio, SA, reclamando a la misma, ahora en vía civil, la mitad de lo pagado al entender que el fallo judicial establece que la deuda era solidaria entre ambas codemandadas.

¿Hay solidaridad de deudas en estos casos?

Cuestiones planteadas:

- La condena laboral a la Administración y a una empresa privada por salarios e indemnizaciones no genera solidaridad de deudores en la acción de repetición civil promovida por la Administración.
- Cesión ilegal de trabajadores.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia.

Solución

En el supuesto que estamos planteando, por la parte que promueve la acción civil de repetición (el Ministerio de Defensa, que abonó la totalidad de cantidades de la sentencia laboral), se afirma la existencia de la solidaridad de deudas con la mercantil Ocio, SA como algo indiscutible en los términos del fallo del Juzgado de lo Social, y apoyando sus afirmaciones de solidaridad en los artículos 1.137, 1.138, 1.144 y 1.145 CC, con independencia de múltiples afirmaciones acerca de las deudas solidarias en su relato de hechos, aunque ninguna de ellas nos remita al lugar en que sus aseveraciones se vean proyectadas en la ejecutoria. Ya inicialmente debemos adelantar que la solidaridad que se afirma concurrente para estos casos debe estar argumentada a través del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), que es donde realmente se halla la fuente legal de la que nace su pretendida solidaridad, como analizaremos.

Por la mercantil Ocio, SA, se rechaza la solidaridad reclamada por el Ministerio de Defensa, con argumentos que hemos de calificar, cuando menos, como de intrascendentes a la hora de resolver sobre la cuestión jurídica que aquí se está debatiendo. Así, el hecho de que el Ministerio de Defensa fuese prorrogando las adjudicaciones del servicio por medio

de contratos menores durante un tiempo, o el hecho de que las trabajadoras siguiesen con posterioridad trabajando para dicho ministerio, o el supuesto perjuicio causado a la demandada, o, en fin, la afirmación acerca de su no participación en una decisión de índole laboral que tampoco le correspondía, son todos ellos extremos que carecen de relación con la acción de repetición basada en la solidaridad de deudas que el Ministerio de Defensa ejercita.

Nos encontramos ante una pretensión del Ministerio de Defensa, rechazada por la demandada Ocio, SA, que, estando sustentada en un fallo del orden jurisdiccional social, nos obliga aunque sea de forma indirecta a acudir a las fuentes legales y jurisprudenciales de dicho orden a la hora de resolver sobre la existencia o no en el fallo de una solidaridad de deudas, sin poder alterar lo sentenciado por el orden social, pero con obligación y necesidad de interpretarlo como paso imprescindible para sentenciar en este orden civil, ya que es esa interpretación del fallo social en relación con las codemandadas lo que integra el objeto de esta acción de repetición de la Administración.

Estamos ante el contexto de los despidos objetivos que se tornan disciplinarios por la declaración estimada de concurrencia de cesiones ilegales de trabajadores, fenómeno este de derecho sustantivo laboral con regulación en el artículo 43 ET. Tras una corriente jurisprudencial ya consolidada, nuestros tribunales sociales admiten la acumulación de acciones de despido y las declarativas de cesión ilegal de trabajadores, como sucede en nuestro caso.

Los apartados tercero y cuarto del artículo 43 ET, dicen que

los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Como vemos, más que en el Código Civil, es en el propio ET donde se ordena la solidaridad de deudas entre cedente y cesionario en los casos de cesión ilegal de trabajadores, con una redacción que realmente no debería dejar lugar a dudas. Sin embargo, la realidad jurisprudencial de nuestros tribunales del orden social, como describiremos a continuación, ha relativizado esa contundencia pretendida por el legislador, hasta el extremo de poder contrastar una enorme casuística en sus resoluciones fruto de la actividad interpretadora de tal orden.

Un ligero recorrido por las más recientes sentencias de nuestras Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo, en las que se ha visto involucrado el Ministerio de Defensa como codemandado junto a otras empresas privadas que mante-

nían relaciones contractuales administrativas para la externalización de diferentes servicios con aquel, y en las que el objeto del pleito laboral era en todos los casos la pretensión de los trabajadores de una declaración de cesión ilegal acumulada a la de despido (idéntico planteamiento al nuestro), arroja unos resultados tan heterogéneos en los pronunciamientos de los jueces de lo Social, que ya permiten cuestionar la solidaridad de deudas que con evidencia pretende aseverar el Ministerio de Defensa. Este relato de resoluciones carece del más mínimo ánimo de exhaustividad, pero lo entendemos muy ilustrativo en relación con el panorama jurisprudencial en la materia, y hemos tenido el buen cuidado de reparar en sentencias en que precisamente es el Ministerio de Defensa el protagonista.

Destaquemos los siguientes ejemplos; en la Sentencia 619/2015, recurso 222/2015 de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, estando el Ministerio de Defensa demandado junto a cuatro empresas más, solo resultó condenado el ministerio citado; en la Sentencia de 29 de junio de 2015, recurso 293/2015, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, el Ministerio de Defensa sí es condenado de forma solidaria expresamente en el fallo junto a la empresa privada; observemos ahora el fallo integrado en la STS Sala 4.^a, de 5 de mayo de 2015, recurso 139/2014:

Estimo la demanda interpuesta por DOÑA contra MINISTERIO DE DEFENSA, PINE-DA ORTEGA SUMINISTROS INDUSTRIALES, SL; 1.-declarando que el cese es un despido improcedente, en situación de cesión ilegal; se condena de modo solidario a ambas entidades como se ha indicado. 2.- Los salarios van hasta que reciban la sentencia y que solo hasta hoy son 2.966,25 con responsabilidad solidaria de ambos demandados. 3.- El Ministerio en cinco días debe optar entre readmitirla como indefinida no fija, como se ha indicado, o indemnizarla con 2.046,71 euros. (Si opta por indemnizar, de este importe también con responsabilidad solidaria de PIORSA). De no optar en cinco días tras recibir la sentencia se entiende que eligen la readmisión.

Observemos que la responsabilidad solidaria de un determinado concepto por parte del Ministerio de Defensa dependerá de la elección que este adopte.

En la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, recurso 750/2014, el Juzgado de lo Social no condena solidariamente al Ministerio de Defensa con la empresa cedente y sí logra su objetivo dicho ministerio gracias a la suplicación; en el recurso 529/2014 de la misma Sala de lo Social, se estima la demanda de la trabajadora, declarándose que existe cesión ilegal de trabajadores y calificando el despido como nulo y con responsabilidad solidaria del Ministerio de Defensa con la empresa, pero, en la suplicación, se modifica la calificación del despido por improcedente, con facultad del Ministerio de Defensa de readmitir o de indemnizar, pero ya sin responsabilidad solidaria. En la misma Sala, recurso 465/2014, se condena a indemnizar exclusivamente al Ministerio de Defensa resultando absueltas todas las empresas codemandadas.

En la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, recurso 738/2013, los trabajadores demandan, con las dos acciones acumuladas ya citadas, al Ministerio de Defensa y a cuatro

empresas más, y tras declararse la cesión ilegal de trabajadores, se condena exclusivamente al Ministerio de Defensa como cesionario y resultan absueltas las cuatro empresas cedentes; exactamente lo contrario de lo que sucede en caso similar en la misma Sala, en el recurso 869/2013.

Y, finalmente, terminaremos esta relación de resoluciones con la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, recurso 412/2013, resolución 170/2014, en la cual la trabajadora demanda a cuatro empresas y al Ministerio de Defensa, declarándose improcedente el despido de la misma, y condenándose solo al Ministerio de Defensa a que opte entre la readmisión o la indemnización, pero detallándose que para el caso de readmisión los salarios de tramitación se han de abonar solidariamente con el ministerio, solo por dos de las cuatro empresas.

