

# CEFLegal

## Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 234 | Julio 2020

ISSN: 1699-129X

**Seguro de la  
propiedad industrial**

María Isabel Candelario Macías

**Protección del software**

Marta Irene Gerique Martí

**Gestión del riesgo y comercialización  
de instrumentos financieros**

José Luis Blanco Pérez

**Reconocimiento del derecho de sufragio  
a las personas con discapacidad**

Sergio Montoyo González

# CEF.-

## Seguimos trabajando para ti.

**+30 Másteres**

**+200 Cursos**

### ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

[ Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es](http://www.cef.es) ]



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE



# Revista CEFLegal

Núm. 234 | Julio 2020

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> 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

Carmen Alonso Ledesma. Catedrática de Derecho Mercantil. UCM

Manuel Arenilla Sáez. Director del INAP y catedrático de Ciencia Política y de la Administración

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

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Borja Carvajal Borrero. Director de KPMG

Matilde Cuenca Casas. Catedrática acreditada de Derecho Civil. UCM

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

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

Francisco Gil Durán. Socio de Gómez Acebo y Pombo

Nicolás González-Deleito. Socio de Cuatrecasas Abogados

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

Juan José Marín López. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

Manuel Martínez Sospedra. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad CEU Cardenal Herrera

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

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

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

María José Morillas Jarillo. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Fernando Sainz Moreno. Catedrático emérito de Derecho Administrativo. UCM

Remedio Sánchez Ferriz. Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

Joaquín Sarrión Esteve. Investigador Ramón y Cajal y profesor de Derecho Constitucional. UNED

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

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

Mariano Yzquierdo Tolsada. Catedrático de Derecho Civil. UCM

## 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](mailto: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](http://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](mailto:revistacef@cef.es)

Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm](http://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](http://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

- |   |        |
|---|--------|
| Una aproximación acerca del seguro relativo a la propiedad industrial<br><i>An approach about industrial property insurance</i><br>María Isabel Candelario Macías   | 5-40   |
| Protección jurídica del <i>software</i> en España<br><i>Legal protection of software</i><br>Marta Irene Gerique Martí   | 41-70  |
| Gestión del riesgo en el diseño y comercialización masiva de instrumentos financieros con políticas corporativas de gobierno de producto<br><i>Risk management in investment products' design and massive selling with corporate policies of product governance</i><br>José Luis Blanco Pérez | 71-90  |
| El Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen (Comentario a la STS de 29 de mayo de 2020)<br>José Ignacio Esquivias Jaramillo  | 91-96  |
| Responsabilidad extracontractual médica (Comentario a la STS de 6 de febrero de 2020)<br>Casto Páramo de Santiago   | 97-102 |

## Constitucional-administrativo

La revocación de la privación del derecho a voto de las personas con discapacidad. El implacable reconocimiento y avance de un derecho propio de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español 103-140

*Revocation of the privacy of the right to vote of persons with disabilities. The relentless acknowledgement and progress of the disability specific laws in Spanish legislation*

Sergio Montoyo González

## Casos prácticos

### Civil

Venta de vivienda arrendada. Artículo 53 de la LAU de 1964: su aplicación a los contratos posteriores al decreto Boyer 141-146

Adelaida Medrano Aranguren

Rehabilitación de la pensión compensatoria extinguida 147-155

José Ignacio Atienza López

### Administrativo

Potestad disciplinaria y expediente sancionador a funcionario 156-174

Julio Galán Cáceres

Normas de publicación 175-176

*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>



# Una aproximación acerca del seguro relativo a la propiedad industrial

**María Isabel Candelario Macías**

*Profesora titular de Derecho Mercantil.  
Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

## Extracto

En esta contribución se pretende reflexionar y dar a conocer una modalidad asegurativa ilustrada en el seguro de la propiedad industrial, que es muy ignota –por poco tratada– no solo desde la perspectiva de la literatura doctrinal y jurisprudencial, al ser escasos los estudios sobre la temática, sino también descuidada por parte de la práctica –extremo más preocupante–, toda vez que las ventajas que se obtienen de la puesta en marcha de este ramo asegurativo son de especial calado económico y jurídico frente a sus posibles inconvenientes. Sumado a lo precedente, este aporte tiene también como finalidad proporcionar algunos rasgos delimitadores, que nos suscitan varios interrogantes en torno a cómo hemos de actuar a futuro con el empleo de este seguro, y no solo desde la óptica de las leyes de tutela jurídica *per se* que poseen cada una de las diferentes modalidades de la propiedad industrial, y pensando en si queremos ver amparada la creatividad y la innovación ante posibles conflictos y litigios en contextos, particularmente, internacionales, cada vez más cambiantes, digitalizados y globalizados.

**Palabras clave:** seguro; propiedad industrial; economía digital; comercio electrónico.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

**Cómo citar:** Candelario Macías, M.<sup>a</sup> I. (2020). Una aproximación acerca del seguro relativo a la propiedad industrial. *Revista CEFLegal*, 234, 5-40.



# An approach about industrial property insurance

María Isabel Candelario Macías

## Abstract

This contribution aims to reflect on and make known an insurance modality illustrated in industrial property insurance, which is very unknown –hardly discussed– not only from the perspective of doctrinal and jurisprudential literature, as studies on the theme, but also neglected by the practice –extremely worrying–, since the advantages obtained from the implementation of this insurance branch are of special economic and legal significance compared to its possible drawbacks. In addition to the foregoing, this contribution is also intended to provide some delimiting features, which raise several questions about how we should act in the future with the use of this insurance, and not only from the perspective of the legal protection laws per se that they have each of the different modalities of industrial property, and thinking about ourselves we want to see creativity and innovation protected against possible conflicts and litigation in contexts, particularly, increasingly changing, digitized and globalized international ones.

**Keywords:** insurance; industrial property; digital economy; electronic commerce.

**Citation:** Candelario Macías, M.<sup>a</sup>I. (2020). Una aproximación acerca del seguro relativo a la propiedad industrial. *Revista CEFLegal*, 234, 5-40.





## Sumario

1. Consideraciones iniciales
  2. Antecedentes del seguro de propiedad industrial
  3. Clasificación del seguro de propiedad industrial
  4. Características del seguro de propiedad industrial
  5. Elementos configuradores del seguro de propiedad industrial
    - 5.1. Elementos subjetivos
    - 5.2. Riesgos-coberturas
    - 5.3. Prima, suma asegurada e indemnización
    - 5.4. Exclusiones
    - 5.5. Obligaciones y deberes de las partes en el seguro DPI
  6. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas



## 1. Consideraciones iniciales

Resulta imparabile la incorporación de las nuevas tecnologías en la sociedad y, por ende, el mercado asegurador se ve involucrado en dicha realidad, al punto de que la digitalización presente y futura, traducida en inteligencia artificial, robots o sistemas androides, que son resultado, precisamente, de la creatividad, talento e innovación tecnológica de las personas, convergen y se plasman en las diferentes modalidades de la propiedad industrial. A tal fin, nadie duda de que van aportar nuevas ventajas a la sociedad, pero también inconvenientes y preocupaciones relativos a sus efectos directos e indirectos y, en particular, desde la óptica legal.

La reflexión en torno al seguro de las diferentes modalidades de la propiedad industrial (patentes, modelos de utilidad, diseños industriales y marcas, entre otros –en adelante, DPI–) es un tema que se encuentra en «pañales» en cuanto a su investigación jurídica, toda vez que alrededor de la misma, la literatura científica es escasa y, hoy día, aun cuando existe práctica, no es foránea sino importada de otros sistemas, que no siempre casan bien con la realidad jurídico-económica de nuestro país. Ergo, estamos ante un tema original que necesita de incentivo y promoción por parte de los diferentes operadores económicos y profesionales, que necesitan desarrollar este producto financiero en mor de los beneficios que comporta.

Bajo estas mimbres, se hace necesario analizar las interconexiones entre el seguro, la digitalización y la propiedad industrial por englobar muchos de los fenómenos que pueden darse en el desarrollo de cualquier sociedad. En especial, se han de cubrir los múltiples riesgos que aparecen en el devenir de las diferentes modalidades de la propiedad industrial y, en este sentido, el sector asegurador tiene mucho que decir. Sin desconocer que la falta de información y de experiencia en siniestralidad, así como la complicada cuantificación del riesgo dificultan profundamente el desarrollo de los seguros sobre este tipo de activos, que resultan en muchos casos muy caros y, con ello, hacen retroceder su contratación<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Se relata en el informe elaborado por la EUIPO (2018, p. 10) que:

Los productos de seguros de propiedad industrial existen en Europa y existe un nivel razonable de conocimiento de estos productos entre los titulares de derechos de propiedad industrial, pero a pesar de este nivel de conocimiento existente, sigue existiendo una fuerte necesidad de concienciar sobre los detalles de las opciones de seguro de propiedad industrial, en particular entre las pymes. Mientras que algunas experiencias prácticas podrían ser reveladas en algunos países

Sea como fuere, uno de los aspectos básicos que configuran esta sociedad del conocimiento y digital son las diferentes modalidades que integran la propiedad industrial y, cabalmente, la conveniencia de su tutela no solo desde la óptica que nos proporcionan las propias normas que reglamentan la propiedad industrial, que resultan necesarias y dignas de ser entendidas y aplicadas, sino que además se requiere de la construcción de otros instrumentos capaces de amparar estas modalidades cuando se vean vulneradas. De este modo, surge la figura del seguro de la propiedad industrial. En efecto, las empresas cada vez entienden más la relevancia de sus activos y recursos intangibles. Especialmente las tecnológicas, los identifican perfectamente, los valoran y los gestionan. Por esa misma razón, son muchas las compañías que se están planteando contratar seguros para proteger este tipo de recursos<sup>2</sup>. También es verdad que otros piensan que podrían utilizarse otros mecanismos alternativos<sup>3</sup> para proteger la invención en lugar de una cobertura asegurativa, que puede resultar más costosa.

A pesar de todo lo que se ha escrito acerca del valor de los intangibles en genérico para la empresa, la realidad demuestra que esta, y de manera más notable las pymes<sup>4</sup>, no conocen la magnitud de esta realidad y, menos aún, saben cómo gestionar esos intangibles para hacerlos más productivos y rentables<sup>5</sup>. Y esto sucede con el seguro de DPI, tal y como explicaremos *infra*.

---

Europeos, los planes de seguro de propiedad industrial siguen siendo productos especiales de nicho con uso limitado por los titulares de derechos de propiedad industrial, y parece ser que las compañías de seguros siguen luchando para llegar a la masa crítica con este tipo de productos. Los productos de seguros de propiedad industrial no están necesariamente vinculados a un derecho de propiedad industrial concreto, sino que, más bien, cubren un producto o una línea de productos y abarca todos sus derechos de propiedad industrial asociados. El nivel de popularidad de la propiedad intelectual y el seguro varía según el territorio. No obstante, y con carácter general, cabe decir que la popularidad ha sido baja por varias razones, siendo la más prominente el costo. Las primas parecen ser un factor clave para hacer que estos tipos de productos sean más atractivos para los titulares de derechos de propiedad intelectual. El posible impacto de la patente unitaria en la popularidad de los productos de seguros de propiedad intelectual sigue siendo incierto hasta el momento. Sin embargo, parece haber una percepción positiva en la medida en que la patente unitaria representa una oportunidad de negocio mejorada para el seguro.

<sup>2</sup> Véase, *in extenso*, a Moreno (23 de mayo de 2016).

<sup>3</sup> A tal efecto, véase, la reciente Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE núm. 45 de 21 de febrero de 2019.

<sup>4</sup> Cfr. Massaguer (2016, p. 97) y referido al modelo de utilidad:

Esta modalidad se ajusta de forma especialmente adecuada a las necesidades de las empresas españolas, se pone de manifiesto el elevado número de solicitudes que se presentan y su origen español, y por tanto en línea con la orientación política de favorecer el acceso de las empresas españolas a la protección jurídica de sus invenciones.

<sup>5</sup> Cfr. EUIPO (2018). Este documento refleja el hecho de que:

La Comisión se ha comprometido a poner en marcha un paquete de medidas de apoyo para el inicio, donde toda pyme en la UE posea el efecto de mejorar la coordinación y la coherencia

*Ab initio*, cabe aseverar que el seguro de propiedad industrial tiene como objetivo auxiliar los activos intangibles de las empresas que invierten en investigación y desarrollo (I+D), productos innovadores con actitud emprendedora y exportadora<sup>6</sup>, así como marcas de reconocido prestigio o valía. Esta rama asegurativa es de flamante creación en España.

Ante la singularidad de la protección de la propiedad industrial, destinada a las empresas que frecuentemente no están acostumbradas a registrar los activos intangibles, este seguro viene a actuar como incentivo<sup>7</sup> para identificarlos y aportar garantías a los inversores y seguridad en el mercado internacional. Al contratar este seguro quedan amparados, entre otros, los siguientes extremos: las costas procesales, los daños y perjuicios y los gastos de defensa a nivel nacional o internacional, en el supuesto de menoscabo o vulneración de la propiedad industrial sobre un tercero o si, por el contrario, se producen en la compañía del asegurado.

La característica territorial inherente a los derechos de la propiedad industrial supone un obstáculo para la comercialización de los productos o servicios a nivel internacional. De esta suerte, si se cuenta con un seguro, este se convierte en el mecanismo idóneo para prevenir diferentes tipos de riesgos, así como para salvaguardar las innovaciones e inversiones en I+D en un entorno –como el internacional– ajeno o diferente al que nos movemos habitualmente. El menoscabo o infracción de los derechos de otro sujeto, que es titular de un derecho similar al tuyo, puede verse cubierto a través del seguro.

Este seguro plantea diferentes funcionalidades que coadyuvan a la expansión internacional de las empresas, puesto que frecuentemente no siempre se tiene la invención registrada a nivel internacional y cuando se vea vulnerada, aparecen múltiples inconvenientes, que bien pueden ser resueltos por la vía asegurativa<sup>8</sup>.

---

para abordar de forma y uso óptimo su propiedad intelectual, en sentido amplio. Estas medidas incluyen, entre otras cosas, el fomento de la creación de un seguro de nivel esquemático o básico para cubrir aquellos litigios que surjan en torno a la propiedad intelectual.

<sup>6</sup> Martín Rodríguez (2018) apunta:

Una buena forma de proteger los activos intangibles en el proceso de internacionalización de una empresa se puede conseguir mediante la contratación de un seguro de propiedad intelectual. Esta clase de seguro es un instrumento financiero que ofrece una garantía frente a diversos siniestros, los mismos variarán según la cobertura establecida en cada póliza, siendo la modalidad más extendida la que ejerce una defensa de la patente en mercados extranjeros (aunque también cabría proteger la marca y la propiedad intelectual).

<sup>7</sup> Al respecto, véanse las reflexiones de Labiano Elcano (4 de mayo de 2016).

<sup>8</sup> Dice Moreno (23 de mayo de 2016):

Parece evidente que asegurar este tipo de activos «virtuales» se ha convertido en una gran oportunidad para el sector asegurador, que abre así un nuevo espacio de trabajo. Sin embargo, no deberán perder de vista que el objetivo de estas pólizas es mantener el valor de los intangibles en cuestión y proporcionar fondos para gestionar rápida y eficazmente cualquier tipo de crisis.

También, véase a Pérez Carrillo (2013).

De esta suerte, el seguro de propiedad industrial se ha convertido en una clave estratégica para poder competir en el mercado internacional<sup>9</sup>, al igual que lo son las diferentes modalidades de la propiedad industrial, sea diseño industrial, modelo de utilidad, patente o marca y, en concreto, se piensa en la labor de las pymes que inician su camino en la exportación, que deberán estudiar la viabilidad de contar con una herramienta de estas características que proteja sus activos e inversión. Ciertamente es también que quizá el mayor freno a la contratación de este tipo de seguros sea su elevada prima, además de que dicho pago aumenta de manera proporcional a como sea el riesgo o cobertura a amparar; no obstante ello, ha de concebirse este importe más como una inversión que como un gasto, que se compensa además al alcanzar una ventaja competitiva<sup>10</sup>. No se olvide que tenemos un producto o garantía financiera con el seguro, toda vez que nos proporcionará una defensa o tutela frente a aquellos que estén mejor posicionados en ese mercado externo o posean más recursos y quieran obstaculizar la comercialización de nuestros productos o servicios –que se introducen en ese mercado–, esquivando a su vez el encontrarse con litigios costosos (Duchêne, 24 de septiembre de 2015) –y largos en el tiempo– y en una jurisdicción que no es la propia.

También, otra ventaja asociada a la existencia de un seguro de propiedad industrial viene proporcionada porque esta ofrece mayores condiciones de igualdad, toda vez que una póliza de seguro puede permitir que se determinen de manera más justa los derechos de propiedad. Asimismo, y por razones de carácter geográfico, los seguros pueden permitir soluciones equitativas al colocar a un asegurado con pocos recursos de un país en desarrollo en igualdad de condiciones con uno más grande de una nación desarrollada<sup>11</sup>.

Si observamos el panorama de derecho comparado, cabe señalar que la solución ha llegado del ámbito anglosajón, donde las pólizas son especializadas y «a medida» en cubrir contingencias relacionadas con la propiedad industrial<sup>12</sup>, que se encuentran cada vez

---

<sup>9</sup> Cfr. en OMPI (agosto de 2011) el estudio, donde se señala que «los seguros pueden ofrecer a los innovadores un medio de centrarse en desarrollar sus activos de propiedad intelectual, en lugar de distraerse tratando de encontrar recursos para protegerlos».

<sup>10</sup> Según OMPI (agosto de 2011):

En la era de la información, el riesgo de incurrir en los elevados costos que acarrea un litigio relacionado con la protección de activos de propiedad intelectual es con mayor frecuencia el principal problema con que se enfrenta la gran mayoría de pequeños y medianos innovadores. Las encuestas realizadas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) estiman que el costo medio de los litigios sobre patentes en los tribunales estadounidenses se sitúa en torno a los cuatro millones de dólares, en tanto que los litigios en otros países pueden alcanzar fácilmente cifras de decenas de miles de dólares. [...] los innovadores de la era de la información han empezado a darse cuenta de que distribuir estos costos y riesgos mediante un seguro aumenta su ventaja competitiva.

<sup>11</sup> Al respecto, véase OMPI (agosto de 2011).

<sup>12</sup> Cfr. Górriz López (2017, pp. 180 y 181):

El derecho de propiedad es otro de los ámbitos en los que la aplicación de la cadena de bloques está generando expectativas [...]. La digitalización de un activo (bien o derecho) existente facilita

más asentadas en el mercado. En efecto, este producto financiero puede ofrecer amparo sobre todo tipo de activos que integran la propiedad industrial, ya sean patentes, marcas o inclusive los derechos de autor.

En esta línea de argumentación y con la finalidad de proporcionar garantías a las empresas respecto a su internacionalización y el incentivar, a su vez, el registro de la propiedad industrial en España<sup>13</sup>, nos encontramos con el «seguro de propiedad intelectual, patentes y marcas» de la mano de aseguradoras y especialistas en propiedad intelectual como Sanza, Poolsegur y Pons Intellectual Property.

Bajo esta línea argumentativa, ya se ha explicado que se han confeccionado para pymes, particularmente, pólizas *ad hoc* con el siguiente contenido y, a modo ejemplificativo, en España<sup>14</sup>: para aquellos negocios pequeños sin provisiones de gastos ante posibles litigios, como son las pequeñas empresas con una facturación de hasta 5 millones de euros, donde se puede presentar una póliza precotizada con una cobertura de entre 500.000 euros y 1 millón de euros. Mientras que nos encontramos con otra modalidad de póliza destinada a multinacionales con un volumen de facturación anual superior a los 5 millones de euros sin límite. En ambos casos, se puede contratar la modalidad de seguro de existencia o concurrencia de infracciones, que cubre hasta 3 millones de euros al año, o el destinado a empresas que venden productos y servicios, que cubre hasta 5 millones de euros a pequeñas empresas

---

su circulación. A estos efectos, debe crearse un resumen del mismo que se incorpora a un bloque y se transmite con cada nueva transacción. La descentralización, apertura, transparencia y seguridad del blockchain facilitarán la transacción y generarán nuevos modelos y oportunidades de negocios. [...] la aplicación del blockchain al terreno de la propiedad exige la digitalización de los bienes y derechos. Esta operación puede ser original o derivativa, es decir, bien generar activos digitales, bien digitalizar los ya existentes. Un ejemplo de la primera puede ser la propiedad intelectual y, en particular, la música. Piensen por ejemplo en la posibilidad de crear canciones en una cadena de bloques.

<sup>13</sup> La OEPM ([Lanzamiento del seguro de Propiedad Intelectual, Patentes y Marcas](http://www.oepm.es). <<http://www.oepm.es>> consultado el 3 de mayo de 2018) asistió a la presentación de la primera póliza de cobertura mundial de aseguramiento de riesgos derivados de la obtención y defensa de los activos de propiedad industrial e intelectual (patentes, derechos de autor, diseños, marcas, secretos industriales y nombres de dominio) destinada al mercado español y latinoamericano.

En la misma línea, Moreno (23 de mayo de 2016) manifiesta que:

En España se ha dado un primer paso en el aseguramiento de intangibles. En abril (2016), Pons Intellectual Property y las corredurías de seguros Sanza y Poolsegur presentaron la primera póliza dirigida a proteger la innovación, que cubrirá a nivel mundial activos clave para las empresas, como las patentes, el *copyright*, los diseños, las marcas, los nombres de dominio y los *trade secrets*.

<sup>14</sup> Con el objetivo de adaptar la póliza a las necesidades y perfil del parque empresarial español, el seguro se presenta en dos modalidades: una póliza precotizada destinada a pymes con hasta 5 millones de euros de facturación y la modalidad *taylor made*, dirigida a compañías con un volumen de facturación anual superior a 5 millones de euros, sin límite. Al respecto, véase <<https://www.ponsip.com/es/blog/pons-ip-sanza-y-poolsegur-lanzan-la-primera-poliza-de-seguros-dirigida-proteger-la-innovacion>> (consultado el 9 de noviembre de 2018).

y hasta 25 millones de euros a multinacionales. Ergo, pueden establecerse diferentes parámetros de dimensión de la empresa, así como de cantidad de coberturas en función de los precitados parámetros de actuación u otros, toda vez que aquí las partes concurrentes podrán hacer uso de la libre autonomía de la voluntad de las partes ex artículo 1.255 del CC.

Por último, los anteriores suelen ir complementados con un seguro que actúa de defensa, donde el asegurado «toma la iniciativa» para evitar la infracción sobre los derechos de propiedad industrial antes de que se produzca y proporcionar una cobertura disponible, *v. gr.*, de hasta 25 millones de euros y en 3 años<sup>15</sup>. También, se considera dentro de los parámetros de construcción del seguro el hecho de que la póliza pueda cubrir tanto costes derivados de litigios en cualquier lugar del mundo como posibles responsabilidades<sup>16</sup> por violación de acuerdos de explotación, e incluso proteger los ingresos a futuro de sus clientes. Inclusive, se puede concebir el amparo de la propiedad industrial como un aval o garantía para la obtención de préstamos, es decir, financiación bancaria para las empresas.

Igualmente, cabe decir que la póliza de reciente creación en nuestro país ofrece coberturas en caso de que otras empresas provoquen infracciones o violen la propiedad industrial del asegurado, así como tutela a la compañía ante posibles denuncias de terceros, al cubrir las costas procesales, daños y perjuicios e incluso la pérdida de beneficios o la retirada de productos que se puedan ocasionar al infringir patentes o marcas de otras empresas. El seguro es dúctil y se adaptará a medida de las necesidades de cada compañía<sup>17</sup>, teniendo en cuenta el tipo de propiedad industrial a asegurar, los mercados en los que opera y el historial de litigiosidad que existe en esa industria en concreto. De similar modo, las grandes empresas podrán adaptar el seguro con coberturas adicionales según requiera su actividad<sup>18</sup>, mientras que las pymes podrán acceder a una opción más *ad hoc* y sencilla en la que el coste no sea un impedimento a la hora de proteger de forma eficiente su innovación<sup>19</sup>. Por otro lado, las pymes podrán utilizar, además, este seguro como aval ante

<sup>15</sup> Seguimos aquí el tenor de la siguiente noticia: <<http://www.lavanguardia.com/vida/20160426/401378065601/el-seguro-que-protege-la-propiedad-industrial-e-intelectual-llega-a-espana.html>> (consultado el 3 de mayo de 2018).

<sup>16</sup> Relativo al seguro de responsabilidad civil y su interpretación, véase la STS de 18 de diciembre de 2013, ponente don Antonio Salas Carceller (TOL5.123.317), que en su fundamento jurídico 4.º expresa que «mediante el seguro de responsabilidad civil, protege el patrimonio del asegurado hasta cierto límite que necesariamente ha de cumplirse si resulta alcanzado con la imputación de responsabilidad atribuida al asegurado».

<sup>17</sup> Cfr. al respecto: <<http://www.gov.uk/guidance/intellectual-property-insurance>> (pone ejemplo de pólizas de seguros, así como destaca los beneficios y costes asociados).

<sup>18</sup> Véanse algunos casos prácticos, por ejemplo, Indo Óptica y Tecnalia han experimentado en primera persona cómo los seguros de patentes minimizan los riesgos de cualquier empresa. Se reflejan en Moreno, (23 de mayo de 2016).

<sup>19</sup> La adaptación al mercado español ha sido todo un reto en la puesta en marcha de este tipo de pólizas, teniendo en cuenta que el 99,8 % de las empresas son pymes y el 95,8 % se clasifican como microempresas (0-9 trabajadores), según los últimos datos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Como consecuen-

inversores o bancos a la hora de solicitar financiación; también podrá servir como una garantía ante distribuidores de todo el mundo de la solvencia y calidad de la patente<sup>20</sup> o de la marca en cuestión.

## 2. Antecedentes del seguro de propiedad industrial

El seguro sobre derechos de la propiedad industrial<sup>21</sup> se conoce en los Estados Unidos desde finales de los años 80: Intellectual Property Insurance Services Corporation (IPISC) de Louisville, Kentucky, fue la pionera en ofrecerlo para el mercado de los Estados Unidos (Pérez Carrillo, 2013-2014, pp. 372 y ss.). Alrededor del año 1987, crea un segundo grupo, Litigio Risk Management, Inc. de Texas, que comenzó a ofrecer seguros de patente a través de una filial llamada Anco. En la actualidad, por ejemplo, en el Reino Unido<sup>22</sup> muchas otras

---

cia, el seguro se presenta con dos modalidades adaptables según los ingresos de las compañías: una póliza pre-cotizada para empresas con hasta 5 millones de facturación y una póliza para grandes negocios con ingresos superiores a dicha cifra. Las primeras estarán sujetas a una renovación anual y podrán escogerse los territorios en los que funciona, con un coste de entre medio millón y un millón de euros. Las segundas tienen prevista una duración de tres años comerciales y su coste máximo será de 25 millones de euros. No se deja ningún detalle al azar dentro de este seguro, que también se hace cargo de situaciones concretas, como conflictos por la propiedad o titularidad de patentes entre empleados y empresas, posibles responsabilidades en casos de fusión o adquisición de compañías frente a terceros, la contratación de expertos y asesores en conflictos legales e incluso asegura los ingresos de la patente ante cualquier daño o pérdida que pudiera sufrir en el futuro. Otra novedad a escala mundial es que se están estudiando posibles métodos de valoración por parte de estas aseguradoras para poder incluir la propiedad intelectual como aval a la hora de pedir préstamos a entidades bancarias. Al respecto, se pronuncia Iglesias Fraga (26 de abril de 2016).

<sup>20</sup> Cfr. Iglesias Fraga (26 de abril de 2016).

<sup>21</sup> Moreno (23 de mayo de 2016) expresa que:

Uno de los seguros más interesantes que se han visto hasta el momento en relación a bienes intangibles ha nacido en China, donde Sunshine Insurance ha creado una nueva fórmula para cubrir las propiedades virtuales compradas en el sector de los videojuegos y juegos en la Red, como fichas de póker online o cambios y mejoras de un avatar digital en algún juego de estrategia. El problema en el que se centra este seguro es que muchos usuarios han sufrido los estragos de la piratería informática y han sido desposeídos de estas propiedades virtuales, generando las consecuentes quejas de los jugadores antes las compañías desarrolladoras de estos juegos. Sunshine Insurance ha llegado a acuerdos con diferentes empresas de juego para proteger estas propiedades virtuales y, en caso de pérdida o robo de estas, cubrir y compensar las pérdidas de los clientes.

<sup>22</sup> Según el informe emitido por la EUIPO (2018):

El seguro de propiedad intelectual ha estado disponible en el Reino Unido durante mucho tiempo, pero solía tener una pobre reputación y no ser muy útil. Con el fin de estimular principalmente el mercado nacional, la UKIPO está facilitando activamente productos de seguros de PI ayudando a las compañías de seguros a entender mejor las necesidades de los titulares de derechos de propiedad intelectual, y ayudando a los titulares de derechos de propiedad intelectual a obtener un mejor conocimiento sobre esta opción. Se lleva a efecto una sensibilización entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual, que sigue siendo una de las actividades

entidades suscriben riesgos derivados de patentes<sup>23</sup>. A pesar de ello, solo un pequeño porcentaje de los titulares-propietarios de patentes o marcas son conscientes de la existencia de esta modalidad de seguro<sup>24</sup>.

En los Estados Unidos se ofrecen comercialmente como pólizas «genéricas» dos grandes tipos de seguros a través de pólizas multirriesgo, que los engloban junto con otras coberturas (Pérez Carrillo y Cuipers, 2013, pp. 18 y ss.).

- Los seguros de afirmación de la patente propia (*first party pursuit*, también conocidos como de ejecución), que suelen incluir entre sus coberturas la defensa frente a acciones de nulidad.
- Los de defensa propia por violación de la patente ajena (*first party defense*).

Ninguno de los dos suele cubrir *prima facie* las indemnizaciones que el asegurado se viera obligado a satisfacer llegado el caso de la vulneración, toda vez que la cobertura adicional por daños y perjuicios viene a formar parte de la configuración del seguro, o bien de estrictas exclusiones en los productos genéricos, o inclusive de ciertas ampliaciones opcionales y excepcionales, negociadas sobre la base de acuerdos muy específicos y *ad hoc*.

En el ámbito de la Unión Europea<sup>25</sup>, la Comisión, ya en el año 2012, ha manifestado su satisfacción en mor de que los seguros de patentes y propiedad industrial se estén haciendo

---

que la UKIPO considera cruciales. Además de esta iniciativa, en las oficinas de PI, ha habido varias iniciativas gubernamentales y/o privadas en Europa que tenían como objetivo promover planes de seguro de propiedad intelectual, por ejemplo, en Suecia y Francia.

Sigue apuntando:

La UKIPO enumera una gran cantidad de ventajas de productos de seguros de propiedad intelectual en su website. El DKPTO también ha identificado una serie de beneficios del seguro de propiedad intelectual dentro de su iniciativa para promover un esquema de seguros. Sin embargo, ninguno de los dos proporciona una indicación en cuanto a la popularidad de tales productos. Mientras que la UKIPO notó un aumento en la demanda de productos de seguros de propiedad intelectual, su popularidad sigue siendo relativamente baja, teniendo en cuenta el número de empresas innovadoras. En este sentido, los tribunales inferiores del Reino tuvieron un impacto directo y positivo en las primas de seguros. La clave para un plan exitoso es el alto volumen para que sea asequible para el asegurado y rentable para el asegurador. Hasta la fecha, hay tres compañías de seguros que ofrecen productos de seguros IP que compiten en Dinamarca. Sin embargo, no hay estadísticas disponibles sobre el uso real de estos productos. El DKPTO está en contacto regular con los proveedores de seguros y, según su experiencia, el seguro de propiedad intelectual es empleado pero solo en una medida modesta.

<sup>23</sup> Para Pérez Carrillo (2017, p. 391), «ante la necesidad de proteger como asegurados a los titulares de patentes primero, y progresivamente también a los de otros derechos como marcas, diseños registrados, incluso derechos de autor, se fueron configurando productos "boutique" desde 1994».

<sup>24</sup> Cfr. Pérez Carrillo y Cuipers (2013, pp. 18 y ss.).

<sup>25</sup> Cfr., al respecto, Kingston (2007), Llobet y Suárez (2008) y Pérez Carrillo y Cuipers (2013, pp. 22 y ss.).

un hueco en los Estados miembros. No obstante, hay que aseverar que no existe un producto asegurador (seguro) armonizado, común o unívoco, ni válido para todos los Estados miembros, por el contrario, solo cabe la existencia de trabajos preliminares para lograr un producto asegurador efectivo y viable<sup>26</sup>, que fomente la competitividad y la innovación en el seno de las pymes europeas<sup>27</sup>.

Dentro del marco de actuación denominado Estrategia de Lisboa de la Unión Europea<sup>28</sup>, publicada en el año 2000, se decía que las patentes se identifican como un instrumento clave para la competitividad económica basada en el conocimiento, organizándose varias conferencias sobre cómo fomentar la patente entre las pymes. La primera y quizás más significativa, porque sentó las bases del interés por profundizar en posibles vías aseguradoras, fue la patrocinada por la Comisión Europea en Bruselas, el 25 de abril de 2000, en relación con la puesta en valor, *enforcement*, por parte de las pymes de sus derechos de patente (y de la propiedad intelectual en general). Más tarde en el tiempo, año 2002, la Comisión Europea encargó a CJA Consultants Ltd. la redacción de un informe sobre los seguros contra los riesgos de posibles litigios sobre patentes en Europa. En sus conclusiones<sup>29</sup>, CJA apuntó a los beneficios del seguro para favorecer la innovación y la patente *per se*, pero identificó también diversos inconvenientes en orden a generalizar el aseguramiento de riesgos derivados de las patentes por parte de las pymes. Entre las principales dificultades se encontrarían la escasa, imperfecta e insuficiente base estadística del sector por inexistentes, así como los costes de gestión de unos riesgos elevados, aleatorios y actuarialmente poco analizados.

Pese a lo anterior, y después de diferentes reflexiones, nos encontramos con la Comunicación sobre la propiedad industrial en Europa del año 2008<sup>30</sup>, donde la Comisión aceptó definitivamente la posibilidad de fomentar un eventual seguro europeo de patentes que solo tendría cabida si se trataba de un producto voluntario, es decir, un seguro voluntario no obligatorio (Véron, 2009).

<sup>26</sup> Véase en EUIPO (2018). En este informe se concluye que:

La capacidad de hacer cumplir los derechos de propiedad intelectual es esencial para mantener y explotar su valor. Sin embargo, las pymes necesariamente no tienen los medios financieros para hacerlo, mediante el seguro de litigio de propiedad intelectual permitiría la descarga financiera y los riesgos asociados poder ser compartidos o transferidos. Esto podría traer un beneficio significativo para las pymes innovadoras. A este respecto, la Comisión procurará animar a las compañías de seguros a entrar en este mercado de la UE. Se comenzaría con seguros en patentes nacionales para luego evaluar la iniciativa y, si corresponde, continuado y posiblemente extendido a otros títulos de propiedad intelectual.

<sup>27</sup> Así se manifiestan Pérez Carrillo y Cuipers (2013, pp.22 y ss.)

<sup>28</sup> Comisión Europea: *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010), p. 2020.

<sup>29</sup> Analizadas y recogidas por Pérez Carrillo (2003, pp. 1.291 a 1.300).

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. *Derechos de propiedad industrial: una estrategia para Europa*. COM (2008) 465.

En el año 2012, y en pleno debate por la ralentización del Título Único de Patente europea, la Comisión ha manifestado de nuevo su agradecimiento por el progresivo éxito de los sistemas nacionales de seguros de patentes, que se van conociendo en algunos Estados miembros de la Unión Europea, tal y como hemos anticipado *ut supra*. En este contexto, compartimos la opinión de que

El carácter territorial de los derechos de patente [...] al margen de las estructuras propias de la UE y en paralelo a los Estados no contribuye, a nuestro juicio, a una rápida realización del producto asegurador europeo propiamente dicho. Pero, poco a poco, la vía del seguro de patentes como instrumento de fomento del I+D por parte de pymes y otros inventores va cobrando fuerza<sup>31</sup>.

No resulta extraño, pues, que uno de los objetivos pretendidos y repetidos en esta investigación se sostiene en el estudio de esta rama asegurativa, que será fundamental en cualquier sociedad digitalizada que se precie.

Por su lado, el antecedente pre-normativo del Derecho español en cuanto a considerar un seguro sobre la patente<sup>32</sup> y, por ello, de los derechos de la propiedad industrial, se encuentra habilitado por la disposición adicional novena<sup>33</sup> del borrador del anteproyecto de la Ley de reforma de la vigente Ley de patentes 24/2015, en su versión de diciembre de 2013<sup>34</sup>, que establecía:

Disposición adicional novena: Seguro de litigios. 1.- La Oficina Española de Patentes y Marcas podrá impulsar la contratación de un seguro de litigios para las patentes concedidas con examen previo que cubra los gastos de defensa y asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la materialización de los riesgos incluidos en la cobertura del seguro.

Sin embargo, podemos comprobar como la actual redacción de la disposición adicional novena<sup>35</sup> de la vigente Ley 24/2015 sobre patentes nada dice sobre este particular, ha

<sup>31</sup> A tal efecto, véase Pérez Carrillo y Cuipers (2013, p. 26).

<sup>32</sup> Cfr. Pérez Carrillo (2013-2014, p. 374).

<sup>33</sup> Dice al respecto Pérez Carrillo (2017, pp. 395 y 396): «En España la DA 9 del Anteproyecto de Ley de Patentes contemplaba un aseguramiento básico obligatorio, ideado precisamente para potenciar la patente en las pequeñas organizaciones, si bien tal disposición no llegó a incluirse en la Ley de Patentes».

<sup>34</sup> Véase más en [Borrador de Anteproyecto de Ley de Patentes](http://servicios.mpr.es). Recuperado de <<http://servicios.mpr.es>>.

<sup>35</sup> Ordena la disposición adicional novena:

Ejercicio de acciones basadas en títulos cuya concesión no es firme en vía administrativa.

1. El artículo 120.4 se aplicará, en todo caso, a instancia de cualquiera de las partes en el proceso que tenga por objeto el ejercicio de acciones ya sean de nulidad o de infracción de la patente,

borrado todo atisbo o referencia al seguro. Planteamiento que nos hace pensar que se ha dado un paso atrás en torno a la configuración legal en nuestro país de un seguro de los derechos de la propiedad industrial y, en particular, de la patente, que viene a ser el gran protagonista de la inventiva de un país<sup>36</sup>. En similar tenor, nos encontramos con la nueva normativa en materia de marca<sup>37</sup> y de trasposición de directiva comunitaria, a tal efecto, véase el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas<sup>38</sup>, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, que nada dice sobre el particular.

---

cuando el título resulte modificado fuera del proceso como consecuencia de una resolución definitiva en vía administrativa sobre la concesión del título en que se funde la acción.

2. Si la resolución final fuera recurrida en vía contencioso-administrativa será de aplicación el artículo 42 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>36</sup> Al contrario, véanse las reflexiones que vierte en este sentido Pérez Carrillo (2013-2014, p. 377).

<sup>37</sup> Más en Moreno (14 de enero de 2019).

<sup>38</sup> BOE núm. 312, de 27 de diciembre de 2018. Obsérvese el considerando número II del preámbulo de la norma en lo relativo a las alteraciones habidas en materia de marca al decir y sintetizar a grandes rasgos:

El Título I, que comprende el artículo primero, contiene las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que ahora se reforma, incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, hoy en su versión refundida, Directiva 2008/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Esta armonización legislativa supuso un avance significativo para el correcto funcionamiento del mercado interior, pues se eliminaron trabas a la libre circulación de mercancías y servicios, al armonizarse disposiciones sustantivas esenciales del Derecho de marcas en todos los Estados miembros. Junto a esta armonización legislativa, la Unión Europea mediante el Reglamento (CE) n.º 40/94, del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, posteriormente codificado como Reglamento (CE) n.º 207/2009, del Consejo, de 26 de febrero de 2009, y hoy de nuevo codificado como Reglamento (UE) 2017/1001, del Parlamento y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, instituyó un sistema de protección unitaria de marcas en toda la Unión, que convive con los sistemas nacionales de registro de marcas. Actualmente, por tanto, el sistema de protección o registro de marcas en la Unión Europea es de carácter dual, las marcas se pueden registrar en toda la Unión o en el Estado o Estados miembros que se desee. Esta duplicidad de sistemas de protección de marcas en la Unión Europea aconsejó una evaluación general del funcionamiento del mismo y de la interrelación de los sistemas nacionales y el sistema de la Unión. Los resultados de esta evaluación pusieron de manifiesto que los usuarios estaban generalmente satisfechos con este sistema dual de protección. En las conclusiones del Consejo de 25 de mayo de 2010 sobre la futura revisión del sistema de marcas en la Unión Europea, se invitaba a la Comisión a presentar propuestas de revisión de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, antes citada, indicando que esta revisión debería incluir en especial medidas para lograr que dicha directiva resultara más coherente con el entonces Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, antes citado, para contribuir así a la reducción de las zonas de divergencia en el conjunto del sistema de marcas en Europa. La Directiva (UE) 2015/2436, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de

Luego cabe entender que este mecanismo –el seguro–, con sus ventajas hacia la innovación y apuesta por la internacionalización, se ve reducido en su apoyo público y tengamos que acudir hacia otras iniciativas de carácter privado, que se han iniciado y se están desarrollando en nuestro país.

### 3. Clasificación del seguro de propiedad industrial

Podríamos clasificar los tipos de coberturas/seguros (Aventín Arroyo, 2012, pp. 107-139) sobre la propiedad industrial en dependencia de los riesgos<sup>39</sup> que queramos cubrir, a saber:

---

marcas, que mediante el presente real decreto-ley se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, señala en su considerando 8 que «resulta necesario superar la aproximación limitada alcanzada por la Directiva 2008/95/CE, y ampliarla a otros aspectos del Derecho material de marcas». En el Considerando 9 se resume el alcance de esta armonización y, así se indica, que con la finalidad de facilitar el registro y la gestión de las marcas en Europa es esencial aproximar no solo las disposiciones de derecho material sino también las de carácter procedimental. A estos efectos, en cumplimiento de las conclusiones del Consejo de 25 de mayo de 2010, se incorporan a la Directiva (UE) 2015/2436 los principios normativos esenciales del Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (hoy Reglamento (UE) 2017/1001), produciéndose así una armonización legislativa no solo en los sistemas nacionales de marcas, sino también entre estos y el sistema de marcas de la Unión. El derecho español de marcas ya incorporó en sus disposiciones de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, gran parte de las normas que ahora impone la nueva Directiva, en concreto en los ámbitos de la marca como objeto de derecho de propiedad, marcas colectivas o ciertas normas procedimentales, sin embargo, en otros campos normativos la citada Ley española debe ser adaptada ya sea porque se trata de nuevas normas, ya porque dicha ley adoptó una solución distinta a la ahora propugnada por la nueva Directiva. En este nuevo marco jurídico, la presente modificación normativa, que con arreglo al artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, estaba prevista en el Plan Anual Normativo de 2018, asume el mandato de transposición de la Directiva (UE) 2015/2436. La transposición se ha basado en los principios de la buena regulación, comprendiendo el principio de necesidad y eficacia al cumplir la obligación de incorporación al derecho nacional con fidelidad al texto de la directiva y con la mínima reforma de la actual normativa, en aras de la simplificación; así como en los principios de proporcionalidad, al contener la regulación imprescindible y de seguridad jurídica, puesto que se realiza con el fin de mantener un marco normativo estable, predecible, integrado y claro.

<sup>39</sup> Subraya la EUIPO (2018, p. 8) en su informe:

Una revisión de las ofertas en el mercado muestra que hay una serie de diferentes productos de seguros disponibles en la UE ofreciendo diversos tipos de cobertura. Por un lado, hay productos de seguros que protegen los derechos de la propiedad intelectual existentes y, por otro lado, hay productos de seguros que protegen contra la infracción involuntaria de los derechos de propiedad intelectual de terceros (o combinaciones de los mismos). Además, actualmente los productos de seguros tienden a asegurar todos los derechos de propiedad intelectual relacionados con un producto en particular o un producto completo. También, se ha de señalar que nos encontramos con una cobertura no solo de un derecho de propiedad intelectual particular, como una patente individual, sino que nos encontramos con seguros de propiedad intelectual hechos a medida. La cobertura puede estar limitada a la provisión de opiniones legales única-

a) Según el ramo asegurador<sup>40</sup>:

1. El seguro de defensa jurídica<sup>41</sup> (o de asistencia jurídica) tiene como objeto suplir ciertos inconvenientes (complejidad, duración, coste) en los diferentes trámites resolutivos de los diferentes conflictos relacionados y que puedan surgir con respecto a los derechos de la propiedad industrial.

Resulta de interés que se configure un seguro de defensa jurídica y técnica frente a posibles incumplimientos o vulneraciones que se deriven del contrato de licencia de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial. Entre los posibles siniestros, nos encontraríamos con el impago o incumplimiento para requerir la obligación de indemnización al asegura-

---

mente, o se puede extender para cubrir los costos legales de la ejecución y la defensa contra la infracción, incluyendo daños potenciales pagaderos si se pierde un pleito. Otro factor es el ámbito territorial del producto del seguro. Mientras que algunos productos proporcionan cobertura nacional solamente, los productos de cobertura mundial también existen. Todos estos factores tienen un impacto en las primas aplicables. De los recursos consultados se desprende claramente que la información sobre los productos de seguros de propiedad intelectual está disponible públicamente, si bien esta información puede percibirse como no generalizada o muy detallada, al menos proporcionará una información básica sobre el concepto de seguro y el contacto relevante. Por lo tanto, cabe concluir que la existencia de productos de seguro de propiedad intelectual es conocida por el público interesado, este extremo fue confirmado por la Encuesta realizada por el Observatorio.

<sup>40</sup> Conforme a Pérez Carrillo (2013-2014, p. 371), se distingue entre *seguros de defensa* y *seguros de indemnización*:

Los primeros se construyen sobre la idea del seguro de asistencia jurídica (art. 76. a) LCS. Tienen como objeto suplir deficiencias (carestía, duración, complejidad) en los mecanismos de resolución de conflictos relacionados con los DPI. El interés asegurado en esa modalidad se relaciona con el riesgo del titular y su necesidad de contar con recursos suficientes para articular una asistencia técnica y jurídica adecuada en el caso de que su patente sea objeto de una violación o una amenaza de violación por un tercero (seguro de afirmación de patente); o cuando en el marco de las actividades empresariales o académicas de I+D+I se violan involuntariamente –o se reciben acusaciones de infracción– de DPI ajenos (seguro defensivo). Los segundos cubren al asegurado frente a daños y perjuicios (propios o ajenos) derivados de una diversidad de siniestros: desde una declaración de nulidad de la patente (que en último término se incluirían en el ramo de daños de los arts. 23 y ss. LCS), a responsabilidades para con licenciatarios, u otros terceros (reconducibles a grandes líneas a los arts. 73 y ss. LCS). El seguro de DPI y de patente, tal y como se conoce actualmente en el mercado internacional, cubre solo excepcionalmente algunos de estos supuestos indemnizatorios, que son en la práctica objeto de contratos financieros mixtos.

<sup>41</sup> Sobre este tópico, véase a Pérez Carrillo (2017, p. 395), que apunta:

Suelen considerarse como adecuados para las pymes (e investigadores individuales), y como instrumento de fomento de la innovación a cargo de ellos. Estamos ante un seguro de patrimonio en el que la obligación principal del asegurador consiste en el abono (ya sea directo o por vía de reembolso) de honorarios y gastos relacionados con la defensa de los derechos del asegurado, cuyo interés radica en la integridad de su patrimonio, frente al riesgo derivado directamente de la defensa judicial y extrajudicial de sus DPI.

dor, inclusive, prevenir posibles negociaciones o reclamaciones antes de una demanda judicial propiamente dicha, entre otras. En definitiva, hay que relacionar la clase de seguro con las diferentes cláusulas delimitadoras del riesgo que se busca amparar.

2. El seguro de indemnización de daños. Cubre al asegurado frente a daños y perjuicios –pudiéndose llegar a cubrir daños derivados de la responsabilidad civil<sup>42</sup> inherentes a una multiplicidad de siniestros relacionados con los derechos de la propiedad industrial, que van desde la nulidad de la modalidad correspondiente hasta la responsabilidad contractual con licenciarios, entre otros supuestos. Sabiendo siempre que para que exista indemnización deben existir daños o perjuicios. En este sentido, hay autores<sup>43</sup> que incluso hablan de que estamos ante un seguro de lucro cesante (ex art. 63<sup>44</sup> LCS) especial.

b) Según la modalidad de contratación<sup>45</sup>:

1. Seguros *commodity* o «genéricos». Cubren riesgos cuyos cálculos pueden realizarse sobre la base de aproximaciones estadísticas del riesgo, y sobre estudios de expertos.

---

<sup>42</sup> Explica Pérez Carrillo (2017, pp. 403 y 404):

[...] coberturas de responsabilidad en virtud de las cuales el asegurador se compromete al reembolso (o el adelanto, en función de lo pactado) de las cantidades que el asegurado deba abonar a terceros en cumplimiento de la imposición de condenas de responsabilidad, dentro de los límites pactados en el contrato de seguro. Son susceptibles de aseguramiento, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, es decir, indemnizaciones que el asegurado deba abonar a terceros por infracción de patentes ajenas, indemnizaciones por competencia desleal derivadas de patentes, etc. [...]. Todo ello, dentro de los límites y sumas pactadas.

<sup>43</sup> Pérez Carrillo (2017, pp. 402 y 403) puntualiza que:

Presentan similitudes con los seguros de lucro cesante, respecto de los que pueden considerarse una especialidad, ya que garantizan al asegurado una indemnización por pérdida de ingresos si como resultado de una acción contenida en la póliza, por ejemplo un oposición con éxito que impida la obtención de la patente sobre cuya solicitud se contrató el seguro; o del éxito de una acción de nulidad, o de una violación, etc., sufre daños viendo reducidos los ingresos que hubiera previsto percibir de la explotación de la patente.

<sup>44</sup> Prescribe el artículo 63 de la LCS:

Por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato. Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza.

<sup>45</sup> Cfr. Pérez Carrillo (2013-2014, p. 371), que también diferencia, en función del modelo de gestión, entre seguros generales y seguros *ad hoc*, dependiendo de la complejidad o no de las bases estadísticas del riesgo.

2. Seguros que requieren una profunda investigación individualizada de cada riesgo suscrito (*due diligence*); o seguros *ad hoc*. Se contratan sobre la base de investigaciones y cálculos específicos y más cualificados.
- c) Según los riesgos<sup>46</sup> frente a los que se ofrece garantía aseguradora.
1. Seguros de riesgo único. Se fundamentan en una delimitación precisa de la cobertura y, por tanto, no resultan necesarias muchas cláusulas de exclusión.
  2. Seguros multirriesgo. Combinan diversos riesgos cubiertos que encarecen el producto y exigen minuciosas disposiciones de exclusión de riesgo para evitar o mejor ayudar a los tribunales a interpretar los clausulados<sup>47</sup>.

Puede inferirse, según la tipología mencionada de seguros sobre la propiedad industrial, el hecho que no se altera el derecho de obligaciones y contratos existentes hasta este momento, toda vez que le sería de aplicación la Ley del contrato de seguro (LCS)<sup>48</sup>, en concreto, todo lo relativo al seguro de responsabilidad civil ex artículos 73 a 76 de la LCS. Lo novedoso se ilustra en los riesgos a cubrir, como son las controversias o carencias que pueda plantear el sistema tutelar propio de las distintas modalidades de la propiedad industrial, que ahora vendrán a auxiliarse además por el sistema asegurativo, de esta suerte, creemos que no estamos ante herramientas de amparo jurídico excluyentes, sino cumulativas, si así se prefiere.

También es cierto que podría realizarse otro tipo de clasificaciones de seguros de DPI, si bien la que se ha relatado hasta el momento suele ser la más habitual y empleada por la doctrina y la práctica, además, ello va en consonancia con la complejidad y el coste de los mismos. En parecida línea argumentativa, cabría decir que, dependiendo de los recursos o capacidad financiera del asegurado, se podrá permitir o no la suscripción de un tipo de póliza u otra, desde la más fácil en su gestión y manejo, como sería la de asistencia-defensa jurídica, hasta la más compleja, como sería la de multirriesgo, que se asocia a la creación de pólizas «a medida» por su complejidad.

## 4. Características del seguro de propiedad industrial

Si hemos atendido a la clasificación del seguro de DPI, podemos aseverar que a grandes rasgos este seguro se aproxima a la figura del seguro de responsabilidad civil en cuanto

<sup>46</sup> Según Pérez Carrillo (2013-2014, pp. 371 y 372), se clasifican entre seguros de riesgo único o multirriesgos. Sobre estos últimos, se dice que «se comercializan particularmente en Estados Unidos, desde hace pocas décadas, y suelen plantearse como coberturas globales multiterritoriales, que llegan a ser muy costosas en términos de prima de suscripción».

<sup>47</sup> Seguimos a Pérez Carrillo y Cuipers (2013, p. 17).

<sup>48</sup> Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

que cubre «el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho» (ex art. 73<sup>49</sup> LCS). De la definición legal se descuelgan una serie de consecuencias, a saber:

- Que el contrato garantiza al asegurado frente a la responsabilidad civil en que pueda incurrir, ya sea de naturaleza extracontractual, ya sea contractual o bien sea especial por venir impuesta legalmente. La responsabilidad penal y la administrativa no son asegurables, pero sí lo será la responsabilidad civil derivada de un delito.
- Que se trata de un seguro contra el daño patrimonial sufrido por el asegurado por el nacimiento de una deuda. En consecuencia, solo garantiza los daños causados a terceros por culpa del asegurado y no los sufridos por este.
- Que, si bien se configura como un seguro de daños en favor del asegurado, la generalización de la acción directa y del carácter obligatorio en muchos sectores ha motivado su consideración como un seguro en beneficio de la víctima del daño.

Adentrándonos en las características en torno al seguro de DPI, cabe decir que:

1. El seguro de DPI constituye una *clase, especialidad o modalidad del seguro de responsabilidad civil*, modalidad asegurativa que en nuestro derecho positivo se configura a su vez como un *seguro de daños*, entendiéndose por tal aquel en cuya virtud el asegurador se compromete a indemnizar el daño derivado de la realización del riesgo delimitado en el propio contrato.

<sup>49</sup> Decreta el artículo 73 de la LCS:

Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.

2. Estamos ante un *seguro voluntario*, pues ninguna norma legal impone obligatoriamente su contratación sin perjuicio de que la misma pueda imponerse convencionalmente e, igualmente, que desde una perspectiva *de lege ferenda* pueda estimarse conveniente la introducción de concluir un seguro de DPI.
3. La *causa, fuente u origen de la responsabilidad asegurada en caso de seguro de DPI viene constituida por el menoscabo o vulneración de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial* y, como tal, debe apreciarse como un seguro de responsabilidad civil derivado del desarrollo de estas vertientes de la propiedad industrial, que presenta perfiles específicos que impiden su asimilación a otras variantes asegurativas.
4. Obviamente cabe la contratación individual del seguro por el autor, creador o inventor que quiere ponerse a salvo del riesgo de verse afectado por litigios o vulneración de su innovación, que frecuentemente se configura como un contrato de seguro por cuenta de terceros (ex art. 7<sup>50</sup> LCS) en tanto se concluye por la empresa, configurándose así como un seguro celebrado en nombre propio (sociedad contratante) pero por cuenta e interés de un tercero (autor o inventor). En definitiva, en la praxis predominan de manera abrumadora los supuestos de contrato de seguro concluidos por la propia sociedad, es decir, estamos ante un *contrato de seguro por cuenta ajena*.

## 5. Elementos configuradores del seguro de propiedad industrial

Atendiendo a todo lo precedente, queda claro que se ha de incentivar la suscripción de pólizas asegurativas en torno a la propiedad industrial, siendo conscientes no obstante que unos niveles óptimos de cobertura pueden resultar demasiado caros<sup>51</sup> para muchas pymes

---

<sup>50</sup> Establece el artículo 7 de la LCS:

El tomador del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden.

Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. No obstante, el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro.

Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida.

<sup>51</sup> Opina Pérez Carrillo (2013-2014, pp. 369 y 370):

Una vez patentados los resultados de sus investigaciones, las pymes se encuentran en desventaja a la hora de defenderse judicialmente, si su creación publicada bajo la protección de la

e inventores privados, puesto que los litigios sobre patentes o marcas son especiales en cuanto a su complejidad, incertidumbre y dificultad técnica y, en definitiva, en calibrar el riesgo asociado. Cualquier plan de seguros debería incluir (al menos opcionalmente) coberturas de la violación de la propiedad industrial y de defensa frente a menoscabos de terceros; incluyéndose en esta cobertura las investigaciones preliminares «antes del litigio» y «posteriores al litigio» (gastos del propio juicio, honorarios peritajes, indemnizaciones, ejecución de sentencia, etc.), así como el riesgo de impugnación de la validez de la modalidad en cuestión; y debería ofrecer límites territoriales de amparo amplios para Europa, los Estados Unidos y otros países<sup>52</sup>.

Hemos reiterado y reflexionado ya sobre la dificultad de establecer un producto/seguro homogéneo con la misma estructura y las mismas coberturas (Cuypers, 2012, pp. 129 y ss.); sin embargo, somos de la opinión que se ha de potenciar el seguro *ad hoc*, considerando que las ventajas y beneficios obtenidos son superiores a los inconvenientes que se pudieran plantear.

Los elementos que vienen a edificar la póliza de seguro de la propiedad industrial vendrían a ser los siguientes:

## 5.1. Elementos subjetivos<sup>53</sup>

Hemos insistido una vez más que este tipo de seguro es poco conocido y que son, igualmente, pocas las entidades aseguradoras y reaseguradoras<sup>54</sup> que se dedican a la cobertura de los riesgos inherentes a los derechos de la propiedad industrial. Se cubren, de este modo, riesgos destinados a la protección de las diferentes modalidades de la propie-

---

concesión de patentes es infringida. Los litigios que deben entablar frente a ataques, usurpaciones o violaciones de DPI son largos, complejos y pueden resultar prohibitivamente caros para pequeñas organizaciones, particularmente cuando se vean obligadas a defender sus patentes frente a grandes corporaciones industriales o cuando los *troles de patentes* que se ceban en ellas [...] la defensa frente a infracciones exige contar con abundantes recursos económicos (investigaciones, honorarios de abogados y perito, depósitos y fianzas).

<sup>52</sup> Coincidimos con las reflexiones vertidas por Pérez Carrillo y Cuipers (2013, p. 34). Son conclusiones a las que se llegan a través del Informe Haberman y Hill de 2003: [Patent enforcement for SMEs and lone inventors, a system failure](http://www.hm-treasury.gov.uk), pp. 35-36. Recuperado de <<http://www.hm-treasury.gov.uk>>.

<sup>53</sup> Sobre este punto, se pronuncian Pérez Carrillo y Cuipers (2013, pp. 73 y ss.)

<sup>54</sup> Cfr. EUIPO (2018, p. 19), que muestra una lista de compañías de seguros que ofrecen seguros de la propiedad industrial:

Abbey Legal Protection; AIG; CFC Underwriting Ltd.; GMP Gesellschaft für Marken-und Patentrechtsschutzversicherung Vertriebsgesellschaft mbH Gras Savoye; Howden UK Group Ltd.; If Skadeförsäkring; Intellectual Property Insurance Services Corporation; Lloyds of London; Liberty Specialty Markets; OPUS Underwriting Limited; Poolsegur; QBE European Operations; Safeguard IP; Sanza Seguros; Söderberg & Partners; Tokio Marine Kiln; Willis Towers Watson.

dad industrial, que son registradas y pertenecen a cualquier empresa más o menos innovadora. Se suele amparar la defensa jurídica y, a modo de ejemplo, nos encontramos con Samian, bróker perteneciente a Lloyds, que suscribe este tipo de póliza principalmente en Dinamarca. También nos encontramos con Allianz y el consorcio Nuremberg, MAT, Manheimer Holding en Alemania. Existen, o han existido, consorcios que ofrecen garantías de tipo asegurador de riesgo de litigios de patentes para pymes e inventores individuales como la Asociación de Inventores de Suecia (SIA) sobre acuerdos mutualísticos, o BTG en el Reino Unido (Pérez Carrillo y Cuipers, 2013, p. 46). *Ab initio*, cabe aseverar que no existe ninguna diferencia entre estas compañías aseguradoras de la propiedad industrial respecto a cualquier otro asegurador y, por tanto, las condiciones normativas y de solvencia son las requeridas para cualquier otra compañía asegurativa.

En cuanto hace a la figura del asegurado<sup>55</sup>, puede ser cualquier inventor, cualquier empresa (sea pyme o gran empresa), universidad<sup>56</sup> o institución que crea e innova en relación con las diferentes modalidades que configuran la propiedad industrial y que vean vulnerados sus derechos. De igual modo, los licenciarios a través del contrato de licencia correspondiente<sup>57</sup>. Ciertamente es que las coberturas a contratar mediante este seguro también variarán en función de la capacidad o recursos monetarios del asegurado, al punto que para un inventor persona física o pyme<sup>58</sup> será muy diferente respecto a un gran corporación o grupo de empresas innovadoras, que dedican más recursos a proteger sus innovaciones.

Al hilo de lo referenciado, puede inferirse en todo caso que no existen grandes particularidades en torno a los elementos subjetivos, que delimitarían la póliza asegurativa de los derechos de propiedad industrial (DPI) en comparativa a cualquier otro ramo del seguro.

<sup>55</sup> Pérez Carrillo (2107, p. 393) relata que:

En relación con los sujetos que pueden resultar asegurados en el seguro de DPI podemos encontrar una amplia variedad. Tanto personas físicas, como jurídicas. Aunque no se puede hablar de una tipología concreta de entidades innovadoras, o de sujetos vinculados a la generación de resultados protegibles, si es posible mencionar grandes grupos de organizaciones vinculadas habitualmente a proyectos de innovación industrial. Ya sea porque a través de su propia investigación sean susceptibles de alcanzar resultados que pueden patentar o proteger mediante DPI, o porque desenvuelvan su actividad habitual

<sup>56</sup> Cfr. Pérez Carrillo (2013, p. 400).

<sup>57</sup> El objetivo inicial de mercado para este producto sería: las pymes. Los centros de investigación del sistema español de investigación; Los investigadores individuales. Todos ellos sin perjuicio de que otros tomadores pudieran adquirir el producto o negociar adaptaciones *ad hoc*. Así lo explican Pérez Carrillo y Cuipers (2013, p. 59).

<sup>58</sup> Pérez Carrillo (2017, p. 394) señala que:

[...] individuos y pymes en una posición de especial debilidad para defenderse en procesos judiciales largos, caros y complejos, de ahí que, por ejemplo en relación con las invenciones, sean proclives a proteger su trabajo mediante el secreto en lugar de exponerse a publicar patentes que en caso de ser usurpados no van a poder defender judicialmente por falta de recursos [...] (particularmente de los seguros de asistencia jurídica que serán más asequibles en cuanto a su prima).

## 5.2. Riesgos-coberturas

Es sabido que los riesgos suponen la causa del seguro y que definen y confieren carácter a cada ramo asegurador. Es un elemento crucial del contrato de seguro, y supone un acto abstracto e incierto cuya materialización viene a garantizarse por la compañía aseguradora. Se intenta que estas coberturas se conviertan en un hecho futuro, posible, concreto y susceptible de análisis y valoración cuantitativa y cualitativa, tanto en los momentos previos, es decir, durante la negociación y formalización del contrato, como en el momento en el que acontezca y en los posteriores de enjuiciamiento y evaluación. Resulta imprescindible la delimitación del riesgo cubierto<sup>59</sup> y su relación con el precio, que abona el tomador sobre la base de los cálculos de tarificación de los actuarios (Pérez Carrillo y Cuipers, 2013, p. 37).

Es verdad que en cuanto a la delimitación del riesgo, hay que observar lo que precisa Pérez Carrillo (2017, p. 403), cuando comenta que:

Pasa por pactar el período preestablecido de tiempo aplicable, y una *cuantificación máxima del interés asegurado*; debiéndose concretar si se cubre la pérdida de ingresos por licencias; o la pérdida de valor de la cartera de patentes del asegurado al margen de cuál sea el motivo [...]. La póliza deberá concretar si la protección alcanza únicamente a daños derivados de DPI, o incluso a aquellos derivados de la previa actividad de I+D [...]. Llegarían a cubrirse, dentro de lo pactado en cada póliza, costes de reforma, rehabilitación o reparación, rediseño, o eliminación de productos y procedimientos, habiendo de determinarse si se fijan sumas parciales por cada daño o totales máximas.

Bajo este apartado, se plantean inconvenientes, toda vez que no existen estadísticas fiables en torno a la configuración del seguro de propiedad industrial, tal y como venimos

---

<sup>59</sup> De acuerdo con las reflexiones que se vierten en OMPI (agosto de 2019),

las pólizas de seguros disponibles para los activos de propiedad intelectual distribuyen los riesgos asociados a la innovación de tres maneras principales:

- pagando únicamente los gastos de defensa jurídica del asegurado;
- reembolsando los costos y las pérdidas de negocio sufridos por un asegurado durante el litigio; y
- proporcionando cobertura para perseguir a los infractores de los activos de propiedad intelectual del asegurado.

Por su parte, Pérez Carrillo (2017, p. 391) concreta que:

El objeto del aseguramiento de riesgos de DPI –en sus distintas modalidades– es garantizar a los asegurados frente a diversos siniestros que puedan derivar de la concepción, explotación, violación de los DPI. O incluso de riesgos de investigaciones y resultados que aún no están protegidos.

insistiendo. Y, las pocas que existen, se concentran en pocas compañías asegurativas que no siempre quieren proporcionar información al respecto. Sea como fuere, podemos entresacar las principales coberturas al igual que lo hacemos en torno a tipificar las diferentes modalidades de contratos de seguros que nos podemos encontrar: de un lado, las coberturas de defensa o de asistencia jurídica (ex arts. 73 y 76<sup>60</sup> LCS) y, de otro lado, las coberturas de indemnización de daños y perjuicios<sup>61</sup>, que solo se contratan sobre estipulaciones específicas previas, bajo profundas investigaciones individualizadas *ad hoc* o *due diligence*. Cierto es que, junto a las señaladas, también se pueden dibujar pólizas multirriesgo dando cabida a otras coberturas como D&O, diligencias previas, entre otros. Se admite que las partes puedan definir el siniestro a los únicos efectos de cumplimiento de la prestación por el asegurador (art. 73 LCS); suele estimarse que el siniestro viene constituido por la reclamación formulada por el tercero perjudicado (una cláusula que en todo caso deberá respetar los límites establecidos en el propio art. 73 LCS).

Dentro de la asistencia y defensa jurídica<sup>62</sup>, se viene a cubrir la tutela de la patente u otra modalidad de la propiedad industrial desde una perspectiva propia (es decir, proteger

<sup>60</sup> Ordena el artículo 76 de la LCS:

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

Al respecto, véase la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (rec. núm. 2365/2015) de 11 de septiembre de 2018 (ponente: Ignacio Sancho Gargallo):

El motivo denuncia la infracción del artículo 76 LCS, en relación con el artículo 73 LCS, y la doctrina jurisprudencial que declara que para que pueda prosperar la acción directa del artículo 76 LCS es requisito indispensable que exista responsabilidad del asegurado.

<sup>61</sup> Cfr. el pronunciamiento jurisprudencial: El seguro de responsabilidad civil no comprende el de defensa jurídica. - Tribunal Supremo - Sala Primera - Sección Primera - Jurisdicción: Civil - 1 - Núm. Res.: 962/2004 - Núm. Rec.: 2462/1998 - Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (TOL 514.239).

<sup>62</sup> Conforme a OMPI (agosto de 2016):

Cobertura de defensa jurídica y reclamación de daños. La industria aseguradora ha creado productos que ofrecen cobertura en caso de que un asegurado sea demandado por infracción. Estos productos reembolsan los gastos de defensa jurídica en que incurre el asegurado en un litigio por infracción, y se conocen habitualmente como seguros de «defensa jurídica y reclamación de daños». Además, permiten a los asegurados hacer valer las reclamaciones de nulidad en contra de un demandante, financiar la investigación para volver a examinar la validez de los derechos de propiedad intelectual del asegurado y pagar indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados por el asegurado. La cobertura se proporciona cuando lo exige la presencia de una demanda, por lo que esta debe producirse durante el período de vigencia de la póliza. Normalmente, la concesión de este tipo de seguro está supeditada a la obtención por parte del asegurado de un dictamen de

los derechos de la propiedad industrial asegurados frente a violaciones ajenas y, por tanto, constituye un apoyo fundamental para la innovación), así como ajena (esta es una cobertura de defensa o asistencia jurídica del asegurado frente a acusaciones de violaciones de los derechos de propiedad industrial de un tercero y, por tanto, con más dificultades en su configuración), toda vez que el riesgo soportado por el asegurador está afectado por las consecuencias de que es prácticamente imposible saber *a priori* qué tipo de demanda es susceptible de recibir el asegurado<sup>63</sup>. De igual modo, las reclamaciones que puedan suscitarse, inclusive, contra licenciarios, así como las fianzas, entre otros.

En lo tocante a la indemnización de daños y perjuicios, se basan en el riesgo de que el asegurado vea afectado su patrimonio por el pago de indemnizaciones a terceros en relación con un derecho de la propiedad industrial (propio o ajeno); o a sufrir daños (indemnizaciones a licenciarios, pérdidas de ingresos por la nulidad de la patente, etc.)<sup>64</sup>. Se afirma que la suscripción de este tipo de seguro requiere de cálculos complejos y, por ende, las primas resultarán muy elevadas. Aquí cabe todo tipo de daños que pueda sufrir el patrimonio del asegurado, desde la paralización del negocio o suspensión hasta la pérdida de valor de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial: la póliza establece o prevé el abono de un valor preestablecido en caso de que los derechos de la propiedad industrial

---

no infracción de la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos o de un organismo público similar. Estas pólizas normalmente excluyen de su cobertura los actos deliberados de infracción. Cabe destacar que estas pólizas son de naturaleza preventiva y no proporcionan cobertura a los asegurados para hacer valer sus derechos de propiedad intelectual ante un infractor.

<sup>63</sup> Siguiendo a Pérez Carrillo y Cuipers (2013 pp. 40 y ss.).

<sup>64</sup> Se explica en OMPI (agosto de 2016):

Los asegurados también pueden obtener cobertura para el reembolso de los costos derivados del ejercicio de sus derechos de propiedad intelectual. Conocidas como «pólizas de reducción de costos», estas pólizas amplían la cobertura a los asegurados para hacer valer sus derechos de propiedad intelectual ante posibles infractores. Estas pólizas también permiten obtener el reembolso de los gastos de peritos, así como otros gastos en que se incurra para demostrar la infracción. La cobertura se proporciona cuando lo exige la presencia de una demanda, por lo que la conducta infractora debe producirse durante el período de vigencia de la póliza. Para determinar la cobertura, el asegurado debe obtener por lo general un dictamen jurídico que indique la titularidad de los derechos de propiedad intelectual. Las pólizas de reducción de costos excluyen de la cobertura cualquier acto deliberado por parte del asegurado que pueda dar lugar a la conducta infractora. La póliza de reducción de costos tiene otra característica única en la industria de los seguros, en el sentido de que las indemnizaciones pecuniarias otorgadas por la infracción se reparten entre el asegurado y la compañía aseguradora. No obstante, la compañía de seguros no recibirá cantidades superiores al 125 por ciento de los gastos desembolsados en un litigio. Si bien una póliza de reducción de costos permite a una empresa más pequeña hacer valer sus derechos frente a una más grande con más recursos, este tipo de cobertura ha sido criticada debido a que las compañías de seguros estarán dispuestas a entrar en litigio solamente en los casos en que consideren que se alcanzará un resultado positivo. Por otra parte, cualquier indemnización monetaria que tenga que pagar el infractor no irá a los bolsillos del asegurado. En su lugar, las cantidades recuperadas a través del juicio o la transacción se utilizan para reponer los fondos a disposición del asegurado en caso de que se produzca cualquier reclamación futura con arreglo a la póliza.

del asegurado sean declarados nulos; o de que deba alcanzar un acuerdo respecto a una violación de sus derechos o sea acusado de conducta desleal o uso indebido de patentes u otra modalidad de la propiedad industrial, sea modelo de utilidad, diseño industrial o marca. También se pueden cubrir daños a terceros por incumplimiento de contratos, ya sea de carácter contractual o extracontractual. En similar línea, se tutelan las indemnizaciones que el titular de los derechos de propiedad industrial asegurado se vea obligado a satisfacer al licenciario como consecuencia de circunstancias variadas, que van desde la declaración de nulidad de la patente que el licenciario estaba explotando, a otros incumplimientos contractuales distintos de los acuerdos de licencia, entre otros. Por último, pero por ello no menos importante, cabría la posibilidad de una cobertura multirriesgo<sup>65</sup>, al posibilitar al asegurado disponer de fondos para financiar su defensa, o bien obtener un reembolso después de recaída la sentencia firme, siempre que el proceso se haya iniciado durante la vigencia de la póliza, pudiendo optar el asegurado entre las coberturas ofrecidas y seleccionar las que considere más adecuadas a su riesgo<sup>66</sup> y su capacidad de satisfacer primas o autoseguros.

Sea como fuere, en cuanto a la delimitación del riesgo, cabe afirmar que no toda responsabilidad de carácter civil constituye un riesgo cubierto por el seguro DPI. Destacan dos limitaciones: de un lado, se excluye la responsabilidad derivada del dolo del asegurado o de los hechos ilícitos realizados por este. En consecuencia, solo se asegura la responsabilidad nacida de actuaciones accidentales o negligentes del propio asegurado, o de actuaciones intencionales o culposas de aquellas personas por las que el asegurado debe responder (*culpa in vigilando*). De otro lado, las pólizas han de fijar concretamente el riesgo cubierto, estableciendo una serie de exclusiones en orden a las personas frente a quienes se adquiere la responsabilidad civil (terceros), a las causas del daño que genera la responsabilidad y al tiempo durante el cual se mantendrá la garantía del seguro.

Resulta fundamental distinguir entre cláusulas que delimitan el riesgo y cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y, a tal fin, se pronuncia la jurisprudencia que considera que las estipulaciones de la póliza relativas a la delimitación del riesgo no tienen la condición de cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (véase STS 5 de junio de 1997, entre otras). Junto a las anteriores limitaciones, las pólizas pueden extender la cobertura del seguro más allá de los límites de la verdadera y propia responsabilidad civil, dejando de cargo de la aseguradora los gastos judiciales correspondientes a la defensa del asegurado, previa reserva de que dicha defensa se haga con letrados nombrados por ella (salvo en el caso de existencia de conflicto de intereses, por estar la víctima asegurada en

<sup>65</sup> Se manifiesta en OMPI (agosto de 2016), en torno a la cobertura de riesgos múltiples:

En el caso de la propiedad intelectual, las pólizas de riesgos múltiples cubren «peligros» que suelen encontrarse habitualmente en los litigios sobre propiedad intelectual, por ejemplo, lucro cesante, pérdida de ventajas comerciales, pérdida de la ventaja del secreto comercial, así como el costo de rediseño, y medidas correctivas y de compensación que pueden derivarse de litigios prolongados.

<sup>66</sup> A modo de ejemplo, véase el trabajo de Pérez Carrillo (2002).

la misma compañía o por cualquier otra causa). Véase el artículo 74<sup>67</sup> de la LCS y la STS de 23 de diciembre de 1992.

El riesgo que se asegura consiste en la posibilidad de que el asegurado incurra en responsabilidad civil<sup>68</sup> a consecuencia de alguna de sus actuaciones, porque solamente en este caso se ocasionará un daño al asegurado, al quedar su patrimonio grabado por una deuda. En consecuencia, el evento dañoso se producirá en el momento mismo en que el asegurado realice la actuación generadora de responsabilidad civil; mientras que el siniestro vendrá determinado por la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima del daño. Por ello, hasta que no se produzca la reclamación, no surgirá la obligación del asegurador de reparar el daño causado ni entrará en juego la garantía del seguro (STS de 24 de abril de 1991). Es más, si la reclamación no se produce o la deuda se extingue por remisión o prescripción, tampoco existirá la obligación del asegurador. Algunas sentencias del Tribunal Supremo confundieron el momento de la realización del riesgo con el siniestro, pero esta interpretación se trata de corregir con el vigente artículo 73 de la LCS, que determina la admisibilidad de las cláusulas que delimitan temporalmente el riesgo en dos casos:

- Cuando la reclamación tenga lugar durante la vigencia del contrato, siempre que el evento dañoso se produjera también en dicho periodo de tiempo o, como mínimo, un año antes de la toma de efectos del contrato.
- Y cuando la reclamación se produzca en un periodo de tiempo no inferior a un año a contar de la terminación del contrato o de sus prórrogas. Estas cláusulas tendrán la apreciación de cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y deberán someterse a lo prescrito en el artículo 3<sup>69</sup> de la LCS (lo que plantea la cuestión de la inoponibilidad de la cláusula frente a la víctima del daño).

<sup>67</sup> Expresa el artículo 74 de la LCS:

Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, este comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza.

<sup>68</sup> Véase STS de 18 de diciembre de 2013 relativo al seguro de responsabilidad civil. Cobertura. Interpretación del contrato. - Tribunal Supremo - Sala Primera - Sección Primera - Jurisdicción: Civil - 1 - Núm. Res.: 766/2013 - Núm. Rec.: 2506/2011 - Ponente: Antonio Salas Carceller (TOL 4.095.479).

<sup>69</sup> Decreta el artículo 3 LCS:

Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesari-

### 5.3. Prima, suma asegurada e indemnización

Los enunciados en el epígrafe constituyen elementos reales que son fundamentales en todo tipo de seguro, amén que la relación entre prima e indemnización es un elemento técnico básico de viabilidad. Los cálculos y estadísticas serán de primer orden en esta modalidad asegurativa y dependerá *ad hoc* de la situación; aun cuando se podrán realizar modalidades generalistas, estas también requieren de un complejo proceso de tarificación y evaluación<sup>70</sup>. A mayor abundamiento, en el clausulado de este seguro se ha de contener aspectos básicos tales como las indemnizaciones por incumplimiento o el lucro cesante

---

riamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.

<sup>70</sup> Cfr. el documento elaborado por la EUIPO (2018, p. 9):

La principal razón que impide a los titulares de derechos de propiedad intelectual, en particular las PYME, poseer un seguro de propiedad intelectual, parece ser el costo. Las primas de seguro se perciben como demasiado altas, mientras que la cobertura es demasiado limitada. Los volúmenes de litigios en el campo de la propiedad intelectual son relativamente bajos, lo que hace que la suscripción de seguros resulte difícil. Una encuesta sobre litigios de patentes llevada a cabo en Francia del 2000 al 2009 reveló que, aunque Francia es el cuarto mercado más grande del mundo para litigios de patentes, solo hubo un promedio de 350 nuevos casos de litigios de patentes por año en el país. Comparado con otros casos de litigios, este número es ciertamente bajo, que puede sugerir que un producto de seguro de propiedad intelectual no es muy atractivo para el asegurador ni para el seguro potencial. Las razones para no comprar un seguro de propiedad intelectual fueron exploradas en un estudio reciente realizado en Alemania y la mayoría de los encuestados (incluidas pymes y *star-ups*) no vio ningún valor añadido en la contratación del seguro de patente. La prima del seguro se considera alta, mientras que los costos de litigio esperados se perciben como relativamente predecibles y relativamente bajos. Según este estudio, para que un seguro de patente de producto pudiera tener éxito, tendría que proporcionar flexibilidad con respecto a la cobertura territorial (mundial o nacional) y los diferentes niveles de riesgo, y también tendrían que proporcionar al asegurado la capacidad de controlar completamente los diferentes niveles de una disputa. Finalmente, el estudio concluye que los datos limitados disponibles para los proveedores de seguros están causando una mayor prima de riesgo. Esto podría reducirse solo si la aseguradora pudiese obtener datos más confiables derivados del uso más frecuente de este producto. Promover desventajas, como la complejidad y la dificultad de proporcionar la cobertura necesaria, y la dificultad de obtener una cobertura del asegurador, también se discuten. Aplicación complicada y difícil. Además de los costos y una relativa falta de conciencia acerca de la opción del seguro, considera que es necesaria la planificación estratégica para mitigar la propiedad intelectual. En particular las pymes solo pueden contratar seguros en una etapa en la que exista un mayor riesgo, lo que puede llevar a una denegación de cobertura o a un impacto negativo en la prima.

originado por la retirada del producto, que contenga alguna modalidad de la propiedad industrial, por ejemplo.

En el seguro DPI conviene distinguir si cubre daños a cosas determinadas o, por el contrario, cubre responsabilidades genéricas por daños a tercero. En este último caso, al tiempo de concluir el contrato no se puede conocer ni el valor del interés, ni la importancia de la eventual deuda futura, tampoco será posible establecer una relación entre suma y valor, porque faltará al menos el valor asegurado, y, en consecuencia, no se podrá hablar de sobreseguro, ni de infraseguro. En definitiva, el asegurador queda siempre obligado a asumir la deuda del asegurado hasta el límite máximo de la suma asegurada<sup>71</sup>, o ilimitadamente (si así se pactó en el seguro DPI).

Se ha anotado e incidido hasta aquí en el hecho que las primas en esta modalidad asegurativa cobran especial importancia derivada de su complejidad y los riesgos que cubre, siendo en la mayoría de las ocasiones el precio elevado un inconveniente para poder suscribir este tipo de seguro, extremo que cabalmente hay que analizar adecuadamente para alcanzar el correcto éxito de estos seguros de DPI.

## 5.4. Exclusiones

Otro de los elementos determinantes de la póliza viene proporcionado por las exclusiones. Existen contingencias y riesgos que se excluyen expresamente, tales como daños personales o daños en las cosas, incumplimiento de obligaciones profesionales o de responsabilidad de administradores y altos ejecutivos; riesgos relacionados con sectores específicos (nuclear, aviación, etc.). Multas y sanciones tributarias. Costes judiciales derivados de procesos penales. Reclamaciones y sanciones administrativas en el orden de la defensa de la competencia, entre otros. Es decir, suelen ser estipulaciones que también concurren en otras ramas del seguro.

Así las cosas, el aspecto principal en la delimitación del riesgo del seguro de propiedad industrial viene constituido no por la identificación de los supuestos de responsabilidad incluidos en la cobertura (delimitación positiva del riesgo) sino, al contrario, por las exclusiones de la misma (delimitación negativa del riesgo). Las cláusulas que se introducen con la finalidad de delimitar el riesgo son muy numerosas y heterogéneas lo que, al margen de dificultar la identificación del riesgo asegurado en cada caso, pone de manifiesto que una

---

<sup>71</sup> Pérez Carrillo (2017, p. 404) entiende respecto al seguro de responsabilidad que

la suma asegurada es fundamental [...] frecuentemente de cuantificación difícil y muy elevada. Para matizar la obligación asumida por el asegurador y ajustar las primas puede incluirse un límite máximo de cobertura, y además (a pesar de la redacción del art. 27 LCS) pueden pactarse otros límites, como una suma máxima por siniestro, o por DPI.

de las principales características de esta modalidad asegurativa es la necesidad de que la cobertura ofrecida se adapte exactamente a las circunstancias del riesgo asegurado. Las propias compañías aseguradoras ofrecen pólizas *ad hoc*, que se ajustan a técnicas de probabilidad, estadísticas y patrones particularizados.

Al hilo de lo reseñado podemos decir que las obligaciones del tomador de la póliza –en este tipo de coberturas– serán más rigurosas, al tener que ofrecer una serie de datos relevantes para la mejor negociación de la póliza. Es este ámbito, hemos de apreciar estos formularios, que se conciben como medios de clarificación y de manifestación o *disclosure* de los datos sobre la base de que todos aquellos que no figuren en la declaración, o cuyos datos resulten erróneos o gravemente incompletos, quedan en todo caso excluidos de cobertura. Queda claro que la documentación e información necesaria que se genera en torno a estas pólizas ha de ser abundante y especializada<sup>72</sup>. En definitiva, se requiere un mayor deber de colaboración<sup>73</sup> para el buen fin del contrato al asegurado/tomador de este tipo de contrato de seguro.

Hay que llamar la atención sobre un aspecto clave en las diferentes modalidades de la propiedad industrial y que, por supuesto, afecta sobremanera a la póliza asegurativa, toda vez que las diferentes modalidades se caracterizan por su territorialidad, al punto que en

<sup>72</sup> Piensan Pérez Carrillo y Cuipers (2013, p. 47) que:

De la documentación analizada se deduce que en la fase precontractual, y a lo largo de la vigencia de las pólizas, los aseguradores plantean abundantes preguntas relativas a todo tipo de títulos de DPI, incluso sobre los que no van a ser objeto del seguro. Tipo de DPI (patentes, marcas, diseños registrados, etc.) respecto de los que se solicita cobertura. Identificación. Sector. Un modelo de condicionado está disponible en <http://www.composite-legal.com/uploads/files/Intellectual%20Property%20Policy%20Wording.pdf> (consultado por última vez el 20 de mayo de 2012). Relevancia de los DPI en la facturación del tomador. Agente de DPI encargado de las gestiones pertinentes a efectos de solicitud, etc. Acuerdos (licencias, cesiones, usufructos, etc.), sobre los DPI en relación con los cuales se solicita el seguro. Existencia de otros DPI de titularidad del tomador, o que sean gestionados por el tomador. Conflictos o amenazas sobre los DPI que desea asegurar. Conocimiento sobre investigaciones realizadas por terceros que puedan afectar al objeto para el que se solicita el seguro.

<sup>73</sup> Como acertadamente se señala en OMPI (agosto de 2011):

Desde el punto de vista del asegurador, los costos de asegurar un dispositivo patentado complejo y muy técnico para el que existen competidores en todo el mundo presenta un mayor riesgo que lo que sería una póliza de seguro media de un propietario de una vivienda. Este aumento del nivel de riesgo se traduce en una mayor prima de la póliza. Con el fin de medir el riesgo, el procedimiento especializado de solicitud de un seguro de propiedad intelectual requiere información general del solicitante, como cualquier participación previa en juicios, los competidores más cercanos del solicitante y los principales clientes. Por ejemplo, para cubrir una patente en virtud de una póliza de reducción de costos, puede que se pida al solicitante que proporcione información detallada, como si el diseño se basa en patentes de terceros, o si ha recibido algún aviso de que su conducta puede ser infractora. Durante el proceso de solicitud se requiere atención a los detalles y la divulgación exhaustiva de información, ya que, como con cualquier tipo de seguro, los errores e inexactitudes pueden conducir a la rescisión de la cobertura.

función de la cobertura geográfica son de aplicación diferentes normativas que coexisten o que se superponen. La conceptualización del ámbito territorial de cobertura es fundamental en las pólizas de seguros de derechos de propiedad industrial, debido a la especial naturaleza territorial de estos derechos. Menos problemas se plantean en cuanto a la duración de la póliza. En este sentido, se reseña que se construyen *productos contratados sobre la base de la reclamación «claims made»*. *El modelo «claims made» puro es el más adecuado para un producto de introducción en un nuevo mercado*<sup>74</sup>.