Son muchas más las sentencias que se pueden encontrar con facilidad en nuestra jurisprudencia sobre la cuestión, y, con todo ello, lo que se pretende es demostrar que hay una conclusión a la que ya podemos llegar: cuando los trabajadores demandan al Ministerio de Defensa y a empresas privadas ejercitando las acciones acumuladas de despido y cesión ilegal de trabajadores, en unas ocasiones el orden social declara expresamente la solidaridad de deudas entre las condenadas, mientras que en otras excluye esa solidaridad expresamente, y en algunas más falla delimitando la solidaridad en función de los conceptos a abonar tras la elección del Ministerio de Defensa, probándose con ello la imposibilidad de aseverar que exista para esta cuestión ni la más mínima uniformidad en la materia, pese a los términos del artículo 43 ET. La redacción de nuestra demanda de repetición parece tratar de transmitirnos que, si los jueces de lo Social aprecian que concurre cesión ilegal de trabajadores, el subsiguiente pronunciamiento de calificación del despido siempre estará integrado por una condena solidaria entre codemandadas, lo cual acaba de demostrarse con el relato de sentencias variadas, que es radicalmente falso pues habrá que estar a cada caso.

Pues bien, acudiendo al fallo de fecha 13 de junio de 2012 dictado por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Valladolid, y confirmado en suplicación, en él se acumularon (contra el criterio del Ministerio de Defensa) las dos acciones que citamos de declaración de concurrencia de cesión ilegal de trabajadores, y la acción de despido disciplinario, por no aceptar las trabajadoras la naturaleza de la extinción de la relación laboral como despido objetivo. Este fallo constituye el título del que, según la demandante, trae su causa la solidaridad de deudas, lo cual no compartimos.

Si observamos el antepenúltimo párrafo del fundamento primero de la sentencia del Juzgado de lo Social, en él se fundamenta, y por separado, la decisión adoptada solo respecto de la primera de las acciones, la de cesión ilegal de trabajadores, indicando claramente que concurre esa cesión ilegal y tanto el fundamento como el primer pronunciamiento del fallo otorgan la solidaridad a esa decisión declarativa en estos términos que no admiten ninguna duda: «Condenando solidariamente a las demandadas a estar y a pasar por esta declaración», es decir, la declaración de que hubo cesión ilegal de las trabajadoras.

Pero si observamos el párrafo siguiente del fundamento citado, y arrancando de la declaración de cesión ilegal previa («resuelta la cuestión previa»), el juzgado entra a resolver la segunda acción acumulada y procede a calificar la extinción de la relación contractual, lo cual realiza con la calificación de improcedente con los efectos laborales de opción que le son propios, pero sin que, ni en el fundamento jurídico, ni en el segundo pronunciamiento del fallo, pueda interpretarse que concurra solidaridad alguna con la aquí demandada. Por el contrario, los términos del fallo son meridianos en el sentido de que solo se da plazo para optar «al Ministerio de Defensa». La cesión ilegal de las trabajadoras convirtió al Ministerio de Defensa en único empresario de las mismas y por ello no puede pretender la solidaridad no contemplada en el fallo, sin pronunciamiento judicial que lo sustente.

La sentencia del órgano de suplicación que confirma la sentencia ejecutada se lo indica al Ministerio de Defensa expresamente en sus fundamentos jurídicos: «Estos hechos no contradichos por el informe del administrador de la residencia, evidencian que el empresario efectivo en cuanto que ejercía los poderes propios del mismo, no era la empresa Ocio, SA, sino el Ministerio de Defensa titular del centro de trabajo en el que las actoras desempeñaban su actividad laboral, lo cual da lugar a la cesión ilegal».

Como hemos destacado en la relación de sentencias anteriores para casos similares a este, la decisión de naturaleza declarativa de concurrencia de una cesión ilegal de trabajadores no genera automáticamente ni de manera indiscutible una solidaridad entre el resto de codemandados afectados por el segundo pronunciamiento sobre el despido; habrá que estar a cada supuesto y a cada fallo, y, en nuestro caso, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Valladolid dedica expresamente, y sin posible interpretación, la segunda parte del fallo al Ministerio de Defensa con exclusividad, resultando significativo que, mientras que la palabra «solidariamente» se redacta para decidir la primera acción estimada, ese mismo término se omite deliberadamente por el magistrado de lo Social n.º 1 de Valladolid cuando decide sobre la segunda acción de despido de la cual hace exclusivo responsable al Ministerio de Defensa.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.137, 1.138, 1.144 y 1.145.
- Estatuto de los Trabajadores, art. 43.
- STS, Sala 4.ª, de 5 de mayo de 2015.
- STSJ, Sala de lo Social, de 29 de junio de 2015.

Posesión ilegítima del arrendador de finca arrendada

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

El presente caso práctico intenta ilustrar acerca de los límites que el arrendador de una finca adquiere al establecer la relación jurídica del arrendamiento con su inquilino, en relación con la recuperación de la posesión de su inmueble al terminar el plazo contractual del arrendamiento, y el necesario respeto hacia los cauces legales establecidos para la consecución de esta recuperación. La recuperación de la posesión por el propietario por las vías de hecho, al margen del procedimiento adecuado, determina una recuperación de la posesión ilegítima que vulnera, por un lado, las normas civiles pero, por otro, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 de la CE. Las sospechas por parte del arrendador, de que la finca arrendada pudiera tener desperfectos o daños, no justifica en ningún caso la posesión ilegítima ni la recuperación de la misma sin cobertura legal que lo autorice.

Palabras clave: arrendamientos urbanos; recuperación de la posesión; inviolabilidad del domicilio.

Fecha de entrada: 12-09-2020 / Fecha de aceptación: 28-09-2020

Enunciado

Juan es el inquilino de una vivienda y este mes finaliza la vigencia temporal de su contrato de arrendamiento, pues el propietario de la misma ya le hizo llegar una comunicación como requerimiento extrajudicial expresando su voluntad de no prorrogar el contrato.

Juan, pese a ello, no le ha devuelto la posesión de la vivienda ni le ha dado las llaves de la misma, permaneciendo todavía en ella; la finca tiene ciertos desperfectos y deterioros, y Juan quiere repararlos antes de entregar la posesión.

El propietario, aprovechando un viaje de Juan, y tras haberse ya extinguido la vigencia temporal del contrato, ha entrado con su juego de llaves en el piso, ha tomado posesión de su vivienda por la vía de hecho, ha valorado los desperfectos que se ha encontrado en 11.000 euros y ha cambiado las cerraduras de la puerta de acceso. Al objeto de poder acreditar los desperfectos, al tomar la posesión con sus llaves, se ha hecho acompañar de un notario que ha elaborado un reportaje fotográfico autenticando de ese modo con la fe pública notarial, la veracidad de los daños encontrados al entrar.

Igualmente, el propietario ha contratado los servicios de un bufete de abogados y ha interpuesto una demanda contra Juan para reclamar ese importe por los daños causados en la vivienda y que ha presupuestado con una empresa de reformas.

Al recibir la demanda, Juan ha acudido a un abogado para contestar a la misma, pues solo reconoce parte de esos daños, que él pensaba ya reparar y que no ha sido posible ante la entrada del arrendador en la vivienda sin ningún tipo de preaviso, hasta el punto de que quiere Juan reclamarle todos los bienes que dejó dentro de la casa y que sigue sin poder recuperar, pues el propietario se niega a dárselos hasta que le abone los desperfectos.

El abogado de Juan estima que todos los desperfectos que reclama el demandante y propietario de la vivienda se están intentando justificar a través de medios de prueba ilícitos, en la medida en que han sido verificados tras una recuperación de la posesión ilegítima, lograda por las vías de hecho y al margen del juicio de desahucio que es el cauce procesal que

tendría que haber empleado el arrendador para recuperar la posesión. Entiende, además, que tales desperfectos podrían haber sido hechos por terceros, ya que es imposible conocer las veces que, durante el viaje de Juan, ha podido entrar ilícitamente el dueño de la finca.

¿Es estimable la demanda del propietario de la vivienda?