Se puede inferir que en este tipo de pólizas asegurativas de derechos de la propiedad industrial, la compañía aseguradora hará lo mismo que sucede con el seguro de crédito ex artículos 69 a 72 de la LCS, en concreto, artículo 72<sup>75</sup> de la LCS, toda vez que la aseguradora no se hace cargo de todo el riesgo asegurable. Dicho en otros términos, con frecuencia el propio asegurado adoptará una parte de las consecuencias del siniestro (auto-seguro). De esta suerte se evitan aumentos en las primas y posibles conflictos de intereses. La cuestión estribaría en establecer un porcentaje mínimo de cobertura de la compañía aseguradora, al estilo de lo que acaece con el seguro de crédito.

A efectos prácticos, habría que comenzar con una cobertura sencilla e ir añadiendo nuevas posibilidades-coberturas. En España está poco extendida la utilización de este tipo de pólizas, pero sus beneficios obligan a promocionar su contratación<sup>76</sup>. Otra de las cuestiones conexas que se relacionan con lo referenciado es si la suscripción del contrato ha de ser obligatoria o voluntaria<sup>77</sup>. Respecto a este último planteamiento, dependerá

<sup>74</sup> Cfr. Pérez Carrillo y Cuipers (2013, p. 50).

<sup>75</sup> Disciplina el artículo 72 de la LCS:

El asegurado, y en su caso el tomador del seguro queda obligado:

- 1.º A exhibir, a requerimiento del asegurador, los libros y cualesquiera otros documentos que poseyere relativos al crédito o créditos asegurados.
- 2.º A prestar la colaboración necesaria en los procedimientos judiciales encaminados a obtener la solución de la deuda, cuya dirección será asumida por el asegurador.
- 3.º A ceder al asegurador cuando este lo solicite, el crédito que tenga contra el deudor una vez satisfecha la indemnización.

<sup>76</sup> Cfr. Aventín Arroyo (2012, pp. 107 y ss.).

<sup>77</sup> Al respecto, véase Pérez Carrillo y Cuipers (2013, pp. 60 y ss.), que expresan:

Un régimen de contratación obligatorio permite ofrecer precios o primas reducidas por razones de economías de escala, y porque elimina la selección de riesgos por parte de los potenciales tomadores, y contra los intereses de los aseguradores [...]. En un régimen facultativo o voluntario de contratación de seguros de patentes opera el principio de la selección negativa de riesgos. Esto implica que de todos los tomadores potenciales del producto, los más proclives a adquirirlo serían los asegurados más litigiosos o aquellos que prevean infracciones de sus patentes. Como ya se ha dicho a lo largo de este estudio, un seguro de patentes orientado a fomentar la investigación por parte de las pymes presenta beneficios para el interés general y su introducción con apoyo público representaría un decisivo posicionamiento gubernamental a favor del I+D.

muy mucho de cómo se conciba y la finalidad buscada con este tipo de pólizas asegurativas, si bien, *a priori*, no podríamos establecer una caracterización general, aun cuando la dificultad de su configuración provocaría que se concibiese en los inicios como un seguro voluntario.

Siguiendo con el desarrollo de cómo se debe delinear la póliza asegurativa de los derechos de la propiedad industrial, cabe destacar que aquí se habrá de delimitar claramente el clausulado general y específico, tal y como sucede con cualquier modalidad asegurativa. Se determinarán los riesgos asegurados o no, así como quién es el asegurador y, si procede, cuál es el reembolso del asegurador. Hemos de atender, en este sentido, a la reglamentación que nos proporciona el seguro de responsabilidad civil contemplado en la Ley del contrato de seguro ex artículos 73 a 76 de la LCS. Y, *mutatis mutandi*, atraer aquel condicionado que sea válido y adecuado a este tipo de modalidad asegurativa. En lo tocante a la delimitación temporal, se atenderá a lo disciplinado en el artículo 73.2 de la LCS. Por su parte, y en cuanto a la delimitación temporal, habrá que estar a la legislación aplicable territorial o supranacional en cuestión. En esta misma línea, se precisarán las cláusulas legales y jurisdiccionales, siendo lo habitual reenviar a la aplicación de la legislación y jurisdicción española.

En cualquiera de los casos, se busca promocionar la incorporación de un seguro sobre los derechos de la propiedad industrial, que tiene como referente en cuanto a las coberturas y su identidad al seguro de responsabilidad civil, sabiendo que las compañías aseguradoras que lideren esta introducción de un seguro privado estarán orientadas a mejorar el papel competitivo de la investigación e innovación en España. Se presenta, pues, un complemento ideal en cuanto a la creatividad e innovación entre las diferentes modalidades de la propiedad industrial que queramos, acompañada del seguro para garantizar aún más la tutela y el buen fin de estas modalidades ante cualquier menoscabo que pueda acaecer.

En caso de que no fuera posible implantar un seguro obligatorio en España, cualquier proyección de la evolución de las primas resultara muy aleatoria (Pérez Carrillo y Cuipers, 2013, pp. 94 y ss.), y habría que incentivar con otro tipo de medidas públicas en relación con la suscripción de seguros voluntarios<sup>78</sup>. Acompañados de medidas de incentivos legales, fiscales e, incluso, normativos, teniendo como referente la OEPM<sup>79</sup> en orden a propor-

<sup>78</sup> Cfr. (Martín Rodríguez, 2018):

La existencia de este tipo de pólizas, por lo general voluntaria, si bien existe la posibilidad de que la normativa interna de un país establezca su obligatoriedad, tiene cada vez mayor importancia debido a que empieza a ser considerada una condición indispensable por parte de los distribuidores en el mercado de destino, que ven en la misma una manera de otorgar seguridad a ambas partes ante reclamaciones de competidores.

<sup>79</sup> Para mayor información véase <<http://www.oepm.es>>

cionar la información precisa y necesaria. También deberían participar otras instituciones encargadas de fomentar la propiedad industrial.

## 5.5. Obligaciones y deberes de las partes en el seguro DPI

1. El asegurado, además de pagar la prima y notificar el siniestro a la aseguradora, ha de cumplir tres deberes característicos:
  - a) Ceder al asegurador la dirección jurídica frente a la reclamación y la defensa del asegurado en el terreno judicial o extrajudicial.
  - b) Abstenerse de reconocer en cualquier forma su responsabilidad.
  - c) Cooperar-colaborar en las gestiones que en relación con el siniestro le indique la compañía de seguros (art. 74 LCS). En esta modalidad asegurativa de DPI este deber es primordial y básico en orden a que el seguro cumpla con su buen fin.

La inobservancia de los anteriores deberes por parte del asegurado se sanciona en las pólizas con la pérdida de los derechos derivados del contrato.

2. El asegurador ha de satisfacer la indemnización pecuniaria (dentro del límite de la suma asegurada) que el asegurado haya de satisfacer en concepto de responsable civil al tercero dañado.

Conviene recordar que el titular del derecho a la prestación es el asegurado y no el tercero, que no es parte en el contrato. A tal fin, obedece el pago directo a dicho tercero por parte del asegurador (como se examinará *infra* en relación con la acción directa).

3. Satisfecha la indemnización, el asegurador puede subrogarse en todos los derechos y acciones que puedan corresponder al asegurado contra terceros responsables del accidente dañoso.

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que el daño causado al tercero sea debido a conducta dolosa de aquel (cfr. art. 76 LCS). La obligación del asegurador se circunscribe a los límites de la suma asegurada, pudiendo el asegurado reclamar el exceso al asegurado.

La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado. El asegurador puede oponer la culpa exclusiva de la víctima y las excepciones personales que pudiera tener contra ella.

A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado está obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido. Los plazos de prescripción de esta acción son los establecidos en el artículo 1.968<sup>80</sup> del Código Civil.

## 6. A modo de conclusión

Los seguros de la propiedad industrial nos ofrecen una importante ventaja competitiva en la internalización de nuestros productos y servicios y en la gestión del riesgo. Ciertamente es que el objeto del seguro ha variado por cuanto que los riesgos a cubrir son activos intangibles, que suponen o puede implicar nuevas tecnologías, pero la ventaja competitiva creada por el empleo del seguro como técnica no ha cambiado. El precio por el ejercicio de los derechos de propiedad industrial o de su defensa contra las demandas de infracción resulta muy elevado. Ante esta tesitura, en la que no todas las empresas son igualmente innovadoras, ni tienen el mismo tamaño o recursos disponibles, el asegurar los activos de propiedad industrial posibilita el compensar algunos de estos costes e igualar las condiciones, al habilitar a los litigantes el tener las mejores coberturas posibles mediante un seguro. De esta suerte, el seguro se confeccionará en función de las necesidades de cada empresa, con base en los mercados en los que se actúa, así como en el índice de litigiosidad que aparezca en el sector concreto. De igual manera, las grandes entidades pueden ajustar el seguro a coberturas añadidas en relación con su actividad. Por el contrario, las pymes podrán confeccionar también sus coberturas de forma más simple, donde el coste no sea un obstáculo en pos de tutelar de forma eficiente su innovación. Asimismo, las pymes podrán emplear ese seguro como aval ante inversores o, inclusive, ante las entidades de crédito para solicitar financiación y, además, podrá utilizarse como una garantía ante distribuidores externos representativos de la solvencia y calidad de las diferentes modalidades de la propiedad industrial que se posean.

Queda claro que una buena estrategia para proteger las diferentes modalidades de la propiedad industrial y derechos de autor viene proporcionada por contar con un seguro capaz de abrir mercados o, por lo menos, posibilitar dicha apertura internacional, así como servir de faro para crear un negocio e, inclusive, expandirlo. El interrogante que surge de inmediato es por qué no se incentiva esta oportunidad, o es tan poco abordada o conocida, que impide su correcto empleo por aquellos que bien pudieran obtener grandes beneficios de su uso, amén de que las compañías aseguradoras debieran ofrecer dicha opción, y, sin embargo, en muchos casos existe una auténtica ausencia o falta de información sobre el particular.

<sup>80</sup> Cfr. el enunciado del artículo 1.968:

Prescriben por el transcurso de un año: 1.º La acción para recobrar o retener la posesión. 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.

## Referencias bibliográficas

- Aventín Arroyo, J. A. (2012). La esencia de la actividad aseguradora y su potencialidad para ofrecer remedios a los innovadores. Experiencias y posibilidades. En R. M. Couto Gálvez y C. Sánchez-Ramos Roda (Coords.), *Seguros y Patentes, Colección Propiedad Intelectual e Industrial de la obra científica*. Madrid: Universidad Complutense, Elzaburu.
- Cuypers, F. (2012). Seguros de patentes y patentes de seguros: reflexiones y estrategias. En R. M. Couto Gálvez y C. Sánchez-Ramos Roda (Coords.), *Seguros y Patentes, Colección Propiedad Intelectual e Industrial de la obra científica*. Madrid: Universidad Complutense, Elzaburu.
- Duchêne, A. (24 de septiembre de 2015). [Patent Litigation Insurance](#). *The Journal of Risk and Insurance*. Recuperado de <<https://onlinelibrary.wiley.com>> (consultado el 23 de noviembre de 2018).
- EUIPO (2018). [IP Litigation Insurance Landscape](#). Recuperado de <<https://euiipo.europa.eu>> (consultado el 22 de enero de 2019).
- Górriz López, C. (2017). Tecnología blockchain y contratos inteligentes. En *Inteligencia Artificial y Derecho*. Tirant lo Blanch.
- Iglesias Fraga, A. (26 de abril de 2016). [Crean el primer seguro en España que protege la propiedad intelectual](#). *El Mundo*. Recuperado de <<http://www.elmundo.es>> (consultado el 4 de mayo de 2018).
- Kingston, W. (2007). Improving Patents for Smaller Firms: Insurance, Incontestability, Arbitration. *I.P.Q.*, 1, 1-19.
- Labiano Elcano, J. (4 de mayo de 2016). [Los seguros pueden multiplicar por 10 las patentes empresariales](#). *Cinco Días*. Recuperado de <<https://cincodias.elpais.com>> (consultado el 9 de noviembre de 2018).
- Llobet, G. y Suárez, J. (2008). *Patent Litigation and the Role of Enforcement Insurance*. Centro de Estudios Monetarios y Financieros.
- Martín Rodríguez, M. D. (2018). [El seguro de propiedad intelectual en la internacionalización empresarial](#). *Diario del Exportador*. Recuperado de <<https://www.diariodelexportador.com>> (consultado el 9 de noviembre de 2018).
- Massaguer, J. (2016). La nueva Ley española de Patentes. Aspectos generales, sustantivos y procesales. En R. Morral Soldevilla (Dir.), *Problemas Actuales de Derecho de la Propiedad Industrial*. V Jornada de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial (pp. 83 a 145). Madrid: Tecnos.
- Moreno, V. (23 de mayo de 2016). [Las aseguradoras se lanzan a cubrir los intangibles de las empresas](#). *Expansión*. Recuperado de <<http://www.expansion.com>> (consultado el 9 de noviembre de 2018).
- Moreno, V. (14 de enero de 2019). [La nueva Ley de Marcas, muchas luces y algunas sombras](#). *Expansión*. Recuperado de <<http://www.expansion.com>> (consultado el 18 de enero de 2019).
- OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) (agosto de 2011). [Asegurar los riesgos de la innovación](#). *Revista de la OMPI*. Recuperado de <<http://www.wipo.int>> (consultado el 9 de noviembre de 2018).
- Pérez Carrillo, E. F. (2002). Responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos en caso de violación de patentes por parte de la sociedad mercantil. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XXIII (pp. 223-239).
- Pérez Carrillo, E. F. (2003). El seguro y los litigios sobre derechos derivados de patentes.



tes en Europa. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XXIV (pp. 1.291 a 1.300).

Pérez Carrillo, E. F. (2013). Aseguramiento del riesgo de Patente y gobernanza empresarial. En *Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade* (pp. 1.039 a 1.048). Madrid: Marcial Pons.

Pérez Carrillo, E. F. (2013-2014). Seguros de litigios de patentes y fomento del I+D+i entre las PYMES. *ADI*, 34.

Pérez Carrillo, E. F. (2017). Asegurados y coberturas en seguros de derechos de

propiedad industrial e intelectual. En *Nuevas Tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial* (pp. 389 a 408). Granada: Comares.

Pérez Carrillo, E. y Cuipers, F. (2013). *Viabilidad del seguro de patentes en España*. Madrid: Fundación Mapfre.

Véron, P. (2009). *Patent litigation in France: statistical study 2000-2009*. Paris: Véron & Associates. Recuperado de <<https://www.veron.com/veron>> (consultado el 25 de enero de 2019).



# Protección jurídica del *software* en España

**Marta Irene Gerique Martí**

*Abogada en Gómez-Acebo & Pombo*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

## Extracto

El presente trabajo trata de sintetizar los mecanismos de protección de los programas de ordenador en España. La preocupación del legislador por la tutela del *software* se debe a su enorme y creciente valor económico, en un mercado global dominado por las nuevas tecnologías, y a su relativa vulnerabilidad. El análisis se refiere a su regulación especializada en el ámbito de los derechos de autor mediante instrumentos internacionales, comunitarios y la Ley de propiedad intelectual nacional. También aborda la posible protección desde el derecho de propiedad industrial de las invenciones implementadas por ordenador, sin olvidar la potencial protección del *software*, no como creación de su autor, sino como activo intangible de una empresa, a través de la normativa de secretos empresariales. Partiendo de la definición del *software* y de algunas notas básicas sobre el mismo (código fuente y código objeto), este artículo aborda las particularidades y limitaciones de la protección del *software*; principalmente, el agotamiento comunitario y la descompilación. El resultado es una regulación con luces y sombras en algunos aspectos, insuficiente para una protección integral, debido, entre otras cosas, a la naturaleza del *software* y el valor económico de una idea revolucionaria, frente a los requisitos de expresión y originalidad tradicionales del derecho de autor, así como a la inevitable obsolescencia del lenguaje jurídico frente a la rápida evolución de la tecnología.

**Palabras clave:** *software*; protección; *copyright*; propiedad intelectual.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

**Cómo citar:** Gerique Martí, M. I. (2020). Protección jurídica del *software* en España. *Revista CEFLegal*, 234, 41-70.





# Legal protection of software

Marta Irene Gerique Martí

## Abstract

This article aims at synthesizing the mechanisms of protection for computer programs in Spain. The legislator's concern for the protection of software is due to its enormous and growing economic value in a global market dominated by new technologies and its relative vulnerability. The analysis refers to its specialized regulation in the field of copyright through international and community instruments, and the national intellectual property Law. It also addresses the possible protection of computer-implemented inventions by industrial property law, as well as the potential protection of software not as the creation of its author but as an intangible asset of a company, through the regulation of business secrets. Starting from the definition of software and some basic aspects about it (source code and object code), this work addresses the particularities and limitations of software protection; mainly, community exhaustion and decompilation. The outcome is a regulation with advantages and disadvantages in some aspects, which may prove insufficient for the protection of software, due, among other things, to the nature of software and the economic value of a revolutionary idea, in contrast with the traditional requirements of expression and originality of copyright, as well as the inevitable obsolescence of legal language before the quick evolution of technology.

**Keywords:** software; protection; copyright; intellectual property.

**Citation:** Gerique Martí, M. I. (2020). Protección jurídica del *software* en España. *Revista CEFLegal*, 234, 41-70.



## Sumario

1. ¿Qué es el software?
  2. Protección jurídica del software
  3. El software como derecho de propiedad intelectual
    - 3.1. La regulación de los programas de ordenador en España
      - 3.1.1. Objeto de protección
      - 3.1.2. Titularidad del software
    - 3.2. Contenido del derecho de autor sobre los programas de ordenador
    - 3.3. Límites a los derechos de explotación de los programas de ordenador
      - 3.3.1. Agotamiento comunitario o doctrina de la *primera venta*
      - 3.3.2. Descompilación
      - 3.3.3. Otras limitaciones a la explotación
    - 3.4. Transmisibilidad de los derechos de explotación
    - 3.5. Infracción de los derechos de autor
      - 3.5.1. Sujetos infractores
      - 3.5.2. Medidas de protección
    - 3.6. Delitos contra la propiedad intelectual
  4. El software como derecho de propiedad industrial: invenciones implementadas por ordenador
    - 4.1. Objeto de protección
    - 4.2. Acceso a la protección. Solicitud y concesión de la patente
    - 4.3. Contenido del derecho de patente
    - 4.4. Límites al derecho de explotación de la patente
    - 4.5. Transferencias, licencias y gravámenes. Especialmente, licencias obligatorias
  5. Obligaciones legales y contractuales de confidencialidad
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. ¿Qué es el software?

No es sencillo para legos en informática responder a esta pregunta. Todo el mundo tiene, al menos, una noción de lo que significa este término. El software, que en la década de los ochenta evocaba un cuarto de procesadores gigantes y ruidos extraños del teléfono al conectarse a internet, actualmente está presente en nuestro día a día. Cualquier usuario de nuevas tecnologías entiende por software las instrucciones programadas mediante las cuales funciona cualquier máquina que no sea solo mecánica.

La naturaleza intangible del software complica el intento de extraer todo su significado sin acudir a definiciones de diccionario. Para Norman Augustine, empresario aeroespacial y subsecretario del Ejército de los Estados Unidos durante la década de los setenta, «el software es como la entropía: difícil de atrapar, no pesa, y cumple la Segunda Ley de la Termodinámica, es decir, tiende a incrementarse». Por otro lado, Nathan Myhrvold, quien fue director de Tecnología de Microsoft, dijo que «el software es un gas: se expande hasta llenar su contenedor», y añadió una cuarta ley sobre el software: «El software solo está limitado por la ambición humana y las expectativas».

El término «software» (programa de ordenador, en castellano y en nuestra legislación) es un concepto definido por la Ley de propiedad intelectual (LPI) como «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación» (art. 96 LPI). No obstante, esta definición no es suficiente. El software no tiene una única manera de expresar esa «secuencia de instrucciones o indicaciones». En una definición algo simplista, puede decirse que el software se escribe con letras y símbolos y se traduce a unos y ceros. Sin embargo, el software no se escribe en castellano, ni en inglés, ni en ningún otro idioma en el que se comuniquen las personas. El software tiene su propio lenguaje, o mejor dicho: sus propios lenguajes, en plural. El software, como creación humana, se expresa en un lenguaje igualmente artificial. Se trata del lenguaje de programación, creado específicamente por el ser humano para el propósito concreto de programar. Los lenguajes de programación son, pues, un conjunto de órdenes codificadas y regladas destinadas a ser interpretadas por una máquina y producir, a través de esta, un resultado determinado. No existe un solo lenguaje

de programación, sino varios, en atención a múltiples factores (en particular, la finalidad del programa de ordenador). Los lenguajes de programación se han ido creando poco a poco y seguirán evolucionando y quedándose obsoletos ante la creación de otros nuevos. Los lenguajes de programación han evolucionado desde la primera programadora de la historia, Ada Byron, condesa de Lovelace e hija del célebre poeta Lord Byron, que colaboró con la máquina analítica de Charles Babbage en la década de 1830. En honor a ella se bautizó el lenguaje Ada, creado en 1980 y utilizado especialmente en el campo de la aeronáutica y el tráfico aéreo. Sin ánimo exhaustivo, podemos nombrar entre los más conocidos algunos nombres tan familiares como el lenguaje Java (uno de los más utilizados del mundo por su polivalencia), Python (lenguaje multiparadigma), C (específico para el desarrollo de aplicaciones de Microsoft), C++ (utilizado sobre todo para el desarrollo de videojuegos), Swift (para el desarrollo de aplicaciones en dispositivos Apple), etc.

Así pues, los lenguajes de programación son el instrumento que permite al programador desarrollar un programa. Sin embargo, el software tiene, en realidad, dos modos de expresarse, o dos niveles: el lenguaje de programación alumbra el código fuente que, mediante un proceso de traducción conocido como compilación, produce el código máquina. Esto es, existen múltiples lenguajes de programación, pero estos lenguajes deben traducirse en un único lenguaje comprensible por cualquier máquina: el código objeto (conocido normalmente como lenguaje binario, constituido por una serie de 1 y 0).

En las Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) presentadas el 25 de julio de 2018 en el asunto C310/17, el Sr. Melchior Wathelet enfatizó esta distinción:

El código objeto de un programa de ordenador no es, en principio, perceptible por un ser humano. Sin embargo, el código objeto de un programa de ordenador es una producción precisa y estable que puede ser «leída» o «percibida» de forma concreta y objetiva por una máquina.

*Tanto el código fuente como el código objeto son susceptibles de protección, como establece el artículo 10 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994 (Anexo 1 C del Convenio por el que se crea la Organización Mundial del Comercio) (Acuerdo sobre los ADPIC). Así lo declaró también el TJUE en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (asunto C393/09): «El objeto de la protección conferida por esa Directiva abarca el programa de ordenador en todas sus formas de expresión, que permiten reproducirlo en diferentes lenguajes informáticos, tales como el código fuente y el código objeto».*

Por lo que respecta al término «ordenador» (hardware en oposición al software), se trata de un concepto sin definir en el ámbito jurídico. No obstante, lo más relevante, a efectos del enfoque de este trabajo, es que el concepto tradicional de ordenador, como mecanismo en el que se ejecuta un programa, ha ido evolucionando y, hoy día, comprende desde los tradi-

cionales ordenadores con torre y pantalla separada a las llamadas tabletas y, por supuesto, a los *smartphones*, cuyas aplicaciones o *apps* son, igualmente, programas de ordenador.

La preocupación del legislador de todas las jurisdicciones por proteger a los creadores de programas de ordenador se debe a la conjunción de dos factores: (a) el gran valor económico que tiene el software hoy en día tanto para sus titulares, como propietarios de un bien con gran valor económico, como para la economía general, y (b) la vulnerabilidad del software frente a las infracciones. En un entorno tan competitivo, global y en red, el software puede ser el activo más valioso de una empresa, un elemento enormemente diferenciador que otorgue una ventaja competitiva inigualable en el mercado. Es por esta trascendencia económica que el legislador ha querido proteger el software mediante su inclusión en el régimen tuitivo del derecho de propiedad intelectual e industrial y una regulación propia, diferenciada y adaptada a las particularidades que lo diferencian del resto de activos intangibles de una empresa. Resultan muy expresivos sobre esta cuestión los considerandos de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (la Directiva 2009/24) que dispone: «El desarrollo de los programas de ordenador exige una considerable inversión de recursos», y advierte de que «dichos programas pueden copiarse con un coste mínimo en relación con el preciso para crearlos de forma independiente». Además, reconoce a los programas de ordenador su «capital importancia [...] para el desarrollo industrial de la Comunidad».

## 2. Protección jurídica del software

De entrada, la primera decisión que tuvo que tomar en su día el legislador de todos los países de nuestro entorno y que hoy en día puede plantearse cualquier jurista es la relativa a cuál es el ámbito de protección adecuado de los dos que, automáticamente, vienen a la mente: derecho de propiedad intelectual o derecho de propiedad industrial.

Ante esta dicotomía, el legislador descartó la primera opción que puede venir a la mente, aunque sea por la acepción genérica que, a nivel coloquial, ha adquirido el término «patentar» para todo lo que sea *registrar* una invención. Y es que el software «como tal», o considerado aisladamente, no es patentable. La Ley 24/2015 de 24 de julio, de Patentes (LP), en su artículo 4.4 establece expresamente que no se consideran invenciones patentables los «programas de ordenador». A nivel comunitario, el Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973, establece que no son «invenciones patentables», entre otras, «los programas de ordenador». Nuestro legislador optó por dispensar a los programas de ordenador, en sí mismos, el régimen de protección del derecho de autor, como el resto de legisladores nacionales de la Unión Europea, obligados a transponer primero la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (la Directiva 91/250), y posteriormente la Directiva 2009/24, que derogó la primera.

El foco debe ponerse, por tanto, en si el software es una creación considerada individualmente (en cuyo caso será protegida como derecho de propiedad intelectual) o como una parte imprescindible de un *invento*, lo que viene llamándose invención implementada por ordenador (en cuyo caso gozará de la protección del derecho de propiedad industrial, en concreto como patente).

A continuación veremos las diferencias entre ambos regímenes de protección. A título introductorio, podemos decir que en ambos campos el titular de estos derechos goza de la exclusiva sobre la explotación de sus creaciones (*ius utendi e ius prohibendi*). Pero aunque se trate de conceptos que, en ocasiones, se intercambian, lo cierto es que esta primera distinción es sumamente relevante. *Grosso modo*, las diferencias más notorias entre derechos de propiedad intelectual y propiedad industrial vienen marcadas por los siguientes factores:

- En cuanto a su titularidad, los derechos de propiedad intelectual protegen a su autor por el mero hecho de su creación; los derechos de propiedad industrial, en cambio, requieren de su titular el registro formal para acceder a esa titularidad y su consiguiente protección (con alguna excepción menor en materia de marcas).
- Por lo que respecta al ámbito territorial de protección, los derechos de propiedad intelectual asisten a su titular en cualquier país que reconozca los derechos de autor (principio de universalidad); en cambio, los derechos de propiedad industrial están limitados a cada país en el que solicite su protección (principio de territorialidad).
- En cuanto a la extensión temporal de su protección, los derechos de propiedad intelectual duran toda la vida del autor y al menos 50 años después de su muerte (en España, 70 años), mientras que los derechos de propiedad industrial tienen plazos de protección más breves y a contar desde que se obtiene la protección (20 años en el caso de las patentes).
- Finalmente, respecto al contenido de los derechos de su titular, los autores de propiedad intelectual tienen derechos económicos y morales, mientras que los titulares de derechos de propiedad industrial tienen únicamente derechos económicos.

### 3. El software como derecho de propiedad intelectual

El instrumento fundacional del derecho de propiedad intelectual a nivel internacional es el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, del que actualmente son parte 151 países (el Convenio de Berna). Lógicamente, debido a su antigüedad, el Convenio de Berna no recoge expresamente la protección del software, sino que han sido instrumentos posteriores los que han llevado a cabo la equiparación de los programas de ordenador al resto de creaciones susceptibles de protección como «obras literarias y artísticas».

Estos instrumentos internacionales que han equiparado los programas de ordenador a las obras «literarias y artísticas» del Convenio de Berna son el artículo 10 de los ADPIC, que dispone que «los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna», y el artículo 4 del Tratado sobre Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996 (el Tratado sobre el Derecho de Autor) establece de igual manera que «los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión».

A nivel comunitario, como hemos visto, la Directiva 2009/24 también obliga a los Estados miembros a dispensar protección al software bajo los derechos de propiedad intelectual y, además, la Unión Europea también es parte del Tratado sobre el Derecho de Autor (Decisión 2000/278/CE del Consejo, de 16 de marzo de 2000 [DO L 89, p. 6]).

### 3.1. La regulación de los programas de ordenador en España

#### 3.1.1. Objeto de protección

En España, el software es una obra protegida por los derechos de autor, conforme a la LPI. El artículo 10 de la LPI establece que son objeto de propiedad intelectual «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro» y específicamente recoge «los programas de ordenador» (letra i), regulados en el título VII de la LPI (arts. 95 y siguientes). La LPI define los programas de ordenador como «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación».

El criterio de protección es, por tanto, la originalidad del software. Según la Directiva 2009/24, el programa de ordenador solo se protegerá «si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección».

La LPI incluye en esta esfera de protección su «documentación preparatoria», «documentación técnica» y los «manuales de uso de un programa». En cuanto a qué debe entenderse por «documentación preparatoria», actualmente pende ante el TJUE una petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt (Suecia) el 9 de mayo de 2018 (asunto Dacom Limited contra IPM Informed Portfolio Management AB) (asunto C-313/18), en la que el tribunal sueco plantea, en síntesis, cuáles son los criterios que determinan qué documentación constituye una documentación preparatoria a efectos del artículo 1, apartado 1, de la

Directiva 2009/24. En cualquier caso, el TJUE sí ha aclarado que por trabajo preparatorio que conduce al desarrollo de un programa de ordenador debe entenderse aquel cuya naturaleza «sea tal que más tarde pueda originar un programa de ordenador» (Sentencia de 2 de mayo de 2012, asunto C-406/10), parafraseando el considerando séptimo de la Directiva 91/250.

Además, la Directiva 2009/24, en su considerando 7, aclara que quedan protegidos los programas de ordenador «en cualquier forma, incluso los que están incorporados en el hardware».

La LPI, sin embargo, excluye de esta protección, por un lado, a los virus informáticos: el artículo 96.3 expresamente establece que «esta protección se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa así como a los programas derivados, salvo aquellas creadas con el fin de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático», por ser su finalidad contraria a la moral y al orden público (art. 6.3 del Código Civil).

Por otro lado, la LPI tampoco dispensa protección a «las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces». En palabras de Crespo Velasco (2017), esta limitación implica que los derechos de autor:

No son un cauce en absoluto idóneo para proteger el software, pues no protegen ideas, sino únicamente la plasmación de las mismas. En consecuencia, son útiles para proteger frente a un plagio en sentido estricto (esto es, la copia del código del programa) pero son incapaces de dar respuesta a una explotación de la idea técnica subyacente, que es lo que confiere en muchos casos su genuina utilidad y valor económico a un software.

Por último, uno de los elementos cuya inclusión en la protección generó cierta controversia son las interfaces de usuario. Según el considerando 10 de la Directiva 2009/24, las interfaces son «las partes del programa que establecen dicha interconexión e interacción entre los elementos de software y hardware». Inicialmente hubo algún pronunciamiento judicial que entendió que estaban protegidas pero, finalmente, el TJUE ha aclarado que no es objeto de protección la interfaz gráfica de usuario, dado que solo constituye un elemento del programa de ordenador, por medio del cual los usuarios utilizan sus funcionalidades (STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-393/2009).

### 3.1.2. Titularidad del software

Con carácter general, se considera autor de un programa de ordenador a la persona (o grupo de personas) física o jurídica que lo haya creado. El artículo 6 de la LPI, a su vez, establece una presunción de autoría (*iuris tantum*) a favor de «de quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma, o signo que lo identifique».

La protección se extiende durante toda la vida del autor y 70 años después de su fallecimiento (o declaración de fallecimiento), si es persona física, y durante 70 años desde el 1 de enero del año siguiente al de la creación o divulgación lícita del programa, si el autor fuese una persona jurídica.

En el caso de obra colectiva, tiene la consideración de autor la persona que la edite y divulgue bajo su nombre (salvo pacto en contrario). La ley también prevé que los derechos de autor sobre un programa de ordenador que sea resultado unitario de la colaboración entre varios autores serán propiedad común y corresponderán a todos estos en la proporción que determinen.

Si el creador de un programa de ordenador es un trabajador asalariado, en el ejercicio de sus funciones o bajo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación corresponde exclusivamente al empresario, salvo pacto en contrario.

No es necesaria ninguna formalidad específica para acceder al estatus de autor ni a la protección que la ley dispensa. A diferencia de las patentes, las marcas, o los diseños industriales, que requieren un registro formal, los derechos de autor nacen por el mero hecho de su creación. Es cierto que la LPI contempla un Registro de Propiedad Intelectual y establece que son susceptibles de inscripción «los derechos sobre los programas de ordenador, así como sobre sus sucesivas versiones y los programas derivados», pero esta inscripción no es constitutiva, sino que aspira a acreditar la preexistencia del programa de ordenador y a crear una presunción de creación a favor de quien lo inscribe.

Así, según la jurisprudencia, «la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual no tiene carácter constitutivo, sino declarativo de derechos a favor de quien conste como autor de una determinada obra, ya que estos existen desde el momento de la creación de la misma (art. 1 LPI), cabiendo la prueba en contrario». Añade la Audiencia Provincial de Alicante que «se trata de un registro meramente facultativo» ya que además «no existe examen alguno por el Registro, trámite previo a tal fin ni por ello mismo consecuente decisión, acerca de originalidad o no originalidad de la obra, la cual queda fuera, por ello, del ámbito de la calificación registral».

Por ello, a pesar de que el acceso a los derechos de autor sea automático y por ley, para evitar disputas y que la titularidad no sea controvertida en un eventual procedimiento judicial, puede ser conveniente acceder al Registro de la Propiedad Intelectual. El Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual exige que las solicitudes de inscripción de programas de ordenador aporten la totalidad del código fuente. El carácter público de este registro puede ser disuasorio para aquellos autores que no deseen divulgar el programa de ordenador. Por esta razón, los artículos 101 de la LPI y 32 del Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual han acotado la información que puede ser objeto de consulta pública a los que consten en el asiento registral correspondiente, y no a la totalidad del código depositado.

Además, puede acudir a cualquier método alternativo para acreditar la preexistencia y constituir una presunción de titularidad, sin necesidad de inscribir en un registro públi-

co esta información; así, por ejemplo, la intervención de un tercero custodio o depositario (contrato de *escrow*) o el depósito notarial.

### 3.2. Contenido del derecho de autor sobre los programas de ordenador

La LPI dispensa unas normas comunes a los titulares de los derechos de autor, así como unas normas específicas previstas para los programas de ordenador.

- a) *Derechos de cualquier autor*. Los derechos básicos se dividen entre derechos morales y derechos económicos o de «explotación». Los derechos morales se diferencian de los derechos patrimoniales en que estos últimos pueden ser cedidos a terceras personas, como seguidamente veremos, mientras que los derechos morales son intransmisibles y tienen siempre como titular residual al autor.

Los derechos morales, regulados en el artículo 14 de la LPI son un haz de derechos irrenunciables e inalienables, que se manifiestan, en síntesis, en las siguientes facultades concretas del autor:

- Decidir sobre la divulgación (o no) de la obra y su forma.
- Reivindicar la autoría e impedir modificaciones, alteraciones o atentados.
- Modificación, con respeto a los derechos adquiridos por terceros.
- Retirar la obra del comercio y reemprender su explotación (bajo condiciones).

En caso de fallecimiento del autor, la legitimación para el ejercicio de determinados derechos morales (exigir el reconocimiento de autor y el respeto a la integridad de la obra) corresponde, sin límite de tiempo, a la persona (natural o jurídica) a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad o, en su defecto, a los herederos del autor. Estas mismas personas, pero con límite de 70 años desde la muerte o declaración de fallecimiento del autor, podrán ejercer el derecho de decidir la divulgación de la obra, y la forma de llevarla a cabo, en su caso.

Los derechos patrimoniales o de explotación (que, como ya hemos dicho, a diferencia de los derechos morales, son transmisibles) se recogen en el artículo 17 de la LPI y son, en esencia:

- Derecho de reproducción: fijación que permita su comunicación u obtención de copias, sea directa, indirecta, provisional, permanente, por cualquier medio y forma.
- Derecho de distribución: puesta a disposición del público de original o copias, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

- Comunicación pública: todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.
- Transformación: traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

Dado que los derechos patrimoniales son transmisibles, su titular será, en cada caso, el autor o los cesionarios a los que el autor haya transmitido su derecho, con los límites que la ley y el contrato prevean.

b) *Derechos específicos de los autores de programas de ordenador.*

Junto con los anteriores derechos, la LPI prevé un paquete de derechos específicos de explotación de un programa de ordenador que asisten al autor o, en su caso, al cesionario:

- Reproducción total o parcial, incluso para uso personal, por cualquier medio y bajo cualquier forma, permanente o transitoria (cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho).
- Modificación: traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador.
- Distribución pública en cualquier forma, incluido alquiler del original o sus copias.

c) Sin perjuicio de todo lo anterior, debemos señalar que la regulación de los programas de ordenador se ha quedado en cierto sentido anticuada al abundar en la regulación de los derechos sobre las «copias» de los programas. Esta mentalidad, propia de la existencia física de copias de un programa de ordenador en distintos soportes (CD, lápices de memoria, etc.) no abarca el cada vez más frecuente fenómeno de licencias de software para uso «en línea». En estos casos, la copia del programa no se aloja físicamente en el ordenador del usuario, sino que éste accede en remoto a través de un servidor, sin necesidad de descargar ni grabar en su ordenador una copia del programa.

### 3.3. Límites a los derechos de explotación de los programas de ordenador

Los derechos de explotación de los programas de ordenador (tanto los genéricos como los específicos) cuentan con varias limitaciones previstas por la LPI en sus artículos 19,

99 y 100. Se trata principalmente del agotamiento comunitario y de la descompilación, así como otras limitaciones.

### 3.3.1. Agotamiento comunitario o doctrina de la *primera venta*

El principio del agotamiento comunitario, o «doctrina de la primera venta», es una limitación a los derechos de propiedad industrial e intelectual que opera como un límite al *ius prohibendi* de los titulares de derechos de explotación (en particular, del derecho de distribución) en la Unión Europea, para garantizar el mercado interior que propugna el artículo 26 y concordantes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): «El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados».

El agotamiento comunitario supone que el titular de un derecho de explotación sobre un programa de ordenador que ha sido introducido en el mercado comunitario por él mismo o por un cesionario agota su derecho de prohibir la circulación de dicho programa de ordenador en el mismo o en otro Estado miembro. El Tratado sobre el Derecho de Autor ya establecía que los Estados podrían determinar las condiciones de aplicación del agotamiento del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras, mediante venta u otra transferencia de propiedad «después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor» (art. 6). En ejercicio de esta facultad y de sus competencias al amparo del artículo 26 del TFUE, la Unión Europea reguló el agotamiento a nivel comunitario, primero a través de la Directiva 91/250 y actualmente mediante la Directiva 2009/24, cuyo artículo 4.2 dice así:

La primera venta en la Comunidad de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento agotará el derecho de distribución en la Comunidad de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo.

Así, el artículo 19.2 de la LPI, al regular la distribución, establece lo siguiente:

Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien solo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial.

En el mismo sentido, el artículo 99 c) de la LPI contiene una previsión muy similar:

La primera venta en la Unión Europea de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento agotará el derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo.

El artículo 270.5 b) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) también prevé una excepción a la importación de obras con finalidades ilícitas:

La importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

Así pues, la única excepción a este límite es, según el artículo 99 c) de la LPI y la Directiva 2009/24, el derecho de controlar «el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo».

Este límite fue aplicado por el TJUE en la conocida Sentencia de 3 de julio de 2012 dictada en el asunto C128/11 (UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp.), precisamente en relación con el agotamiento comunitario de la explotación de programas de ordenador. Posteriormente nuestro Tribunal Supremo dictó, interpretando este pronunciamiento, la Sentencia de 1 de junio de 2016 (ROJ: STS 2594/2016), en la que resolvió:

El agotamiento se produce incluso en los casos en los que el contrato de licencia de uso contenga una estipulación que impida la transmisión del derecho del licenciataria. El TJUE, en el párrafo 77 de su sentencia, ha declarado que «en virtud de la citada disposición [art. 4.2 de la Directiva] y pese a la existencia de disposiciones contractuales que prohíban la cesión posterior, el titular de los derechos de que se trate no podrá ya oponerse a la reventa de esa copia».

[...]

4.- Ahora bien, como se ha dicho, el segundo párrafo del art. 99.c TRLPI ha de interpretarse en el sentido de que la puesta a disposición de una copia, en soporte material o inmaterial, de un programa de ordenador y la celebración del correspondiente contrato de licencia de uso, examinadas en su conjunto, implican la transferencia del derecho de propiedad de la copia del programa de ordenador de que se trata y producen el agotamiento de los derechos del titular del programa en los términos previstos en dicho precepto legal.

Los términos en que está redactado tanto el art. 4.2 de la Directiva como el art. 99.c, segundo párrafo, del TRLPI, excluyen del agotamiento de los derechos de explotación del titular del programa de ordenador el derecho de controlar el alquiler del programa o de una copia del mismo. Y en el supuesto enjuiciado, según ha resultado determinado, se ha producido el alquiler de las copias de los programas por parte de Isastur a Bittia Comunicación. Tal alquiler está excluido del agotamiento de los derechos de explotación de las demandantes sobre sus programas de ordenador y, por tanto, infringe sus derechos en tanto que no había sido consentido.

La STJUE de 3 de julio de 2012 citada, en sus párrafos 70 y 78, exige que el adquirente inicial que procede a la reventa de una copia material o inmaterial de un programa de ordenador respecto de la que se ha agotado el derecho de distribución correspondiente al titular de los derechos de autor, para no violar el derecho exclusivo a la reproducción de un programa de ordenador que corresponde al autor de este, previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva, debe inutilizar la copia descargada en su ordenador en el momento de revenderla.

En síntesis, el Tribunal Supremo, al igual que el TJUE, utiliza una noción amplia del término «venta» contenido en el artículo 4.2 de la Directiva 2009/24 y en los artículos 19.2 y 99 c) de la LPI para garantizar el efecto útil del derecho comunitario: habrá que estar a la verdadera naturaleza de la transmisión para comprobar si es equiparable a la venta, a los efectos de poner coto al principio de agotamiento comunitario.

### 3.3.2. Descompilación

Se puede definir descompilación (o *reverse engineering*) como la traducción del lenguaje máquina a lenguaje de programación o «la conversión de un código informático en lenguaje de programación de alto nivel que pueda ser leído por un ser humano». Es, en otras palabras, el proceso por el cual se accede, a través del código objeto, al código fuente de un programa de ordenador (explicación somera que no contempla la complejidad técnica de este procedimiento). Ello es importante porque, en palabras de Rodríguez Tapia (2007), «quien tiene el código fuente, tiene el programa: accede a las ideas subyacentes en el mismo o puede manipularlo, emplearlo, mejorarlo, adaptarlo».

La LPI no utiliza el término descompilación, sino que, en su artículo 100, apartados 5 y 6, habla, en realidad, de «reproducción del código y la traducción». La Directiva 2009/24 sí utiliza, en cambio, este término (art. 6).

Tanto la Directiva 2009/24 como la LPI permiten expresamente la reproducción de un programa de ordenador o su traducción, sin la autorización del titular, cuando sea un procedimiento indispensable para obtener la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas. El considerando 10 de la Directiva 2009/24 define la interoperabilidad como «la capacidad de los programas de ordenador para intercambiar información y utilizar mutuamente la información así intercambiada».

La LPI impone determinadas condiciones para el ejercicio de la facultad de descompilar un programa de ordenador:

- Realización por usuario legítimo o persona facultada para utilizar una copia del programa.

- Que la información necesaria para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta previamente y de manera fácil y rápida, a su disposición.
- Que se limite a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para conseguir la interoperabilidad.
- Que se utilice únicamente para conseguir la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.
- Que solo se comunique a terceros cuando sea necesario para la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.
- Que no se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor.

La LPI permite la descompilación para favorecer el avance en el desarrollo de programas de ordenador. En palabras de la Directiva 2009/24, para «permitir la interconexión de todos los elementos de un sistema informático, incluidos los de fabricantes diferentes, para que puedan funcionar juntos». No obstante, para prevenir que pueda suponer infracción de derechos o abuso de los mismos, incluye una norma interpretativa de esta facultad para impedir que el derecho a la descompilación pueda interpretarse de forma que cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático.

### 3.3.3. Otras limitaciones a la explotación

Finalmente, debemos referirnos a otras limitaciones que el artículo 100 de la LPI contempla (reproduciendo las previstas en el art. 5 de la Directiva 2009/24), en las que no se requiere autorización del titular para llevar a cabo determinadas conductas.

En primer lugar, no se requiere autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario, para la reproducción o transformación de un programa de ordenador, incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para su utilización por usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta.

En segundo lugar, tampoco se requiere autorización para realizar una copia de seguridad por un usuario legítimo del programa. Además, será nula la previsión contractual que prohíba la realización de una copia de seguridad cuando resulte necesaria para la utilización del programa. No obstante, este derecho a realizar una copia privada no implica que el adquirente inicial de una licencia de un programa de ordenador que decide revenderla esté facultado para transmitir también la copia privada sin autorización del titular. Es el caso resuelto por el TJUE, en su Sentencia de 12 de octubre de 2016 (asunto C-166/15):

Los artículos 4, letras a) y c), y 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, deben interpretarse en el sentido de que, aunque el adquirente inicial de la copia de un programa de ordenador acompañada de una licencia de uso ilimitado tiene derecho a revender esta copia usada y su licencia a un subadquirente, en cambio, cuando el soporte físico de origen de la copia que se le entregó inicialmente está dañado o destruido o se ha extraviado, no puede proporcionar a este subadquirente su copia de salvaguardia de este programa sin autorización del titular de los derechos.

En tercer lugar, también se permite al usuario legítimo de una copia del programa observar, estudiar o verificar su funcionamiento, para determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a hacer. El TJUE, en su Sentencia de 2 de mayo de 2012 (asunto C406/10), ha matizado que el usuario debe constreñirse a las «operaciones cubiertas por esa licencia», en los siguientes términos:

2) El artículo 5, apartado 3, de la Directiva 91/250 debe interpretarse en el sentido de que quien haya obtenido una copia con licencia de un programa de ordenador puede, sin la autorización del titular de los derechos de autor, observar, estudiar y verificar el funcionamiento de ese programa con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquiera de sus elementos, cuando realice operaciones cubiertas por esa licencia así como los actos de carga y desarrollo necesarios para la utilización del programa de ordenador, siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor sobre ese programa.

En cuarto lugar, el autor, salvo pacto en contrario, no puede oponerse a que el cesionario titular de derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo.

### 3.4. Transmisibilidad de los derechos de explotación

Los derechos patrimoniales son transmisibles por el autor a eventuales cesionarios. El artículo 43 regula esta transmisión y establece las siguientes reglas, que podríamos agrupar en manifestaciones de dos principios principales:

Un primer principio sería el de la menor transmisibilidad de derechos. Este principio se manifiesta en las siguientes reglas supletorias que tienden a reservar al autor el mayor haz de derechos, salvo que conste expresamente su voluntad de desprenderse de los mismos, a saber:

- Si en el contrato no se especifica la duración de la transmisión, se entenderá que es por tiempo de cinco años.
- Si el contrato omite el ámbito territorial, se entenderá que la cesión se limita al país en el que se realice la cesión
- Si no se expresan específicamente las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.
- Salvo prueba en contrario, se presumirá que la cesión del derecho de uso de un programa de ordenador tiene carácter no exclusivo e intransferible y que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario.

Un segundo principio podría titularse como principio de libertad de creación: por otro lado, este principio tiende a proteger la libertad creativa de los autores, de manera que redunde en un beneficio colectivo:

- El artículo 43.4 de la LPI considera nulas las estipulaciones por las que el autor se compromete a no crear alguna obra en el futuro.
- Asimismo, el artículo 43.3 de la LPI considera nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro.

Estas últimas previsiones deben ponerse en conexión con la posibilidad de pactar la no concurrencia poscontractual en el ámbito laboral. Existe, en este sentido, cierta tensión con el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que prevé expresamente la posibilidad de que empleador y trabajador pacten la no competencia del empleado después de extinguido el contrato de trabajo, con su antiguo empleador. Este pacto, sin embargo, no puede exceder los dos años para los trabajadores técnicos (que será el caso de los programadores) y los seis meses para los demás trabajadores, y, además, debe reunir los requisitos consistentes en que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en pactar la no concurrencia y en que satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

El artículo 45 de la LPI exige que los contratos de licencia de software se formalicen por escrito y faculta al autor para resolver el contrato de cesión si, habiendo requerido previamente al cesionario, de forma fehaciente, este se negare a cumplir con la formalización por escrito del contrato.

Finalmente, los contratos de licencia de software pueden ser inscritos en el Registro General de la Propiedad Intelectual, pues la LPI permite la inscripción de los derechos tanto originarios (del autor) como derivativos (de los cesionarios) relativos a las obras protegidas.

## 3.5. Infracción de los derechos de autor

### 3.5.1. Sujetos infractores

Conforme al artículo 102 de la LPI, tienen la consideración de infractores de los derechos de autor sobre un programa de ordenador, quienes, sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el artículo 99, esto es, cualquiera de los derechos específicos atribuidos al autor de un programa de ordenador. Además, también constituyen infracciones las siguientes conductas:

- Puesta en circulación de una o más copias de un programa de ordenador con conocimiento de su naturaleza ilegítima o pudiendo presumirla.
- Tenencia con fines comerciales de una o más copias de un programa de ordenador, con conocimiento de su naturaleza ilegítima o pudiendo presumirla.
- Puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.

También serán responsables de la infracción el inductor y el cooperador que tuvieren conocimiento de la conducta infractora o tuviesen indicios razonablemente suficientes para conocerla, así como quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor.

Recientemente se ha planteado una petición de decisión prejudicial por la Cour d'appel de París el 24 de octubre de 2018 (asunto C-666/2018, IT. Development SAS contra Free Mobile SAS), en la que se plantea la siguiente cuestión prejudicial:

El hecho de que el licenciataria de un programa informático no respete los términos de un contrato de licencia de un programa informático (por la expiración del período de prueba, la superación del número de usuarios autorizados o de otra unidad de medida, como los procesadores que pueden utilizarse para que se ejecuten las instrucciones del programa informático, o por la modificación del código fuente del programa informático cuando la licencia reserva este derecho al titular inicial), ¿constituye:

una infracción de los derechos de propiedad intelectual (con arreglo a la Directiva 2004/48 de 29 de abril de 2004) 1 sufrida por el titular del derecho de autor del programa informático reservado por el artículo 4 de la Directiva 2009/24/CE de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, 2

o bien puede quedar sujeto a un régimen jurídico distinto, como el régimen de responsabilidad contractual de Derecho común?

Por otro lado, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, exime de responsabilidad en relación con las anterio-

res conductas a determinadores operadores por la información transmitida (operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones, prestadores de servicios de intermediación, alojamiento o almacenamiento, enlazamiento o instrumentos de búsqueda), siempre que cumplan determinados requisitos.

### 3.5.2. Medidas de protección

El artículo 103 de la LPI recoge las acciones específicas por infracción de los derechos de propiedad intelectual que asisten a sus titulares, sin perjuicio de cualquier otra acción que les corresponda. Se trata de las siguientes:

- a) *Cese de la actividad ilícita*: Esta medida podrá comprender, sobre la actividad infractora, la suspensión, prohibición de reanudación y retirada del comercio y destrucción de los ejemplares ilícitos, a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas, así como otra serie de medidas técnicas sobre las mercancías e instrumentos utilizados para llevar a cabo la infracción. Esta medida no resulta de aplicación a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal.
- b) *Indemnización de los daños materiales y morales causados*, incluyendo tanto el lucro emergente como el lucro cesante. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de estos criterios:
  - Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procede su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.
  - La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

La acción para ejercitar la indemnización de daños y perjuicios de derechos de autor prescribe a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

- c) *Publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral* en medios de comunicación a costa del infractor.

## 3.6. Delitos contra la propiedad intelectual

Aunque las limitaciones de extensión del presente trabajo impiden entrar en un estudio profundo, es necesario al menos mencionar los delitos contra la propiedad intelectual regulados en los artículos 270 a 272 del CP.

En esencia, la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual comprende un tipo básico, uno atenuado (para la distribución o comercialización «meramente ambulante u ocasional») y uno agravado por la concurrencia de determinadas circunstancias, todos ellos relacionados con la infracción de los derechos económicos de los creadores. Son conductas integradoras del tipo básico, someramente, las mismas conductas que se consideran infracciones previstas en la LPI, siempre que se realicen con ánimo de obtener un beneficio económico y en perjuicio de tercero. El artículo 270 expresamente proscrib el plagio de las obras protegidas, término que a pesar de su habitualidad está reservado para el ámbito penal.

Además, dentro del tipo penal también tienen encaje la facilitación en la prestación de servicios de la sociedad de la información de acceso a repertorios de obras infractoras, la exportación e importación de ejemplares ilícitos y la eliminación o facilitación de la eliminación de las medidas tecnológicas incorporadas a las obras con el fin de impedir o restringir la realización de conductas ilícitas sobre las mismas.

#### 4. El software como derecho de propiedad industrial: invenciones implementadas por ordenador

Como ya hemos avanzado, el software «como tal» (*as such*) no es patentable. La propia Oficina Española de Patentes y Marcas califica el término «patente de software» como «frecuente» pero «equivoco». A diferencia de la regulación específica con la que cuentan los programas de ordenador como objeto de los derechos de autor, a día de hoy, las invenciones implementadas por ordenador (*computer-implemented inventions*) no cuentan con normas propias y diferenciadas dentro de la propiedad industrial. Son, sobre todo, un concepto construido por la práctica de las oficinas de patentes (nos referimos a la Oficina Española de Patentes y Marcas y a la Oficina Europea de Patentes, etc.) para colmar una laguna jurídica y dotar de protección a los programas de ordenador en la medida en que resuelvan un problema técnico.

El artículo 96.3 de la LPI contempla expresamente esta figura al establecer que los programas de ordenador que «formen parte de una patente o un modelo de utilidad» gozarán «de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial».

El principal instrumento internacional para la regulación de esta materia es la Convención de París sobre la Propiedad Industrial de 1883, que adoptó los principios de «trato nacional» (obligación de dispensar el mismo trato a los nacionales que a los nacionales de los demás Estados contratantes) y de «prioridad» (el depósito en un Estado contratante legitima para presentar una solicitud de patente en otro Estado contratante dentro de determinado plazo). Pero, hasta la fecha, el derecho *sustantivo* de patentes no está armonizado, ni a nivel internacional ni a nivel comunitario, al mismo grado que el derecho de autor para los programas de ordenador.

A nivel comunitario, hubo un intento de regulación propia de este concepto mediante la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador, en el año 2002 (la «Propuesta de Directiva»). Este instrumento, nunca aprobado, aspiraba a solucionar esta falta de regulación, dado que la protección que otorgan las patentes a las invenciones implementadas por ordenador «es ambigua y no ofrece, por tanto, seguridad jurídica» ya que «una invención implementada en ordenador puede estar protegida en un Estado miembro, pero no en otro, lo que tiene repercusiones directas y negativas en el correcto funcionamiento del mercado interior». En síntesis, la Propuesta de Directiva pretendía codificar y sistematizar los requisitos que la práctica de la Oficina Europea de Patentes exige a las invenciones implementadas por ordenador:

- a) *Carácter o efecto técnico*: En cierto sentido, es una característica intrínseca a los programas de ordenador, conforme al caso *Controlling pension benefits system/PBS*, dado que todos los programas de ordenador son técnicos por ejecutarse en una máquina; y
- b) *Contribución técnica*: En este sentido, es fundamental el asunto *Vicom*, que estableció que la contribución técnica (aportación novedosa al estado de la técnica) podía radicar en que la invención resuelva el problema correspondiente, en los medios (características técnicas) que constituyen la solución al problema correspondiente, en los efectos obtenidos en la resolución del programa correspondiente o en la necesidad de consideraciones técnicas para llegar a la invención implementada por ordenador.

Según otros pronunciamientos de la Oficina Europea de Patentes, el efecto técnico puede consistir

en el control de un proceso industrial, en el procesamiento de datos o en el funcionamiento interno del ordenador en sí mismo o sus interfaces bajo la influencia del programa y podría, por ejemplo, afectar a la eficacia o la seguridad de un proceso, la gestión de los recursos informáticos necesarios o la tasa de transferencia de datos en un enlace de comunicación (T 769/92, OJ 8/1995, 525; T 258/03, OJ 12/2004, 575 y T 1173/97, OJ 10/1999, 609) (ROJ: SAP M 14144/2011).

Por ejemplo, la patente europea EP 771 280 se concedió para una inversión que permite la detección del funcionamiento correcto de una unidad de control de ABS por su carácter técnico.

## 4.1. Objeto de protección

Son invenciones patentables aquellas que sean (a) nuevas, (b) impliquen actividad inventiva y (c) sean susceptibles de aplicación industrial (art. 4 LP). No obstante, se excluyen

expresamente los «programas de ordenador» (art. 4.4 c) LP). Esta exclusión aparentemente categórica viene matizada por el artículo 52 del Convenio sobre Concesión de Patentes Europeas, hecho en Múnich el 5 de octubre de 1973, que excluye la patentabilidad de los programas de ordenador cuando se pretenda patentarlos «como tales» (*as such*).

- a) La novedad implica que la invención no esté comprendida en el estado de la técnica (todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio) (art. 6 LP).
- b) La actividad inventiva es aquella que no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia (art. 8 LP).
- c) La susceptibilidad de aplicación industrial implica que su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria (art. 9 LP).

A su vez, una invención implementada por ordenador debe reunir una serie de requisitos adicionales para considerarse patentable. La Oficina Europea de Patentes ha elaborado una guía con directrices, que resumen las características que, en la práctica, se exigen a una invención de software para que sea susceptible de patente:

- a) Una invención implementada por ordenador ha de tener un carácter técnico, lo cual es, en cierta medida, un requisito implícito por el hecho de ser un programa de ordenador que necesariamente tiene un carácter técnico, por lo que la Oficina Europea de Patentes ha llegado a indicar que «la práctica de la OEP recomienda soslayar la discusión sobre el carácter técnico de la invención y decidir la concesión en virtud de la contribución técnica».
- b) Además, una invención implementada por ordenador debe ofrecer una «contribución técnica» que produzca un «efecto técnico adicional» cuando se ejecuta en un ordenador (entendiéndose por tal un efecto técnico que vaya más allá de las interacciones físicas «normales» entre software y hardware).

## 4.2. Acceso a la protección. Solicitud y concesión de la patente

En el sistema de patentes resulta clave el principio de territorialidad, esto es: la patente es un derecho de propiedad industrial delimitado a la jurisdicción de cada Estado en el que se solicita protección, con arreglo, en principio, a la legislación nacional de cada Estado. Debido a la globalización se han ido adoptando instrumentos a nivel internacional y comunitario para superar el freno al desarrollo que supone la fragmentación jurídica y la burocracia a las que se tiene que enfrentar el inventor que desea proteger su invento en más de un país. En este sentido, resulta muy elocuente la propia exposición de motivos de la LP: «En

1986 todas las patentes se concedían por vía nacional. Hoy más del 90 por ciento de las patentes con efectos en España lo son por la Oficina Europea de Patentes (OEP)».

Los instrumentos adoptados con esta finalidad son, básicamente, el Convenio sobre concesión de la Patente Europea, hecho en Múnich el 5 de octubre de 1973 (el «Convenio sobre la patente europea») y el Tratado de cooperación en materia de patentes, hecho en Washington el 19 de junio de 1970 (PCT, por sus siglas en inglés), adoptados a nivel europeo e internacional, respectivamente.

El Convenio sobre la patente europea crea la «patente europea», que no es más que una patente que, mediante una única solicitud ante la Oficina Europea de Patentes, permite obtener en los Estados contratantes en los que se solicite una patente que «tendrá los mismos efectos» y estará sometida al mismo régimen que una patente nacional concedida en dicho Estado (art. 2). Los requisitos que debe cumplir una invención para ser objeto de una patente europea vienen regulados en los artículos 52 a 27 y son idénticos a los exigidos por la LP. La patente europea tiene una duración de 20 años a partir de la fecha de presentación de la solicitud y puede ser objeto de cesión (necesariamente por escrito) y de licencias. La patente española también concede una protección de 20 años improrrogables desde la fecha de presentación de la solicitud (art. 58 LP).

El PCT, por su parte, es un sistema de «ventanilla única» que permite realizar una solicitud «internacional» de patente, para obtener protección en varios países al mismo tiempo. A diferencia del Convenio sobre la patente europea, el PCT es simplemente un sistema que permite ahorrar trámites y tasas al solicitante, pero no da derecho a una patente internacional, sino a tantas patentes nacionales como Estados contratantes concedan la protección, a través de sus respectivas oficinas nacionales.

En definitiva, el inventor que desee obtener una patente necesariamente ha de presentar una solicitud de patente ante la oficina correspondiente (para obtener una patente española, ante la Oficina Española de Patentes y Marcas).

La LP establece que las invenciones realizadas por un empleado o prestador de servicios durante la vigencia de su contrato o relación de empleo o de servicios con el empresario que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva de su contrato pertenecen al empresario. Además, el autor no tiene derecho a una remuneración suplementaria salvo si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para el empresario exceden de manera evidente el contenido explícito o implícito de su contrato. El empresario también tendrá derecho a asumir la titularidad de la invención o a reservarse el derecho de utilización de la misma cuando en la invención hubiesen influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por esta, siempre que el empleado reciba una compensación económica.

### 4.3. Contenido del derecho de patente

La patente confiere a su titular el monopolio de su explotación, a través de una serie de derechos de exclusión en la explotación directa e indirecta de la invención, a saber (arts. 59 y 60 LP):

- La fabricación, ofrecimiento para venta, introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o la importación o posesión del mismo para tales fines.
- La utilización de un procedimiento objeto de la patente o el ofrecimiento de dicha utilización, cuando el tercero sabe, o las circunstancias hacen evidente, que la utilización del procedimiento está prohibida sin el consentimiento del titular de la patente.
- El ofrecimiento para la venta, la introducción en el comercio o la utilización del producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente o la importación o posesión de dicho producto para alguno de los fines mencionados.
- Derecho a impedir que sin su consentimiento cualquier tercero entregue u ofrezca entregar medios para la puesta en práctica de la invención patentada relativos a un elemento esencial de la misma a personas no habilitadas para explotarla, cuando el tercero sabe o las circunstancias hacen evidente que tales medios son aptos para la puesta en práctica de la invención y están destinados a ella.

A diferencia del derecho de propiedad intelectual, el titular de una patente de software no tiene derechos morales.

### 4.4. Límites al derecho de explotación de la patente

Tal y como ocurre en sede de derechos de autor, el derecho de explotación de la patente no es ilimitado, sino que viene acotado por excepciones al monopolio del titular de la patente, con una razón de ser muy similar a las excepciones previstas en sede de derechos de autor, a saber (art. 61 LP):

- Actos realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales.
- Actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada.
- Actos relativos a un producto protegido por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en el Espacio Económico Europeo por el titular de la patente o con su consentimiento, a menos que existan motivos legítimos que jus-

tifiquen que el titular de la patente se oponga a la comercialización ulterior del producto. Ésta es una manifestación del agotamiento comunitario en sede de patentes.

#### 4.5. Transferencias, licencias y gravámenes. Especialmente, licencias obligatorias

De manera muy similar a los derechos de explotación del autor, la patente es transmisible mediante la concesión de licencias. La LP también establece un principio a favor de la menor transmisión de derechos (presunción de que la licencia no es exclusiva y prohibición de cesión a sublicenciarios sin autorización).

Sin embargo, una gran diferencia en la regulación de las patentes, en comparación con los derechos de autor, es que el titular de la patente está obligado a explotar efectivamente la invención patentada, bien por sí mismo o bien por persona autorizada, de forma que dicha explotación sea «suficiente para abastecer la demanda en el mercado español» (art. 90 y ss. LP). Esta explotación debe realizarse dentro del plazo de cuatro años desde la presentación de la solicitud o de tres desde la publicación de su concesión. En caso contrario, el titular de una patente puede enfrentarse a la concesión obligatoria de una licencia por falta de explotación de la invención patentada, a solicitud de cualquier persona, salvo excusa legítima que justifique la falta de explotación (entendiéndose por tales las dificultades objetivas de carácter técnico legal, ajenas a la voluntad y a las circunstancias del titular de la patente, que hagan imposible la explotación del invento o que impidan que esa explotación sea mayor de lo que es).

Además, las patentes caducan, además de por expiración de su plazo, por falta de pago en tiempo oportuno de una anualidad y por falta de explotación en los dos años siguientes a la primera concesión de una licencia obligatoria (art. 108 LP).

### 5. Obligaciones legales y contractuales de confidencialidad

Otros instrumentos para la protección de los programas de ordenador son las obligaciones legales y contractuales de confidencialidad o reserva. Cabe aclarar que estos deberes no protegen única y necesariamente a los autores de los programas de ordenador, sino que dispensan protección también a los meros usuarios cuando la existencia o utilización de determinado programa de ordenador sea ajena al conocimiento del público.

Así, por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 5, contempla, entre los deberes laborales, el cumplimiento de las obligaciones concretas del puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia. Además, los trabajadores están obligados a cumplir las órdenes del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas y a no concurrir con la actividad de la empresa. Por lo que respecta a la buena fe,

es un concepto jurídico indeterminado que «precisa individualizarse en cada caso y para configurar la deslealtad es preciso que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato» (ROJ: STSJ M 10998/2012). Dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, podría entenderse que incluye un deber de confidencialidad por parte del empleado sobre los programas de ordenador que cree o utilice la empresa. Por ello, para evitar controversias, sería recomendable incluir expresamente en el contrato un especial deber de confidencialidad sobre todo lo que atañe al *know-how* de la empresa y, en particular, sobre sus derechos de propiedad intelectual.

Por otro lado, la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (LSE) ha venido a sistematizar la protección del secreto empresarial, aquella información no conocida fuera del seno de una empresa que tiene un valor estratégico en el mercado y cuya divulgación no consentida puede causar un perjuicio. Esta ley es transposición de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. En nuestro ordenamiento, a su vez, trae causa del artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que prohibía la obtención de secretos empresariales (y que ha quedado modificado tras la entrada en vigor de la LSE, a la que se remite).

La razón por la que se menciona esta norma es que, hasta ahora, como decíamos, hemos abordado la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a los titulares de derechos de propiedad intelectual por ser autores de los programas de ordenador. No obstante, la legislación sobre secretos empresariales puede ofrecer protección a quien, sin ser necesariamente autor de un programa de ordenador, puede tener un interés en que dicho software permanezca sustraído del conocimiento público por el papel clave que juega en el engranaje de su empresa. La propia Directiva 2016/943, en su considerando 39, consagra la compatibilidad de la legislación sobre propiedad intelectual y sobre secretos empresariales:

La presente Directiva no debe afectar a la aplicación de cualquier otra normativa aplicable en otros ámbitos, en particular los derechos de propiedad intelectual y el Derecho contractual. No obstante, en caso de solapamiento del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo con el ámbito de aplicación de la presente Directiva, prevalecerá la presente Directiva en tanto que *lex specialis*.

En definitiva, confluyen en este punto dos ámbitos de protección y, con ello, la posible concurrencia de perjudicados: el autor de un programa de ordenador y el empresario cesionario en exclusiva.

El artículo 1 de la LSE define el secreto empresarial como «cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero» que reúna las siguientes condiciones: (a) ser secreta, (b) tener un valor empresarial real

o potencial precisamente por ser secreta, y (c) haber sido objeto de medidas razonables para ser mantenido en secreto. El titular del secreto empresarial es cualquier persona (física o jurídica) que legítimamente ejerza el control sobre el mismo (art. 1.2 LSE).

La regulación sistemática de los secretos empresariales ha desplazado, en parte, los recursos que LCD ofrecía para la protección de los programas de ordenador. En cualquier caso, la LCD proscribía determinadas conductas relacionadas con la utilización de los derechos de propiedad intelectual. El artículo 5 de la LCD regula los actos de engaño, entre los cuales se encuentra cualquier conducta que contenga información falsa o información veraz que pueda inducir a error a los destinatarios y alterar su comportamiento económico, en particular, por referirse a los derechos intelectual del empresario, profesional, o su agente. A su vez, conforme al artículo 15 de la LCD, supone competencia desleal el prevalimiento de una ventaja significativa obtenida mediante infracción de las leyes, lo que reconduce a las infracciones previstas en la propia LPI, así como en el Código Penal, la Ley de Secretos Empresariales, etc.

## 6. Conclusiones

A la vista de lo expuesto, podemos extraer algunas consideraciones acerca de la protección del software, en particular sobre las deficiencias que su regulación presenta. Y es que, de entrada, podemos afirmar que la regulación de los derechos de autor no cubre eficazmente todas las peculiaridades de los programas de ordenador, razón por la que, en parte, conviven los dos regímenes de protección que hemos visto: software *puro* e invenciones implementadas por ordenador.

La principal de estas lagunas deriva del hecho de que los derechos de autor protegen la expresión concreta de los programas de ordenador, pero no las «ideas y principios en los que se basan» (art. 96.4 LPI), a pesar del innegable valor que puede llegar a tener una idea revolucionaria. Esta vulnerabilidad ha sido advertida por nuestra jurisprudencia, y así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid (ROJ: SAP M 14144/2011) ha declarado:

Quando cualquier variación en el código fuente de un programa permite cumplir con el requisito de originalidad frente a otro programa anterior, incluso el resultado de la aplicación de ambos programas es el mismo, no puede afirmarse que se trata de una copia [...]. Además, por mucho esfuerzo que represente el desarrollo de un programa, el llegar a los mismos resultados funcionales no constituye infracción («copia») alguna si no se reproduce el código fuente o el código objeto.

Esta decisión por proteger únicamente la expresión del programa de ordenador deja huérfano de protección al software en su fase embrionaria. Aunque gozan de protección los trabajos preparatorios del software, esta protección solo se dispensa en la medida en que estén suficientemente desarrollados como para originar un programa de ordenador. También queda desamparado el creador que concibe y desarrolla una idea revolucionaria

si un competidor puede replicar la funcionalidad de esa misma idea mediante otro lenguaje o mediante otros elementos, lo que reconduce al eterno debate sobre qué tiene más valor, la idea o la ejecución. En cierta medida, esta limitación es lógica desde el punto de vista de la infracción y de la prueba (lo que solo existe en la mente del autor no se puede copiar ni demostrar que se ha copiado), pero en cualquier caso es irrefutable que una idea puede tener enorme valor y, a día de hoy, no cuenta con la protección de los derechos de autor. Podría quedar amparada, sin embargo, como secreto empresarial.

Otra de las deficiencias del derecho de autor para la protección del software, directamente relacionado con lo anterior, es dónde se coloca la frontera entre la idea y la expresión. En el caso de los programas de ordenador, la copia o plagio, entendido como apropiación de la creación mediante copia de su código, no tiene por qué ser tan evidente y descarado como la copia íntegra del código de principio a fin. Es decir, no solo la misma expresión de un programa de ordenador supone infracción de los derechos del autor. La jurisprudencia ha tratado de relativizar el concepto de copia y se ha referido en ocasiones al plagio como «copia sustancial» de la obra ajena por contraposición a la «copia servil». Y es que en la mayoría de los casos, en caso de infracción, la copia de un programa de ordenador será más sutil que el plagio íntegro y consistirá en la extracción de determinadas partes esenciales y en el maquillaje o disfraz del resto del código. La denuncia de estas prácticas supone un esfuerzo probatorio relevante para las partes de un eventual procedimiento y requiere un análisis minucioso por parte del juzgador, así como la intervención necesaria de peritos informáticos para determinar las coincidencias y la influencia de un programa en otro.

En tercer lugar, otra de las contradicciones del derecho de autor aplicado al software es el hecho de que no sea necesaria la formalidad del registro para acceder a su protección. No es del todo extraño que el juzgador deba analizar, como presupuesto de la infracción del derecho, la existencia misma de ese derecho, tanto porque la legitimación es una cuestión apreciable de oficio como a instancia del demandado que excepcione falta de legitimación activa. El estándar para analizar si un programa de ordenador debe ser protegido o no es exclusivamente el criterio de originalidad. Esta laxitud en la utilización de un concepto jurídico indeterminado por una parte puede ampliar la protección, pero por otro lado provoca inseguridad jurídica y la posposición del problema al momento en que la acción se ejercita ante los tribunales. Ha habido casos en los que se ha negado la consideración de autor a quien ya había interpuesto una demanda en la creencia de buena fe de tal condición (por ejemplo, ROJ: SAP SE 1105/2013). Esta inseguridad no afecta, en cambio, al titular de una patente sobre una invención implementada por ordenador.

Finalmente, por lo que respecta a las invenciones implementadas por ordenador, la conjunción de su falta de regulación propia en sede de propiedad industrial (a diferencia de los programas de ordenador en sede de propiedad intelectual) con el principio de territorialidad y la falta de armonización sustantiva del derecho de patentes generan una gran inseguridad jurídica, echándose en falta en un mercado global un instrumento que sistematice los requisitos que debe reunir el software para poder ser patentado.



## Referencias bibliográficas

Crespo Velasco, A. (2017). La patentabilidad del software en Europa. *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, 39, 155-169.

Rodríguez Tapia, J. M. (Dir.) (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* (pp. 95 a 104). Aranzadi.



# Gestión del riesgo en el diseño y comercialización masiva de instrumentos financieros con políticas corporativas de gobierno de producto

**José Luis Blanco Pérez**

*Abogado*

## Extracto

Las entidades financieras están en continuo desarrollo de sus políticas corporativas con el fin de gestionar y mitigar los riesgos aparejados a la actividad bancaria. Hay múltiples riesgos que subyacen en el ejercicio de esa actividad social, pero uno es especialmente destacable a los efectos de una correcta gobernanza de productos, como es el riesgo regulatorio o legal. La gobernanza de productos es un sistema de control de productos y servicios, basado en el principio de autorregulación normativa, que las entidades financieras tienen que establecer y hacer cumplir internamente con la finalidad de controlar completamente el ciclo de vida de un instrumento financiero: desde su diseño hasta la venta masiva al público destinatario.

**Palabras clave:** gobierno de producto; banca privada; instrumentos financieros; gestión del riesgo; MIFID.

Fecha de entrada: 24-03-2020 / Fecha de aceptación: 05-05-2019

**Cómo citar:** Blanco Pérez, J. L. (2020). Gestión del riesgo en el diseño y comercialización masiva de instrumentos financieros con políticas corporativas de gobierno de producto. *Revista CEFLegal*, 234, 71-90.





# Risk management in investment products' design and massive selling with corporate policies of product governance

José Luis Blanco Pérez

## Abstract

Financial entities are in continuously development of their corporate policies in order to manage and mitigate risks associated to banking activity. Banks have to address multiple risks indeed but there is a risk that stands out among others when it comes to product governance: regulatory and legal risk. Product governance is a system of oversight and control of product and services, based on the principle of self-regulation, that it must be implemented. Financial entities have to establish and make employees comply with an internal approval process of new products and also entities must monitor the whole lifecycle of any product: from its design until the massive selling to the target market.

**Keywords:** product governance; private banking; investment products; risk management; MiFID.

**Citation:** Blanco Pérez, J. L. (2020). Gestión del riesgo en el diseño y comercialización masiva de instrumentos financieros con políticas corporativas de gobierno de producto. *Revista CEFLegal*, 234, 71-90.



## Sumario

1. Introducción
2. Marco normativo europeo y español
3. Marco cuasinormativo y *soft law*
4. Definición de un público objetivo (*target market*)
5. *Stress test* o pruebas de simulación
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

La reputación y la confianza son dos cimientos fundamentales del buen funcionamiento de los mercados financieros. Valores éticos que no son ajenos a los comportamientos que encontramos en el seno de las relaciones contractuales entre entidades financieras y sus clientes, en los comportamientos en el ámbito interno de las entidades intervinientes en los mercados y, por último, en los comportamientos indebidos y sancionables que, por su gravedad, pudieran ser constitutivos de reproche penal. Los códigos de conducta han funcionado como antesala de la penetración de la ética en el ordenamiento jurídico, es decir, a través de la autorregulación corporativa.

Sin embargo, la crisis financiera de 2008 ha puesto de manifiesto que, a veces, la mera aplicación por sí solo de un código de conducta interno para la prestación de servicios de inversión a clientes puede ser insuficiente para asegurarse de que las entidades financieras cumplan con su deber de actuar en el mejor interés del cliente.

La Directiva MiFID I<sup>1</sup>, que entró en vigor el 1 de noviembre de 2007, conllevó la modernización de los mercados financieros, al tiempo que reforzó la protección al inversor, mejoró las potestades supervisoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y fomentó –y sigue fomentando– la cooperación entre los distintos supervisores de la Unión Europea. Sin embargo, por entonces, el aumento del número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encontraban una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos, el devenir de la crisis financiera, la detección por parte de los diferentes organismos reguladores internacionales de puntos débiles en el gobierno corporativo de una serie de entidades financieras y, en definitiva, las sucesivas reformas y desarrollos sobre MiFID I imponían con carácter de evidencia a los poderes públicos la necesidad de extender, ampliar y refundir la normativa de aplicación.

La Directiva MiFID II<sup>2</sup> fue el resultado de ese encargo, puesto que vino a satisfacer esas imperiosas necesidades del momento. Esta directiva fue transpuesta en España mediante real decreto-ley con más de un año de retraso. MiFID II introduce más exigencias en ma-

---

<sup>1</sup> Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID I).

<sup>2</sup> Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (MiFID II).

teria de transparencia, que tienen por finalidad aumentar la protección al inversor; entre otras, exige un minucioso control de todas las fases del ciclo de vida de productos y servicios financieros, y trata de asegurarse de que las entidades financieras, las cuales crean y comercializan productos financieros, actúan en el mejor interés del cliente.

Para conseguir este propósito, MiFID II y las normas de desarrollo obligan a implementar un sistema de gobernanza de productos en el seno de las entidades financieras basado en el principio de autorregulación normativa. Este sistema de gestión del riesgo debe reflejarse en una política corporativa de obligado cumplimiento por los integrantes de la entidad financiera, que debe desarrollar un proceso de aprobación de productos por cada nuevo instrumento financiero que la entidad origine o para insertar modificaciones sustanciales en instrumentos previamente aprobados.

Con la implementación del proceso de aprobación de nuevos productos, MiFID II viene a rediseñar la relación existente entre intermediarios y clientes, porque obliga a las entidades intermediarias a internalizar esta relación en sus políticas de gobierno corporativo. Esto es así debido a que el interés del cliente asume una mayor preponderancia, un papel central en todo el ciclo de vida del instrumento financiero, es decir, desde su creación hasta su comercialización.

Los atributos del cliente juegan –más que nunca– un rol fundamental desde la fase inicial de creación de un instrumento financiero. De hecho, los productos financieros deben ser diseñados para cumplir con las necesidades del público objetivo positivo y con los objetivos de cada instrumento financiero. La implementación de un procedimiento de aprobación de nuevos productos ha causado un gran impacto burocrático –pero sumamente relevante– en las entidades intermediarias, porque provoca una redefinición de roles, una asignación de nuevas tareas y la asunción de mayores responsabilidades.

Hecha esta reflexión, traslado al lector que el objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, el de destacar las principales características de un sistema de gobernanza de productos y subrayar los esfuerzos que las entidades financieras han tenido –o tienen– que hacer frente para poder cumplir con este nuevo marco normativo.

El segundo objetivo, como consecuencia del vacío o falta de bagaje doctrinal en esta concreta materia, es el de ofrecer al lector unas líneas maestras teóricas –que derivan de una experiencia plenamente profesional y práctica– con el fin de que permitan el correcto entendimiento de este nuevo ecosistema de gobernanza de productos.

## 2. Marco normativo europeo y español

La aprobación de MiFID I constituyó un punto de inflexión en materia de protección a los inversores porque las autoridades europeas han ido reforzando la protección del cliente a todo tipo de productos financieros, incluyendo los típicamente bancarios o de seguros.

Que las entidades financieras deban elaborar un procedimiento de gobierno de producto que ordene, sistematice y controle el ciclo de vida de los productos y servicios financieros nace de los artículos 16.3 y 24.2 de MiFID II y de los artículos 9 (referido a «fabricante») y 10 (referido a «distribuidor») de la Directiva Delegada de MiFID II<sup>3</sup>.

La entidad fabricante (*manufacturer*) significa, conforme al considerando 15 y el artículo 9.1 de la Directiva Delegada de MiFID II, la entidad que fabrica un instrumento financiero, es decir, la creación, desarrollo, emisión o diseño de un producto, incluso cuando asesora a sociedades emisoras sobre el lanzamiento de un nuevo producto.

La entidad distribuidora (*distributor*) significa, conforme al considerando 15 y el artículo 10.1 de la Directiva Delegada de MiFID II, la entidad que ofrece, recomienda o comercializa productos y servicios de inversión a un cliente.

Ambos roles pueden recaer en una misma entidad, aunque no necesariamente, porque pueden existir comercializadores pero que no sean fabricantes, o bien fabricantes que sean empresas del mismo grupo societario o ser ajenos al grupo societario de la entidad comercializadora. En este último caso, el consejo de administración de cada entidad debe aprobar una política corporativa de gobierno de producto y velar por su cumplimiento en toda la entidad.

Este articulado *per se* es insuficiente y solo establece unas directrices como mínimo común denominador o de mínima armonización. Los Estados miembros de la Unión Europea tuvieron –y tienen si no lo hicieron ya– el deber de transponer el derecho originario de la Unión a sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, en tanto que la directiva, como norma de resultado, no instruye sobre elementos formales o materiales del proceso de gobernanza de productos.

El Gobierno de España hizo los deberes, aunque muy tardíamente y bajo amenaza y propuesta de sanción por parte de la Comisión Europea. El resultado es un parco e incompleto texto que apenas entra en desarrollo, motivado por la urgencia de la transposición: el Real Decreto-Ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (en adelante, Real Decreto-Ley 14/2018).

Este Real Decreto-Ley 14/2018 transpone las primeras directrices en cuanto al diseño y comercialización de productos financieros por parte de empresas de servicios de inversión

---

<sup>3</sup> Directiva Delegada (UE) 2017/593 de la Comisión Europea, de 7 de abril de 2016, por la que se complementa la Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios.

(articulado 47 del Real Decreto-Ley 14/2018 que introduce el artículo 208 ter en la vigente versión consolidada de la Ley de Mercado de Valores)<sup>4</sup>.

Esta transposición, concretamente este artículo 208 ter, es, si no fuera por unos matices necesarios de retoque, un plagio al apartado 2.º del artículo 24 de la Directiva Europea MiFID II. Este hecho pone de manifiesto que el legislador, una vez más, ha recurrido a la técnica legisladora del decreto-ley para elaborar una transposición de mínimos que evitara la sanción propuesta por la Comisión Europea en su demanda ante el TJUE por el retraso indebido en la transposición de la directiva y el consecuente desprestigio de las cortes legisladoras.

En virtud del artículo 208 ter y la disposición final cuarta del Real Decreto-Ley 14/2018, se faculta al Gobierno para dictar las normas reglamentarias que estime oportunas con el fin de desarrollar lo dispuesto en ese real decreto. Hasta ahora, esto se traduce en una reglamentación parcial con el Real Decreto 1464/2018, de 21 de diciembre (en adelante, Real Decreto 1464/2018).

El Real Decreto 1464/2018 tampoco hace uso del desarrollo reglamentario, al menos en cuanto se refiere a la gobernanza de productos, que únicamente alude en el preámbulo y en el artículo 30 sexies titulado como «Otras medidas de organización interna».

En ambas secciones se establece la obligatoriedad de que las empresas de servicios de inversión que diseñen instrumentos financieros para su comercialización a clientes deberán implementar, mantener, gestionar y revisar un proceso previo de aprobación de cada instrumento para identificar un mercado de clientes finales a los que se dirigirá el instrumento

---

<sup>4</sup> «Artículo 208 ter. *Diseño y comercialización de productos financieros.*

1. Las empresas de servicios y actividades de inversión que diseñen instrumentos financieros para su venta a clientes deberán garantizar que dichos instrumentos estén diseñados para responder a las necesidades de un mercado destinatario definido de clientes finales dentro de la categoría de clientes pertinentes. Asimismo, deberán garantizar que la estrategia de distribución de los instrumentos financieros sea compatible con el mercado destinatario definido, debiendo adoptar asimismo medidas razonables para garantizar que el instrumento se distribuya en el mercado destinatario definido.

2. Las empresas de servicios y actividades de inversión deberán comprender las características de los instrumentos financieros que ofrecen o recomiendan valorar la compatibilidad de los mismos con las necesidades de los clientes a quienes prestan servicios y actividades de inversión, teniendo en cuenta asimismo el mercado destinatario definido de los clientes finales a que se refiere el apartado anterior, y garantizar que los instrumentos se ofrezcan o comercialicen únicamente cuando ello redunde en interés del cliente.

3. Reglamentariamente se desarrollarán las obligaciones en materia de vigilancia y control de productos financieros previstos en este artículo para las empresas de servicios y actividades de inversión que produzcan y distribuyan instrumentos financieros. La CNMV podrá precisar los procedimientos y factores a considerar para la determinación del mercado destinatario de los instrumentos financieros, así como los procesos y sistemas que las entidades deberán implementar para garantizar razonablemente que los productos se distribuyan al mercado destinatario identificado».

y las adaptaciones significativas de los instrumentos existentes antes de su comercialización o distribución a los clientes.

Hasta el momento hemos destacado la normativa referente a productos de inversión, pero existe regulación europea en materia de gobernanza para productos de seguro. La Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (en adelante, la Directiva UE sobre la distribución de seguros) establece normas relativas al acceso a las actividades de distribución de seguros y reaseguros, y al ejercicio de las mismas dentro de la Unión Europea, tanto de los seguros de vida con componente de inversión (p. ej. *unit-linked*, rentas vitalicias y PIAS) como de los seguros de vida sin componente de inversión; también se subsumen en esta regulación los seguros de no vida (p. ej. seguros de salud, accidentes, sobre vehículos a motor, etc.). Únicamente quedan excluidos los seguros sobre grandes riesgos (art. 25.4 Directiva UE sobre la distribución de seguros).

El artículo 25 de la Directiva UE sobre la distribución de seguros establece directrices de control de productos de seguro y requisitos en materia de gobernanza. La directiva exige, bajo criterios de proporcionalidad y adecuación, que las compañías de seguros, así como los intermediarios que diseñen productos de seguro para su comercialización a clientes, mantengan, gestionen y revisen un proceso para la aprobación de nuevos productos o para aprobar las adaptaciones significativas de los productos de seguro existentes antes de su puesta en comercialización a clientes.

### 3. Marco cuasinormativo y *soft law*

Mediante diversos reglamentos europeos en 2010 se crearon las agencias y autoridades europeas con el objetivo de conseguir una mayor integración supervisora que superara los principios previos de mínima armonización. Entre otras, fue creada la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA), que tiene el cometido de mejorar la protección de los inversores y promover mercados financieros estables y ordenados<sup>5</sup>.