Cuestiones planteadas:

- La recuperación de la posesión de finca urbana tras haber expirado el plazo de vigencia del contrato, por las vías de hecho.
- Vulneración del derecho fundamental del arrendatario a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE.
- La distinción entre el abandono de la vivienda por el arrendatario y la efectiva puesta a disposición del arrendador.
- Normativa aplicable y jurisprudencia en esta materia.

Solución

El relato de hechos descrito aporta diferentes aspectos desde el punto de vista jurídico, que se traducen sin duda en una posible infracción de los artículos 1569.1 Código Civil y 250.1 LEC, dado que la entrada de la finca arrendada se realizó sin consentimiento del arrendatario; por otro lado, los daños reclamados podrían haber sido ocasionados por terceras personas; y, finalmente, la parte arrendadora ha de instar el desahucio de la finca arrendada si esta no es devuelta al término del contrato, y sin que existan garantías de que los daños que se alegan como existentes en la vivienda fueran ocasionados por el arrendatario.

Es evidente que la entrada en la vivienda se efectuó sin las garantías jurídicas debidas dado que el propietario de la vivienda no instó, previamente, un procedimiento de desahucio para solicitar la recuperación de la posesión de la finca y que tampoco el arrendatario le ha puesto el inmueble a su disposición.

Es cierto que el acceso de la propiedad a su finca tuvo lugar una vez concluido el plazo contractual y que la propiedad, previamente, había enviado una previa reclamación extrajudicial al arrendatario comunicándole su voluntad de no prorrogar el contrato.

Pero ello no permite afirmar que, en el momento en el que el propietario entró en su vivienda para verificar su estado, se había puesto ya a su disposición el bien inmueble cuya posesión detentaba Juan. En este contexto, es necesario diferenciar el abandono de la vivienda de la efectiva puesta de la posesión del inmueble a disposición del arrendador,

situaciones completamente distintas. Distinción que ha permitido a nuestra jurisprudencia imponer al arrendatario el pago de las rentas devengadas, aun después de la extinción del plazo contractual, hasta un momento ulterior, aquel en el que el arrendatario hubiera puesto el inmueble a disposición del arrendador.

En este sentido, la SAP de Madrid, Sección 19.^a, de 18 de marzo de 2014, dispone: «Efectivamente, en el momento de la extinción del contrato de arrendamiento, el arrendatario debe devolver la finca tal como la recibió, devolución que debe efectuarse por cualquiera de los medios de entrega admitidos en derecho». Y siendo reiterada la jurisprudencia, en el sentido de que la obligación de entregar no se cumple con la simple manifestación del arrendatario de que pone el inmueble a disposición del arrendador, al ser necesaria la entrega de la posesión. Si el arrendatario, con posterioridad a la extinción del contrato, continúa detentando la posesión del inmueble, no poniendo las llaves y, en consecuencia, esté a su disposición, deberá continuar pagando las rentas y cantidades asimiladas hasta la efectiva entrega del inmueble. Impone el artículo 1.561 del Código Civil al arrendatario la obligación de devolver la finca al concluir el arriendo, lo que significa que las obligaciones propias del contrato subsisten en tanto el arrendatario no desista de la ocupación, mediante un acto devolutivo de la posesión al arrendador, sin que baste con el mero desalojo, devolución que únicamente se entiende producida cuando la finca es puesta de nuevo en poder y posesión del arrendador, normalmente mediante la devolución de las llaves u otro acto de tradición ficticia, en aplicación de la doctrina de los artículos 1.462 y 1.463 del Código Civil, en aplicación de las normas sobre el cumplimiento de las obligaciones de los artículos 1.162 y 1.163, párrafo segundo, del Código Civil. Doctrina también aplicada en Sentencia de 18 de febrero de 2016 de esta misma Sección 25.^a.

Similar valoración podría realizarse cuando concurre el desistimiento formulado por una parte, no ratificado por la otra. La SAP de Madrid, en sentencia de fecha 20 de marzo de 2001, recaída en el rollo de apelación 312/99, analizó esta cuestión, indicando:

Conforme ya indicamos en la resolución referida, «l. Dispone el artículo 1.256 del Código Civil que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"». Es decir, que la subsistencia y la ejecución de los derechos y las obligaciones nacidas de un contrato no pueden nunca quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. De tal manera que, ante un negocio jurídico perfeccionado pero no agotado, al quedar pendiente de ejecución alguno de sus efectos jurídicos, la declaración unilateral de voluntad de una sola de las partes contratantes, por la que pone en conocimiento de la otra parte contratante que desiste de la relación jurídica nacida del contrato, no produce la extinción o resolución de esa relación jurídica, que continuará subsistente. Y si, como es lógico y normal, la parte contratante que ha hecho esa declaración unilateral de voluntad de desistimiento la hace efectiva y se aparta de la relación jurídica nacida contrato, nos encontraríamos ante un incumplimiento obligacional que facultaría a la otra parte contratante para el ejercicio de la acción de cumplimiento del contrato o la

resolutoria de la relación jurídica nacida del mismo, así como, en ambos casos, la indemnizatoria de los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado con el desistimiento unilateral de la otra parte contratante (arts. 1.101 y 1.124 CC).

Por tanto, la definitiva extinción de los efectos propios de la relación jurídica tiene lugar con la puesta a disposición del inmueble a favor del arrendador. Y, si ello no fuera posible ante la renuencia de la parte arrendataria, tras la pertinente declaración judicial que así lo acordare, ex artículos 1.569 Código Civil y 27 y concordantes de la LAU.

Dichas directrices emanadas desde el derecho civil han de vincularse con las garantías que nuestra Constitución otorga a la inviolabilidad del domicilio.

Hemos de partir de que el «rasgo esencial» del domicilio, como objeto de protección del artículo 18.2 CE, es el de «constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada» (STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 6), de modo que se identifica con la «morada de las personas físicas», «reducto último de su intimidad personal y familiar» (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2).

Ya la STC 10/2002, de 17 de enero, citada, a su vez, en la STC 209/2007 (rec. 6377/2005) admitió dentro del concepto de domicilio distintos y diversos ámbitos que, con independencia de sus singularidades, constituían lugares idóneos para el desarrollo íntimo de la esfera privada de la persona. Así, mencionó que «las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquellos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada» (FJ 8). La STC 189/2004, de 2 de noviembre, extendió esta declaración «con mayor razón, aún, a las habitaciones ocupadas por quienes son definidos en las normas de régimen interior de la residencia militar como usuarios permanentes, máxime cuando [...] la función de estos alojamientos es facilitar aposentamiento a los militares destinados en una determinada plaza» (FJ 2).

El sustento de estas dos calificaciones de ciertos espacios como domicilio se encuentra en la definición de domicilio inviolable en el sentido del artículo 18.2 CE muy consolidada en nuestra jurisprudencia, como «espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella» (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; también, entre otras, SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 2).

Existe, así, un «nexo indisoluble» entre la «sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto... (art. 18.1 y 2 CE)»

(STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5). Ello significa, «en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada» (SSTC 10/2002, FJ 7; 189/2004, FJ 2). En concreto, en relación con las habitaciones de hotel, subrayábamos algo que resulta ahora trascendente para la consideración como domicilio del lugar en el que fue detenido el demandante de amparo: que «ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso [...] ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con este su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su artículo 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito» (FJ 8).