ESMA es una autoridad que posee potestad cuasinormativa, ejercitada por delegación, que dispone de capacidad para emitir normas administrativas y de un importante elenco de instrumentos de *soft law* dirigidos a lograr una mayor convergencia en la supervisión. La creación de esta autoridad no menoscaba las competencias de las autoridades nacionales

---

<sup>5</sup> Las autoridades europeas de supervisión son, según Ferrán (2012), unas criaturas a medio camino entre un cuerpo intergubernamental (máximos representantes de los supervisores nacionales forman parte de la junta de supervisores, que está a cargo de la supervisión global de todo el apartado de decisiones) y supranacional (que involucra a la Comisión y al Parlamento Europeo). Esta singularidad explica la denominación de estas entidades como «autoridades», no como agencias europeas, que ha sido hasta el momento la calificación de los entes de ejecución, habitualmente bajo el control de la Comisión Europea.

que mantienen la competencia de supervisión diaria de los mercados, no obstante, ESMA actúa directamente en supuestos excepcionales referidos a diferencias entre reguladores o en caso de un flagrante incumplimiento del derecho de la Unión (p. ej. ESMA dispone de facultades para restringir o prohibir la publicidad, distribución o venta de productos financieros de conformidad con el artículo 40 MiFID)<sup>6</sup>. Lo relevante, por tanto, para lograr un mayor desarrollo y convergencia supervisora son los instrumentos como las guías, las recomendaciones o los *peer review*.

ESMA centra su competencia en lo que MiFID I y II definen como productos de inversión, que engloba a los instrumentos financieros (apartado 15 del artículo 4.1 de MiFID II) y a los depósitos estructurados (apartado 43 del artículo 4.1 de MiFID II).

A semejanza de las competencias de que dispone ESMA, encontramos la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA, por sus siglas en inglés), que también han extrapolado esta visión de gobernanza a los productos y servicios bancarios y de seguros, respectivamente, mediante instrumentos de *soft law*.

La piedra angular de las nuevas exigencias de protección al cliente tiene su origen en un documento elaborado conjuntamente por las tres autoridades financieras europeas (ESA, European Supervisory Authorities), emitido el 28 de noviembre de 2013 y denominado *Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturers' Product Oversight & Governance Processes* (JC-2013-77), que establece las bases y principios sobre los cuales las autoridades establecerán sus regulaciones.

En este sentido cabe resaltar que ESMA, en el ejercicio de su potestad, ha publicado, entre otros<sup>7</sup>, los siguientes documentos en materia de gobernanza de productos:

- *Informe Final de sus directrices sobre los requisitos de MiFID II en materia de gobernanza de productos*, de fecha de 2 de junio de 2017<sup>8</sup>. Este informe final es el resultado a una consulta pública de ESMA el 5 de octubre de 2016. Da explicación a las respuestas recibidas por parte de las autoridades y operadores económicos; aparte de ello, incorpora y desarrolla aspectos como la relación coste-beneficio de implementar un sistema de gobernanza de productos.

<sup>6</sup> Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012.

<sup>7</sup> ESMA: Opinion on Structured Retail Products - Good practices for product governance arrangements, 27 March 2014 (ESMA/2014&332).

<sup>8</sup> ESMA: Final Report Guidelines on MiFID II product governance requirements, 2 June 2017 (ESMA35-43-620).

- *Directrices sobre los requisitos de gobernanza de productos en virtud de MiFID II*, de fecha 5 de febrero de 2018<sup>9</sup>. Estas directrices promueven una mayor convergencia en la implementación y aplicación de los requisitos de MiFID II en materia de gobernanza de productos. Están dirigidas tanto a las autoridades nacionales como a los operadores económicos del mercado. En concreto, establece las categorías mínimas de público objetivo y reglas que las entidades deben adoptar y que desarrollaremos en las siguientes páginas.

Para productos y servicios de naturaleza bancaria (p. ej. depósitos de ahorro, depósitos a la vista, préstamos de garantía personal o hipotecaria, etc.) la EBA ha publicado las Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista de 22 de marzo de 2016<sup>10</sup> y las Directrices sobre gobierno interno adoptadas como propias por el Banco de España en fecha de 18 de mayo de 2018<sup>11</sup> (Directrices 147 a 152). Ambos textos son homólogos a los dictados hasta ahora por ESMA en cuanto a las características que debe reunir una correcta gobernanza de productos e identificación de público destinatario del producto o servicio.

En cuanto a seguros, EIOPA ha publicado una regulación muy similar, las Directrices sobre gobernanza de producto de 31 de octubre de 2013<sup>12</sup> y las Directrices preparatorias relativas a los procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para las empresas de seguros y los distribuidores de seguros de 6 de abril de 2016<sup>13</sup>.

Toda esta regulación normativa y de *soft law* se aplica a cualquier producto o servicio de naturaleza bancaria, de seguro o de inversión que sea comercializado masivamente o, incluso, para determinadas operaciones excepcionales con un cliente individual.

#### 4. Definición de un público objetivo (*target market*)

Hasta ahora, la adecuación del producto al cliente destinatario se hacía solo para los productos de inversión complejos con la realización de un test de idoneidad y de conveniencia. Tras la entrada en vigor de MiFID II, las entidades fabricantes deben elaborar unas

<sup>9</sup> ESMA: Guidelines on MiFID II product governance requirements, 5 February 2018 (ESMA35-43-620).

<sup>10</sup> EBA: Directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista de 22 de marzo de 2016 (EBA/GL/2015/18).

<sup>11</sup> BdE: con fecha de 18 de mayo de 2018 adopta las Directrices sobre gobierno interno (EBA/GL/2017/11)

<sup>12</sup> EIOPA: Directrices sobre Gobernanza de Producto de fecha 31 de octubre de 2013 (EIOPA\_CP\_13/08 ES).

<sup>13</sup> EIOPA: Directrices preparatorias relativas a los procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para las empresas de seguros y los distribuidores de seguros de 6 de abril de 2016 (EIOPABoS16/071 ES).

instrucciones de venta de sus productos de inversión, debiendo elaborar una evaluación previa a la venta sobre la solvencia y características del cliente.

La obligación del distribuidor de identificar el mercado destinatario real y de garantizar que un producto se distribuya de acuerdo con dicho público objetivo no se sustituye por una evaluación de idoneidad o de conveniencia, sino que definir el público objetivo servirá de control *ex ante*, sin perjuicio de la evaluación que a *posteriori* debiera hacerse.

El público objetivo (*target market*) tiene una doble vertiente, la positiva y la negativa:

- *Público objetivo positivo*: La entidad debe delimitar el público destinatario al que va a dirigirse proactivamente con la distribución de su producto o servicio financiero sobre una base cuantitativa y cualitativa. Además, debe utilizar una lista de categorías para identificar a qué tipo de cliente se van a dirigir sus productos, realizando un análisis sobre la naturaleza y características de los mismos.
- *Público objetivo negativo*: La entidad debe acotar y limitar al público que no desea o no pueda ser cliente del producto o servicio que se pretende distribuir. Por tanto, la entidad fabricante, en primera instancia, y luego la entidad comercializadora identificarán a los grupos de clientes cuyas necesidades, características y objetivos no sean compatibles con el instrumento financiero que se pretenda distribuir.

Para ambas vertientes del público objetivo las entidades deben basarse en las cinco categorías que ESMA establece como mínimo necesario para los productos y servicios de inversión, las Directrices sobre requisitos de gobierno de productos de MiFID II, publicadas por ESMA el 2 de junio de 2017 y adoptadas por la CNMV:

1. *El tipo de cliente al que se dirige el producto*: Debe especificarse a qué tipo de cliente se dirige el producto. Esta especificación se hará de acuerdo con la categorización del cliente de MiFID de cliente minorista, cliente profesional o contraparte elegible. Esta categorización resultará aplicable cuando el producto que se presenta se le aplica la normativa MiFID.
2. *Consideración a la experiencia y conocimientos del cliente*: Para un adecuado control del público objetivo debe especificarse el conocimiento y experiencia de los clientes destinatarios sobre los elementos esenciales del producto de inversión, tales como el tipo de producto, las características del producto, el conocimiento sobre áreas relacionadas y la consideración del número de operaciones e importes de inversiones previas.
3. *Situación financiera con especial atención a la capacidad de soportar pérdidas*: La empresa especificará el porcentaje de pérdidas que los clientes destinatarios estarán dispuestos a soportar y si existen obligaciones de pago adicionales que puedan superar la cantidad invertida.

4. *Tolerancia al riesgo y compatibilidad del perfil de riesgo/rentabilidad del producto con el público objetivo*: Debe indicarse la actitud general que los clientes destinatarios deben tener en relación con los riesgos de la inversión.
5. *Objetivos y necesidades de los clientes*: La entidad fabricante especificará los objetivos de inversión y las necesidades de los clientes destinatarios para los que el producto está diseñado, incluyendo los objetivos financieros más amplios de los clientes destinatarios o la estrategia general que persiguen al invertir (p. ej. hacer referencia al horizonte de inversión estimado).

En cuanto al concepto de las necesidades de un mercado objetivo identificado de clientes finales, se encuentra especificado en los artículos 6.3 y 24.2 de MIFID II (y art. 25 de la Directiva sobre la distribución de seguros), por lo que tendrán que especificar los aspectos de inversión y expectativas del público objetivo (persona física, persona jurídica, segmento de negocio, perfil MiFID, canal de comercialización, país de residencia fiscal o domicilio social, nacionalidad, características del producto; etc.).

Además, existiría una zona gris o neutra como tercera vertiente de público objetivo. Este es el público objetivo neutro, entendido como el que no consta ni en el público objetivo positivo, porque no es deseo de la entidad dirigirse proactivamente a un determinado colectivo, pero tampoco de acotarlo en el público objetivo negativo, es decir, tampoco es un colectivo que tenga vetada o imposibilitada la contratación del producto.

Las entidades fabricantes deberán comprobar todos sus productos con la misión de ver si provocan resultados deficientes para los clientes finales y en qué circunstancias pueden darse tales resultados. Además, propondrán el tipo de servicio con el que los clientes adquirirán el producto (asesoramiento independiente o no independiente; o mera ejecución). También definirán el canal de distribución preferente (oficinas, telefónico y online, como aplicaciones móviles y páginas web).

Toda empresa de servicios de inversión que diseñe instrumentos financieros pondrá a disposición de los distribuidores toda la información adecuada sobre estos y sobre el proceso de aprobación del producto, incluyendo el público destinatario definido del instrumento financiero.

Cuando la empresa comercialice instrumentos financieros no diseñados por ella misma, contará con los mecanismos adecuados para obtener la información adecuada sobre estos y sobre el proceso de aprobación del producto, incluyendo el público destinatario definido del instrumento financiero, y para comprender las características y el público destinatario identificado de cada instrumento.

La responsabilidad última sobre la determinación del público objetivo del producto recaerá sobre la entidad distribuidora del producto de inversión. ESMA obliga a las entidades a ser específicos, utilizando la información y experiencia pasada del cliente, debiendo delimitar con espíritu crítico, en su caso, el colectivo para los que el instrumento financiero está diseñado.

La determinación del público objetivo se hará de modo proporcionado y adecuado a la complejidad del producto. El principio de proporcionalidad implica diferenciar la complejidad de los productos en escrutinio. Para identificar un mercado destinatario las entidades deben tener presente las características del producto, incluida su complejidad (como la estructura de costes y gastos), el perfil de riesgo-rentabilidad o la liquidez<sup>14</sup>, o su carácter innovador. Para productos de rentabilidad complejos, el mercado destinatario o las características que debe reunir ese público se identificarán con más concreción, mientras que para productos sencillos o comunes, el mercado destinatario deberá identificarse con menos detalle.

Sin embargo, en todos los casos, el público objetivo negativo deberá definirse con un nivel de detalle suficiente para evitar la inclusión de colectivos de inversores cuyas necesidades, características y objetivos no sean compatibles con el producto o servicio.

Para productos a medida, el público objetivo positivo del producto será generalmente el cliente que solicitó el producto por lo que, en principio, todo aquel que no sea el propio cliente estará excluido, salvo que la comercialización del producto esté prevista para otros clientes.

Por tanto, los comercializadores, que no olvidemos que son los responsables finales de establecer un público objetivo, tendrán que seguir las instrucciones otorgadas por las entidades fabricantes y solamente pueden desviarse de las indicaciones del fabricante en caso de incrementarse la protección del cliente<sup>15</sup>. Estos deberán orientar sus procedimientos de

<sup>14</sup> De conformidad con el considerando 18 de la directiva delegada de MiFID II:

«A la luz de los requisitos dispuestos en la Directiva 2014/65/UE y en aras de la protección de los inversores, las normas en materia de gobernanza de productos deben aplicarse a todos los productos vendidos en mercados primarios y secundarios, con independencia del tipo de producto o servicio prestado y de los requisitos aplicables en el lugar de la venta. Sin embargo, tales normas pueden aplicarse de manera proporcionada, dependiendo de la complejidad del producto y del grado en que pueda obtenerse información públicamente disponible, teniendo en cuenta la naturaleza del instrumento, el servicio de inversión y el mercado destinatario. Por proporcionalidad debe entenderse que estas normas pueden ser relativamente simples para determinados productos sencillos distribuidos en régimen de mera ejecución, cuando tales productos sean compatibles con las necesidades y las características del mercado minorista general».

<sup>15</sup> Excepción: gestión de carteras, enfoque de cartera, cobertura y diversificación:

«52. Al proporcionar asesoramiento en materia de inversión adoptando un enfoque de cartera y de gestión de carteras para el cliente, el distribuidor puede utilizar productos con fines de diversificación y cobertura. En este contexto, los productos podrán venderse fuera del mercado destinatario del producto, si la cartera en su conjunto o la combinación de un instrumento financiero con su cobertura es adecuada para el cliente.

53. La identificación de un mercado destinatario por parte del distribuidor se realiza sin perjuicio de la evaluación de idoneidad. Esto significa que, en ciertos casos, podrán producirse desviaciones permisibles entre el mercado destinatario identificado y las características de cada cliente si la recomendación o venta del producto cumple los requisitos de idoneidad realizados con una visión de cartera, así como con todos los demás requisitos legales aplicables (incluidos los relacionados con la divulgación, identificación y gestión de conflictos de interés, remuneración e incentivos).

comercialización, de cualquier tipo de productos, hacia la transparencia y suficiencia en términos de adecuación e información, en aras de transmitir, al cliente final, un producto adecuado a sus intereses.

Sin embargo, en última instancia, cuando un fabricante es una entidad no sujeta a MiFID II y, por lo tanto, no está obligada a identificar una estrategia de distribución, el distribuidor deberá definir su propia estrategia de distribución a la luz de la información sobre su cartera de clientes y sobre el tipo de servicios prestados.

En definitiva, la identificación del público objetivo debe efectuarse en una etapa embrionaria, cuando las políticas comerciales y las estrategias de comercialización de la entidad son definidas por el órgano de dirección y de manera *ex ante*, es decir, con anterioridad a la operativa diaria.

## 5. *Stress test* o pruebas de simulación

MiFID II y su directiva delegada, como en las distintas guías publicadas por ESMA en materia de gobernanza de productos, exigen que los productos aprobados por las entidades fabricantes y comercializadores se contemplen en un dossier de producto, esto es, un documento interno que reúna y desarrolle todas las características del producto de inversión y que, además, se incorporen unas pruebas de simulación.

Las pruebas de simulación pueden diferir en cuanto al grado de especificación de muchos factores o variables. Pueden diferir de la naturaleza e idiosincrasia del producto o servicio objeto de aprobación, de las exigencias que establezca la guía técnica de la autoridad europea competente (en nuestro análisis, de ESMA), y también depende de las propias características que definan a ese producto.

En cualquier caso, las pruebas de simulación deben consistir en el reflejo de diferentes escenarios estresados desde el punto de vista del cliente *target* que potencialmente contrata el servicio o producto en cuestión, es decir, desde el punto de vista del precio que paga el cliente o de la cantidad que invierta por ese producto o servicio.

En nuestro caso, en el ámbito de este trabajo nos referimos a los productos de inversión, como pueden ser los derivados OTC, los productos estructurados, los *unit linked*, las rentas vitalicias u otros seguros de vida con un componente de inversión.

---

54. El distribuidor no está obligado a notificar al productor las ventas fuera del mercado destinatario positivo si estas ventas son para fines de diversificación y cobertura y si siguen siendo adecuadas dada la cartera total del cliente o el riesgo que se está cubriendo. Las ventas de productos en el mercado destinatario negativo siempre se notificarán al productor y se informará al cliente, incluso si esas ventas son para fines de diversificación o cobertura. Además, aunque se hagan incluso con fines de diversificación, las ventas en el mercado destinatario negativo deberán ser poco frecuentes».

A continuación mostramos un análisis de las principales normas aplicables a esta concreta tipología de productos:

Normativa MiFID y guías técnicas de ESMA <sup>16</sup>	
<b>Requerimientos</b>	<p>Las empresas de servicios de inversión deberán llevar a cabo análisis de escenarios de sus productos. <b>Las pruebas de simulación (stress test) deberán evaluar los riesgos de resultados deficientes para los inversores y las circunstancias en las que dichas situaciones podrían ocurrir.</b> Se deberán evaluar los riesgos que un rendimiento deficiente del producto pueda tener sobre el cliente y bajo qué circunstancias pueda darse (art. 9.10 directiva delegada de MiFID II). Las pruebas de simulación deberán tener en cuenta la naturaleza del instrumento financiero, el servicio de inversión y el público objetivo del producto (art. 9.1 directiva delegada de MiFID II)<sup>17</sup>.</p>
<b>Características</b>	<p><b>Las pruebas de simulación evaluarán los instrumentos financieros bajo condiciones negativas del mercado.</b> A continuación, una lista no exhaustiva:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Deterioro del entorno del mercado.</li> <li>b) El fabricante o una tercera parte involucrada en la fabricación o el funcionamiento del producto experimenta dificultades financieras, u otro riesgo de contrapartida se ha materializado.</li> <li>c) El producto no es viable para su comercialización.</li> <li>d) La demanda del producto es mucho mayor de lo previsto, poniendo a prueba los recursos de la empresa o del mercado (art. 9.10 directiva delegada de MiFID II).</li> </ul> <p>Se considera buena práctica que los fabricantes realicen un test de <b>cómo se comportó el producto en el pasado y lleven a cabo simulaciones de escenarios futuros de funcionamiento del producto</b> para evaluar si los resultados estimados del mismo cumplen con los objetivos de inversión del público objetivo. Las asunciones para llevar a cabo la prueba de simulación del producto <b>serán objetivas y permitirán a los fabricantes evaluar si la rentabilidad/riesgo del producto es justa</b> para el público objetivo. Se considera buena práctica que las pruebas incluyan <b>los riesgos operativos, factores económicos extremos (stress testing)</b> y una evaluación cuantitativa de los riesgos financieros externos (anexo 1 de ESMA <i>Opinion on Structured Retail Products - Good practices for product governance arrangements</i>)<sup>18</sup>.</p>



<sup>16</sup> Fuente propia.

<sup>17</sup> EBA (requerimientos): Directriz n.º 4 de directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista de 22 de marzo de 2016. La Directriz n.º 1.5 de EBA establece que las medidas en materia de producto deberán ser proporcionales a la naturaleza y complejidad del negocio del fabricante, teniendo en cuenta el nivel de riesgo potencial para el cliente. Esta directriz es aplicable a las pruebas de simulación.

EIOPA: El objetivo es comprobar y evaluar que el producto es y será adecuado a los objetivos del público objetivo durante su ciclo de vida.

<sup>18</sup> EBA (características): Directriz n.º 1.5 de directrices sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista de 22 de marzo de 2016.

Normativa MiFID y guías técnicas de ESMA<sup>16</sup>

Características (cont.)	<p>Las pruebas de simulación deben consistir en un ejercicio práctico en virtud del cual la entidad refleje diferentes escenarios estresados desde la perspectiva del cliente y del coste que pudiera comportar la asunción de los riesgos del producto. Deben descartarse las pruebas de simulación consistentes en ejercicios de rentabilidad esperada o estimada desde el punto de vista de la entidad fabricante o comercializadora.</p> <p>ESMA recomienda como buena práctica que los fabricantes mantengan un registro de los resultados de estas pruebas. Asimismo, que los distribuidores conozcan y entiendan los resultados de las pruebas de simulación realizadas por los fabricantes<sup>19</sup>.</p>
Momento	<p>Las empresas de servicios de inversión deberán llevar a cabo análisis de escenarios <i>ex ante</i>, esto es, cuando fabriquen instrumentos financieros y antes de su lanzamiento al mercado (art. 9.10 directiva delegada de MiFID II)<sup>20</sup>.</p> <p>Para productos de inversión minorista vinculados y productos de inversión basados en seguros, en la práctica puede adjuntarse copia del documento de datos fundamentales para el inversor (KID, por sus siglas en inglés, <i>key investor document</i>), que es un tasado y de entrega obligada al cliente<sup>21</sup>.</p> <p>El DFI debe contemplar diferentes escenarios de rentabilidad desde el punto de vista del cliente y del riesgo que asume, y estos escenarios sirven como pruebas de simulación, información que ayudará al inversor en su toma de decisión sobre si le conviene invertir o no en el concreto instrumento financiero.</p>

EIOPA: Los fabricantes deben llevar a cabo estas pruebas realizando una evaluación cualitativa y, en su caso, de una manera cuantificable en función del tipo y naturaleza del producto y el riesgo relacionado de perjuicio para los clientes.

<sup>19</sup> EBA (otras características): Los fabricantes deben realizar los cambios apropiados al producto en los casos en que los resultados de las pruebas realizadas sean negativos. (Directriz n.º 4 de EBA). La guía de EBA establece un ejemplo de pruebas de simulación relacionado a un préstamo con interés variable. En este caso, la prueba de simulación podrá incluir las obligaciones de amortización bajo ratios altos de intereses.

EIOPA (otras características): Los fabricantes no deben lanzar al mercado el producto si los resultados de la prueba de simulación y análisis de los escenarios muestran que el producto no está alineado con los intereses, objetivos y características del público objetivo. La guía de EIOPA, en el apartado correspondiente a la explicación de cada una de las directrices, incorpora una serie de preguntas que podrán tenerse en cuenta a la hora de llevar a cabo las pruebas de simulación; a modo de ejemplo: ¿qué ocurriría si las asunciones de las pruebas de simulación se modificaran? ¿Qué efectos tendría en la cobertura de la póliza en caso de que mis ingresos cambiaran? ¿Qué ocurriría en caso de que el fabricante estuviera ante dificultades financieras?

<sup>20</sup> EIOPA (momento): Las pruebas de simulación deberán realizarse antes del lanzamiento del producto al mercado, en caso de que modifique el público objetivo o antes de introducir cambios significativos en el producto. Directriz n.º 7 de las directrices preparatorias relativas a los procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para las empresas de seguros y los distribuidores de seguros de 6 de abril de 2016.

<sup>21</sup> Reglamento (UE) 1286/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros.

El objetivo de la realización de las pruebas de simulación de un instrumento financiero (entiéndase también para un producto bancario y de seguro) radica en sus conclusiones y cómo estos resultados pueden conjugar con el público objetivo positivo, planteado en el sentido de la potencial absorción de pérdidas.

Las pruebas de simulación pueden formularse sobre supuestos hipotéticos –de ahí el término «estresado»– con base en las propias variables del producto, que reflejen escenarios favorables, neutros o desfavorables. El enfoque de esos escenarios debe ser desde el punto de vista del cliente final y del precio/coste o inversión que el inversor medio pudiera abonar por ese producto de inversión, de tal forma que los escenarios reflejaran distintos resultados, lo ventajoso o perjudicial que puede resultar la contratación o compra de ese determinado instrumento financiero. En función de estos resultados, el órgano aprobador de la entidad podrá delimitar o acotar el público objetivo positivo y negativo, respectivamente, con el fin de mitigar riesgos de inadecuación del producto al *target market* destinatario.

A continuación se expone un ejemplo de razonamiento teórico y práctico de pruebas de simulación respecto a un producto derivado *over-the-counter*, como es la permuta financiera de tipo de interés con compra de *floor*.

### Ejemplo 1

Las pruebas en este caso deben consistir en cuantificar el riesgo que pudiera tener el cliente por las pérdidas derivadas de la evolución de los tipos de interés, de manera que si en el momento de alguna de las revisiones del tipo variable, este se sitúa por debajo del tipo fijo contratado, el cliente abonará el importe correspondiente a la diferencia entre ambos tipos. En el caso de que el tipo de mercado descendiera por debajo del nivel del *floor*, las liquidaciones negativas estarían limitadas, siendo la diferencia entre el tipo fijo y el nivel del *floor*.

Los siguientes son escenarios resultados potenciales de una permuta financiera de tipos de interés con límite mínimo de nominal 100.000 euros, a un vencimiento de 5 años, con tipo fijo del 3 % y un tipo variable sin margen, con amortización del importe total a vencimiento y liquidaciones trimestrales, con un límite mínimo al 0 %.

Tipo variable	Tipo de interés del producto	Sujeto	Resultado	Liquidación trimestral
6 %	3 %	Cliente	Recibe	750 €
4 %	3 %	Cliente	Recibe	250 €
2 %	3 %	Cliente	Paga	250 €



Tipo variable	Tipo de interés del producto	Sujeto	Resultado	Liquidación trimestral
▶				
0 %	3 %	Cliente	Paga	750 €
- 1 %	3 %	Cliente	Paga	750 €

Liquidación calculada con base 30/360 para un trimestre de 90 días, y con un escenario con índice de referencia euríbor y nominales denominados en euros.

Para este ejemplo, una propuesta mitigadora de malos resultados consistiría en introducir un límite mínimo a posibles bajadas del tipo de interés. Asimismo, extraído de un supuesto real, aplican restricciones a la comercialización de este instrumento, habiéndose definido el público objetivo positivo para personas jurídicas bajo asesoramiento dependiente; y un público objetivo negativo, es decir, excluyéndose sin excepción a cualquier persona física.

Otro ejemplo práctico puede darse con una compraventa de divisa a plazo como medio de pago, que consiste en compraventas de divisa a plazo con una naturaleza distinta a la de los instrumentos financieros regulados por el artículo 10 del reglamento delegado de MiFID II.

La compraventa de divisas consiste en un compromiso adoptado por las partes en una fecha (fecha de operación), por el que se producirá la venta por parte del cliente de un importe determinado en una divisa (divisa de venta), contra la compra por el cliente a la entidad financiera de un importe en euros (divisa de venta), calculado de acuerdo con un precio o tipo de cambio convenido, produciéndose dicho intercambio de divisas en una fecha futura acordada por las partes, más tarde de los dos días hábiles posteriores a la fecha de operación.

El producto asegura al cliente la venta de una divisa a un tipo de cambio pactado en una fecha futura, de manera que se cubre frente a disminuciones en el tipo de cambio de mercado de la divisa, a cambio de no beneficiarse de incrementos en el tipo de cambio de mercado de la misma.

## Ejemplo 2

Las pruebas de simulación de una compraventa de divisa a plazo pueden consistir en el reflejo de diferentes escenarios de liquidación de la operación, en casos de una pretendida cancelación anticipada.

Como ejemplo de precio de cancelación para distintos escenarios, una compraventa de divisa a plazo exportación como medio de pago de nominal 100.000 unidades de divisa, a un vencimiento de 6 meses y un tipo de cambio pactado de 1,15 unidades de divisa por euro, tendría un valor muy distinto si 3 meses antes de su vencimiento se cancelara.

En función de todas las variables antes señaladas, los valores de cancelación son muy distintos dependiendo de las diferentes condiciones de mercado. Así es, al margen del impacto que la variación del tipo de cambio de mercado a vencimiento tiene en la liquidación, en el caso de la cancelación anticipada debe tenerse en cuenta la diferencia entre los tipos de interés de las dos divisas al plazo que media desde la fecha de cancelación a la fecha de vencimiento original.

El siguiente cuadro ilustra la potencial variación que puede sufrir el valor de cancelación del producto tres meses antes de su fecha de vencimiento, en función de los factores arriba mencionados.

	Condiciones de mercado		
	Muy adversas	Adversas	Favorables
Cotización de la divisa	0,95	1,1	1,2
Cotización <i>forward</i> en fecha de cancelación	0,93	1,09	1,21
<b>Resultado en euros</b>	<b>- 20.570,00 €</b>	<b>- 4.786,00 €</b>	<b>4.311,00 €</b>

Para este concreto caso, extraído de un supuesto real acordado por el órgano de la entidad distribuidora, se estipuló que el producto fuera un producto destinado a personas jurídicas y con determinadas limitaciones a personas físicas que sean trabajadores por cuenta propia o comerciantes mayores de 18 años de edad, excluyéndose a personas físicas menores de edad o con la condición de estudiante, jubilado o trabajador por cuenta ajena.

En definitiva, las entidades fabricantes o comercializadoras deben ser capaces de conocer las potenciales rentabilidades y pérdidas del instrumento financiero, y de valorar, en términos de proporcionalidad y adecuación, la capacidad del público objetivo positivo de soportar tales pérdidas. La finalidad es la mitigación de eventuales riesgos, asegurándose de que el producto es acorde al público objetivo establecido y de que es adecuado a los objetivos y expectativas económicas del cliente final.

## 6. Conclusiones

Es frecuente escuchar a modo de anécdota ilustrativa que «las cosas de Estado marchan con lentitud», cita que atribuimos a la habitual y lenta transposición de las directivas europeas por parte del Gobierno de España<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> España concentra el 70 % de las sanciones por retrasos en la transposición de directivas europeas según se desprende del informe *La trascendencia de las cuestiones europeas para los ciudadanos y las empresas españoles* elaborado por el Servicio de Estudios del Consejo General de Economistas. Recuperado de <<https://economistas.es>> (consultado el 24 de marzo de 2020).

A estas letárgicas situaciones se suma la falta de desarrollo y concreción de las normas de transposición, que convierten el «copia y pega» en una práctica habitual, mientras que la labor de las autoridades supervisoras está siendo decisiva y, de hecho, resulta crucial en la consolidación de la protección al inversor, que es, sin duda, una de las claves que explican la reforma de la normativa MiFID y las autoridades supervisoras.

La gobernanza de productos es una herramienta clave para robustecer la transparencia y la protección al inversor, constituyendo una de las novedades más importantes de la nueva regulación, porque pasamos de una visión limitada o corta de miras en la venta masiva de productos financieros a una visión más amplia e integral que abarca el entero ciclo de vida de un instrumento financiero. Esto no sería posible sin una adecuada política corporativa elaborada con base en el principio de autorregulación normativa, que tenga en cuenta la propia idiosincrasia de la entidad o grupo de entidades distribuidoras de productos financieros.

Aunque el alcance de MiFID II se limita, como es sabido, a los instrumentos financieros comprendidos en su ámbito objetivo de aplicación, las iniciativas recientes de las autoridades de regulación financiera en Europa (EBA, ESMA y EIOPA) muestran una clara vocación de convergencia de los requerimientos regulatorios referidos a los instrumentos financieros bajo MiFID II, los productos bancarios y, paulatinamente, los productos de seguro.

En definitiva, consideramos que la adecuada incardinación y funcionamiento de esta estructura que haga cumplir las obligaciones fijadas por la normativa MiFID II no debe suponer *per se* una indebida dilación en el proceso de lanzamiento de nuevos productos al mercado, ni tampoco un perjuicio a la estrategia comercial de la entidad como carga burocrática añadida. Todo lo contrario, una adecuada política corporativa de gobierno de producto puede situar a la entidad distribuidora en una clara posición de ventaja competitiva y en una posición más sólida frente a futuras incidencias y reclamaciones. Ventaja que se acrecentará en aquellas entidades que entiendan que la gobernanza de productos no debe limitarse única y exclusivamente a los instrumentos contemplados en MiFID II, si no extrapolarse a cualquier producto o servicio de naturaleza bancaria y de seguro.

## Referencias bibliográficas

Ferran, E. *et al.* (2012). Crisis driven regulatory reform. En *The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis* (pp. 1-110). Cambridge University Press.

# El Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen

Comentario a la [STS de 29 de mayo de 2020](#)

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Extracto

La sentencia recurrida había declarado la nacionalidad española de origen aplicando el artículo 17.1 c) del Código Civil, que reconoce ese estatus a «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». El pleno de la sala considera que el Sahara Occidental no formaba parte de España a los efectos de dicha norma.

Se reconoce la condición colonial del Sahara y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el artículo 17.1 c) del CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española. La anterior interpretación, además, es armónica con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que viene reconociendo el estado de apátridas a las personas nacidas en el Sahara Occidental antes de su descolonización, cuyas circunstancias son similares a las de la demandante del presente litigio. Voto particular.

**Palabras clave:** nacionalidad; adquisición de origen; Sahara; interpretación del artículo 17.1 c) del Código Civil.

Fecha de entrada: 11-06-2020 / Fecha de aceptación: 26-06-2020

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

Le sentencia es interesante porque casa la dictada por la Audiencia Provincial de Baleares, admitiendo la concesión de la nacionalidad de origen de una persona nacida en el Sahara occidental en el año 1973, que solicitó ser considerada española de origen y pedía ser inscrito su nacimiento en el registro consular, cuando aquella, a su vez, había revocado la del juzgado de primera instancia, desestimando la petición.

El asunto es sensible, y las frecuentes peticiones de nacionalidad de origen de los nacidos en el Sahara, ahora apátridas, y las sentencias de los juzgados de primera instancia no siempre son coincidentes. Detrás de la legalidad, se esconde también una sutileza de sensibilidad y una interpretación singular de la condición de español o no de origen, como la interpretación del *ius soli* a los efectos de conseguir la deseada nacionalidad. Sin embargo, la DGRN deniega esta condición de nacionales a quienes, en todo caso, un día fueron tenidos por nacionales de segundo orden, pero con carácter provisional, como se explicará. De otro lado, en esta sentencia no se hace referencia alguna al trato de discriminación, o a la falta de igualdad, a veces invocada en algunas de las peticiones; por ello, simplemente por ello, me limito a concretar los requisitos que habría permitido analizar una petición basada en esta premisa de la igualdad: Nos dice la SAP de Asturias, Sección 6.ª, de 13 de noviembre de 2018, núm. 417/2018, rec. núm. 382/2018 que:

Ciertamente el derecho a la igualdad, en su perspectiva de igualdad en la aplicación de la ley, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en doctrina pacífica y constante, proscribiera el tratamiento desigual de situaciones idénticas –dentro de la legalidad–, a menos que exista una justificación objetiva y razonable en la que fundamentar esa desigualdad de trato.

El trato discriminatorio, para que pudiera ser objeto de revisión en casación, tendría que haberse basado –no es el caso– en 1) que el recurrente «ofrezca un término de comparación idéntico, no simplemente semejante o análogo; 2) que la desigualdad de trato carezca de una justificación objetiva y razonable; 3) que, siempre y en todo caso, la actuación administrativa ofrecida como término de comparación sea legalmente irreprochable».

Pero, evidentemente, la DGRN y la Fiscalía se oponen al pronunciamiento de la audiencia provincial, manteniendo la postura coincidente y discrepante con ella, a semejanza de otros casos de la misma naturaleza. Como digo, no son pocos los nacidos en esa tierra que pretenden la aplicación e interpretación favorable del artículo 17.1 c) del Código Civil, pues este precepto dice literalmente: «Son españoles de origen: Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». El debate está así centrado y no deja de ser polémico. De hecho, el juzgado de primera instancia procedió a rechazar la demanda, admitiendo los argumentos de la DRGN y de la Fiscalía; sin embargo, la audiencia revoca singularmente esta decisión, que no debe entenderse como un pronunciamiento *extra petita*, razón por la cual el Supremo desestima uno de los recursos de la DGRN, el extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 de la LEC y del artículo 218.1 de la LEC en relación con el artículo 24 de la Constitución, también con la oposición del fiscal.

Y decimos que no deja de ser polémico, pues, junto a decisiones judiciales estimatorias, otras combinan la desestimación, y siendo que el origen de la doctrina en este caso se centra en la Sentencia del Supremo de 7 de noviembre de 1999, pues según esta no se tiene en cuenta «la consideración del Sahara como potencia colonizada y que quedó liberada tras el correspondiente proceso colonizador»; (4) que «la historia del Sahara Occidental ha sufrido una evolución histórica que por cuestiones relacionadas con el derecho internacional primero llevó a no considerar nunca el Sahara Occidental como territorio español, sino como territorio provincial»; y (5) que la sentencia recurrida «ha desnaturalizado el criterio del *ius soli* como criterio de acceso a la nacionalidad de origen». El debate, entonces, queda centrado en la postura del Supremo según doctrina, que considera vulnerada la DGRN y la Fiscalía, y la posición que defiende la mujer –a la que la Audiencia le dio la razón en una interpretación singular del *ius soli*–, la cual es como sigue, en síntesis: en el fondo, el Sahara estaba sometido a la autoridad del Estado español, formara o no parte del territorio nacional en 1999; se alega la condición de apátrida y se considera interpretación restrictiva del término español del artículo 17 en contra de la doctrina de la DGRN. Por su parte, la audiencia fundó la admisión de la nacionalidad española en que se había probado que los padres eran españoles y ella apátrida; por consiguiente, que no se invocara expresamente el artículo 17 del CC no era obstáculo a su aplicación, por cuanto se pedía la nacionalidad española de origen desde la fecha del nacimiento.

Se dice en la sentencia que no hay españolidad de origen porque el Sahara fue, en todo caso, una metrópoli, o una colonia, con un estatus especial (tenían DNI, pasaporte, pero distinto a los genuinos españoles). Su inicial consideración de nacionales de segundo orden (derivada de la resolución de la Corte de Justicia Internacional de 16 de octubre de 1975) queda anulada por el Decreto de 10 de agosto de 1976 y la Ley de 19 de noviembre de 1975 de Descolonización, «según la cual el Sahara nunca ha formado parte del territorio español».

De otro lado, el Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, les permitía, por el plazo de un año, optar por la nacionalidad española. Ahora, ella es una apátrida y no ha adquirido la

nacionalidad por posesión de estado –al no demostrarlo–. Es muy interesante la referencia que hace el Supremo a la sentencia que invoca la demandante en el recurso de casación. Respecto de esa, se dice:

Es cierto que algunas consideraciones de la sentencia de esta sala 1026/1998, de 28 de octubre, especialmente las relativas a la «provincialización» del Sahara, parecen apoyar la tesis de la demandante, y lo mismo sucede con la sentencia de esta sala de 22 de febrero de 1977 en cuanto consideró que El Aiún era España en el año 1972. Debe tenerse en cuenta que, tras la descolonización, se establecieron distintos estatus jurídicos en la población saharai; no todos por tanto tenían la misma consideración, lo cual significada, según el dictamen núm. 36.017/1968 para el caso de Guinea y dictamen 36.227/1968 para el caso de Ifni y la obra de cualificados estudiosos, a partir del examen pormenorizado de las disposiciones dictadas en relación con aquellos territorios, que se llegara a conclusiones fundadas acerca de las diferencias entre territorio nacional y territorios coloniales (entre estos, por consecuencia, el Sahara Occidental).

Y por estas diferencias de estatus o disimilitudes, aquí, en esta sentencia, el Tribunal Supremo reitera la conveniencia de analizar por separado y caso a caso. El caso en concreto, desde la perspectiva de la aplicación del artículo 14 de la CE, el de la igualdad. Es decir, no obstante la doctrina rechaza la concesión de la nacionalidad de origen, la vía de la igualdad está abierta, habida cuenta las diferencias de estatus entre los saharauis.

La sentencia alude a la imposibilidad de conceder la nacionalidad por residencia porque dice que no se ha demostrado que la ostentara. Se basa en el artículo 18 del CC: «La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó». Para interpretar este artículo y aplicarlo al saharai hemos de considerar la siguiente doctrina: la necesidad de que el agente posea un título, por ejemplo, haber sido español «indígena» nacido en territorio español, según dispone el artículo 17, 1-d) del Código Civil («Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español») y para favorecer la nacionalidad adquirida por el *ius soli*, evitando la apátrida.

Pero como dice la STS que estudiamos y parafraseamos:

Si el territorio de marras, calificado como español, fue luego considerado no español, según las disposiciones que se dejaron mencionadas, ello no significa que al amparo de la calificación, bajo la que se desarrollaron o tuvieron ocurrencia los hechos determinantes del título, no se produjera una apariencia legitimadora, pese a la anulación posterior de la razón jurídica sustentadora. Como afirma la doctrina, «si se llega a demostrar que quien estaba beneficiándose de la nacionalidad espa-

ñola *iure sanguinis* o *iure soli*, no era, en realidad español» (en este caso supondría que no tenía la plena nacionalidad), al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad (recogida *expressis verbis* en la Ley descolonizadora EDL 1975/2060) se lleve a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad.

Parece que aquí se abre una puerta de reconocimiento de la nacionalidad por la posesión de estado, a quien originariamente era considerado como español y generó una «apariencia legitimadora» por *iure soli* o *sanguinis*, sin que la nulidad del título posterior lleve hasta las últimas consecuencias la denegación automática de la nacionalidad por posesión de estado.

Ahora bien, en esta sentencia que comento sucede que el Tribunal Supremo dice que no se ha probado. Para demostrar la «posesión y el disfrute o uso de la nacionalidad española hacen falta "signos de la posesión de estado que acreditan indirectamente los datos de hecho que constan en documentos administrativos", u otros datos de uso continuado de la nacionalidad, al igual que los españoles (pasaporte español», documentos determinantes de lugar de nacimiento y domicilio, uso del pasaporte equiparado al DNI español, servicios prestados, trabajo, etc.).

La discusión se cierra en torno a la posesión de estado con la siguiente opinión:

Es cierto que algunas consideraciones de la sentencia de esta sala 1026/1998, de 28 de octubre, especialmente las relativas a la «provincialización» del Sahara, parecen apoyar la tesis de la demandante, y lo mismo sucede con la sentencia de esta sala de 22 de febrero de 1977 en cuanto consideró que El Aiún era España en el año 1972, pero la primera no versa sobre la nacionalidad de origen, sino sobre la posesión de estado de nacional español y su utilización continuada durante al menos diez años (art. 18 CC (EDL 1889/1)), y la segunda trató del inicio del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la filiación conforme al párrafo segundo del art. 113 CC (EDL 1889/1) en su redacción originaria.

Es decir, no probada la posesión de estado conforme a los criterios indicados, el tema se centra en la nacionalidad de origen y en el estudio del estatus de la demandante de nacionalidad con arreglo a los criterios España y español, reconociendo el Tribunal Supremo que hay diversas interpretaciones para tratar el tema, tanto doctrinales como jurisprudenciales; pero en aras de la seguridad jurídica se decanta por el elemento elegido por el fiscal, al apoyar el recurso de la DGRN, es decir, por el examen de la legalidad ordinario de las normas que regularon el tránsito del Sahara a su situación actual. Y desde esta posición va a resolver el problema.

Las normas a considerar son las siguientes: la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara, y el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara. La primera se centra en la descolonización del Sahara, la segunda en las vías alternativa por un año para optar por

la nacionalidad española. Y esto es lo que hay y lo que proporciona seguridad jurídica. Por ello, el Supremo concluye tajantemente así:

Lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara –algo por demás difícilmente cuestionable incluso durante la etapa de «provincialización»– y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el artículo 17.1 c) del CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española.

Como es obvio, con esta máxima difícilmente la demanda podía prosperar y la casación sí. Al fin y al cabo, ya no se discute la consideración de apátridas de estas gentes desde las sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2007 y 18 de julio de 2008, que vienen reconociendo el estado de apátridas a las personas nacidas en el Sahara Occidental antes de su descolonización, como medida de protección a estas personas y ante la falta de nacionalidad reconocida, pues de no concederse ese estado, «como tampoco se está procediendo al reconocimiento de la nacionalidad argelina por los saharauis, la cual, por otra parte, como ocurre con el Reino de Marruecos, tampoco es solicitada o deseada por los mismos», y se deja desprotegida en su totalidad a la persona. De ahí que se le confiera el estatuto del apátrida y se descarte su nacionalidad, en nuestro caso, la española.

En el mismo sentido la STS (Contencioso), Sección 5.ª, de 20 de noviembre de 2007, rec. núm. 10503/2003:

En tan prolongada situación –y pendientes del cumplimiento del expresado mandato de las Naciones Unidas, concretado en la Resolución de referencia– resulta evidente que, mientras tal evento no se produzca, no resulta de recibo el negar la condición de apátrida –como hace el Ministerio de Interior– con fundamento en que resulta posible optar por la nacionalidad marroquí, pues se trata de la nacionalidad del país que ocupó el territorio antes ocupado por los saharauis, que de una forma tácita, pero evidente, rechazaron tal opción al abandonar el territorio y pasar como refugiados al vecino país de Argelia.

En definitiva, ir a la protección por la apatridia supone negar la condición de español de origen; y no probada la posesión de estado, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la audiencia provincial y se fundamenta en la seguridad jurídica que le proporciona acudir a la normativa reguladora del tránsito del Sahara desde su descolonización, fuera o no colonia. Hubo un tiempo para optar por la nacionalidad española y los supuestos legales no amparan precisamente a la demandante. El fiscal se centró en su apoyo al recurso en lo esencial, como así lo indica la sentencia; la legalidad ordinaria permite soslayar las diversas interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales divergentes.

# Responsabilidad extracontractual médica

Comentario a la [STS de 6 de febrero de 2020](#)

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Extracto

Seguido proceso penal para dirimir las presuntas responsabilidades en el nacimiento del niño que quedó con minusvalía del 46 %, finalizado el proceso penal con sentencia absolutoria, se promovió el correspondiente procedimiento civil.

El atentado contra la integridad física de una persona con la producción de un daño lesiona el artículo 15 de la CE, por lo que considerarlo de esta forma no constituye una infracción legal. Ello significa que los presupuestos reguladores del derecho al resarcimiento del daño no provienen del referido artículo 15, sino de las normas que disciplinan la denominada responsabilidad civil, de las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, con respecto a la prestación de servicios sanitarios. La regla general es que la sentencia penal absolutoria no produce excepción de cosa juzgada en el ulterior proceso civil (como sí lo haría la condenatoria), salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer, o cuando se declare probado que una persona no fue autora del hecho objeto del proceso. El juez civil goza de libertad para valorar todas las pruebas que se practiquen en el proceso subsiguiente a la sentencia penal absolutoria, incluido el testimonio de las correspondientes actuaciones penales. Existe la posibilidad de indemnizar gastos futuros, como perjuicio patrimonial, ya se trate de gastos de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc., dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud.

**Palabras clave:** responsabilidad extracontractual; responsabilidad civil médica; cosa juzgada.

Fecha de entrada: 31-05-2020 / Fecha de aceptación: 23-05-2020

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

La sentencia seleccionada para comentar, y que se refiere a un supuesto de responsabilidad civil médica, resuelve la alegación frecuente de la cosa juzgada por la existencia, con carácter previo al procedimiento civil, de un procedimiento penal previo que finaliza con sentencia absolutoria respecto de las personas acusadas. Además de que en la misma se analizan los intereses referidos a la reclamación de los daños futuros derivados del estado de la persona afectada por la actuación médica.

De forma previa es conveniente realizar un resumen de los hechos que determinaron la reclamación civil. Los hechos son los siguientes: tras un parto normal, y unos problemas que derivaron en problemas físicos, el recién nacido fue dado de alta, sin embargo a las 48 horas la madre lo llevó al hospital, donde tras las pruebas oportunas se comprobó que padecía una enfermedad transmitida por el padre que le provocó parálisis cerebral infantil, que le produjo graves secuelas, requiriendo ayudas específicas con el fin de atemperar la repercusión de las mismas sobre su vida futura, y siéndole reconocida una minusvalía de 46 %. Se siguió un proceso penal, que finalizó con sentencia absolutoria para los médicos implicados. Posteriormente se inició por los progenitores un procedimiento de reclamación civil por responsabilidad médica que terminó con una sentencia estimatoria de responsabilidad frente a los demandados, donde se probó que el padre conocía su enfermedad y que fue comunicado a la ginecóloga, como se acreditó en el proceso penal, y que los médicos implicados no actuaron con la debida diligencia, al no acordar las medidas adecuadas ni realizar un seguimiento detenido, ni pruebas complementarias.

La audiencia confirmó la sentencia apelada por los demandados, acogiendo la petición de incluir los daños morales, no así los daños futuros. El Tribunal Supremo dictó sentencia denegando los recursos interpuestos por los demandados y estimando el de los actores respecto de la petición de resarcimiento de los gastos y daños futuros derivados del estado psicofísico como consecuencia de la falta de diligencia de los médicos.

En este caso se ponen de manifiesto las relaciones e interferencias que aparecen entre el orden jurisdiccional penal y el civil, en este caso por la sentencia absolutoria dictada en el proceso penal y la dictada en el proceso civil, que condena a una indemnización a los responsables, y en qué medida influye la sentencia dictada en el proceso penal en la que dicte el juez civil.

La sentencia dictada precisa hacer un breve análisis de la influencia que tendría una sentencia penal absolutoria, o en su caso condenatoria, en un proceso civil ulterior dirigido a demandar la responsabilidad civil extracontractual, como sucede en el caso de la sentencia, si bien en ella el fundamento está en la responsabilidad civil médica.

Analizando esta cuestión primero, debe decirse que la acción civil con carácter general se ejercita en el proceso penal siempre que el perjudicado no haya renunciado a la misma o la haya reservado para ejercitarla en un proceso civil posterior. Por ello, si no existió esa renuncia o esa reserva, es evidente que no podría interponerse una demanda de reclamación de cantidad en un proceso civil posterior que tenga su base o fundamento en los hechos ya decididos en el proceso penal y que se decidió en la sentencia penal, y que en cierto modo tiene que ver con el principio de preclusión o con la institución de la cosa juzgada; esto sucedería aunque la sentencia dictada hubiera sido absolutoria, como sucedería en los casos en que se declarara la inexistencia del hecho y de la exclusión categórica de la autoría del autor. Sería distinto cuando se admitiera la existencia del hecho y la exclusión de la responsabilidad penal no fuera categórica o inequívoca, pues en este caso sería posible el ejercicio de la acción civil ante los tribunales de ese orden y que en ellos se valorara conforme a los principios del proceso civil la prueba practicada, sin quedar condicionado por la valoración penal previa.

Por otro lado, en relación con la vinculación de la sentencia penal absolutoria, exige mencionar los artículos 222.4 de la LEC y 116 de la LECrim. El primero dispone que:

Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso, vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

El precepto de la ley procesal penal dispone que:

La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer. En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.

La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2018 dice que:

De acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, en el caso de que se hubiese dictado sentencia absolutoria, supuesto del presente caso, los hechos declarados pro-

bados en el procedimiento penal únicamente vincularían al juzgador civil cuando se hubiese considerado probada la inexistencia de los hechos denunciados o la falta de participación en los mismos del denunciado.

Por otro lado, la Sentencia 963/2011, de 11 de enero de 2012, mantiene que:

La doctrina jurisprudencial viene declarando que la sentencia penal absolutoria no produce el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer; o cuando se declare probado que una persona no fue autor del hecho.

En el presente supuesto, no concurren los presupuestos para que se dé el efecto vinculante de un proceso penal absolutorio, pues la sentencia penal no declara inexistentes los hechos en los que se funda la *ratio decidendi* de la sentencia civil.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los hechos probados en la vía penal vinculan al juez civil cuando hayan servido de base para la condena en dicha vía penal, según se establece en la STS de 18 de octubre de 2010. No obstante, la sentencia del propio Tribunal Supremo, de 29 septiembre de 2005, afirma que:

Constituye doctrina jurisprudencial, como declara la sentencia de 13 de septiembre de 1985, que las resoluciones que se dicten en la jurisdicción Penal no producen excepción de cosa juzgada en lo Civil, salvo cuando se trate de hechos declarados probados, en las condenatorias, o se declare la inexistencia de hecho, en las absolutorias (artículo 116 de la LECrim.). Las sentencias penales obligan al juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define en castigo.

En igual sentido, la STS 165/2017, de 8 de marzo, en el seno de un procedimiento civil en materia de responsabilidad de los administradores sociales, posterior a un procedimiento penal en el que se dilucidó la responsabilidad penal por los mismos hechos, dicta que cuando la sentencia absolutoria penal lo es por no existir pruebas suficientes para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, dicha sentencia penal absolutoria no produce el efecto de cosa juzgada en el procedimiento civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer o cuando se declare probado que una persona no fue autora del hecho. Sin embargo, de los hechos que se declaran probados en la sentencia penal absolutoria pueden derivarse responsabilidades civiles en un proceso civil posterior.

Igualmente sucede con las sentencias absolutorias firmes en las que se declare probado que una persona no fue autor del hecho; estas tampoco producen el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, como se señaló más arriba.

Es importante destacar que el Tribunal Supremo, no obstante, no prejuzga la valoración de los hechos que pueden hacerse en el proceso civil, y que no impide, por tanto, que se declare la responsabilidad por imprudencia o negligencia civil, ni que se permita entablar una demanda para solicitar por la vía del artículo 1.902 del Código Civil la responsabilidad extracontractual, en la medida en que el hecho de que la conducta no sea objeto de sanción en aplicación de la norma penal no impide que pueda ser reconocida en el ámbito de la jurisdicción civil, lo que presupone que el juzgado o tribunal de la jurisdicción civil puede valorar libremente las pruebas que se realicen en el proceso civil correspondiente que siga al proceso penal, que finaliza con una sentencia absolutoria, incluso las que se integren por el testimonio de las actuaciones penales correspondientes. Pero también dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de septiembre de 2007 que la carencia de efectos derivados de la cosa juzgada, en la sentencia absolutoria firme penal, puede producir efectos indirectos o accesorios en el proceso civil como medio de prueba cualificado de los hechos en ella recogidos y valorados en tanto determinantes del fallo, pues en otro caso sería contrario al principio de seguridad jurídica y al derecho a la tutela judicial efectiva la existencia de pronunciamientos contradictorios de distintos órganos judiciales (STC de 25 de febrero de 2003).

De esta doctrina se extraen dos conclusiones en orden a la eficacia de lo resuelto en el proceso penal previo:

- 1.<sup>a</sup> La plena eficacia probatoria del testimonio de actuaciones de un proceso penal en el proceso civil posterior, que quedaría sujeto, como cualquier testimonio de actuaciones, al sistema de libre apreciación de la prueba, cuya función corresponde a la soberanía de los juzgadores de instancia.
- 2.<sup>a</sup> Que la sentencia penal dictada constituye un medio de prueba documental cualificado de los hechos en ella contemplados y valorados.

De estas consideraciones extrae el Tribunal Supremo que el proceso penal previo constituye un medio de prueba cualificado que ha nacido con plenas garantías de igualdad, lo que le atribuye un rango de objetividad (STS de 23 de enero de 2009, entre otras).

Según se desprende de la sentencia que se comenta, la sentencia penal declaró los hechos existentes, la participación o intervención en ellos de las doctoras, la realidad de las secuelas padecidas, y si bien no estima que existan elementos de juicio para considerar que la conducta tenga relevancia penal para proceder a la condena por negligencia profesional, no impiden que pueda tener la consideración de ilícito civil del que derive la responsabilidad civil correspondiente. Piénsese que estando subordinada la responsabilidad civil a la responsabilidad penal, la declaración de la responsabilidad civil quedó imprejuzgada.

Los actores interpusieron una acción en reclamación por el atentado para la integridad física de su hijo, que derivó en graves menoscabos, utilizando la normativa aplicable al caso, tanto del Código Civil como del resto de legislación, y así pedir la indemnización

correspondiente, no de manera genérica el artículo 15 de la Constitución; fue correcta, en todo momento, y no susceptible de reproche.

No obstante, las decisiones recurridas por los padres del recién nacido, tanto por el juzgado de primera instancia como por la audiencia provincial, no consideraron aplicables las peticiones dirigidas a obtener una indemnización de los gastos futuros que se ocasionaran por la tención que debería dispensarse al menor por la atención médica necesaria para su bienestar y garantizar su salud, y que tenían una relación causal evidente con los daños que sufrió como consecuencia de la negligencia médica que le ocasionó tan graves daños. Sin embargo, la sentencia recurrida estima la solicitud de los padres del menor por estar de acuerdo con la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo de manera reiterada, así como con los principios de derecho europeo de responsabilidad civil sobre la naturaleza y determinación del daño patrimonial, que disponen que el daño patrimonial resarcible es la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso. Por regla general, tal daño se determina de un modo tan concreto como sea posible, pero puede determinarse en abstracto, como por ejemplo con relación al valor de mercado, cuando resulte pertinente. Y en el artículo 10:202, referido al daño corporal y muerte, en el párrafo primero dice que:

En el caso de daño corporal, lo que incluye el daño a la salud física y a la psíquica si comporta una enfermedad reconocida, el daño patrimonial incluye la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica.

Por tanto, el daño patrimonial resarcible se ha de referir a toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso, y que al referirse a la indemnización de dicho daño corporal, se ha de extender a los que determina el precepto mencionado en segundo lugar.

Además, los gastos están basados en un dato que es esencial, y es que están vinculados de manera causal con la actuación negligente de las doctoras, y con independencia del momento en que deban satisfacerse, tendrán lugar a lo largo de su vida, y estarán encaminados a procurar al menor, a través de las actuaciones médicas que procedan, su bienestar y salud.



# La revocación de la privación del derecho a voto de las personas con discapacidad. El implacable reconocimiento y avance de un derecho propio de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español

**Sergio Montoyo González**

*Oficial del Registro de la Propiedad de Madrid  
Abogado y doctorando en la Escuela Internacional de Doctorado.  
Universidad Rey Juan Carlos*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzo Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

## Extracto

Han pasado ya más de 10 años desde la celebración en la ciudad de Nueva York de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el día 3 de mayo de 2008<sup>1</sup>. Dicha convención ha supuesto un hito en materia de discapacidad y un verdadero tratado en cuanto a derechos sociales y humanos se refiere. A pesar de ello, de la celebración de multitud de congresos, de normativa reciente y promulgada en relación con el ámbito de la discapacidad, de novedosas sentencias judiciales, entre otros acontecimientos, no se han obtenido los ansiados resultados. Sin embargo, es dentro de la



<sup>1</sup> La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fueron aprobados en la 76.ª sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el día 13 de diciembre de 2006 en la ciudad de Nueva York, la cual fue firmada el día 30 de marzo de 2007 por el plenipotenciario de España, estando ratificada por su majestad el rey de España el día 23 de noviembre de 2007 y publicado dicho texto normativo en el Boletín Oficial del Estado el día 21 de abril de 2008, entrando en vigor el día 3 de mayo de ese mismo año. Según el Boletín Oficial del Estado de fecha 21 de abril de 2008, núm. 96, p. 20659, la presente convención entrará en vigor de forma general y para España el día 3 de mayo de 2008 de conformidad con lo establecido en el Artículo 45 (1) de la misma. Dicho artículo 45, que reza con el título «Entrada en vigor», establece:

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión. 2. Para cada Estado y organización regional de integración que ratifique la Convención, se adhiera a ella o la confirme oficialmente una vez que haya sido depositado el vigésimo instrumento a sus efectos, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado su propio instrumento.



esfera del derecho constitucional donde se están produciendo, a día de hoy, grandes avances<sup>2</sup> en lo referente al campo de la discapacidad. En el presente trabajo, vamos a analizar uno de estos avances constitucionales, el cual ha quedado reflejado en la supresión de la privación del derecho de sufragio a las personas con discapacidad, privación que suponía una vulneración flagrante de lo recogido en el artículo 29 de la Convención de Nueva York. Es por ello que la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, ha supuesto una victoria del llamado «derecho de la discapacidad».

**Palabras clave:** convención de Naciones Unidas; derecho de sufragio; personas con discapacidad.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

<sup>2</sup> Aparte del avance constitucional consistente en la eliminación de la privación del derecho de sufragio de las personas con discapacidad y que es objeto de análisis y de estudio en el presente trabajo, podemos citar, a modo de ejemplo, otro avance consistente en la actual modificación que se está llevando a cabo sobre el artículo 49 de nuestra Carta Magna, mandato que regula la materia de la discapacidad dentro de dicho ámbito constitucional.

**Cómo citar:** Montoyo González, S. (2020). La revocación de la privación del derecho a voto de las personas con discapacidad. El implacable reconocimiento y avance de un derecho propio de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español. *Revista CEFLegal*, 234, 103-140.



# Revocation of the privacy of the right to vote of persons with disabilities. The relentless acknowledgement and progress of the disability specific laws in Spanish legislation

Sergio Montoyo González

## Abstract

More than 10 years have elapsed since Convention on the Rights of Persons with Disabilities was held in New York which entered into force in our legal system May, the 3<sup>rd</sup> 2008. The above mention Convention marked a milestone in disability matters and has been considered a reliable treaty regarding social and human rights. Notwithstanding, and despite several congress held, recent laws enacted in relation to the disability field, novel judicial sentences, and among other events, the longed-for results have not been achieved. Nevertheless, it is within the Constitutional Law scope of action where significant advances in disability field are taking place nowadays. In the current article, one of these constitutional advances is intended to be analyzed herein, which has resulted in the abolition of suffrage right deprivation of disability people, deprivation which caused a flagrant infringement of stated in article 29 of law raised from the New York Convention. That is why, the modification Law 2/2018, December 5<sup>th</sup>, about the Organic Law 5/1985, June 19<sup>th</sup>, on the General Electoral System has entailed a victory of the so called «disability right».

**Keywords:** United Nations convention; right to vote; persons with disabilities.

**Citation:** Montoyo González, S. (2020). La revocación de la privación del derecho a voto de las personas con discapacidad. El implacable reconocimiento y avance de un derecho propio de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español. *Revista CEFLegal*, 234, 103-140.





## Sumario

1. Introducción y antecedentes históricos
2. Antecedentes constitucionales en relación con la reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen general electoral
3. El desarrollo efectuado por nuestros tribunales de justicia en relación con la supresión del derecho de sufragio de las personas con discapacidad
  - 3.1. El desarrollo efectuado por nuestros tribunales de justicia en relación con el derecho de sufragio de las personas con discapacidad
  - 3.2. Comentario al auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre
4. Los convenios internacionales en relación con el derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad
  - 4.1. El derecho internacional en relación con el derecho al voto de las personas con discapacidad
  - 4.2. Análisis del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
5. Análisis de la Ley 2/2018, de 5 de diciembre. Sentido y contenido de la reforma
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas



## 1. Introducción y antecedentes históricos

Largo y no exento de problemas está siendo el camino en la lucha por el efectivo reconocimiento de los derechos que afectan a las personas que sufren algún tipo de discapacidad en nuestro país, y ello a pesar de haber transcurrido más de 10 años desde la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad celebrada el 13 de diciembre de 2006. Sin embargo, este camino se está viendo allanado por la promulgación de diversas iniciativas legislativas, como, por ejemplo, dentro del ámbito civil, el anteproyecto de ley que supone la reforma del Código Civil, de la Ley de enjuiciamiento civil, la Ley hipotecaria y la del Registro Civil de fecha 21 de septiembre de 2018, así como el anteproyecto en materia constitucional de la reforma del artículo 49 de nuestra Carta Magna, aprobado por el Consejo de Ministros el día 7 de diciembre de 2018, o como último ejemplo a citar y que conforma la base de este artículo, la promulgación de la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral. Esta ley ha venido de alguna manera a dar cumplimiento a los principios que inspiraron y fueron promulgados por la convención, concretamente en lo regulado por su artículo 29, que versa sobre la participación e inclusión de las personas con discapacidad en la vida política y pública del país del que forman parte, y ello en igualdad de condiciones que los demás conciudadanos.

En la materia que nos atañe, esta Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre<sup>1</sup>, ha supuesto un gran avance en lo que se refiere al reconocimiento de derechos dentro del ámbito de la discapacidad, pues hasta su entrada en vigor más de 100.000 personas con discapacidad tenían privado su derecho constitucional de voto o sufragio activo<sup>2</sup>. La promulgación

---

<sup>1</sup> La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha 6 de diciembre de 2018, y en vigor en nuestro ordenamiento jurídico al día siguiente.

<sup>2</sup> De acuerdo con la información facilitada al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) por la Junta Electoral Central, el número de personas que, en las elecciones generales de 20 de diciembre de 2015 y 26 de junio de 2016, han estado privadas de su derecho al voto mediante

de leyes de este tipo supone un importantísimo avance en la lucha por la igualdad efectiva de los derechos que afectan a las personas que conforman el colectivo de la discapacidad intelectual en nuestro país, y son asimismo el resultado de una demanda social y de un reflejo del imparable avance de un derecho propio relativo a la discapacidad, y el cual queda concretado en el llamado derecho de la discapacidad.

Sin embargo, nos encontramos con actos por parte de las autoridades públicas que parecen obsecarse en paralizar estos aires de progreso y cambio, como por ejemplo la criticable Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Llama la atención que esta instrucción fue objeto de modificación en cuestión de días como consecuencia de la terminología usada por la misma, y fruto de ello fue la redacción por parte de la pertinente autoridad electoral de una nueva instrucción plasmada en la número 7/2019, de 18 de marzo, y que será objeto de análisis en el presente artículo.

En virtud de lo expuesto, y sin perjuicio de un posterior análisis crítico de la misma, podemos adelantar un extracto de dicha crítica, en el sentido de reseñar el importante papel que a partir de ahora jugarán los miembros de las mesas electorales en relación con el voto de las personas con discapacidad, papel que se ha revestido de nuevas atribuciones difícilmente comprensibles. Parte de estas funciones, a las que estamos aludiendo con base en la citada Instrucción, consistirán en que, sin perjuicio de que el voto sea introducido en la urna, deberán valorar si el voto que se emite por parte de una persona con discapacidad se hace de una forma consciente, libre y voluntaria. Por ello, parece que a partir de ahora nos vamos a encontrar con la esperpéntica situación de que por encima de los presupuestos que emanan de la Convención de Nueva York, o de la valoración judicial que pudiera hacerse al caso en concreto, estarán los criterios y consideraciones personales de las personas que conformen las mesas electorales, en el sentido de que las mismas sean los «juzgadores» de que dicho voto reúna, a su opinión y criterio, todos los requisitos necesarios para que una persona con discapacidad pueda ejercer su voto, y ello con independencia de conocer o no aspectos relacionados con la discapacidad que la persona en cuestión pueda presentar.

La expuesto en el párrafo anterior reúne todos los requisitos y finalidad contrarios a lo que establece la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Disca-

---

sentencia judicial ha ascendido a 98.488. De estas el 53 % son mujeres y un 47 % varones. Asimismo, se observa que el 60,9 % de las personas que han estado privadas de su derecho al voto mediante sentencia judicial son menores de 65 años (60.003 personas). (Consulta realizada el día 2 de abril de 2019 en <<https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/distribucion-territorial-de-las-personas-que-han-estado-privadas-de-su-derecho-al-voto-en-espana-2/>>).

pacidad, la cual, y según hemos apuntado con anterioridad, ha supuesto un gran paso en el sistema que hasta entonces se venía operando en España, transformando y modificando el anterior sistema médico-rehabilitador, y ello como establecen autores como Lidón Heras (2016, p. 100). La autora señala que este modelo justifica la exclusión, y por tanto la discriminación en la corriente general de la sociedad, de las personas con discapacidad, como una consecuencia lógica de la deficiencia. En cambio, la finalidad del enfoque constructivista social de la discapacidad es poner en evidencia los sutiles factores sociales que en interacción con la persona crean, refuerzan y perpetúan la subordinación de las personas con discapacidad, lo que permite por tanto mostrar, señalar y alumbrar aquellos comportamientos sociales sutiles e insidiosos que generan exclusión de las personas con discapacidad (Lidón Heras, 2016, p. 104).

La convención se ha convertido en un verdadero texto de promulgación de derechos humanos, pues en la misma, según recogen autores como Palacios y Bariffi (2007, p. 11), se equipara la discapacidad con una cuestión propia de derechos humanos, y ello como resultado de la lucha por parte del colectivo de personas con discapacidad para que las mismas sean consideradas como sujetos de derecho, reflejado este en una doble vertiente, una negativa, en el sentido de que las mismas no sean consideradas como un cúmulo de prestaciones asistenciales, y otra vertiente de carácter positivo, que considera a las personas que conforman este colectivo como fruto de la asimilación de los conceptos desarrollados sobre la base de un modelo social (2007, p. 19), donde es la sociedad la que reconoce la aportación que puede ser realizada por las personas con discapacidad a la comunidad de que forman parte, y ello en atención a sus posibilidades y con el debido respeto de su condición de personas, en ciertos aspectos, diferentes. Estas aportaciones son consideradas de igual forma que las que pueda realizar cualquier otra persona sin discapacidad.

Asimismo, Cuenca Gómez (2018, pp. 174-176) recoge las consideraciones que afirman autores como Oliver (1996, pp. 31 y ss.) y Palacios (2008, pp. 367 y ss.) en relación con el modelo médico, el cual presenta la discapacidad como un rasgo de carácter personal cuyo origen se encuentra en las limitaciones individuales ocasionadas por el padecimiento de una determinada deficiencia, cuyo tratamiento tendrá como fin la integración social de la persona con discapacidad, y ello como condición necesaria para el correspondiente ejercicio en condiciones de igualdad. En consecuencia, este modelo médico promulga que la no superación de las limitaciones propias derivadas del proceso por parte de la persona con discapacidad es justificación suficiente para la eliminación o limitación de sus derechos en relación con las personas que no sufren ningún tipo de discapacidad.

Asimismo, y en un sentido contrario al expuesto, la citada Cuenca Gómez recoge la concepción que hace el llamado modelo social sobre la discapacidad, el cual entiende la misma como una situación cuyo origen se sitúa en las limitaciones que establece e impone la sociedad sin atender a los criterios de diversidad que son aplicables al campo de la dis-

capacidad, lo que supone la creación de unos estándares artificiales de normalidad consuetudinarios por la sociedad y que servirán como justificación para la eliminación y privación de los derechos de las personas con discapacidad cuando no alcancen los mismos.

Una vez superado el antiguo modelo médico rehabilitador, que apartaba y alejaba a la persona para su inclusión social, será sobre la base de los presupuestos y principios del modelo social sobre la que deberemos trabajar, y ello a la luz de los postulados recogidos por la Convención de Nueva York. A modo de síntesis y como fruto de la interpretación de estos principios, se otorga una preferencia a lo voluntario por encima de lo legal, a las medidas preventivas sobre las reactivas, y en consecuencia se enaltece el interés subjetivo sobre el interés objetivo, para con ello dar primacía a los deseos y decisiones que pueda expresar la persona con discapacidad, asistiéndola allí donde esa manifestación de voluntad no llegue a poder formularse con la debida prestación de los apoyos necesarios.

El esquema a seguir dentro del presente trabajo abarcará en un primer ámbito el aspecto normativo y constitucional previo a la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, así como el tratamiento judicial efectuado principalmente por las audiencias provinciales en relación con la privación del derecho de sufragio, y por supuesto de la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo, tanto en su tratamiento positivo a favor del reconocimiento a dicho derecho de sufragio activo en relación con las personas con discapacidad, como en su aspecto más criticable y contrario a los presupuestos que emanan de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Después del estudio de la normativa estatal y de las resoluciones judiciales pertinentes, nos centraremos en el aspecto más internacional del derecho al voto de las personas con discapacidad, cuyo estudio quedará concretado en el análisis del artículo 29 de la Convención de Nueva York, y sin perjuicio, a su vez, del tratamiento que propone la normativa aplicable a este ámbito por los tratados internacionales de países de nuestro entorno.

Seguidamente abordaremos el núcleo central del presente trabajo, las cuestiones controvertidas de la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y ello mediante un análisis del sentido y contenido de dicha reforma, así como de los aspectos problemáticos que surgen de la misma. A su vez, realizaremos también un estudio crítico de la reciente Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, la cual modifica y aclara la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo.

Por último, finalizaremos nuestro trabajo con las pertinentes conclusiones en relación con la revocación de la privación del derecho de sufragio de las personas con discapacidad, y ello como resultado del análisis de los aspectos que hemos abordado en el mismo.

## 2. Antecedentes constitucionales en relación con la reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen general electoral

El derecho de sufragio activo está recogido en la Constitución española en su artículo 23<sup>3</sup>, que proclama y consagra la participación en los asuntos públicos por parte de los ciudadanos, así como el llamado sufragio pasivo, al reconocer dicho artículo la igualdad de acceso de los ciudadanos españoles a la hora de ejercer cargos o funciones públicas con los requisitos que se determinan en las leyes.

Este derecho constitucional de sufragio activo fue regulado por medio de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG)<sup>4</sup>. En esta ley, en un sentido positivo<sup>5</sup>, se reconocía el derecho de sufragio a todos los españoles mayores de edad que no se encontrasen en alguno de los supuestos recogidos en su inmediato y posterior artículo 3, supuestos que consistían en la privación del derecho de sufragio a todas las personas que habían sido declaradas incapaces mediante una sentencia firme, y en la cual fuese declarada asimismo la privación para el ejercicio del derecho de sufragio por motivos objetivos y debidamente acreditados, así como el de las personas que hubieren sido internadas en un centro psiquiátrico durante todo el tiempo que dure el tratamiento y que igualmente hubiere sido declarada su incapacidad para el ejercicio del sufragio activo en la pertinente autorización judicial. Es curioso reseñar que la obligatoriedad de emitir un pronunciamiento específico en la esfera de privación del derecho de sufragio por parte del juzgador tenía su origen en este precepto de la LOREG, y no en ningún otro texto legal.

En el contexto social e histórico en que fue promulgado el artículo 3 de la LOREG, podríamos establecer que el mismo englobaba un cierto carácter avanzado para la época en cuestión y no muy restrictivo en comparación con otras democracias. En relación con otros preceptos constitucionales, podemos señalar la indudable relación entre el derecho de sufragio que recoge el artículo 23 de la Constitución española y el artículo 1.1. de nuestra Carta Magna, pues el mismo señala que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Asimismo, el derecho de sufragio también esta interconectado con lo establecido en el artículo 9.2 de la Constitución española, pues

<sup>3</sup> El artículo 23 de la Constitución española establece lo siguiente:

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

<sup>4</sup> Publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 147, de 20 de junio de 1985, pp. 19110 a 19134.

<sup>5</sup> El artículo 2, apartado 1.º de la LOREG establece: «El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente».

si estamos analizando el derecho de sufragio en relación con las personas con discapacidad, el artículo 9.2<sup>6</sup> establece que serán los poderes públicos los encargados de facilitar la participación de todos los ciudadanos, y por supuesto del colectivo de las personas con discapacidad, en la vida política, económica, cultural y social del país.

Autores como Gálvez Muñoz (2009, p. 29) señalan que este artículo 9.2 de la Constitución española contempla un concepto más amplio que el solo derecho de sufragio, puesto que el mismo comprende otro tipo de mecanismo o conexiones entre el Estado y la sociedad, reflejado en la afiliación a partidos políticos, el ejercicio del derecho de petición o el acceso a la información pública.

También deberemos tener en consideración el artículo 10.1<sup>7</sup> de nuestra Carta Magna en relación con la dignidad de la persona. En este punto es interesante la advertencia que nos indica la autora Gómez Garrido (2018), la cual señala, en relación con la eliminación de la privación del derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad, que es una excelente idea, dado que las personas con discapacidad intelectual tienen la misma dignidad que cualquier otra y, por lo tanto, debe sostenerse que también tienen la misma capacidad para votar en los asuntos públicos conforme a su interés, al igual que sus conciudadanos.

Sin embargo, sin pretenderlo, se puede ocasionar una exposición y eventual riesgo para las personas que conforman el colectivo de la discapacidad intelectual en sus grados más intensos o extremos, y ello como consecuencia de los abusos que puedan producirse por terceras personas dentro de un proceso electoral, al influir en el voto de la persona con discapacidad de acuerdo a sus intereses, y, en consecuencia, se priva que el voto sea manifestado de una forma consciente, libre y voluntaria, que son las características o pilares sobre los que se asienta y se constituye el derecho de sufragio.

En conveniente señalar, en relación con el voto libre y secreto, lo expuesto por autores como Presno Linera (2011, p. 38), el cual establece que:

El carácter libre del sufragio es un requisito imprescindible y, por ello, redundante en un sistema que se califique de democrático, pues la libertad en el ejercicio de la autodeterminación política en que consiste el sufragio es consustancial a la demo-

---

<sup>6</sup> El artículo 9.2 de la Constitución española establece:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

<sup>7</sup> El artículo 10.1 de la Constitución española establece:

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

cracia. Si el ejercicio del voto está sometido a amenazas, coacciones o cualquier tipo de influencia externa que coarte la libertad del individuo, no nos encontramos ante un proceso democrático.

No obstante, no podemos dejar de reseñar, en el presente trabajo, el artículo propio que regula la discapacidad dentro de nuestra Constitución española, es decir, el artículo 49<sup>8</sup>. En este artículo no se incluye o se desarrolla lo que sería un concepto o definición de lo que es una persona con discapacidad. En su interpretación conjunta con otros preceptos de nuestra Carta Magna, conmina a los poderes públicos a las llamadas políticas de integración de las personas con discapacidad en todos los aspectos de su proyecto vital, y en especial a una integración plena y efectiva en la vida de la comunidad de la que forma parte.

Sin embargo, y como hemos señalado con anterioridad, con fecha 7 de diciembre de 2018, el Consejo de Ministros ha aprobado el anteproyecto de reforma de este artículo 49<sup>9</sup> de nuestra Carta Magna, reforma que va más allá de la propia cuestión terminológica, puesto que la nueva redacción de este precepto constitucional encierra y contempla los principios que emana y promulga la Convención de Nueva York.

Autores como Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (2018, p. 1.404) observan una cierta influencia en este artículo 49 de la Constitución en relación con lo establecido por el artículo 15<sup>10</sup> de la Carta Social Europea, y ello en cuanto a la obligación de los Estados de estable-

<sup>8</sup> El artículo 49 de la Constitución española establece lo siguiente:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

El anteproyecto de reforma de este artículo 49 ha sido aprobado con fecha 7 de diciembre de 2017 y remitido posteriormente al Consejo de Estado para su estudio.

<sup>9</sup> Dentro de este anteproyecto se recoge la siguiente redacción respecto al artículo 49:

1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. 3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

<sup>10</sup> El artículo 15 de la Carta Social Europea establece lo siguiente:

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas,

cer las medidas necesarias y adecuadas a las personas con discapacidad en el ámbito laboral, si bien el citado mandato constitucional establece sus diferencias con la Carta Social Europea, al no definirse como derechos de las personas ni establecer asimismo garantías constitucionales.

### **3. El desarrollo efectuado por nuestros tribunales de justicia en relación con la supresión del derecho de sufragio de las personas con discapacidad**

#### **3.1. El desarrollo efectuado por nuestros tribunales de justicia en relación con el derecho de sufragio de las personas con discapacidad**

Como hemos apuntado con anterioridad, y según se desprenden del artículo 3 de la LOREG, uno de los requisitos necesarios para la privación del derecho de sufragio es la necesidad de que dicha privación sea recogida en una sentencia firme o autorización judicial, debiendo estar asimismo debidamente motivada por parte del juzgador, sin que pueda ser válida la mera privación del derecho al voto basada en una mera discrecionalidad judicial en dicho sentido.

Lo expuesto estaba reflejado en el artículo 3 de la LOREG, punto primero, apartados b) y c), los cuales establecían lo siguiente:

1. Carecen de derecho de sufragio:

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

Uno de los primeros elementos a destacar en este precepto era la necesidad de la existencia de una «sentencia judicial firme» dentro del proceso de incapacitación, o mejor dicho, de modificación de la capacidad de obrar de la persona, en la cual fuera declarada expresamente la falta de capacidad de la misma en relación con el ejercicio del derecho de sufragio.

---

ya sean privadas o públicas. 2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de coloración, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación.

Es sabido que en los últimos años ha imperado un sistema de las llamadas «sentencias ro-dillo», las cuales eran meras sentencias basadas en modelos ya implantados dentro de los juzgados que resolvían estos procesos, y en los que faltaba una correcta motivación para la eliminación de este derecho constitucional<sup>11</sup>.

Autores como Díaz Alabart (2012, pp. 12-13) señalan que es dentro de las sentencias de incapacitación donde la privación del derecho de sufragio tiene una mayor relevancia, y ello como consecuencia del número de personas afectadas, así como en relación con el plazo de duración de la medida que se toma, la cual suele dilatarse mucho en el tiempo. La autora destaca que es en la figura del juez donde queda todo el poder y ámbito de decisión en lo referente a la privación del derecho de sufragio, pero siempre desde la perspectiva del beneficio de la persona tutelada. Por último, Díaz Alabart aprecia que dentro de lo que es un Estado democrático, nadie, ni siquiera el juez, debería privar a nadie de su derecho de sufragio, alegando que es un perjuicio para él.

En este sentido, autores como Beckman (2014, pp. 226-228) señalan, como un sub-modelo aplicado a las personas que pueden verse privadas del derecho de sufragio, que la sola existencia de una resolución judicial sobre el estado legal de una persona era motivo suficiente y elemento determinante para la justificación de la privación del derecho de sufragio, sin entrar a valorar concretamente la capacidad de dicha persona para votar.

En el ámbito judicial, solamente ciertas audiencias provinciales, como, por ejemplo, la de Barcelona o Ciudad Real, entre otras, habían realizado unas interpretaciones avanzadas o progresivas en relación con la privación del derecho de voto de las personas con discapacidad. *A sensu contrario*, otras sentencias exigían que se acreditase un cierto nivel de conocimientos del panorama político por parte de la persona con discapacidad, como por ejemplo la Sentencia 372/2018, de 24 de mayo<sup>12</sup>, la cual será objeto de análisis más adelante en el presente trabajo.

En el presente epígrafe abordamos el tratamiento que se ha venido haciendo por parte de diferentes órganos judiciales hasta la actual Ley 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio. Para ellos trataremos un

<sup>11</sup> El artículo 23 de la Constitución española establece:

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Recalcar en este precepto el empleo de la palabra «ciudadanos», puesto que si negamos este derecho de sufragio a una persona estamos de algún modo negándole su condición de «ciudadano» en la sociedad.

<sup>12</sup> De la sentencia reseñada se desprende lo siguiente: «Y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida».

elenco de algunas de las sentencias más llamativas y, en algunos casos, muy criticables en su argumentación.

Para comenzar, reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo número 421/2013<sup>13</sup>, de fecha 24 de junio, que estableció jurisprudencia en la materia que es objeto de análisis ahora, tomando como base la sentencia del pleno de la Sala Primera del mismo tribunal de fecha 29 de abril de 2009. Esta sentencia sirve como ejemplo de un intento efectivo, pero no pleno, en la aplicación de los principios promulgados en materia del derecho de sufragio por la Convención de Nueva York. Dicho derecho queda plasmado en el artículo 29 de la Convención, precepto que nos conmina a aplicar criterios restrictivos en cuanto a la eliminación de los derechos fundamentales que afecten a las personas con discapacidad.

Sin embargo, la sentencia no alcanza el espíritu o los principios que realmente nos propone la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, principios que, por el contrario, sí han quedado recogidos en la actual Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre. Posteriormente, y en una posición judicial antagónica a la que acabamos de exponer, nos encontramos con la criticable Sentencia del Tribunal Supremo número 181/2016, de fecha 17 de marzo. En esta sentencia parecen convivir criterios opuestos en este ámbito de privación del derecho de sufragio, puesto que se establece la compatibilidad de los presupuestos emitidos por la Convención de Nueva York y la privación del derecho a voto a las personas con discapacidad. Entiende nuestro Alto Tribunal que la privación del derecho a sufragio a las personas con discapacidad es una medida de protección, y que las mismas no influyen en absoluto en el normal desarrollo de un procedimiento electoral. Dicha sentencia fue recurrida mediante recurso de amparo, el cual fue desestimado por el Tribunal Constitucional mediante el auto de desestimación del recurso de súplica número

---

<sup>13</sup> Como fundamento principal, reseñar el recogido en el punto 6 del fundamento de derecho segundo de la sentencia, donde se establece lo siguiente:

En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho, pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal.

196/2016, de 28 de noviembre, el cual será objeto de análisis en el siguiente epígrafe, y al que nos remitimos.

Es de reseñar el papel que han desempeñado en este ámbito del tratamiento de la privación del derecho de sufragio las audiencias provinciales, aunque dentro de las mismas podemos encontrar tratamientos dispares.

No obstante, y antes de entrar en el análisis de varias de estas resoluciones judiciales, debemos destacar la dimensión social de la discapacidad que expresan los presupuestos y parámetros que se emanan de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, los cuales quedan reflejados, no solo en su preámbulo, y que constan representados bajo los epígrafes letras c)<sup>14</sup>, h)<sup>15</sup>, n)<sup>16</sup> y o)<sup>17</sup>, sino en diversas disposiciones de dicho texto, concretadas, por ejemplo, y entre otros, en su artículo primero, donde se establece que el propósito de la convención es el de «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»; o bien de conformidad con los principios propios de la Convención que se recogen en su artículo tercero<sup>18</sup>, o en lo establecido en los epígrafes letras a) y b) del artículo 4<sup>19</sup> relativo a las obli-

<sup>14</sup> El cual establece: «Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación».

<sup>15</sup> Que señala lo siguiente: «Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».

<sup>16</sup> Que reseña: «Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones».

<sup>17</sup> Que indica: «Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente».

<sup>18</sup> Los principios de la presente convención serán:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

<sup>19</sup> El artículo 4 establece en sus apartados 1 a) y 1 b) lo siguiente:

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

gaciones generales, o, como no podía ser de otra manera, en lo preceptuado por el artículo 12, el cual establece el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad, y por último, de lo reconocido en el artículo 29 bajo la rúbrica de participación en la vida política y pública, y que ha sido la piedra angular de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre.

Iniciando el recorrido judicial al que nos hemos referido, y como un ejemplo demostrativo de las contradicciones que se han venido produciendo a la hora de valorar la privación del derecho de sufragio en relación con las personas con discapacidad dentro de los distintos procedimientos de modificación de la capacidad de obrar de una persona<sup>20</sup>, abordaremos dos sentencias de la Sección 18.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona. Por un lado, en un sentido positivo, citaremos la Sentencia 613/2015, de 10 de septiembre, en la cual se establece que «no procede privar al declarado incapaz del derecho de sufragio, porque, aunque padezca síndrome de Down, esto no acredita que no pueda discernir en la vida política». Asimismo, y en un sentido negativo, tenemos la reciente Sentencia 372/2018, de 24 de mayo, en la que se deniega el derecho por la falta de juicio crítico para discernir el sentido del derecho al sufragio, circunstancia que es recogido en la sentencia de la siguiente forma: «Al ser explorada por este tribunal [...] manifestó conocer los nombres del Presidente del Gobierno y vagamente el de otros políticos actuales e indicó que cuando va a votar, vota lo que le dicen, sin mayor interés». En la reseña de dichas sentencias en donde mejor podemos encontrar la arbitrariedad judicial dentro del ámbito de la privación del derecho de sufragio en relación con las personas con discapacidad.