En suma, con independencia del estado, habitualidad de uso del inmueble o actitud mostrada por los arrendatarios respecto de la lamentable conservación de la vivienda sobre la que gira el presente procedimiento, el inmueble en cuestión constituía el domicilio del arrendatario. Por tanto, no habiéndose puesto a disposición el mismo por estos a favor de la arrendadora ni habiéndose impetrado por esta última una declaración judicial con dicho objeto, la relación contractual existente aún no se había agotado, por lo que las pruebas que se obtuvieron para la acreditación de los múltiples daños y desperfectos que existían en la vivienda lo fueron con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.1 CE, corolario que ha conllevar la necesaria declaración de nulidad de las pruebas aportadas en los presentes autos, ex artículo 287 en relación con los artículos 225, ambos de la LEC, y el artículo 240 LOPJ, pues todo se deriva de la entrada que se practicó a instancias de la parte arrendadora en el domicilio con vulneración del derecho fundamental ya aludido.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 18.
- Código Civil, arts. 1561 y 1569.
- SAP de Madrid, 18 de marzo de 2014, 20 de marzo de 2011 y 18 de febrero de 2016.

Expediente sancionador a personal laboral de Administración autonómica

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

Este supuesto práctico se plantea como consecuencia de un expediente sancionador instruido contra personal laboral de la Comunidad de Madrid por presunta infracción grave recogida en el convenio laboral que rige las relaciones de dicha Administración con este tipo de personas. Durante la instrucción del mismo, se produce la omisión de trámites esenciales que conducen a la vulneración, entre otros, de derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la Constitución. Finalizado el mismo con resolución sancionadora, impuesta en su grado máximo, la trabajadora presenta demanda ante el Juzgado de lo Social, que deberá estimar la misma y proceder a la declaración de nulidad de la sanción impuesta.

Palabras clave: personal laboral; expediente sancionador; falta grave; omisión de trámites esenciales; aplicación del derecho laboral.

Fecha de entrada: 28-06-2020 / Fecha de aceptación: 28-07-2020

Enunciado

El presente supuesto ha sido planteado en el segundo ejercicio de la oposición para el ingreso en el Cuerpo General de Técnicos de la Comunidad de Madrid que se celebró en el mes de junio de 2019.

Doña María Fernández González, personal laboral fijo de la Comunidad de Madrid, presta servicios en la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructura, con la categoría de auxiliar administrativo.

Como consecuencia del incumplimiento injustificado de su jornada de trabajo durante 20 horas el mes de septiembre de 2018, se dicta Orden, de 8 noviembre de 2018, de la Consejería, por la que se acuerda la incoación del expediente disciplinario a doña María Fernández González y se nombra instructor del mismo a don Pedro Martínez Prieto.

Dicha orden es notificada a la interesada en fecha 14 de noviembre de 2018.

Una vez concluida la labor instructora, el instructor elabora propuesta de resolución con fecha 14 de diciembre de 2018, siendo notificada esta a la interesada con fecha 20 de diciembre de 2018.

Con fecha 4 de enero de 2019, el instructor eleva al órgano competente el expediente instruido y la propuesta de resolución, en las que se considera probado el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo durante 20 horas el mes de septiembre de 2018, a través de los datos obtenidos de la aplicación informática de control de horario, calificando los hechos probados descritos anteriormente como constitutivos de una falta disciplinaria grave y proponiendo la imposición a doña María de una sanción de suspensión de empleo y sueldo de un mes.

Una vez analizada la propuesta del instructor, mediante Orden de la Consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructura, de 10 de enero de 2019, se impone a la trabajadora la suspensión de sueldo y empleo durante un mes como consecuencia de la comisión de una falta grave.

En la citada orden se indica como pie de recurso que contra la misma se podrá interponer demanda ante el Juzgado de lo Social competente en el plazo de dos meses.

Dicha orden es notificada a la interesada con fecha 17 de enero de 2019.

Con fecha 31 de enero de 2019, se interpone demanda ante la Jurisdicción Social por doña María contra la referida orden sancionadora, solicitando la nulidad de la misma por

vulneración del artículo 47.1, apartados a) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y el artículo 24 de la Constitución española.

La Subdirección General de Personal, de la Secretaría General Técnica en la Consejería a que nos venimos refiriendo, emite informe con relación a la demanda, en el que pone de manifiesto que no considera procedentes las alegaciones de la interesada con base en los siguientes argumentos:

- La Administración de la Comunidad de Madrid ha actuado de forma diligente, ya que la sanción por incumplimiento de jornada está prevista en la normativa de aplicación al presente caso.
- En el procedimiento se han observado distintos trámites, como la iniciación del expediente debidamente notificada, nombramiento del instructor y, también, notificación a la interesada, formulación de la propuesta de resolución por parte del órgano competente y resolución definitiva del procedimiento.
- No se considera que se produzca situación de indefensión ya que la interesada tiene la oportunidad de acudir a los tribunales, razón por la cual no le van a faltar vías para llevar a cabo la defensa de sus derechos e intereses, opción, por tanto, que no se puede considerar que se haya visto cercenada por la actuación de la Administración.

Cuestiones planteadas:

Conforme al contexto de referencia, se solicita: elaborar un informe jurídico sobre las cuestiones planteadas en el presente supuesto e indicar si la actuación llevada a cabo por la Administración pública es conforme a derecho o no.

Solución

INFORME

En relación con el informe solicitado en el presente caso que versa sobre el ajuste a derecho o no de la sanción impuesta a doña María Fernández González, personal laboral fijo de la Comunidad de Madrid que presta sus servicios en la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, consistente en suspensión de empleo y sueldo por plazo de un mes por la comisión de una falta disciplinaria grave consistente en el incumplimiento injustificado de su jornada de trabajo durante 20 horas en el mes de septiembre de 2018, impuesta por la Consejera de la referida Consejería, se informa lo siguiente:

I. LEGISLACIÓN APLICABLE Y PRECISIONES GENERALES

- Constitución de 1978.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.
- Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Convenio Colectivo para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (2018-2020), aprobado por Resolución de 8 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo único para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid.

Precisamente, el artículo 93 se refiere a la responsabilidad disciplinaria en estos términos:

1. Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente título y en las normas que las leyes de función pública dicten en desarrollo de este estatuto.
2. Los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeren a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que estos.
3. Igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos.
4. El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral.

Y, también, lo dispuesto en el artículo 192 del Convenio Colectivo, en general, a la potestad disciplinaria.

1. La Administración de la Comunidad de Madrid podrá corregir disciplinariamente las infracciones del personal laboral a su servicio, de acuerdo con lo establecido en el título VII del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en el presente convenio y, en lo no previsto en estas normas, en la legislación laboral.
2. La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los principios contenidos en el apartado 1 del artículo 94 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

3. Se proporcionará a la comisión paritaria, con periodicidad semestral, información totalizada del número y tipo de sanciones impuestas por faltas graves y muy graves.

Finalmente, es de destacar que el artículo 94.2 del Real Decreto legislativo 5/2015, aplicable al personal funcionario y laboral, señala que:

La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.
- b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.
- c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.
- d) Principio de culpabilidad.
- e) Principio de presunción de inocencia.

II. INFRACCIÓN Y SANCIÓN IMPUESTA

Respecto a la competencia para imponer la sanción, correspondía al consejero/ra al que perteneciera la trabajadora en cuestión. En este caso, es ajustado a derecho pues la misma prestaba servicio en la Consejería de Transporte, Vivienda e Infraestructura, luego era esa consejera la competente para imponer la sanción. En este sentido, el artículo 4 del Decreto 74/1988, de 23 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se atribuyen competencias entre los órganos de la Administración de la comunidad, de sus organismos autónomos, órganos de gestión y empresas públicas en materia de personal, señala la incoación de expedientes disciplinarios del personal adscrito a la Consejería, así como el nombramiento de instructor, la declaración de suspensión provisional, si procediera, y la adopción de la sanción pertinente en los casos de faltas graves o muy graves, salvo la de separación del servicio, debiéndose dar cuenta, en todo caso, a la Dirección General de Función Pública.

La tipificación de la infracción y la sanción impuesta, en términos generales, aunque luego precisaremos, es ajustada a derecho puesto que dicha conducta viene contemplada como infracción grave en el artículo 195.2 j) del Convenio Colectivo al señalar como tal «el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que, acumulado, suponga un mínimo de quince horas al mes».

Con respecto a la sanción, el artículo 199 a) prevé para las infracciones graves, entre otros posibles, la suspensión de empleo y sueldo por un periodo no inferior a cuatro días y no superior a un mes.

Se ha instruido, igualmente, pero tan solo desde el punto de vista formal, porque luego acreditaremos que omitieron trámites esenciales para la defensa de la interesada, el obligado procedimiento exigido por el artículo 206.2 del convenio.

Igualmente, dicho procedimiento ha respetado el plazo máximo de duración señalada en el artículo 107, fijado en seis meses.

Finalmente, respecto a la ausencia del secretario en el procedimiento sancionador, no supone vulneración ninguna puesto que el artículo 211.1 no exige, obligatoriamente, la existencia del mismo, sino que utiliza la expresión «en su caso».

III. AJUSTE A DERECHO O NO DEL PROCEDIMIENTO INCOADO

El relato de hechos dice literalmente que «en el procedimiento se han observado distintos trámites como la iniciación del expediente debidamente notificado, nombramiento del instructor y también notificación a la interesada, formulación de la propuesta de resolución por parte del órgano competente y resolución definitiva del procedimiento».

Esta expresión, utilizada en su informe por la Subdirección General de Personal de la Secretaría General técnica en contestación a la demanda planteada por la sancionada, es muy ambigua y susceptible de diversas interpretaciones. Pero para resolver el caso vamos a partir de que los trámites que se hicieron fueron tan solo los que se refieren en el citado informe y vamos a partir de la omisión de los restantes para analizar su incidencia en el ajuste a derecho o no del procedimiento instruido y de la resolución. De lo contrario, el supuesto se reduciría a tres o cuatro infracciones del ordenamiento jurídico.

Partiendo de esta base, el procedimiento, teniendo en cuenta lo expuesto en el relato de hechos, no respetó la legalidad vigente respecto a los trámites que debieron existir y cuya omisión, en principio, acarreó la total y absoluta indefensión real y efectiva de la sancionada.

A continuación, enunciaremos esos defectos esenciales.

A) Contenido de la Orden de Incoación del procedimiento y notificación de la misma.

Es cierto que los hechos señalan que se notificó la referida orden, dictada el 8 de noviembre de 2018, a la interesada con fecha 14 de noviembre de 2018, pero lo que ignoramos, porque el supuesto nada dice, si la misma contenía los requisitos exigidos en el artículo 211.2 del convenio (identificará al presunto responsable, efectuará una referencia a los hechos imputados y expresará la posible responsabilidad disciplinaria a que ellos puedan dar lugar). Estas omisiones pudieran ser trascendentes si, como parece deducirse del caso, no fueron subsanadas posteriormente mediante el ofrecimiento a la interesada de la posibilidad de intervenir y defenderse en el procedimiento.

Por otra parte, tampoco se nos indica si se complementó lo establecido en el artículo 211.3 respecto a que

el órgano encargado de incoar el procedimiento disciplinario tendrá que nombrar como instructor a un empleado funcionario o laboral, fijo o temporal, del mismo o superior grupo de clasificación al que pertenezca el presunto inculpado.

[...]

Con carácter general, el personal que se designe como instructor y secretario habrá de pertenecer a la Consejería al que esté adscrito el órgano competente para incoar el procedimiento disciplinario. Excepcionalmente, se podrá nombrar a alguno de ellos dependiente de otra consejería, en cuyo caso se requerirá la autorización expresa de la secretaría general técnica del departamento en el que presten sus servicios.

Si ello fuera así, se debería valorar si esta omisión ha provocado algún tipo de indefensión real y efectiva al interesado como, por ejemplo, no haberle dado la posibilidad de recusar al instructor por la concurrencia de alguna de las causas establecidas en la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público.

B) Ausencia de la declaración del presunto y culpable como primera medida.

No consta el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 213 en el sentido de que «el instructor, como primera medida, procederá a tomar declaración al presunto inculpado y ordenará la práctica de cuantas diligencias y pruebas considere adecuadas para la determinación y comprobación de los hechos y el esclarecimiento de las responsabilidades susceptibles de sanción».

Sin embargo, debemos decir que la trascendencia de esta omisión, en su caso, debería ponderarse en relación con la posible indefensión que se hubiere podido causar a la expedientada, porque la infracción formal, por sí misma, no constituye vicio de legalidad, sin perjuicio de la responsabilidad de quien ha omitido, sin justificación alguna, dicho trámite.

C) Ausencia del pliego de cargos y notificación del mismo.

Señala el artículo 214 del convenio que:

En el plazo de un mes a partir de la notificación de la resolución de incoación del expediente, el instructor propondrá a la autoridad competente el archivo de las actuaciones si considera que no están suficientemente acreditados los hechos imputados, que estos no sean constitutivos de falta o que concurra alguna circunstancia determinante de la extinción de la responsabilidad, o procederá en caso contrario a formular el pliego de cargos, claro y preciso, en el que consten

los hechos imputados, la falta presuntamente cometida y las sanciones que pudieran serle de aplicación. En casos excepcionales y previamente justificados, el instructor podrá solicitar al órgano encargado de la incoación del expediente, la ampliación del plazo referido.

Recibido el pliego de cargos por el interesado, dispondrá de un plazo de diez días hábiles desde el día siguiente al de su notificación para contestarlo con las alegaciones que considere convenientes a su defensa, aportando cuantos documentos crea oportunos y proponiendo la práctica de las pruebas que crea necesarias

Junto con el pliego de cargos se pondrá a disposición del trabajador, previa petición expresa, la vista de la totalidad del expediente disciplinario.

Respecto a las consecuencias jurídicas de esta omisión, como señalamos en el caso anterior, sería preciso analizar la incidencia respecto al perjuicio causado a la expedientada porque, si el momento posterior, en trámite de alegaciones o si se le notifica la propuesta de resolución y se le da plazo para alegaciones, es subsanado por la interesada, tampoco tendría incidencia sobre la legalidad del procedimiento. En el presente caso ignoramos si esto fue así o no puesto que nada se dice al respecto, aunque sí pueda haber sospechas fundadas de que la Administración no parece haber respetado un trámite para la posible intervención del administrado en defensa de sus derechos e intereses.

D) Ausencia de prueba alguna.

No consta que de oficio se abriera el periodo de pruebas previsto en el artículo 215 del convenio pese a que nos encontramos ante un procedimiento restrictivo de derechos como es el de naturaleza sancionadora.

Tampoco consta que se diera la oportunidad para que la interesada pudiera solicitar ese periodo de prueba. Por lo que, por todo ello, se pudo incumplir lo dispuesto en el artículo 215 del convenio laboral referido a dicho trámite y que tan esencial es en este tipo de procedimientos para tratar de desvirtuar los hechos que sirven de fundamento para la tipificación de la infracción y la imposición de la sanción.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su artículo 60.3, impone al órgano jurisdiccional obligatoriamente abrir el periodo de pruebas de oficio, cuando estemos en presencia de procedimientos sancionadores o disciplinarios.

Señala el artículo 215 respecto a la práctica de pruebas y alegaciones que:

1. El instructor deberá informar al presunto inculpado, dejando constancia en el expediente, de la posibilidad que tiene de ejercitar su derecho a la asistencia de un representante legal de los trabajadores y/o un delegado sindical en cualquier momento del proceso.

En todas las diligencias y pruebas que practique el instructor estará presente siempre que así lo solicite el inculcado un representante legal de los trabajadores y el delegado sindical.

2. El inculcado tendrá derecho a la vista del expediente con independencia del momento en que se encuentren las actuaciones, así como a presentar un informe en el plazo de diez días hábiles desde la conclusión de las diligencias o pruebas.

3. El instructor podrá acordar la práctica de las pruebas solicitadas por el inculcado en la fase de contestación del pliego de cargos que considere oportunas o aquellas otras que estime pertinentes, debiendo motivar la denegación de las no admitidas. Dispondrá de un plazo no superior a un mes para la práctica de las mismas, debiendo notificarse al inculcado la decisión sobre su realización. Cuando la naturaleza de la prueba así lo determine, dicho plazo podrá ser ampliado por el órgano competente para la incoación del procedimiento, a solicitud del instructor, por el tiempo necesario para su efectiva realización.