En la primera de las sentencias, es decir, la 613/2015, de 10 de septiembre, se estima el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal en contra de la privación del derecho de sufragio de la persona cuya capacidad de obrar ha sido objeto de modificación judicial, revocando parcialmente la Sentencia de 5 de diciembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sabadell, en autos de modificación de capacidad número 287/2014. El recurso menciona toda una serie de normativa internacional aplicable al caso, como las

---

<sup>20</sup> Es preciso dejar reseñada la distinción que ha hecho desde siempre la doctrina clásica civilista en materia de capacidad de la persona, distinguiendo entre «capacidad jurídica» y la llamada «capacidad de obrar». Por ello es necesaria la denominación precisa del proceso, el cual ha experimentado distintas denominaciones en el tiempo reflejadas en «proceso de incapacitación», o bien, «modificación judicial de la capacidad de la persona», y en último lugar, el señalado y más correcto a nuestro entender, «modificación de la capacidad de obrar de la persona». Utilizando autores como Lete del Río (1996, pp. 25-31), queda patente la distinción en el ámbito de la capacidad y a la que hemos aludido, el cual entiende que «la capacidad jurídica es la aptitud que el Derecho reconoce a toda persona para ser sujeto de relaciones jurídicas», o dicho de otro modo como «titular de derechos y obligaciones», y la llamada «capacidad de obrar», la cual queda plasmada «en los actos que puedan ser realizados de una forma válida por el sujeto atendiendo a su inteligencia, voluntad y, sintetizando en una palabra, a sus "aptitudes"». En conclusión, dicho autor expone que si bien la «capacidad jurídica» se establece por el hecho de ser persona, en la «capacidad de obrar» se deberá dar los requisitos de inteligencia y voluntad, esto es, «la capacidad natural de entender y querer». Es aquí el origen de la distinción entre personas «capaces» o «incapaces» (concepción terminológica ya superada actualmente).

observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la participación en la vida política y pública de 19 de octubre de 2011, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de septiembre de 2011 sobre Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones - Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, así como en el preámbulo del libro II del Código Civil de Cataluña, apartado III.

En dicho recurso se «entiende que la privación del derecho de sufragio no es una consecuencia necesaria de la declaración de incapacidad de una persona y que aun cuando haya sido modificada su capacidad la persona afectada puede conservar su derecho de sufragio», indicando, en los fundamentos de derecho, la falta de realización de una prueba específica a efectos de evaluar el discernimiento electoral del demandado, no bastando una mera presunción para resolver en un sentido privativo del derecho de sufragio, y ello según lo señalado en otras sentencia emitidas por dicha sala, como, por ejemplo, la 183/2014 de fecha 13 de marzo de 2014<sup>21</sup>, en la cual revocan la privación del derecho de sufragio de la parte interesada, y ello con base en que «no se ha practicado prueba específica sobre la incapacidad del demandado para conformarse un juicio contrario a su capacidad respecto a opciones electorales, ni el hecho de ir a votar le ha de perjudicar, ni ha de afectar al orden público».

En virtud de la normativa internacional y nacional reseñada y aplicable<sup>22</sup> al caso, la privación del derecho de sufragio debe aplicarse con carácter restrictivo. *A sensu* contrario

<sup>21</sup> Sentencia que establece una incapacitación total y que, atendiendo al deterioro de las facultades mentales de la persona sobre la que recae el proceso, justifica la privación del derecho de voto, por ser un acto personalísimo, voluntario, libre y selectivo, que no puede realizar quien tiene disminuidas o excluidas sus facultades cognitivas y volitivas, lo que le inhabilita para decidir entre las distintas opciones electorales. La juez considera que desconoce el partido de los cargos políticos y elige sin criterio conocido, aunque admite que otras personas votan sin conocer el programa electoral, pero dice que son capaces de comprender y razonar. Estas sentencias son las que de alguna manera establecen que hubiera que tener un determinado conocimiento base para poder participar en un proceso electoral.

<sup>22</sup> Aparte de la normativa reseñada, hay que tener presente los artículos 12 y 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como las Recomendaciones del Consejo de Europa n. R (92) 6, de 9 de abril de 1992, y 1185 (1992), de 7 de mayo, para que los gobiernos y las autoridades competentes busquen y propicien una participación efectiva y activa de las personas discapacitadas en la vida comunitaria y social; la Recomendación (2006) 5, de 5 de abril, para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas discapacitadas en la sociedad, la cual defiende que la participación de todos los ciudadanos en la vida política y pública y en el proceso democrático es esencial para el desarrollo de las sociedades democráticas, y que la sociedad debe reflejar la diversidad de sus ciudadanos y aprovechar sus experiencias y sus conocimientos múltiples; la Recomendación n.º R(99)4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa predica la máxima preservación de la capacidad, y señala en su artículo 3 apartado 2, que «una medida de protección no debería privar automáticamente a la persona en cuestión del derecho a votar». Asimismo, jurisprudencia de carácter internacional por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido sensible a la protección del derecho de sufragio, como se recoge en la Sentencia de 20 de mayo de 2010, dictada en el asunto n.º 38832/06, Alajos Hiss contra Hungría, sentencia que versaba

de las sentencias que hemos reseñado, y emitida también por la Audiencia Provincial de Barcelona, tenemos la Sentencia 372/2018, de 24 de mayo, la cual, basándose en los argumentos recogidos en la criticable Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2016, justifica la privación de la eliminación del derecho a voto de la persona con discapacidad con base en una protección más favorable de su persona, reflejado esto en las siguientes palabras que recoge la sentencia: «Lo que se cuestiona en este caso es de qué manera se encuentra afectada doña [...] para adoptar la medida que sea más favorable a su interés», es decir, como si el derecho a votar produjese un daño en la persona con discapacidad. Asimismo, quedan malinterpretados los presupuestos y principios que emanan de la Convención de Nueva York, al establecerse en dicha sentencia un presupuesto para poder ejercer el derecho de sufragio basado en la posesión de unos conocimientos mínimos.

Esto mismo lo recoge la propia sentencia en las siguientes palabras:

La decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un

---

sobre un enfermo mental sometido a curatela y privado del derecho de voto conforme a la ley de Hungría, privación que fue declarada contraria a lo que establece el artículo 3 del protocolo primero de la Convención de Nueva York. En dicha sentencia se establecía que aun siendo amplio el margen que ostenta el legislador, el mismo no puede ser ilimitado (asunto *Hirst c. Reino Unido*, § 82), y en su parágrafo 42, se establece:

Cuando una restricción de derechos fundamentales se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la sociedad, que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado, como es el caso de las personas con discapacidad mental, entonces el Estado dispone de un margen de apreciación más bien estrecho, y debe tener razones muy poderosas para imponer las restricciones en cuestión.

Asimismo, señala el órgano juzgador en su parágrafo 44,

que la retirada automática del derecho de voto, en ausencia de evaluación judicial individualizada de la situación de los interesados y bajo el único fundamento de una discapacidad mental que necesite una colocación bajo curatela, no puede ser considerada como una medida de restricción del derecho de voto fundada sobre motivos legítimos.

Por último, apuntar que, en la citada sentencia se alude a otros supuestos que versan sobre discriminaciones, por ejemplo, por razón de sexo (asuntos *Abdulaziz, Cabaes y Balkandali c. Reino Unido*, raza - D.H.) y otros (c. República Checa), y a su vez sobre orientación sexual (*E.B. c. Francia*). Se condenan por ello tratamientos debidos a una legislación aplicada a todos los individuos de manera estereotipada sin posibilidad de evaluar de manera individual sus capacidades y sus necesidades (*Chtoukatourov c. Rusia*, 27 de marzo de 2008). Visto, en relación con el principio de no discriminación y que afectan a personas con discapacidad, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009, *Glor contra Suiza*; de fecha 22 de marzo de 2016, *Gubernina contra Croacia*, y de fecha 23 de marzo de 2017, *M.MV. contra Finlandia*.

nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida.

Las posiciones antagónicas expresadas en las sentencias que hemos señalado por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona, es donde observamos que queda demostrada la arbitrariedad judicial a la que nos hemos venido refiriendo. En consecuencia, podemos establecer una división con base en lo expuesto, separando, por un lado, las sentencias que obedecen a un sentido positivo, lo cual quedará representado en hacer que la privación del derecho de sufragio sea una excepción y no la regla general; y, por otro lado, las sentencias en sentido contrario, donde quedan malinterpretados los principios que promulga la Convención de Nueva York y normativa aplicable, ya sea dentro del ámbito internacional o nacional. Dentro del primer grupo, encontramos la Sentencia 257/2012<sup>23</sup> de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de fecha 24 de octubre, así como las sentencias 183/2014<sup>24</sup>, 771/2014<sup>25</sup>,

<sup>23</sup> En el fundamento de derecho tercero de la sentencia se establece:

La sentencia de instancia priva a la declarada incapaz del derecho de sufragio (en su doble vertiente) por el desconocimiento completo del sistema político español que presenta doña Amelia, lo que entendido en un sentido literal no puede suponer la pérdida del derecho, pues lo esencial no es el conocimiento o no de nuestras bases constitucionales, sino la capacidad para decidir, elegir u optar libremente y sin influencias externas en un determinado proceso electoral, es decir, que el incapaz no debe ejercitar su derecho de sufragio, en función de una especial incapacidad para ello, debiendo contemplarse dicha incapacidad con carácter restrictivo, dada la importancia del derecho que se limita, que vendría a suponer, además, un retroceso en la necesaria integración social que se propugna respecto de las personas con deficiencias o disminuciones psíquicas, pues dicho ejercicio solo requiere una manifestación de voluntad, para la que resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona, no existiendo razones suficientes para privar a doña Amelia de su derecho a expresar sus sentimientos políticos y participar en el proceso electoral, conformando la opinión de la masa electoral, lo que, aun si desconocer su trascendencia social y política, no es lo mismo que participar directamente en el gobierno de la colectividad y del Estado o conocer sus estructuras, participación que ha venido teniendo desde que tenía 18 años, lo que para ella supone un estímulo. Es cierto que durante la vista se vino a decir que doña Amelia es fácilmente influenciable, pero no creemos que tal circunstancia obste al derecho de sufragio, pues ello es eludible mediante la procura de información asimilable y manejable (lo que a tenor de las normas internacionales citadas, corresponde a los poderes públicos), y su capacidad, aunque limitada, pueda procesarla y actuar en consecuencia. No existe, por tanto, motivo alguno de trascendencia que permita la privación del derecho discutido, por cuanto no hay ningún motivo para afirmar que doña Amelia carece de aptitudes para manejar su libertad de voto, debiendo tener favorable acogida el recurso planteado.

<sup>24</sup> En el párrafo 6.º del punto 2 de los fundamentos de derecho, relativo a la legislación estatal, se establece:

Por tanto, solo se puede declarar la incapacidad para votar cuando esté acreditada debidamente la incapacidad y el perjuicio, solo cabe una declaración judicial expresa cuando, en razón del alcance de la dolencia, se acredite que el demandado no puede ejercer ese derecho fundamental y personalísimo con efectos jurídicos, por ir en perjuicio del propio incapaz o cuando haya prueba directa y concluyente de que, en el determinado momento de la votación, el discapacitado estará privado de toda razón y de todo sentido.

<sup>25</sup> Misma argumentación que en la Sentencia 183/2014 de dicho órgano judicial.

194/2015<sup>26</sup>, 808/2015<sup>27</sup>, 421/2016<sup>28</sup>, 562/2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fechas 13 de marzo, 19 de noviembre, 18 de marzo, 10 de noviembre, 27 de mayo y 12 de julio, respectivamente.

Por el contrario, y dentro de la clasificación de sentencias que se corresponden con el segundo grupo, podemos citar la Sentencia 103/2015<sup>29</sup> de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 27 de marzo, o la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 372/2018<sup>30</sup>, de fecha 24 de mayo.

<sup>26</sup> Destacamos lo expuesto en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho primero, donde se reseña:

Pero el derecho de participación política, a través del ejercicio del derecho al voto no puede sufrir discriminación alguna por razón de enfermedad mental, ni puede un juez establecer un estándar de exigibilidad de capacidades cognitivas o intelectivas superiores a las que sean predicables en cualquier ciudadano para impedir el ejercicio del derecho de voto, de manera que solo razones muy específicas, motivadas, justificadas en el interés del presunto incapaz o en razones de orden público pueden legitimar una limitación del derecho de sufragio activo. No puede justificarse una limitación de este derecho con base en juicios sobre el desconocimiento, por parte del presunto incapaz, de las opciones políticas o por criterios sobre la irracionalidad en la elección de las opciones.

<sup>27</sup> Destacar lo reseñado en el penúltimo apartado del fundamento de derecho segundo, que establece lo siguiente:

En el presente supuesto no se deriva de los informes aportados, ni de la exploración judicial, ni del informe médico forense, razones o pruebas que justifiquen la privación del derecho de sufragio a Delia. No se recoge en ninguno de los informes aportados que carezca de aptitud para comprender la trascendencia de las elecciones ni que padezca un deterioro cognitivo de entidad suficiente que le impida adoptar una decisión en este ámbito. No se ha probado que no pueda discernir el sentido de su voto. No se practicó ninguna prueba específica a efectos de evaluar el discernimiento electoral más allá de preguntar a sus padres si tenía facultad de votar, y en cambio ella sí mostró interés en las elecciones y en la política, y aunque se pueda inferir, por su cuadro general, que sus facultades en este sentido también se hallaban mermadas, no basta una mera presunción en un sentido privativo del derecho de sufragio, máxime cuando tampoco fue interesado por el Ministerio Público que actuó en la vista en calidad de garante de la posición de la incapaz y de la indemnidad del conjunto de sus derechos.

<sup>28</sup> Misma argumentación que en la Sentencia 183/2014 de dicho órgano judicial.

<sup>29</sup> En el fundamento de derecho tercero se reseña la siguiente y criticable argumentación:

La exploración de la incapaz realizada por este Tribunal ha puesto de manifiesto la falta casi absoluta de conocimiento por parte de la incapaz de los principales partidos políticos y sus representantes públicos, ni las funciones que ejercen o representan, y en definitiva se ha constatado su fácil influenciabilidad de aquella para el ejercicio del derecho de sufragio, no siendo suficiente para el mantenimiento del derecho de sufragio su deseo de votar en las elecciones de su pueblo. La ausencia de todo razonamiento en la incapaz para justificar su deseo de votar y sobre todo la deficiencia que esta padece, que la hace fácilmente influenciable, junto a la falta de todo conocimiento de la realidad política y de la función y utilidad de su derecho, justifican en este caso el pronunciamiento de privación del derecho de sufragio que se realiza, derecho que en cuanto a la facultad de decidir debe ser ejercido de forma individual, autónoma e independiente, sin asistencia de tercera persona, como vino a sugerirse por la representación de la parte apelante en el acto de la vista.

<sup>30</sup> En el punto cuarto de los fundamentos de derecho, aludiendo a las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 24 de junio de 2014 y 17 de marzo de 2016, se establece lo siguiente:

### 3.2. Comentario al auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre

Dentro del estudio relativo al tratamiento realizado por parte de nuestros tribunales de justicia, no podemos dejar de obviar una controvertida decisión emitida por parte de nuestro Tribunal Constitucional, representada en el Auto 196/2016, de 28 de noviembre, el cual acaba desestimando el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal sobre la inadmisión del recurso de amparo 2415/2016 contra la Sentencia 181/2016 emitida por el Tribunal Supremo, de fecha 17 de marzo de 2016.

Debemos reseñar, lo primero de todo, que desde un punto de vista de aplicación efectiva de la Convención de Nueva York, este hubiera sido un buen momento para plantearse la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Asimismo, en ese momento, hubiera sido de una gran utilidad e importancia jurídica, e indudablemente de ámbito social, el tratamiento que se hubiera podido hacer como consecuencia de la falta de jurisprudencia constitucional en materia del derecho de sufragio en relación con el colectivo de las personas con discapacidad intelectual.

Separando las posiciones antagónicas que se recogen en el auto, podemos dejar reflejarlas las mismas en dos bloques compuestos por las siguientes características.

Si nos posicionamos dentro de la postura defendida por la parte demandante, podemos señalar primeramente la vulneración que hace el auto de los principios consagrados por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus artículos 2, 5, 12 y 29, así como de los preceptos constitucionales referentes al principio de igualdad, el cual consta establecido en el artículo 14 de la Constitución española, y del principio del derecho al voto reconocido por el artículo 23.1, puesto este en relación con lo preceptuado en el artículo 68 de nuestra Carta Magna. Además, estos artículos están interconectados con los preceptos fundamentales recogidos en el artículo 10.2 y en el artículo

---

Que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. La decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida. [...] tanto la sentencia del Juzgado como la de apelación no han actuado «de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto», antes al contrario, dicha persona fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con ella.

9.2 de nuestra Constitución. Por último, podríamos añadir la vulneración que dicha resolución hace en relación con el artículo 49 de nuestra Carta Magna referente a la discapacidad.

Asimismo, se señala que el derecho al voto alude inequívocamente a la condición de ciudadano, por lo que la supresión de este sería como admitir que la persona en cuestión a la que se priva su derecho al voto no es ciudadano. Se critica también la exigencia de un determinado nivel de conocimientos relacionados con la esfera política, ya sea de programas electorales, partidos políticos o candidatos, en resumen, de lo que es un proceso electoral. Por todo ello, la parte demandante entiende que el derecho al voto no puede ser objeto de ningún tipo de limitación, acotamiento o menoscabo en cuanto a su ejercicio. Además, se expone que el ejercicio del derecho de sufragio activo no produce ningún tipo de perjuicio y daño a la persona con discapacidad que lo ejerce.

En este sentido, autores como Gómez-Riesco Tabernero de Paz (2017, p. 253) discrepan de ello, al alegar que la no privación del derecho a sufragio en las personas con discapacidad puede ser un perjuicio al interés general y al funcionamiento del sistema electoral, banalizando dicho derecho, puesto que el mismo no solo es meter una papeleta en la urna. Asimismo, se estaría poniendo el derecho al voto en un plano inferior a otro tipo de derecho, devaluando el correcto ejercicio del derecho de sufragio activo. El autor señala que la ausencia de capacidad natural suficiente para ello supondría que la persona no lo ejerciese de una forma personal, libre y secreta, corriendo el riesgo de estar inducido o influenciada por otra persona.

En sentido contrario a los argumentos defendidos por la parte demandante y que hemos recogido con anterioridad, el Tribunal Constitucional argumenta su decisión mediante la remisión a varias sentencias<sup>31</sup> del Tribunal Supremo. Dichas sentencias basan su argumentación en la posibilidad legal y la compatibilidad de privar del derecho de sufragio a una persona con discapacidad, y sin que ello implique la vulneración de lo establecido en la Convención de Nueva York cuando el examen o exploración al que se somete la persona con discapacidad intelectual se realiza de una forma precisa y personal, evitando procedimientos predeterminados y generales, exploración que a su vez se refuerza o queda reforzada por las garantías que proporciona el proceso judicial, y ello en interés del propio incapaz, así como del interés general. En consecuencia, se debe ostentar un mínimo de discernimiento en el hecho de votar y de la decisión que se adopta, sin que ello implique alcanzar un determinado nivel mínimo de conocimientos políticos, y realizado de una forma libre y sin presión alguna por parte de un tercero.

El tribunal opina además que el derecho de sufragio es un derecho de configuración legal<sup>32</sup>, aspecto este criticado en el voto discrepante emitido por la magistrada Adela Asúa

<sup>31</sup> Vista la Sentencia del Tribunal Supremo número 341/2014, de 1 de julio de 2014, y la citada Sentencia número 421/2013, de 24 de junio, en el sentido aludido.

<sup>32</sup> Esta configuración legal es expresada en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 153/2014, de 25 de septiembre, en la que por medio de su fundamento jurídico tercero, se recoge que:

Batarrita, en el sentido de que ello implicaría que ninguna ley que desarrollara derechos fundamentales pudiera ser inconstitucional.

En otro aspecto contradictorio del auto que es objeto de análisis, nos encontramos con el concepto de «ciudadano». Por un lado, el tribunal esgrime la no existencia de una definición constitucional de «ciudadano» a los efectos del artículo 23.1 de nuestra Carta Magna, por lo que la magistrada Asúa Batarrita señala que, en su opinión, no es necesario dar una definición explícita de dicho concepto, si bien remite, para un entendimiento del contenido del concepto de «ciudadano», a varias sentencias del Tribunal Constitucional<sup>33</sup>, donde sí se han abordado atribuciones relativas al concepto mencionado.

Como es habitual dentro del ámbito de la discapacidad, la magistrada trae a colación la exigencia de interpretar la norma relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I de la Constitución española con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, y para ello toma como ejemplo la propia Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En alusión a esta, señala especialmente las observaciones finales números 47 y 48 que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace a España, poniendo de manifiesto la incompatibilidad o contrariedad entre el artículo 3 de la LOREG y la Convención.

El último punto o característica contradictoria sobre la que nos gustaría llamar la atención es el camino que adoptó el Tribunal Constitucional para vadear el artículo 29 de la Convención de Nueva York, atendiendo a la distinción entre el concepto de «discapacidad», con el sentido que es proclamado por parte de la Convención de Nueva York, y sobre el cual el tribunal lo tilda de concepto muy amplio en el que tiene cabida cualquier tipo de «deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo», y el concepto de «incapacidad», según es tratado por nuestro Código Civil. En relación con este último, se basa en el sentido de la capacidad de la persona para poder emitir o ejercitar el derecho a voto con una total libertad de voluntad, y ello con los atributos de voto secreto y sin intimidación. Ante esta línea expuesta por el Tribunal Constitucional, la magistrada entiende que el Código Civil, en su artículo 200 no regula la «incapacidad», sino la «incapacitación» de una persona en un procedimiento judicial donde se dan todas las garantías para un proceso de este tipo.

---

La participación ha de sustanciarse en los términos en que el precepto haya sido desarrollado por el legislador electoral (arts. 53.1 y 81.1 C.E.), siempre que dicho desarrollo no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales.

<sup>33</sup> Por ejemplo, la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo (FJ 17), referida al ciudadano en cuanto titular de derechos y deberes constitucionales; la Sentencia 31/2010, de 11 de junio (FJ 11), donde se define a los ciudadanos, haciendo referencia a la Sentencia 12/2008, de 29 de enero, como el conjunto de quienes «están sometidos al Ordenamiento español y no tienen, en cuanto tales, más derechos que los que la Constitución les garantiza, con el contenido que, asegurado un mínimo constitucional indisponible, determine el legislador constituido».

En consecuencia, aduce la magistrada que el hecho de que una persona sea sometida a un proceso de incapacitación no es para nada incompatible con que tenga una discapacidad en los más estrictos términos de la definición que contiene el artículo 1 de la Convención de Nueva York, y, en conclusión, incapacitación y discapacidad no son conceptos incompatibles, pues aquella recae, en todo caso, sobre personas que se encuentran efectivamente afectadas por una discapacidad física o psíquica.

En conclusión a lo expuesto, opinamos que se deja demasiado campo de actuación al legislador electoral para el desarrollo de preceptos de esta índole, aunque se deje claro que el mismo debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental a desarrollar en su caso.

No obstante, y teniendo en cuenta todos los pros y los contras que hemos venido analizado en relación con el presente auto, entendemos que un cierto número de las resoluciones judiciales en las que se ha privado del derecho a voto a una persona con discapacidad no han tenido en cuenta los principios de la convención en este sentido, con el consiguiente perjuicio que ello ha ocasionado a las personas que conforman este colectivo.

Sin embargo, donde creemos que se encuentra el escollo más importante, en relación con la supresión del derecho al voto, es el que afecta a las personas que necesitan grandes apoyos, y ello como consecuencia de la enfermedad que presentan y los daños considerables que a nivel cognitivo ostentan. Es aquí donde más pueden ser vulnerados los derechos de esa persona en cuanto a su dignidad, consistente en la manipulación en la emisión de su voto dentro de un proceso electoral por parte de terceros, o de familiares o de cualquier otra persona que pueda ejercer algún tipo de influencia sobre la misma.

El debate está abierto, pues con base en los principios de la convención ninguna persona, por muy afectada que estuviese, tendría que ser privada de su derecho de voto, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Convención, así como en lo establecido por la Recomendación número 48 que el comité de experto hizo a España, donde se señala expresamente «independientemente de su deficiencia». En definitiva, se trataría de configurar un derecho absoluto en relación con el derecho al voto, consideración que rechaza nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de que el mismo puede ser objeto de imposición de determinadas limitaciones y restricciones.

## **4. Los convenios internacionales en relación con el derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad**

### **4.1. El derecho internacional en relación con el derecho al voto de las personas con discapacidad**

Dentro del presente epígrafe relativo al derecho internacional, empezaremos nuestro recorrido por las normas de carácter internacional que han servido de base a la construcción

y defensa del derecho de sufragio, en sus dos vertientes, esto es, dentro de la aplicable al derecho de sufragio activo y de la vertiente relativa al derecho de sufragio pasivo, y todo ello en relación con el ámbito de las personas con discapacidad.

De obligado cumplimiento será empezar por lo establecido en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>34</sup>, el cual, en líneas generales y según recogen autores como Rasilla del Moral (2009), proclama la participación política como un derecho humano, lo que será la piedra angular para el desarrollo de otros derechos de esta índole.

No obstante, y como complemento al derecho a la participación en la vida política y pública, con independencia del país al que se pertenezca, y que se establece en el punto primero de este artículo 21, se añade, por su apartado 2, la característica de igualdad en relación con el acceso a las funciones públicas, el cual puede ser puesto en relación con el artículo 103 de nuestra Carta Magna relativo a la regulación de la Administración pública, y más concretamente en lo establecido en su punto 3.º referente a las condiciones de igualdad<sup>35</sup> que deben respetarse en el acceso a cargos públicos.

Siguiendo este recorrido de la normativa internacional, no podemos dejar de reseñar el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>36</sup> (ICCPR por sus siglas en inglés), donde se establecen mecanismos de salvaguarda y protección de los derechos civiles y políticos para los países que lo ratifiquen, en el cual, y de una manera expresa, se reconoce por parte de todos los ciudadanos el derecho a participar en los asuntos públi-

<sup>34</sup> El artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 dada en París, establece:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

<sup>35</sup> Estas condiciones de igualdad en el acceso a los cargos públicos han sido tratadas por nuestro Tribunal Constitucional en diversas sentencias, entre la que reseñamos la Sentencia número 163/1991, de 18 de julio, Sala 2.ª, en el recurso de amparo núm. 2043/1988, cuyo ponente fue el magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, y que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 9 de agosto de 1991, y concretamente lo establecido en su fundamento jurídico segundo.

<sup>36</sup> El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 establece lo siguiente: «

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

cos de su país como consecuencia de la condición de ciudadanos que ostentan. Además, en el apartado b) de este artículo, se recoge la protección del derecho a voto en su doble vertiente, esto es, como derecho de sufragio activo y como derecho de sufragio pasivo. Por último, este artículo, en su último apartado c), recoge la característica en cuanto a las condiciones de igualdad que deben imperar en el acceso a las funciones públicas de su país, para lo cual nos remitimos a lo preceptuado por el artículo 103 de nuestra Constitución española, y ello en relación con lo establecido en los artículos 23 y 14, entre otros, de dicho texto constitucional.

Este artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo podemos considerar como el pionero o la base sobre la que estaría desarrollado el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al establecer la participación política de la persona, o mejor dicho, del ciudadano de ese país en los procesos políticos y función pública. Sin embargo, nos encontramos en la redacción de dicho artículo una puerta abierta a la no aplicación de lo que en el mismo se establece. En el caso en cuestión, nos referimos al empleo de la expresión que se recoge en su primer apartado y que establece: «y sin restricciones indebidas», es decir, que podría haber algún tipo de restricciones para impedir ejercer el derecho a participación por parte del ciudadano en cuestión, circunstancia esta que, por ejemplo, no ocurre en el taxativo artículo 29 de la Convención de Nueva York.

Autores como Pascual Planchuelo (2016, p. 104) han analizado esta expresión de «y sin restricciones indebidas». El autor entiende que este artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es una norma de carácter obligatorio para los Estados miembros que lo han ratificado<sup>37</sup>, y en consecuencia no debería llegar a establecerse ningún tipo de limitaciones o restricciones al derecho a la participación política por parte de los ciudadanos del país en cuestión. No obstante, el autor señala alguna de las restricciones o limitaciones que pueden establecer los Estados miembros a la hora de restringir el acceso al derecho de sufragio, resaltando aquí la más importante, a nuestro parecer, por la interconexión con el tema objeto de análisis en el presente trabajo, y que se recoge en los siguientes términos: «Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables», así como cuando señala el autor que «por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público».

En virtud de lo expuesto es donde debemos señalar el peligro de la ambigüedad dentro de este tipo de preceptos, puesto que el empleo de expresiones como «cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio» dejan una puerta abierta demasiado grande a injerencias por parte del Estado, ya que no quedan fijadas de un modo taxativo cuáles son ese tipo de condiciones y en qué se basan. Además, en el empleo de la segunda de las expresiones a las que hemos hecho alusión, esto es, «la incapacidad mental verificada puede

---

<sup>37</sup> Actualmente consta con la ratificación de 172 Estados, lo que supone una de las más grandes mayorías en ratificación en lo que se refiere a tratados internacionales.

ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público», se vuelve a caer en el mismo error, pues lo que se debería regular no es que una persona tuviese una incapacidad mental verificada o sufriese algún tipo de discapacidad intelectual, sino que para el acto concreto de ejercer el derecho a voto no tuviese la voluntad necesaria para su ejercicio de una forma consciente, libre y voluntaria.

No obstante, y en relación con esto último, podemos señalar (y como veremos en el análisis del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que haremos en el epígrafe posterior a este) como dicho artículo 29 de la convención reconoce el derecho a ejercer el voto de las personas con discapacidad desde una óptica donde no se contempla «ningún tipo de restricciones, limitaciones y condiciones» al ejercicio de ese derecho.

Otra de la normativa internacional (concretando siempre la misma dentro del ámbito europeo), y que podemos traer a colación, es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual fue adoptado por el Consejo de Europa el día 4 de noviembre de 1950, y que entró en vigor en 1953. Dentro de esta convención, en su protocolo adicional primero de 1952, describe el concepto de elecciones, tanto en su espectro general como el existente dentro de un ámbito más reducido, como es, por ejemplo, el de las elecciones locales o regionales. El protocolo también señala los distintos tipos de sufragio que existen, y señala, aparte del sufragio pasivo (donde una persona puede ser elegida), el sufragio activo, dentro del cual se establece el sufragio universal (donde todos los ciudadanos pueden votar sin restricciones), o bien el sufragio restringido, donde los países, atendiendo a sus diversas y diferentes peculiaridades, pueden establecer limitaciones al ejercicio de ese sufragio activo. Asimismo, el artículo 3<sup>38</sup> del protocolo en cuestión, sin perjuicio del reconocer el derecho a unas elecciones libres, no reconoce específicamente el derecho de sufragio, si bien delega el desarrollo de su contenido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este tipo de preceptos se quedan algo escasos en cuanto a su evolución en comparación con la normativa internacional que está siendo objeto de análisis en el presente trabajo, como por ejemplo el propio artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Para terminar este elenco de normativa internacional aplicable al derecho de sufragio<sup>39</sup>, podemos citar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01),

<sup>38</sup> El artículo 3 del protocolo adicional número 1, relativo al derecho a unas elecciones libres, establece:

Los estados se comprometen a celebrar periódicamente elecciones libres garantizando que el pueblo exprese su opinión en la elección del poder legislativo. Es significativo que el artículo no reconoce expresamente el derecho de sufragio si bien, como en otras muchas materias, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado contenido al derecho.

<sup>39</sup> El nombrado autor Pascual Planchuelo (2016, pp. 107-108) señala varios documentos en relación con el derecho de sufragio dentro del ámbito internacional, como por ejemplo el Acta Final de Helsinki de

dictada en Niza el día 7 de diciembre de 2000, donde dentro de su capítulo V destinado a la «ciudadanía», y más concretamente en sus artículos 39 y 40, se reconoce el derecho a ser elector y elegible tanto en las elecciones al Parlamento Europeo como a las elecciones municipales del Estado miembro en que resida.

Por último, señalar que es de vital importancia, en relación con toda la normativa expuesta en los párrafos precedentes, lo recogido por el artículo 96 de nuestra Constitución española<sup>40</sup>, y muy especialmente lo promulgado en el primer inciso de dicho artículo, que establece lo siguiente: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno».

Lo señalado en el párrafo anterior ha servido de base a diversos autores, como por ejemplo Aragonés Seijo (10 de diciembre de 2015), en el sentido de afirmar que, en virtud de los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país, y en concreto en aplicación de lo establecido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 29, no cabe privar o establecer limitación del derecho de sufragio a ninguna persona con discapacidad.

En virtud de lo señalado, nos planteamos la pregunta de ¿por qué no han quedado suprimidas con anterioridad las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio que se contemplan en el apartado 3.1 b) de la Ley Orgánica 5/1985, por ir las mismas en contra de los presupuestos establecidos en la Convención de Nueva York, y más concretamente en lo establecido en su artículo 29, y ello en virtud de la prevalencia de la normativa internacional aplicable en este caso sobre la legislación estatal?

Aparte de lo que venimos analizando hasta ahora, y en apoyo a nuestra crítica, podemos traer a colación lo establecido en el artículo 10.2 de nuestra Constitución<sup>41</sup>, el cual establece que las normas referentes a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias y que hayan sido ra-

---

1975, la cual recoge de manera detallada los derechos de participación política, así como el relevante Documento de Copenhague de la Dimensión Humana de la OSCE, en cuyo artículo 7.3 se dispone que «los estados participantes garantizarán el sufragio universal e igual a todos los ciudadanos adultos».

<sup>40</sup> El artículo 96 de nuestra Carta Magna establece:

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

<sup>41</sup> En el apartado 2 del artículo 10 de la Constitución española se establece lo siguiente:

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

tificados por España, requisitos que, en nuestra opinión, se cumplen en relación con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro país en el año 2008.

## 4.2. Análisis del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El artículo 29 de la Convención de Nueva York, que versa sobre la participación en la vida política y pública en relación con las personas con discapacidad, establece literalmente lo siguiente:

Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante: i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar.

b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas: i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos; ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones.

Después de una lectura reflexiva del mismo, se puede afirmar que dicho artículo no establece ningún tipo de limitación o restricción en cuanto al derecho de voto por parte de una persona con discapacidad mental o intelectual. Además, dicho precepto establece una

exigencia a favor de las personas con discapacidad, la cual se traduce en que el ejercicio del derecho al voto se haga en condiciones de igualdad con el resto de personas.

En la observación general número 25 del Comité de Derechos Humanos, en sus puntos 4.º y 10.º se recogen sendas posibilidades a la restricción del derecho a voto. La limitación que se establece en el punto 4.º expresa que «el ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos». Asimismo, en el punto 10.º se expresa que «el derecho a votar en elecciones y referendos debe estar establecido por la ley y solo podrá ser objeto de restricciones razonables». Es por ello que estas privaciones o limitaciones en el ejercicio del derecho a voto son la base de los argumentos que aplican muchos de los países miembros, por medio de sus ordenamientos jurídicos, para la supresión de dicho derecho a las personas con discapacidad mental o intelectual. Por tanto, en lo expuesto en los párrafos anteriores es donde radica el núcleo central del problema, puesto que, por un lado, tenemos una normativa como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde se promulga la eliminación de cualquier restricción o privación en relación con este derecho, y, por otro lado, este tipo de normativa, que deja claramente la puerta abierta a restricciones en el ejercicio de este derecho, la cual es utilizada indiscriminadamente por los diferentes países.

El artículo 29 de la convención conmina a su vez a los Estados miembros a desarrollar todas las medidas necesarias para el ejercicio del derecho a voto de las personas con discapacidad, y ello mediante el empleo de los procedimientos, instalaciones, materiales y demás actuaciones, para que las personas con discapacidad puedan emitir su voto, respetando siempre su intimidad. En este sentido, las nuevas tecnologías adquieren un papel primordial para conseguir este fin.

Por último, señala este artículo 29 la necesidad por parte de los Estados de promover la libertad de expresión y de asociación en relación con las personas que conforman este colectivo, y con ello la efectiva participación de las mismas en la vida política y pública del país. El negar esto, a juicio de autores como Biel Portero (2011, p. 406), dentro de una sociedad verdaderamente democrática y plural, implicará negarles su condición de miembros de esa sociedad y un desprecio a la diversidad de la misma.

## 5. Análisis de la Ley 2/2018, de 5 de diciembre. Sentido y contenido de la reforma

Para abordar el presente epígrafe hemos creído conveniente partir de una cantidad. Esa cantidad queda reflejada numéricamente en 100.000, o lo que es lo mismo, 100.000 derechos, o dicho de otro modo, en 100.000 personas con discapacidad cuyo derecho a voto se encuentra privado como consecuencia de una sentencia de modificación de su capacidad de obrar; o desde otra perspectiva de carácter negativo, en 100.000 vulneraciones del artículo 29 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. La justi-

ficación del presente epígrafe se puede plantear desde una pregunta: ¿por qué otorgar o dar el derecho de voto a una persona con discapacidad?

Para contestar a la precedente cuestión, debemos tener presente una serie de cuestiones como son: democracia; participación en la vida política y pública de la sociedad de la que forma parte la persona con discapacidad; la eliminación del concepto relativo a un conocimiento, en mayor o menor medida, de los contenidos políticos o del panorama político como requisito único y necesario para decidir que una persona no está capacitada para intervenir en un proceso electoral; el concepto de igualdad; o la necesaria aplicación de los tratados internacionales y convenciones que hayan sido ratificados por España, y por ende de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a uno de los primeros aspectos a los que nos acabamos de referir, podemos señalar que en una democracia actual, como es la española, el derecho a voto va implícitamente unido a la condición inherente de persona, a la condición de ciudadano, esto es, de pertenencia a una sociedad donde se forma parte de ella y se participa en la libre elección de los dirigentes políticos, los cuales serán los encargados de tomar las decisiones que afecten al proyecto vital de la persona, puesto que la negación de lo expuesto sería como afirmar que no se es ciudadano.

No podemos caer en la tentación de negar este derecho a las personas con discapacidad de formar parte en la vida política de nuestro país bajo la premisa de exigir un previo y necesario conocimiento de los diferentes y diversos idearios políticos de los actuales partidos políticos (cuántas personas no han leído nunca un solo programa electoral).

Una vez expuesto lo que podríamos denominar el sentido de la reforma, vamos a adentrarnos ahora en el análisis propiamente dicho del contenido de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, la cual fue publicada el día 6 de diciembre de 2018 y entró en vigor al día siguiente. Partiremos, como punto inicial, de la aprobación, por parte del pleno del Congreso de los Diputados con fecha 14 de noviembre de 2017<sup>42</sup>, de la toma en consideración de la propuesta realizada por la Asamblea de Madrid para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y, en consecuencia, poder garantizarse de este modo el derecho a voto de todas las personas con discapacidad. Dicha modificación vio la luz en la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre.

De este modo, la ley orgánica supone el reconocimiento a la reivindicación histórica de diversos colectivos, como, por ejemplo, el Comité Español de Representantes de Personas

---

<sup>42</sup> Consulta realizada con fecha 14 de noviembre de 2017 en <<http://www.servimedia.es/Noticias/Detalle.aspx?n=745059>>.

con Discapacidad, así como a la lucha de muchas familias, que han llegado incluso a recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en su reivindicación de obtener el derecho al voto para sus familiares.

No nos encontramos únicamente ante un reconocimiento social, sino también jurídico, puesto que la exclusión del derecho al voto de las personas con discapacidad venía contradiciendo el artículo 29 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros muchos preceptos de carácter internacional<sup>43</sup>, como de carácter constitucional<sup>44</sup>.

Así, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, sometió a España a un examen, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 de la convención, haciendo patente en sus observaciones 47<sup>45</sup> y 48<sup>46</sup>, recogidas ambas en la 62.<sup>a</sup> sesión celebrada con fecha 23 de septiembre de 2011, su preocupación por la posibilidad de «restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución». Le inquieta, además, que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. A su vez, también muestra su preocupación por el alto número de personas a las que se le denegaba el derecho al voto, recomendando la revisión de «toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás».

Este comité solicitó a España que modificase, concretamente, el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, permitiendo así que todas las personas con discapacidad tuvieran derecho a votar. Asimismo, se incluyó, además, una mención al derecho al sufragio pasivo, al recomendar

<sup>43</sup> Artículos 2, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>44</sup> Artículos 9.2, 10, 14, 23, 49 y 68 de nuestra Constitución española.

<sup>45</sup> «47. Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de la capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto».

<sup>46</sup> «48. El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica núm. 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales».

también «que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales».

Dentro los aspectos más relevantes que ha supuesto la promulgación de la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, no se encuentra solamente el reconocimiento del ejercicio al derecho al voto por parte de las personas con discapacidad, especialmente de las personas con discapacidad intelectual, sino también el reconocimiento a las mismas de poder ser elegidas para el desempeño de un cargo público, situación esta que obligará al Estado español a prestar todos medios y apoyos necesarios para conseguirlo.

Ejemplo de lo expuesto queda reflejado en la modificación que se hace del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, por medio de la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, el cual regulaba la privación en relación con el derecho de sufragio de las personas que habían sido declaradas incapaces mediante una sentencia judicial firme, así como de las personas que eran internadas en un centro psiquiátrico. A partir de la nueva ley, se suprimen los apartados b)<sup>47</sup> y c)<sup>48</sup> de este artículo 3, quedando vigente solo el apartado a), el cual establece: «Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento».

Por consiguiente, solo podrán ser privadas del derecho de sufragio las personas que engloban este colectivo. En virtud de la presente modificación, parece ser que se da cumplimiento a las recomendaciones que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas hizo a España en su momento. En consecuencia, no cabe ninguna limitación y acotamiento al derecho de sufragio, salvo en el supuesto mencionado anteriormente. Asimismo, y como un segundo aspecto a destacar por parte de la Ley 2/2018, observamos una nueva redacción en relación con el punto 2<sup>49</sup> del modificado artículo 3, el cual queda redactado del siguiente modo: «Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera». Con base en esta nueva redacción se está estableciendo que toda persona pueda ejercer su correspondiente derecho de sufragio activo.

<sup>47</sup> El apartado b) del artículo 3 de la modificada Ley 5/1985, de 19 de junio, establecía: «Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio».

<sup>48</sup> El apartado c) del artículo 3 de la modificada Ley 5/1985, de 19 de junio, establecía: «Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio».

<sup>49</sup> El punto 2 del artículo 3 de la modificada Ley 5/1985, de 19 de junio, establecía: «A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente».

Asimismo, debemos llamar la atención sobre la terminología utilizada, la cual queda representada en términos como «consciente», «libre», «voluntariamente» o «medios de apoyo». Dicha terminología se encuentra más cercana a la utilizada y emanada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En cuanto a la tercera de las características o aspectos relevantes de la modificación a la que venimos aludiendo, observamos la señalada en el punto tres del artículo único de la Ley 2/2018, modificación que añade una disposición adicional octava a la LOREG para adaptarla a los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En virtud de este añadido, se deja sin efecto alguno las restricciones a que se referían los apartados b) y c) del punto 1 del artículo 3 de la LOREG, que han quedado suprimidos por la nueva Ley 2/2018. En consecuencia, se reintegra por ministerio de ley a las personas privadas de su derecho de sufragio por razón de su discapacidad. El legislador no solo ha modificado un precepto que claramente vulneraban un elenco de derechos y a los que hemos hecho referencia en el presente trabajo, sino que ha ido más allá, aplicando el restablecimiento al derecho de sufragio activo con carácter retroactivo.

Señalar que la regulación del derecho al voto en España, históricamente, se ha realizado básicamente desde una esfera electoral, lo que ha implicado una falta de regulación y tratamiento dentro del ámbito judicial, y especialmente en lo que concierne al derecho de sufragio de las personas con discapacidad. Ello ha implicado, quizás, una excesiva atribución de poder y facultades a la Junta Electoral Central, y subsidiariamente a los miembros que conforman las mesas electorales.