4. Finalizada la práctica de las pruebas y diligencias correspondientes o transcurrido el plazo previsto para tal fin, el instructor dará vista del expediente al inculcado con carácter inmediato, otorgándole un plazo de diez días hábiles para que alegue lo que estime conveniente para su defensa.

E) Ausencia de notificación de propuesta de resolución y concesión de 15 días para alegaciones.

Se incumplió lo previsto en el artículo 216.2 del convenio, que señala:

1. Una vez sustanciados los trámites anteriores, el instructor formulará la propuesta de resolución en la que fijará con toda clase de precisión los hechos señalando, en su caso, los medios de prueba utilizados, hará la valoración jurídica de los mismos para determinar la falta que se estime cometida y señalará la responsabilidad del trabajador, así como la sanción a imponer.

La propuesta de resolución podrá consistir igualmente en el archivo de las actuaciones, de considerar el instructor que concurre alguna de las circunstancias enunciadas en el apartado 1 del artículo 214 o que no queda suficientemente acreditada la responsabilidad inicialmente imputada.

2. La propuesta de resolución se notificará por el instructor al trabajador en el plazo de 15 días hábiles, para que en el plazo de diez días hábiles pueda alegar cuanto considere conveniente en su defensa.

3. Oído el inculcado o transcurrido el plazo sin alegaciones, se remitirá el expediente completo al órgano que haya acordado la incoación del procedimiento, que, a su vez, lo enviará al órgano competente para que proceda a dictar la decisión que corresponda o, en su caso, ordenará al instructor la práctica de las diligencias adicionales que considere necesarias.

F) Sanción impuesta.

Consistió en la máxima prevista normativamente que era de un mes de suspensión de empleo y sueldo.

A priori, carecemos de datos objetivos suficiente para valorar si era ajustada a derecho o no pero sí que debemos destacar, por un lado, que el mínimo era de cuatro días de suspensión de empleo y sueldo y el máximo de un mes y que el tipo previsto consistiría «en el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de 15 horas al mes». En este caso, el incumplimiento fue de 20 horas durante el mes de septiembre de 2018. Por lo tanto, parece, en principio, excesivo y desproporcionado que por cinco horas más del mínimo exigido, se imponga la sanción máxima prevista en la norma que era de un mes. Por lo que pudo infringirse el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 94.2 del EBEP.

De cualquier forma, en la resolución sancionadora debería motivarse el porqué de esa sanción máxima.

El principio de proporcionalidad impone en materia sancionadora pública la congruente relación entre la infracción y la sanción impuesta (SSTC 55/1996 y 161/1997). Es decir, «la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la limitación resultante y del interés público que se intenta preservar» (SSTS de 24 de enero de 2000 y 15 de diciembre de 2003) o, lo que es lo mismo: «La adecuada correlación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada» (STS de 17 de septiembre de 1999).

Los hechos objetivos que hayan dado lugar a una infracción cometida han de constituir, por consiguiente, la auténtica piedra miliar en la aplicación de la proporcionalidad, al deber responder toda sanción a la entidad de dichos hechos y a las circunstancias en que se produjeron, así como a las características personales del presunto autor, lo que supone reconocer el enorme casuismo que preside su puesta en juego.

Pese a ello, la jurisprudencia ha venido insistiendo aquí en un dato de partida que no procede desconocer: es la Administración la que debe ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de imponer sanciones, para satisfacer la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos cometidos y la responsabilidad exigida, y, en el ámbito normativo, tal obligación entrañará el deber del legislador o reglamentador de configurar normas sancionadoras adecuadas a los hechos infractores que se tratan de atajar o evitar.

Tal juicio de proporcionalidad, pues, le corresponde hacerlo a la Administración y al legislador, y nunca de forma plena al juzgador ni en el ámbito normativo ni en el aplicativo, debiendo limitarse el juez, en su caso, a controlar el uso abiertamente desviado o arbitrario que la Administración pueda hacer de las normas sancionadoras en el supuesto concreto y no entrar a discernir en el debate acerca de si una norma es o no adecuada y proporcionada. Así

lo han considerado distintas e impecables sentencias constitucionales y contenciosas que no siempre son seguidas en la práctica procesal cotidiana (STC 75/1986; STSJ La Rioja, 21 de octubre de 1993; STS de 3 de noviembre de 1981; o, en fin, STSJ País Vasco de 17 de mayo de 2002, por todas).

Es lo propio de la tarea jurisdiccional, por tanto, la de examinar la adecuación de la gravedad de la sanción a la infracción cometida, pero únicamente cuando exista un patente desenfoque entre ambas (SSTS de 30 de octubre de 1990; de 29 de abril de 1991; o de 5 de mayo de 1993), para, llegado el caso, reducir la sanción si tales circunstancias en efecto concurren (SSTS de 5 de marzo de 2001; de 14 de junio de 1983), pero nunca pretendiendo sustituir a la discrecionalidad administrativa por otra de corte judicial (SSTS de 5 de diciembre de 2000; de 12 de diciembre de 2000 o de 15 de julio de 2002).

Puede el juez o tribunal, en efecto, declarar la vulneración del principio de proporcionalidad por la ausencia de motivación del acto sancionador (SSTS de 9 de diciembre de 1998; o de 14 de noviembre de 2000), pero sin suplantarse la tarea administrativa consistente en «ponderar en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida con arreglo a parámetros de dosimetría sancionadora» como con pleno acierto han señalado las SSTS de 8 de octubre de 2001 y de 6 de marzo de 2003.

En suma, toda esta correcta doctrina ha insistido en que se procure, fruto de la actuación sancionadora pública y del posterior y limitado control jurisdiccional, una proporcionalidad no desproporcionada, valga la expresión, sin que le sea dable al juzgador a su libre albedrío, aunque lo justifique o motive incluso, poder rebajar sanciones tras un juicio pleno y a través de su subjetivo criterio de equidad, justicia material o *epiqueya* obtenido tras la práctica de las pruebas del proceso, por más que se extienda en la actualidad esa peligrosa tendencia en el orden contencioso, a partir de una interpretación sin duda maximalista de su carácter revisor pleno.

A mayores, podría hasta añadirse que en lo único en lo que estaría capacitado el juzgador es en lo tocante a la depuración de la correcta aplicación del grado legal de la sanción (mínimo, medio o máximo), pero no para rebasar otros ámbitos.

De otro lado, y en atención a la naturaleza del daño o perjuicios causados, con su gen agravante o atenuante, se ha estimado que la aplicación del principio de proporcionalidad permite e impone graduar la sanción, pero no anularla totalmente, incidiendo la jurisprudencia en la reducida entidad económica del daño producido (STS de 20 de diciembre de 1994), aunque también se haya hecho eco, por ejemplo, de otros elementos, como el desprestigio de una institución por el comportamiento de un determinado funcionario en acto de servicio cuando está sometido a régimen disciplinario (STS 20 de septiembre de 2001 o de 7 de junio de 2004).

En punto a la intencionalidad, la STS de 23 de marzo de 1998 la ha enlazado con la prueba de que el infractor «actuó con voluntad consciente de lo que hacía», elemento extraordi-

nariamente complejo y de patente subjetividad, pero que en cualquier caso deberá exigir la plena apreciación de la voluntariedad del sujeto, tras el examen detenido de las circunstancias concurrentes. Ahora bien, como de igual forma ha sentado la jurisprudencia, si no se acredita esa intencionalidad, este dato habrá de presuponer la existencia de una atenuante, puesto que la acreditación del dolo es en sí la constatación de un agravante que hace desaparecer la recta aplicación de la proporcionalidad, lo mismo que sucede con otros los factores de graduación.

Asimismo, constan decisiones jurisdiccionales que vinculan al principio de proporcionalidad con el principio de confianza legítima, por ejemplo, en materia de legalización de infracciones urbanísticas o de policía demanial (STS de 21 de noviembre de 1999), aplicándose a la proporcionalidad sancionadora administrativa analógicamente e *in bonam partem*, las nociones sobre los delitos continuados del Código Penal para apreciar la existencia de falta o infracción administrativa continuada (SAN 26 de noviembre de 2002). No en vano, tiene proclamada la STS de 29 de junio de 1992, que el principio de proporcionalidad sancionador viene a sustituir a las circunstancias agravantes y atenuantes del derecho penal.

En fin, para que se lesione este principio, como se ha señalado, la desproporción o alejamiento entre la sanción impuesta y la infracción debe ser notoria y manifiesta (STS 3 de noviembre de 1981). Impuesta una sanción dentro de los límites máximo y mínimo legalmente establecidos, no se lesiona entonces este principio (STSJ La Rioja, de 16 de septiembre de 2003).

Por consiguiente, de la lectura detenida de esta jurisprudencia resumida se desprende que la extensión del principio de proporcionalidad a ámbitos, llamémoslos «desproporcionados», que difuminen la propia sanción y su conocido efecto persuasivo o de prevención general, pueden suponer un «defecto de punición» contrario por definición al «exceso de punición» al que va dirigido justamente este principio, provocando el riesgo de efecto llamada para cualquier potencial infractor.

El principio de proporcionalidad debe ser aplicado, en definitiva, «proporcionadamente», y nunca al contrario, como en ocasiones advertimos los operadores jurídicos que vienen sucediendo sobre todo en procesos contenciosos de escasa cuantía no susceptibles de ser recurridos en apelación.

G) Plazo para presentación de la demanda ante la jurisdicción social.

El relato de hechos señala que la Administración, cuando le notificó la resolución sancionadora, le indicó que podía presentar demanda ante la jurisdicción social en el plazo de dos meses, sin embargo, no fue conforme a derecho porque el artículo 114 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, relativo a la demanda por sanciones impuestas en el ámbito laboral, señala que:

1. El trabajador podrá impugnar la sanción que le hubiere sido impuesta mediante demanda, que habrá de ser presentada dentro del plazo señalado en el artículo 103 [20 días].
2. En los procesos de impugnación de sanciones por faltas graves o muy graves a los trabajadores que ostenten la condición de representante legal o sindical, la parte demandada habrá de aportar el expediente contradictorio legalmente establecido.

Pero hemos de indicar, en este sentido, que no se planteó ningún problema porque la notificación de la sanción se efectuó el 17 de enero de 2019 y la sancionada presentó demanda ante la Jurisdicción Social con fecha 31 de enero de 2019. De cualquier forma, hay que señalar que si no lo hubiere interpuesto en ese plazo de 20 días, ningún perjuicio se le podría causar porque fue la propia Administración la que le llevó a error señalándole un plazo superior.

IV. ANÁLISIS DE LA DEMANDA, MOTIVO DE IMPUGNACIÓN Y CÓMO DEBIÓ RESOLVERSE ESE PROCESO

1. Órgano competente. Postulación. Plazo.

Lo era, a tenor del artículo 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, el Juzgado de lo Social.

A tenor del artículo 21 de la citada ley, no era obligatorio la asistencia de abogado ni de procurador.

En relación con el plazo, no es extemporáneo, porque la sanción se notifica con fecha 27 de enero de 2019 y la demanda se interpone el día 31 de enero de 2019, por lo que está en plazo respecto a los dos meses que, erróneamente, le señaló la Administración en la notificación, y también está en plazo respecto a los 20 días que tenía para recurrir al tratarse de un procedimiento de impugnación de sanciones, conforme al artículo 115 de la LJS.

Por otra parte, conforme al artículo 70 de la LJS, si se trata de demanda en tutela de derechos fundamentales y libertades públicas el plazo para presentación de la demanda es de 20 días.

2. Agotamiento previo de la vía administrativa.

No era preciso agotar vía administrativa, conforme el artículo 70 de la LJS, puesto que la orden de la Consejera, imponiendo la sanción, ya agotó la vía administrativa, a tenor de lo establecido en el artículo 53.1 c) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

Por otra parte, el artículo 64.2 a) de la LJS establece que están exceptuados de conciliación previa los procesos en que es parte el Estado u otro ente público o persona pública.

3. Fundamento de la demanda.

La demandante basa su demanda, en la que tiene la nulidad de la orden sancionadora, en la vulneración del artículo 47.1, apartados a) -vulneración de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional- y e) -prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido-.

Debemos señalar que no parece ajustado a derecho, desde el punto de vista material, la motivación que utiliza la demandante para que se estime sus pretensiones, ello con independencia de que no cabe duda respecto a que se habían producido las vulneraciones alegadas.

En este caso, la Administración actúa como empresaria, sujeta, respecto al fondo de la cuestión, al derecho laboral y no al derecho administrativo. En este derecho, sí se han vulnerado normas del mismo, y podría invocarse, por ejemplo, que la resolución fuese dictada por un órgano incompetente o cualquier otro vicio del derecho administrativo. Sin embargo, en este caso, estamos en presencia de un procedimiento regulado en una norma de derecho laboral como es el Convenio Colectivo y no en una norma de derecho administrativo. Por lo que, si la demandante hubiere alegado la conculcación de norma administrativa, podría alegarla, pero sería ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, lo que ella alega es que se ha vulnerado norma constitucional como es el derecho a la tutela judicial efectiva y sus principios, derivados del artículo 24 de la Constitución y, por otra parte, que no se tuvo en cuenta el procedimiento previsto legalmente en normativa de carácter laboral, para la imposición de la sanción.

Para que estemos en presencia de un acto administrativo, es imprescindible que lo dicte un órgano de la Administración pública –requisito subjetivo– y, también, que se sujete al derecho administrativo –requisito objetivo–. En este caso, el acto que dicta la Administración pública, y cuya infracción se denuncia en la demanda, estaba sujeto al derecho laboral por lo que, en sentido estricto, no nos encontrábamos en presencia de acto administrativo clásico –aunque, por supuesto, las infracciones de orden administrativo habrían de impugnarse mediante el recurso administrativo pertinente y/o contencioso administrativo– y, respecto al fondo de la cuestión, no eran susceptibles de invocación artículos de derecho administrativo, sino del ordenamiento jurídico violentado por la Administración, que eran el derecho laboral y de la Constitución.

Ahora bien, es preciso significar que estamos en presencia de infracciones más formales que materiales, que no pueden dar lugar a que no se admita o no se estime la pretensión ejercitada en esta demanda. Entre otras razones porque, en el fondo, es ajustada a derecho la invocación que hace la demandada respecto a las vulneraciones del ordenamiento laboral en que ha incurrido la Administración. Por un lado, ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, porque, como ha quedado acreditado con anterioridad, no dio la opción de intervenir a la interesada en ningún momento para la defensa de sus derechos e intereses. Y, por otro lado, no cabe duda de que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución respecto al derecho a la tutela judicial

efectiva y respecto a los principios que del mismo se derivan cuya aplicación, especialmente en el campo penal, ha sido admitida por la jurisprudencia en todos los procedimientos sancionadores aunque, en algunos casos, con matizaciones.

4. Razones que esgrime la Administración para oponerse a la demanda.

Son tres, las que constan en el relato de hechos:

- a) Que la Administración de la Comunidad de Madrid ha actuado de forma diligente ya que la sanción por incumplimiento de jornada está prevista en la normativa de aplicación al presente caso.

Nada más alejado de actuación diligente por parte de la Administración. El hecho de que la falta esté correctamente tipificada y la sanción impuesta tenga contemplada en la normativa aplicable, esto es, en el Convenio Laboral, no significa que haya obrado con la diligencia debida y exigida pues hemos tenido ocasión de comprobar con anterioridad cómo la incoación del expediente sancionador omitió trámites esenciales que, probablemente, afectaron de forma perjudicial a la interesada ocasionándole una indefensión real y efectiva.

Las normas jurídicas de aplicación a un expediente sancionador son de obligado cumplimiento y, sin razón aparente alguna, la Administración ha vulnerado las mismas.

- b) En el procedimiento se han observado distintos trámites, como la iniciación del expediente debidamente notificada, nombramiento del instructor y también notificación a la interesada, formulación de la propuesta de resolución por parte del órgano competente y resolución definitiva del procedimiento.

Parece que, con este argumento, la misma Administración admite de forma indubitada que ha cumplido con ciertos trámites pero no con todos, por lo que en su actuación no es ajustada a derecho. Los trámites que, probablemente, omitió eran esenciales en el procedimiento y su omisión ha provocado la nulidad de la resolución acordada y la vulneración de un derecho fundamental proclamado en el título I CE al que ya hemos hecho referencia con anterioridad.

- c) No se considera que se produzca situación de indefensión ya que la interesada tiene la oportunidad de acudir a los tribunales, razón por la cual no le van a faltar vías para llevar a cabo la defensa de sus derechos e intereses, opción que, por tanto, no se puede considerar que se haya visto cercenada por la actuación de la Administración.

No es cierto esta afirmación y, realmente esta argumentación de la Administración puede ser calificada de barbaridad jurídica e impropia de aquella que tiene a su disposición los correspondientes servicios jurídicos para realizar actuaciones ajustadas a derecho. Si tuviéramos en cuenta esta argumentación debemos afirmar que sobra toda la regulación sobre

los recursos que no sean de carácter jurisdiccional contra sus decisiones, así como todas las garantías, propias de un Estado de derecho, que han de respetarse por aquella y, especialmente, en un procedimiento de naturaleza sancionadora. Esta afirmación vulnera los artículos 1 (Estado de Derecho), 9.1 y 103.1 CE (principio de legalidad).

En la actuación administrativa hay un componente de garantía del administrado de carácter esencial consistente en el cumplimiento de aquellos trámites que pueden ser utilizados por los administrados para desvirtuar las pretensiones ejercitadas contra ellos por la Administración y estos son de obligado cumplimiento para aquella.

Con esta afirmación, por otra parte, se está olvidando el carácter especialmente revisor –aunque no único– de la jurisdicción contencioso-administrativa consistente en la fiscalización de los actos de la Administración para constatar su ajuste a derecho.

5. Sentencia que debe dictarse en este caso. Recursos contra la misma.

Deberá, por toda la razones apuntadas en apartados anteriores, ser estimatoria de la pretensión ejercitada y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 115.3 de la LJS, deberá el órgano jurisdiccional:

Declararla nula, si hubiese sido impuesta sin observar los requisitos formales establecidos legal, convencional o contractualmente, o cuando estos presenten defectos de tal gravedad que no permitan alcanzar la finalidad para la que fueron requeridos, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador...

En el caso que analizamos, se han producido las dos vulneraciones a que hace referencia el precepto indicado conculcándose el artículo 24 CE pues el procedimiento, previo a la imposición de la sanción, prescindió de trámites esenciales para la defensa del interesado, lo que equivale a no observar los requisitos formales establecidos, vulnerándose entre otros derechos constitucionales, el de presunción de inocencia y el de utilizar los medios de prueba que estime pertinente.

Parece claro que se ha vulnerado, igualmente, el derecho a la presunción de inocencia a que se hace referencia, tanto en el artículo 24 CE como el artículo 94.2 del EBEP. La presunción de inocencia en España está recogida en el artículo 24.2 de la Constitución española. En palabras del Tribunal Supremo, «ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata». Por lo tanto, a toda persona se le presume su inocencia tras una acusación hasta que no quede demostrada su culpabilidad. Quien acusa tiene que demostrar la culpabilidad del acusado y por tanto el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte. La carga de la prueba es así de quien acusa.

La presunción de inocencia, además de precisar para su desvirtuación la aportación al proceso de alguno de los medios de prueba en las condiciones de validez enunciadas, exige de toda sentencia de condena una motivación o fundamentación solvente del proceso valorativo por el que se llega desde los hechos acreditados a partir de esa prueba de cargo a la convicción judicial en que se soporta la condena. La ausencia de esa motivación supone igualmente lesión del derecho a la presunción de inocencia. Los defectos de motivación que se detecten en materias distintas a la valoración de las pruebas y concurrencia de los elementos fácticos tanto del tipo penal como de la participación del acusado deberán ser invocados en sede de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el presente caso recordamos que ni siquiera se abrió el periodo de pruebas y que parecía predeterminado el acuerdo sancionador.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 115.3 de la LJS contra la sentencia dictada en este tipo de proceso, no cabe recurso alguno salvo que se trate de falta muy grave –en este caso se trataba de falta grave–.

V. DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

El capítulo XI (arts. 178 a 182) de la LJS se refiere a este proceso especial que podría haberse utilizado por la demandada antes de (si la resolución del proceso fue se desestimatoria pretensiones) acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Destacamos lo más importante de dicho procedimiento:

A) Legitimación

Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.

B) No acumulación con acciones de otra naturaleza

El objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad.

C) Tramitación

La tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el tribunal con igual preferencia.

La demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública.

D) Medidas cautelares

En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia.

El juez o tribunal podrá acordar la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.

E) Conciliación y juicio

Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial citará a las partes para los actos de conciliación y juicio conforme a los criterios establecidos en el apartado 1 del artículo 82, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso, habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos.

F) Sentencia

La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas.

VI. RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Agotada la vía judicial ordinaria a través del procedimiento laboral ordinario contra la sanción impuesta o bien a través de este proceso especial, cabría acudir al Tribunal Constitucional, en el caso de que no se hubiese obtenido la tutela judicial conforme a la pretensión ejercitada, por presunta vulneración del artículo 24 CE, siempre que se cumpliera con lo previsto en el artículo 44 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, es decir:

- a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.
- b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.
- c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 1, 9, 24 y 103.
- Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, art. 53.
- Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, arts. 6, 21, 64, 70, 104, 115, 178 y 182.
- Real Decreto 74/1988, de 23 de junio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid sobre atribución de competencias en materia de personal, art. 4.
- Real Decreto legislativo 5/2015, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, arts. 93 y 94.
- Convenio Colectivo para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (2018-2020), aprobado por Resolución de 8 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo único para el personal laboral al Servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, arts. 107, 192.195, 199, 206, 211, 214 y 215.
- SSTC 55/1996 y 161/1997.
- SSTS, Sala 3.^a, de 23 de marzo de 1998, 17 de septiembre de 1999, 24 de enero de 2000, 8 de octubre de 2001, 6 de marzo de 2003 y 15 de diciembre de 2003.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1699-129X (en versión impresa) e ISSN-e 2531-2146 (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, Constitucional y Administrativo y Penal.

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 subepígrafos 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.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



INICIO
Preparación
en octubre
de 2020

DEF.-

**MATRÍCULA
ABIERTA**



MÁSTERES Y CURSOS

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

ÁREA JURÍDICA

Máster en Asesoría Jurídico-Laboral | Máster en Práctica de la Abogacía |
Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral |
Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Tributación/Asesoría Fiscal |
Curso Superior de Especialización en Derecho Mercantil | Curso de Compliance
para la Pequeña y Mediana Empresa | Curso de Derecho Bancario |
Curso de Especialización en Derecho Deportivo | Curso de Experto en Mediación:
Civil y Mercantil | Curso sobre Compliance | Curso sobre Contratación en el Sector
Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) | Curso sobre Contratos Mercantiles |
Curso sobre Derecho Concursal | Curso sobre Litigios Familiares y Sucesorios,
Aspectos Civiles y Fiscales | Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades
Mercantiles | Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales,
laborales y retributivos)

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es