Lo expuesto en el párrafo precedente queda representado en la criticable Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, la cual fue objeto de modificación solamente unos días después por la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, y ello como consecuencia de las expresiones y terminologías utilizadas en la primera de dichas instrucciones, circunstancia esta denunciada por varios escritos de diferentes colectivos y asociaciones relacionadas con el ámbito de la discapacidad. Dicha terminología, que fue objeto de modificación, versaba en el empleo de expresiones como «personas con aparente discapacidad» o «de una persona con discapacidad», expresiones ambas que se recogían en el punto segundo de la Instrucción 5/2019; asimismo, la expresión «personas con discapacidad», y que consta en el punto tercero de la Instrucción; y, por último, en el punto cuarto, y sin perjuicio de la modificación de los pronombres demostrativos, a efectos de redacción, de «aquella» por «esta», la supresión del último inciso de su punto primero, consistente en la frase: «Adoptando las medidas pertinentes tanto para hacer efectiva esta regulación como para garantizar que el voto de las personas con discapacidad pueda ejercerse de forma consciente, libre y voluntaria».

Como podemos apreciar, era innecesario remarcar el atributo de «discapacidad de la persona» en la redacción de la instrucción, dando la sensación de que su empleo era un elemento diferenciador por ostentar la persona dicha discapacidad, cuando dentro de este

ámbito debemos regirnos y tener siempre presente el atributo de igualdad, que debe existir entre las personas que no tienen ningún tipo de discapacidad y las personas que la sufren.

Para concluir el presente trabajo, no queremos dejar de advertir el peligro que encierra la gran atribución de poder que se otorga a los miembros, interventores o apoderados adscritos a las distintas mesas electorales, en la evaluación y consideración conforme a sus criterios, de si una persona, y en el caso que nos afecta, con discapacidad, está emitiendo su voto de una forma consciente, libre y voluntaria. Dicha apreciación, en cuanto a una persona sobre la que no recaiga ningún tipo de discapacidad, puede ser observada de una forma más clara y sencilla. Por ejemplo, en el caso de una persona que haya consumido una gran cantidad de alcohol y se presenta a votar en estado ebrio. Sin embargo, en relación con una persona con discapacidad, la falta de conocimiento, en la mayoría de los supuestos, de los aspectos de la enfermedad que posea o de la discapacidad que presente, hará mucho más compleja y difícil su apreciación por parte de los miembros que conforman una mesa electoral para poder discernir si esa persona está ejerciendo su voto de una forma consciente, libre y voluntaria.

Conviene señalar que si dentro de un procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar de una persona, donde concurre no solo el conocimiento judicial y experiencia en estos procedimientos por parte del juez, sino la intervención de otros operadores jurídicos, como, por ejemplo, los médicos forenses, el Ministerio Fiscal, los trabajadores sociales, etc., y cuyos informes son determinantes a la hora de poder dictar la correspondiente sentencia en materia de incapacitación, no podemos imaginarnos sobre qué base podrá un miembro que compone una mesa electoral, sin experiencia ni conocimiento alguno en la mayoría de los casos en materia de discapacidad, apreciar que el derecho al voto por parte de una persona con discapacidad lo ejerce de forma consciente, libre y voluntaria.

## 6. Conclusiones

- En primer lugar, conviene destacar la influencia dentro del ámbito de la discapacidad de la normativa internacional aplicable en esta materia, cuyo reflejo más representativo lo podemos encontrar en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual, entre otros principios y derechos, a través de su artículo 29, establece el derecho de sufragio de las personas con discapacidad sin distinción alguna, tanto en su vertiente activa como pasiva, esto es, de poder ejercer su derecho a votar y de poder ser elegido para el desempeño de cargo público. Este tipo de acontecimientos supone un estímulo para los países que ratifican dichas convenciones o convenios internacionales, y conlleva dentro del campo de la discapacidad el desarrollo de diferente normativa estatal, la cual supone un avance del llamado derecho de la discapacidad, en sus diferentes aspectos.

- Con base en lo expuesto anteriormente, toda persona con discapacidad deberá tener garantizado su derecho al voto con independencia de la discapacidad que sufra. Sin embargo, uno de los principales escollos en la aplicación de esta máxima lo encontramos en las personas con discapacidad que necesitan de grandes apoyos en todas las esferas de su vida, es decir, personas que no puede valerse por sí mismas en ningún acto de su vida cotidiana, y además estén severamente afectadas a nivel cognitivo. Según la convención, están personas también tendrán garantizado su derecho al voto, pero no debemos olvidar que en estos casos son personas especialmente vulnerables, por lo que debemos salvaguardar su dignidad y posibles influencias por parte de terceras personas. Aquí es donde nos planteamos si en estos casos se mantiene el derecho al voto, con carácter universal, que establece la Convención o, por el contrario, prima la defensa de la dignidad de la persona y, en su caso, la privación del derecho al voto por ausencia total de la capacidad para ejercer el mismo y como sistema de protección de esas personas contra influencias externas.
- Como consecuencia de la aplicación de la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, que modificaba la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, podemos observar la dificultad que se les podrá plantear a los miembros, interventores o apoderados adscritos a las mesas electorales referente a la apreciación de que el voto ejercido por parte de una persona con discapacidad sea ejercido de forma consciente, libre y voluntaria. Esto es así porque en la mayoría de los casos, estos miembros no tendrán los suficientes conocimientos, dentro del ámbito de la discapacidad, para poder emitir en consecuencia un juicio acertado y que sustente que el voto efectuado por esa persona sea ejercido con los atributos señalados, a pesar de la discapacidad que posea.
- Por último, y para concluir el presente trabajo, señalar la importancia de tener presente un propio derecho de la discapacidad, cuyo eje central y núcleo digno de protección sea la persona con discapacidad, ya sea dentro del ámbito constitucional (que es el que ahora nos ocupa), o dentro de los ámbitos civil, penal, laboral, etc. Corremos el riesgo de que cuando tratemos dentro de los diversos y diferentes campos jurídicos un derecho referente a la discapacidad, estemos segregando de alguna manera el mismo en función del ámbito aplicable, y con ello separando, por un lado, el elemento subjetivo y, por el otro lado, el elemento objetivo. En virtud de ello, podemos olvidar que sea cual sea el ámbito jurídico de aplicación, regulación o reforma en relación con la discapacidad, solo hay un elemento que debemos tener en consideración o presente, esto es, la protección de la persona con discapacidad, para de este modo evitar caer en la tentación de regular otros aspectos que, por muy loables y buenos que fueran, no recayesen sobre la misma, pues en el ámbito de la discapacidad, el verdadero protagonista y actor principal a proteger y tener en cuenta en el proceso es la persona que posee la discapacidad.

## Referencias bibliográficas

- Aragonés Seijo, I. y Aragonés Seijo, S. (10 de diciembre de 2015). La privación del derecho de sufragio activo de los discapacitados. *Diario La Ley*, 8662.
- Beckman, L. (2014). The Accuracy of Electoral Regulations: The Case of the Right to Vote by People with Cognitive Impairments. *Social Policy & Society*, 13(2), 221-233.
- Biel Portero, I. (2011). *Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuenca Gómez, P. (2018). El derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. *Derechos y Libertades*, 38, época II, 171-202.
- Díaz Alabart, S. (2012). El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista. *Revista de Derecho Privado*, 1, 3-24.
- Gálvez Muñoz, L. A. (2009). *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Garrido, L. M. (2018). El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <<https://almacen.dederecho.org>> (consultado el 3 de abril de 2019).
- Gómez-Riesco Tabernero de Paz, J. (2017). La privación del ejercicio de derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre. *Derecho Privado y Constitución*, 31, 243-274.
- Lete del Río, J. M. (1996). *Derecho de la Persona*. (3.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Lidón Heras, L. (2016). *La discapacidad en el espejo y en cristal: Derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia, artículo 8 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, un camino previo por recorrer*. Madrid: Cinca.
- Oliver, M. (1996). *Understanding Disability. From theory to practice*. Malasia: Palgrave.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Pascual Planchuelo, V. C. (2016). El derecho de voto de las personas con discapacidad y, en especial, de las personas con discapacidad psíquica o intelectual en derecho internacional. Su recepción en España. *Revista Española de Discapacidad*, 4(2), 101-122.
- Presno Linera, M. A. (2011). Premisas para la implantación del voto electrónico en la LOREG. En J. Barrat i Esteve y R. M.ª Fernández Rivera (Coords.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías* (pp. 33-54). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Rasilla del Moral, I. de la (2009). El derecho a la participación política en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.



Una breve introducción a su consideración como norma consuetudinaria «in statu nascendi». En A. Pastor Palomar (Coord.) y C. Escobar Hernández (Dir.), *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 1 (pp. 133-152). Madrid: Escuela Diplomática.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2018). Artículo 49. En *Comentarios a la Constitución Española*, t. I (pp. 1.404-1.415). Las Rozas (Madrid): Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.

## Venta de vivienda arrendada. Artículo 53 de la LAU de 1964: su aplicación a los contratos posteriores al decreto Boyer

**Adelaida Medrano Aranguren**

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

### Extracto

Venta de vivienda arrendada sujeta a la LAU de 1964: impugnación de la venta por el inquilino por ser el precio de la venta superior al de capitalización de la renta según los tipos fijados en el artículo 53 de la LAU de 1964. Aplicabilidad del precepto a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados tras la entrada en vigor del RDL 2/1985 (decreto Boyer) y sometidos al régimen de prórroga forzosa por acuerdo de las partes. De estimarse la impugnación, los adquirentes no podrían denegar la prórroga forzosa del contrato al inquilino por causa de necesidad. No existe ningún precepto legal que permita excluir la aplicación del artículo 53 de la LAU de 1964 a los contratos celebrados bajo la vigencia del Decreto 2/1985 si en ellos se había pactado la sumisión al régimen legal de prórroga forzosa. Aplicabilidad al caso de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la duración de los arrendamientos de local de negocio celebrados bajo la vigencia del RDL 2/1985 y sujetos a prórroga forzosa por voluntad expresa de las partes.

**Palabras clave:** arrendamientos urbanos LAU 1964; prórroga forzosa; interpretación doctrinal.

Fecha de entrada: 14-06-2020 / Fecha de aceptación: 29-06-2020

## Enunciado

Pepe es inquilino de una vivienda sita en Zamora en la calle XXX en virtud de un contrato de arrendamiento que suscribió con el entonces propietario de la finca, Juan, en fecha 22 de septiembre de 1987. En este contrato las partes pactaron de forma expresa, con arreglo al Real Decreto-Ley 9/1985, de 9 de mayo, la sumisión al régimen de prórroga forzosa.

Los actuales propietarios de la finca, Covadonga y Luis Francisco, adquirieron dicha vivienda a Juan mediante escritura de compraventa de fecha 20 de julio 2017 por un precio de 175.000 euros. En dicha escritura se recogía la existencia del contrato de arrendamiento con Pepe, que continúa siendo el actual inquilino. Este no ha ejercitado el derecho de tanteo ni el de retracto.

No se cuestiona por el inquilino y por los actuales propietarios que, cualesquiera que sean los conceptos que se tengan en consideración para determinar el importe de la renta, el precio de adquisición es superior a la capitalización de la renta anual pagada por el arrendatario al tiempo de la transmisión, conforme al tipo correspondiente.

Pepe ha acudido a un abogado para ejercer la acción impugnatoria prevista en el artículo 53.2 de la TRLAU y ha sido ejercitada en plazo.

Informemos sobre las opciones actuales de que esta acción pueda ser estimada.

Cuestiones planteadas:

- Impugnación del artículo 53.2 del TRLAU de 1964: posibilidad de aplicación a los arrendamientos de vivienda posteriores al decreto Boyer.
- Criterio jurisprudencial vigente en la materia y aplicación al supuesto.

## Solución

Partiendo de los datos de hecho que han sido aportados, la controversia se limita a una cuestión estrictamente jurídica, a saber, si resulta de aplicación al supuesto de autos el artículo 53 del TRLAU 1964.

El artículo 53 de la LAU de 1964 permite al arrendatario impugnar la compraventa realizada por el arrendador como vendedor, siempre que este no haya ejercitado los derechos de tanteo y retracto, cuando el precio de la transmisión excede de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino a los tipos fijados por el precepto. De prosperar esta impugnación, ello impediría al comprador denegar la prórroga forzosa bajo la causa de necesitar la vivienda para sí o sus ascendientes o descendientes conforme al artículo 62 de la LAU de 1964.

Ante la existencia de una jurisprudencia de las audiencias contradictora respecto a la interpretación del señalado precepto el Tribunal Supremo, en sus sentencias de pleno números 1226/2009 y 1227/2009, ambas de 15 de enero 2009, sentó como doctrina jurisprudencial la siguiente:

3.º.- La declaración como doctrina jurisprudencial de que el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 es un precepto vigente en la actualidad, de conformidad con la Disposición Transitoria segunda de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, y es plenamente aplicable a los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, y su ejercicio no supone un abuso de derecho al ejercitarse la acción impugnatoria con base en una facultad reconocida legalmente, debido a la virtualidad del artículo 2.2 del Código Civil en cuanto al principio de derogación de las normas, al fundamento de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este particular, así como a la regla de la tutela judicial efectiva para la resolución de los pleitos «secundum legem», y de acuerdo con el sistema de fuentes establecido (artículo 1.7 del Código Civil), sin que la interpretación sociológica permita la derogación de una norma que pretende proteger al inquilino, objetivo al que responde dicho artículo 53.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido expresamente reiterada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 30 de abril de 2010 (rec. núm. 788/2007) y núm. 833/2011 de 17 de noviembre de 2011.

Dicha doctrina jurisprudencial fue dictada en asuntos en los que el contrato objeto de litigio había sido concertado con anterioridad a la entrada en vigor del conocido como decreto Boyer, y a los que resultaba de aplicación la disposición transitoria segunda de la LAU 29/1994, por lo que, de la afirmación contenida en las sentencias del Tribunal Supremo que se hacen eco de la misma y que concluyen que es aplicable el tan repetido precepto «cuando

se trate de arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985, sometidos a las excepciones contempladas en la disp. trans. 2.<sup>a</sup> LAU», cabe inferir que es aplicable en tales supuestos (que son los planteados en nuestro caso), pero no puede deducirse *a contrario sensu*, que no resulte de aplicación a los contratos celebrados con posterioridad a dicha fecha durante la vigencia del TRLAU de 1964. Y, por otro lado, no hay resolución alguna del Tribunal Supremo en el sentido de que este precepto no resulte aplicable a estos contratos ni ha sido resuelto recurso alguno excluyendo su aplicación a los mismos.

Así pues, el punto esencial del debate de nuestro caso reside en determinar si es aplicable a un contrato de arrendamiento de vivienda celebrado bajo la vigencia del decreto Boyer, en el que se pactó la sumisión al régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 del TRLAU de 1964.

El régimen jurídico aplicable a estos contratos se determina conforme a lo previsto en la disposición transitoria primera de la LAU 29/1994, que, en su parte bastante, establece:

1. Los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 que subsistan a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, y por lo dispuesto para el contrato de inquilinato en el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.

Será aplicable a estos contratos lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria segunda.

Los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria segunda previenen que:

2. Será aplicable a estos contratos lo dispuesto en los artículos 12, 15 y 24 de la presente ley.

3. Dejará de ser aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 24 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

No procederán los derechos de tanteo y retracto, regulados en el capítulo VI del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, en los casos de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común cuando los contratos de arrendamiento hayan sido otorgados con posterioridad a la constitución de la comunidad sobre la cosa, ni tampoco en los casos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado.

Del texto literal de estas normas, no cabe deducir que no resulte de aplicación el artículo 53 del TRLAU 1964 a estos contratos. Ciertamente, dado que el artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985 (supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos

urbanos) establecía que no era aplicable forzosamente a los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de su entrada en vigor el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 del TRLAU y que tendrían la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les fuera aplicable forzosamente, las previsiones del artículo 53 del TRLAU carecen de virtualidad en tanto su finalidad es que el adquirente no puede denegar la prórroga del contrato al inquilino impugnante fundándose en la causa primera del artículo 62, de manera que queda vacío de contenido cuando el contrato no está sometido a la prórroga forzosa.

Ahora bien, no existe precepto legal alguno que permita excluir la aplicación del artículo 53 en aquellos contratos celebrados bajo la vigencia del Decreto 2/1985 en los que se pactó la sumisión al régimen legal de prórroga forzosa, de acuerdo con lo que la propia norma permitía. Nada obsta a la validez de este pacto de sumisión a la prórroga forzosa, dado que el mismo se hallaba amparado por una disposición legal y, una vez convenida, su regulación estaba legalmente establecida por las disposiciones de los artículos 57 y siguientes del TRLAU 1964. Si a estos contratos les resulta de aplicación el artículo 62 del TRLAU 1964, no puede excluirse la aplicación del artículo 53 del mismo texto legal.

En último término, y para agotar el razonamiento, es oportuno traer a colación la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de acuerdo con la cual la duración de los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 2/1985 pero sujetos a prórroga forzosa por expresa voluntad de las partes se rigen por la disposición transitoria tercera de la LAU 1994 y no por la primera (STS de 17 de noviembre de 2011), fijada como doctrina jurisprudencial posteriormente por la STS de 12 de marzo de 2015 y reiterada en las SSTS de 8 de junio de 2015 y 12 de abril de 2016. Ciertamente, el Tribunal Supremo solo ha declarado aplicable esta doctrina a los contratos de local de negocio; pero si, a efectos dialécticos, la trasladáramos a los contratos de vivienda (la *ratio iuris* utilizada por el tribunal y su fundamentación resultan transferibles a los contratos de vivienda), la consecuencia sería la determinación de la duración de los contratos de vivienda celebrados bajo el régimen del decreto Boyer con pacto de prórroga forzosa, como el que nos ocupa, que se determinaría de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria segunda de la LAU de 1994, en cuyo caso resultaría sin duda de aplicación, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial más arriba transcrita, el artículo 53 del TRLAU 1964.

Por todo lo antedicho, solo cabe entender concurrentes todos los presupuestos y requisitos legales para el ejercicio de la acción emprendida por Pepe, y debiéndose entender la aplicabilidad automática del artículo 53 de la LAU a este caso, al estar el contrato de arrendamiento válidamente sujeto al régimen de prórroga forzosa contemplado por el TRLAU de 1964, de modo que la acción impugnatoria aparece configurada como un derecho que la ley expresamente reconoce al arrendatario. En consecuencia, procedería estimar lo pretendido por el inquilino, y estimándose que es procedente la acción de impugnación, declarándose que no pueden los adquirentes de la vivienda negar la prórroga del contrato al inquilino actor, al amparo de la causa primera del artículo 62 del TRLAU 1964.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 29/1994 (LAU), disp. trans. 2.<sup>a</sup>
- Decreto 41/1964 (TRLAU), arts. 53, 57 y 62.
- SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2009 (rec. núm. 2097/2003 [NCJ048828]), 30 de abril de 2010 (rec. núm. 788/2007), 17 de noviembre de 2011 (rec. núm. 181/2009 [NCJ056173]) y 12 de abril de 2016 (rec. núm. 595/2014 [NCJ061246]).

# Rehabilitación de la pensión compensatoria extinguida

**José Ignacio Atienza López**

*Letrado de la Administración de Justicia.  
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

## Extracto

El desequilibrio económico que ha sido causado a uno de los cónyuges debe traer su causa de la ruptura matrimonial y debe concurrir en el momento de esa ruptura, en relación con la situación que tenía hasta entonces. Los acaecimientos posteriores a la ruptura son intrascendentes a la hora de determinar la existencia de la pensión compensatoria o de estudiar el incremento de su cuantía, siendo solo relevantes para delimitar su posible disminución o supresión. Por lo tanto, no es legalmente viable rehabilitar o restablecer una pensión compensatoria que había sido extinguida por resolución judicial firme, por el hecho de que el excónyuge beneficiario haya empeorado en su situación, pues las circunstancias determinantes de tal empeoramiento son sobrevenidas, pero no traen su causa de la situación de crisis matrimonial.

**Palabras clave:** divorcio; pensión compensatoria; rehabilitación.

Fecha de entrada: 13-06-2020 / Fecha de aceptación: 29-06-2020

## Enunciado

Los hechos de los que debemos partir en nuestro caso son los siguientes: D. José, nacido en 1950, y Dña. Juana, nacida en 1951, contrajeron matrimonio en fecha 13 de agosto de 1977; fruto de esta unión nacieron tres hijos, hoy mayores de edad y económicamente independientes.

A principios del año 2008, habiendo surgido desavenencias en el matrimonio, Dña. Juana presentó demanda de divorcio frente a D. José, incoándose por el juzgado un procedimiento de divorcio contencioso núm. 1000/2008, en el que, con fecha 19 de mayo de 2008, recayó sentencia en virtud de la cual, estimando parcialmente la demanda, se declaró disuelto por divorcio el matrimonio contraído por ambos cónyuges y se estableció una pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 400 euros al mes, a ingresar anticipadamente dentro de los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme a las variaciones del IPC.

El pronunciamiento sobre la fijación de la pensión compensatoria se adoptó al estimarse acreditado que la ruptura del matrimonio había supuesto para la parte demandante un desequilibrio económico en relación con la posición del demandado, que implicaba un empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio, puesto que la principal fuente de ingresos de la familia consistía en los rendimientos que proporcionaba la explotación de una granja que gestionaba D. José, además de trabajos ocasionales de albañilería que hacía el mismo, mientras Dña. Juana se dedicaba a las tareas del hogar, carecía de cualificación profesional y tenía 56 años, dependiendo económicamente de aquel. En cuanto al importe de la pensión, se atendió a que, si bien la granja generaba ingresos suficientes para sostener a la familia y que calculaban en torno a los 3.000 euros/mes, al tiempo de la

sentencia la actividad de la granja se encontraba paralizada provisionalmente en virtud de resolución administrativa.

La sentencia de divorcio devino firme al ser confirmada íntegramente por la pronunciada por la audiencia provincial en fecha 12 de enero de 2009, al conocer del recurso de apelación formulado por D. José.

En el año 2010, D. José promovió un procedimiento de modificación de medidas definitivas en el que solicitaba la extinción de la pensión compensatoria, lo que se desestimó por sentencia dictada por el juzgado en 2011 y confirmada por la pronunciada por la audiencia provincial en fecha 12 de abril de 2012.

En el año 2013, D. José volvió a presentar demanda de modificación de medidas definitivas, interesando la supresión de la pensión compensatoria establecida a favor de su esposa. La expresada demanda dio lugar al procedimiento de modificación de medidas definitivas núm. 454/2013 del juzgado que, con fecha 6 de junio de 2014, dictó sentencia por la que desestimó íntegramente la demanda, manteniendo las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio, al no haberse demostrado los ingresos de D. José en el momento en que se concedió la pensión, como presupuesto para apreciar la variación de circunstancias.

La citada sentencia fue revocada por la pronunciada por la audiencia provincial en fecha 8 de octubre de 2015 y en la que, estimando el recurso interpuesto por el demandante, se declaró la extinción de la pensión compensatoria con efectos desde la firmeza de la propia resolución. La decisión se basó en que, efectivamente, se observaba una alteración sustancial y permanente de las circunstancias, y más concretamente, de la situación económica del D. José, que le habían llevado al cierre de la granja «hasta el extremo de que se le ha reconocido por el concello un auxilio de emergencia social para bienes de primera necesidad, puesto que no recibe prestación alguna», y, aunque su actual esposa, que tiene una hija de 9 años de una relación anterior, «ha sido contratada por el propio concello lo es por un plazo de seis meses y no está probado que la previsión de sus ingresos le permita desarrollar una desahogada vida económica», en tanto Dña. Juana tiene reconocida una renta de inserción social.

Con fecha 27 de junio de 2018, Dña. Juana formuló demanda de modificación de medidas, en solicitud de que se acuerde nuevamente la fijación de pensión compensatoria a su favor de la esposa en la cuantía mínima de 250 euros al mes, argumentando que las circunstancias han variado nuevamente, dado que

en la actualidad D. José disfruta de unos ingresos mensuales como jubilado de la Seguridad Social a la que esta parte nunca tendrá acceso, dada la dedicación pasada a la familia y al negocio familiar, durante 31 años, en los que solamente se estuvo cotizando por D. José, pese a que la esposa ha contribuido sino en más, a

las mismas tareas del negocio familiar... De hecho, dicho negocio fue durante años el sustento de la familia... Pero ahora, dado que las circunstancias han cambiado, disfrutando en estos momentos el esposo de unos ingresos estables y debidos, en buena parte al trabajo efectuado durante y por el matrimonio, no pudiendo esta parte más que acceder a una pensión no contributiva de la Xunta de Galicia de 355,81 euros mensuales, consideramos que debe fijarse nuevamente a favor de la mujer una pensión compensatoria, dado las circunstancias de este caso concreto..., sin que a día de hoy tenga nada reconocido y además desde la separación de hecho hasta la liquidación hace apenas unos días, esta parte no disfrutó de un solo bien de la sociedad de gananciales y los que le fueron atribuidos actualmente han sido menoscabados por el cónyuge que ha disfrutado de ellos durante los últimos años, hasta el extremo de entregar la vivienda familiar sin agua y sin luz, servicios básicos que la hacen inhabitable y cuyas reparaciones son inasumibles con la pensión disponible.

D. José se opone a la demanda alegando que no existen cambios que justifiquen la modificación pretendida y que, en todo caso, la esposa ya ha tenido derecho y cobrado pensión compensatoria, por lo que no tiene sentido que intente solicitarla nuevamente. En cuanto a los hechos, tras señalar que percibe una pensión de jubilación del INSS por importe de 572,39 euros, afirma que soporta un embargo de 22,41 euros/mes y ha de hacer frente a un préstamo, solicitado en fecha 28 de diciembre de 2017 para hacer frente al pago de 11.033,81 euros de la ejecución de la pensión compensatoria debida, préstamo cuya cuota mensual es de 250,72 euros, quedando 300 euros con los que atender a sus propias necesidades y las de su esposa y la hija menor de esta.

¿Debe rehabilitarse la pensión compensatoria a favor de Juana?

Cuestiones planteadas:

- El restablecimiento de la pensión compensatoria: el desequilibrio económico debe concurrir en el momento de la ruptura matrimonial.
- Los cambios de circunstancias posteriores a la ruptura son irrelevantes para la rehabilitación de la pensión.
- Normativa aplicable y jurisprudencia en esta materia.

## Solución

La cuestión técnica que nuestro caso plantea es la imposibilidad jurídica de rehabilitar una pensión compensatoria extinguida. El artículo 97 del Código Civil reconoce al cónyuge

al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, el derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. Y la propia norma recoge, de modo enunciativo, las circunstancias a valorar para determinar el concreto importe de la pensión.

El Tribunal Supremo ha fijado doctrina en relación con la naturaleza, finalidad y requisitos exigidos para el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria en diversas sentencias, entre las que cabe destacar la STS de 22 de junio de 2011, que recuerda:

Esta Sala, para fijar doctrina sobre la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, tuvo primeramente que analizar la naturaleza o carácter de la misma, siendo sus conclusiones al respecto, esencialmente, las siguientes:

1.- El artículo 97 CC regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia –en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación). Y de hecho no se compadece con su carácter indemnizatorio que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción–, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos.

2.- Según aclara la citada jurisprudencia, tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación con la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge.

3.- En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

4.- La expresada naturaleza y función de la pensión compensatoria obligan al órgano judicial a tomar en cuenta para su fijación, cuantificación y determinación del tiempo de percepción, factores numerosos, y de imposible enumeración, entre los más destacados, los que enumera el artículo 97 CC. Estos factores o circunstancias tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. Por último, operan también estos factores para poder fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Las conclusiones de la AP al respecto, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia. A la luz de esta doctrina, la existencia de un desequilibrio económico entre los esposos en el momento de la ruptura de la convivencia, con respecto a la situación que tenían hasta entonces, constituye un presupuesto de hecho requerido por la norma jurídica, sin el cual no es posible el reconocimiento de la pensión compensatoria. Los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura –que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores– y el elemento personal –pues lo que se ha de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidas a ese momento–.

5.- La duda que a veces se ha planteado es si es posible apreciar el citado desequilibrio, y, por tanto, fijar una pensión, cuando cada cónyuge tiene una calificación profesional determinada y ejerce su profesión. Esta Sala se ha pronunciado al res-

pecto diciendo que, en principio, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares». Por tanto, valorando esta afirmación en sentido contrario, la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante. Finalmente, no puede obviarse el hecho de que, privada la pensión compensatoria del componente asistencial, lo que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la situación de desequilibrio económico producida por la ruptura pueda instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir a este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.

6.- La pensión compensatoria es un derecho personal que la ley reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la que resulta para el otro consorte. [...] Se trata, en todo caso, de compensar el descenso que la nueva situación produce respecto del nivel de vida que se mantenía durante la convivencia; lo que, en consecuencia, se produce con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor, del acreedor, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualdad. Ahora bien, una vez reconocido el derecho a la pensión compensatoria, puede suprimirse si cesa la causa que la motivó o puede modificarse en un posterior procedimiento si se alteran sustancialmente las circunstancias en relación con lo pactado. Así, cualquier modificación de la cuantía requerirá que se acredite una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación inicial («por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen», dice el párrafo 1.º del art. 100 CC), extinguiéndose el derecho a la pensión «por el cese de la causa que lo motivó –es decir, por desaparecer la situación de equilibrio económico–, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona».

7.- El art. 97 CC determina el momento en el que ha de concretarse la existencia de desequilibrio económico que actúa como presupuesto, a saber, cuando se produce

la ruptura de la relación, dado que el precepto se refiere como término de comparación a la situación anterior en el matrimonio. En otras palabras, el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión cuya procedencia no se acredita cuando se produce la crisis matrimonial. Los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura –que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores– y el elemento personal, –pues lo que se ha de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidas a ese momento–.

El momento a tener en cuenta para apreciar y determinar la existencia de desequilibrio es efectivamente el de la ruptura de la convivencia, debiendo traer aquel causa de dicha ruptura (momento de la ruptura, no existiría desequilibrio. Por ello, en la sentencia núm. 790/2012, de 17 diciembre, partiendo de que habían transcurrido ya cuatro años desde que se produjo la separación de hecho hasta que la esposa presentó la demanda de divorcio, y venía esta manteniendo un nivel similar al que disfrutó durante el matrimonio, se estima que cualquier empobrecimiento posterior estará completamente desligado de la convivencia matrimonial y no procede en consecuencia otorgar pensión por desequilibrio económico.

Los sucesos que se producen con posterioridad a la ruptura de la convivencia son, en principio, completamente irrelevantes para determinar la existencia de la pensión compensatoria o la procedencia de elevar su cuantía; sí operan, sin embargo, para su posible disminución o extinción. Por tal razón, las sentencias núm. 106/2014, de 18 de marzo y núm. 704/2014, de 27 noviembre, en cuanto parten de la inexistencia de desequilibrio en el instante de la ruptura, niegan la concesión de una pensión en previsión de que la esposa perdiera el empleo que tenía en ese momento.

La conclusión de todo ello, y en aplicación de esta doctrina a nuestro caso, una vez extinguida una pensión compensatoria no es legalmente posible su restablecimiento o rehabilitación por el empeoramiento de la situación del excónyuge que la había percibido o mejora de la posición del excónyuge gravado con la carga, puesto que las circunstancias cuya alteración afectaría a sus respectivas posibilidades económicas serían en todo caso sobrevenidas, pero no derivadas de la separación o el divorcio. La extinción de la pensión por apreciar la concurrencia de las causas previstas en el artículo 101 del CC determina que, extinguida la pensión por considerar que el desequilibrio que la motivó ya no subsiste, de producirse una variación posterior de circunstancias, estas ya no posibilitan su restablecimiento *a posteriori*. En nuestro caso, la pensión compensatoria se extinguió en virtud de una sentencia de octubre de 2015 que devino firme y los hechos sucedidos con posterioridad no autorizan a volver a reconocer el derecho a su percepción, porque el desequilibrio apreciado no es en ningún caso imputable al divorcio 11 años anterior.

La pensión a favor de Juana no puede ser rehabilitada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 97, 100 y 101.
- SSTS núm. 562/2009, de 17 de julio (NCJ050390); núm. 434/2011, de 22 de junio (NCJ055780); núm. 106/2014, de 18 de marzo, y núm. 120/2018, de 7 de marzo (NCJ063060).

## Potestad disciplinaria y expediente sancionador a funcionario

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa  
Profesor del CEF.-*

### Extracto

El caso gira en torno a una sanción disciplinaria impuesta a un miembro de las Fuerzas Armadas que, con posterioridad, fue anulada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el interesado. Durante el expediente sancionador en que se decretó la suspensión de funciones, ocurrieron algunas anomalías jurídicas que se detallan en el relato de hechos. Tras la sentencia solicita una indemnización de daños y perjuicios a la Administración en concepto de responsabilidad patrimonial, que acaba en sentido estimatorio para el reclamante. Es de hacer constar que, paralelamente, había presentado querrela penal por presunta prevaricación contra el titular del órgano que impuso la sanción, que finalizó con sentencia condenatoria disponiendo una indemnización a su favor en cuantía menor a la estimada en vía administrativa.

**Palabras clave:** infracción disciplinaria; expediente sancionador; sanción; recurso contencioso-administrativo; responsabilidad patrimonial de la Administración.

Fecha de entrada: 04-06-2020 / Fecha de aceptación: 24-06-2020

## Enunciado

El oficial del Cuerpo de la Guardia Civil don XXX solicitó autorización, en varias ocasiones, entre noviembre de 2009 y febrero de 2010, para desplazarse fuera de la localidad de destino en comisión de servicio o para la realización de seminarios. En esas varias ocasiones don XXX solicitó autorización para realizar el desplazamiento en su vehículo particular y, paralelamente, solicitó autorización del órgano competente de su compañía para realizar el mismo trayecto en ferrocarril. Por esto último le fueron expedidos los billetes para los trayectos de ida y vuelta entre RRR y LLL, que fueron efectivamente utilizados para viajar. Posteriormente, el interesado solicitó el reintegro de los gastos realizados en los mismos desplazamientos que efectuó con su vehículo particular.

Por estos hechos se le incoó expediente disciplinario por falta grave tipificada en el artículo 8.10 de la Ley Orgánica 12/2007, de 12 de octubre, de régimen disciplinario de la Guardia Civil («no comparecer a prestar servicio, ausentarse de él o desatenderlo»), que terminó con resolución sancionadora, de fecha 9 de diciembre de 2012, impuesta por el director general de la Guardia Civil, que obró por delegación del ministro de Defensa, consistente en pérdida de destino. Se le notificó esta resolución el día 10 de diciembre de igual año. No consta que el recurrente tuviera nombrado un servicio en la fecha correspondiente (5 de febrero de 2010) que provocó la incoación del expediente disciplinario.

Ello determinó que el día 15 de enero de 2013 se le obligara a trasladarse a Zamora, a donde se mudó con toda su familia, lugar de su nuevo destino.

Como consecuencia del expediente disciplinario, estuvo desde el día 1 de abril de 2011 hasta el 27 del mismo mes y año en situación de suspenso en funciones como guardia civil y, por tanto, sin percibir los emolumentos económicos que le correspondían.

Contra la misma, presentó recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

El órgano jurisdiccional competente dictó Sentencia de 12 de marzo de 2013, por la que anula la sanción impuesta, notificándose al interesado el 30 de abril de 2013.

El abogado del Estado presenta recurso de casación contra la sentencia, que es admitido por la sala correspondiente del Tribunal Supremo.

Es de hacer constar que don XXX, el día 2 de mayo de 2013, presentó una querrela por presunto delito de prevaricación, por haber dictado una resolución injusta, solicitando condena penal para el autor de la resolución sancionadora y pidiendo una indemnización por un total de 84.000 euros, en todos los conceptos.

El 12 enero de 2015 presenta escrito de reclamación en el Registro Electrónico del Ayuntamiento de Navalcarnero, el cual lo remite por idéntica vía al Ministerio del Interior el día 23 de enero, en concepto de responsabilidad patrimonial contra la Administración, alegando que, anulada la resolución sancionadora, tiene derecho a reclama una indemnización total de 84.000 euros, con el siguiente desglose:

- Daños morales: 60.000 euros.
- Lucro cesante, complemento de productividad: 3.000 euros.
- Sueldo dejado de percibir: 10.000 euros.
- Traslado de mobiliario a Zamora: 4.000 euros.
- Gastos de abogado y procurador: 7.000 euros.

Es de hacer constar en el procedimiento sancionador que el acuerdo de iniciación del procedimiento disciplinario, al no poder ser localizado ni en su destino, porque estaba provisionalmente suspenso en esa fecha, ni en su domicilio, al encontrarse de viaje, se hizo mediante edicto en el tablón de anuncio de su destino.

El día 24 de julio el reclamante entendió desestimada su pretensión de indemnización.

El órgano competente para la resolución ordenó, al entender que concurrían todos los requisitos para ello, la tramitación simplificada del procedimiento. Comunicado al interesado, manifiesta su disconformidad al respecto, mediante el oportuno recurso de reposición.

El día 13 de septiembre de 2015 el órgano competente dictó resolución estimatoria de parte de sus pretensiones, en concreto le indemnizó con la cuantía de 40.000 euros, con sus correspondientes intereses legales, que le fue notificada al interesado el día 23 septiembre del mismo año.

Con posterioridad, se dictó sentencia por el órgano jurisdiccional actuante como consecuencia de la querrela penal, que fijó una indemnización a su favor de 30.000 euros. Ante ello, la Administración solicita la devolución de los 10.000 euros de diferencia con sus correspondientes intereses legales.

Cuestiones planteadas:

1. Órgano competente para la sanción. Si no era el competente, ¿qué vicio existirá?
2. Órgano competente para conocer del recurso contencioso-administrativo.
3. ¿Cuáles serán los motivos de anulación de la sanción de la sentencia?
4. ¿Era extemporánea la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial?
5. Comente el ajuste a derecho o no de la ejecución de la resolución sancionadora obligándole al traslado a su nuevo destino, Zamora.
6. Comente las circunstancias del procedimiento sancionador. Asimismo, el ajuste a derecho de que se le notificare por edicto al no encontrarse ni en su destino ni en su domicilio.
7. Comente la presentación del escrito de reclamación en el registro electrónico del Ayuntamiento de Navalcarnero el 12 de enero de 2015, que se remite al Ministerio del Interior el día 23 de enero de 2015. ¿Se había producido el silencio administrativo?
8. Comente los efectos del ejercicio de la acción penal por delito de prevaricación solicitando una indemnización de 84.000 euros en todos los conceptos.
9. Consecuencias de haberse seguido el procedimiento simplificado pese a la oposición del interesado que recurre, en reposición, dicha decisión.
10. ¿La resolución del procedimiento en sentido de desestimatorio fue ajustada a derecho?
11. ¿Qué le parece que se dictara sentencia por el órgano jurisdiccional actuante como consecuencia de la querrela penal que fijó una indemnización a su favor de 30.000 euros (la Administración había determinado en su procedimiento la de 40.000) y, ante ello, la Administración solicita la devolución de los 10.000 euros de diferencia con sus correspondientes intereses legales?

12. Informe sobre la procedencia o no de los distintos conceptos indemnizatorios solicitados.

**NOTA:** Para resolver las controversias jurídicas que plantea el caso, las fechas son ficticias a la hora de la normativa aplicable, debiéndose tener en cuenta la actual legislación.

## Solución

1. Órgano competente para la sanción. ¿Qué vicio existirá?

El artículo 27 de la Ley Orgánica 12/2007, del régimen disciplinario de la Guardia Civil señala que para la imposición de la sanción de separación del servicio será competente el Ministro de Defensa a propuesta del Ministro del Interior, conforme a lo previsto en el apartado primero del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por su parte, el artículo 28 indica que el director general de la Policía y de la Guardia Civil podrá imponer todas las sanciones, excepto la de separación del servicio. Recordamos que en este caso se impuso la sanción de pérdida de destino, de manera que no cabía delegación alguna, porque era competencia originaria del director general.

Respecto a las consecuencias jurídicas de esta indebida delegación, es lo cierto que el artículo 9 de la Ley 40/2015, LRJSP, señala que la resolución dictada por delegación se entiende dictada por el órgano delegante, en este caso el ministro. De manera que nos encontraríamos ante un acto nulo de pleno derecho por tratarse de incompetencia material, salvo que existiera avocación –por la que el ministro asume esa competencia del director general–. En este caso que analizamos no cabría convalidación alguna, porque la competencia pertenece al órgano inferior. Por ello, no ha existido un vicio de competencia jerárquica –el inferior dicta algo competente del superior–. Sino un vicio de competencia material.

Ante ello, debería procederse a la revisión de oficio de acto nulo por la vía del artículo 106.1 de la Ley 39/2015, LPAC.

2. Órgano competente para el recurso contencioso.

No era la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sino del Tribunal Superior de Justicia, conforme al artículo 11.1 a) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) y el artículo 10 i) del mismo texto legal, a *sensu contrario*, porque es cierto que dicho artículo hace competencia a esta sala en actos

del órganos centrales del Ministerio de Defensa (el director general de la Guardia Civil lo es) que sean de personal referentes a destino, pero, en este caso no puede considerarse así, porque la pérdida de destino es consecuencia de una resolución sancionadora, es decir, no se plantea controversia por esta materia en sí en el sentido de si se tiene derecho o no al destino que hubiera podido pedir y a la posible preferencia sobre otros, sino que, en nuestro caso, la controversia gira en torno a una resolución sancionadora.

Por lo que, en virtud del artículo 7.3, se debió dictar auto remitiendo las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia a tenor del artículo 10 de la LJCA (son de su competencia los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado (AGE) cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de ministro o secretario de estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa).

Si así no se hiciera, el representante de la Administración puede plantear alegaciones previas en los primeros 5 días de los 20 que se le dan para contestar a la demanda o en el escrito de contestación a la demanda (arts. 54 y 58 de la LJCA).

### 3. ¿Cuáles serán los motivos de anulación de la sanción de la sentencia?

Los hechos probados no permiten acreditar que el recurrente tuviera nombrado un servicio en la fecha correspondiente (5 de febrero de 2010) ni, por tanto, que se diera la conducta tipificada en el citado artículo 8.10. Por ello, la sentencia estima el recurso en lo que respecta a la sanción impuesta por esta falta grave, entendiendo vulnerado tanto el principio de presunción de inocencia como el principio de tipicidad. Ha existido una interpretación errónea del tipo sancionador. Se ha equiparado que ausentarse de la unidad es no comparecer a prestar el servicio o abandonarlo, es igual si se tiene nombrado o no el servicio. Es una interpretación extensiva equivocada.

Lo lógico era haber incoado el expediente sancionador por otra falta disciplinaria recogida en la Ley Orgánica 12/2007 y no por abandono del servicio.

### 4. ¿Era extemporánea la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial?

El artículo 12.1 de la LPAC señala que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

En principio se le notificó la resolución el día 30 de abril de 2013, luego tenía de plazo un año que vencía el 30 de abril de 2014. Pero, al presentar el abogado del estado recurso

de casación, que era posible conforme al artículo 86 de la LJCA, la sentencia no era firme, de manera que podía esperar a su resolución y notificación, puesto que se le debe emplazar, como interesado, en el recurso de casación. Es esa sentencia la que solucionará definitivamente la cuestión planteada, luego al poder modificarse la primera sentencia, tenía el derecho a esperar el inicio del cómputo del año a partir de la notificación de aquella.

5. Comente el ajuste a derecho o no de la ejecución de la resolución sancionadora obligándole al traslado a su nuevo destino, Zamora.

El artículo 90.3 de la LAPC, respecto a la ejecutividad de la resolución sancionadora señala que:

La resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado.

Cuando la resolución sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa.

No parece que en este caso hiciera esta solicitud de suspensión y el plazo para recurrir era de un mes, al tratarse de recurso de reposición. Le fue notificada la resolución sancionadora el día 10 de diciembre de 2012. El día 15 de enero de 2013 se le obliga a trasladarse a Zamora, a donde se mudó con toda su familia, lugar de su nuevo destino, sin que conste que ni interpusiera recurso de reposición, ni solicitara la suspensión cautelar.

6. Comente las circunstancias del procedimiento sancionador. Asimismo, el ajuste a derecho de que se le notificare por edicto al no encontrarse ni en su destino ni en su domicilio.

Es cierto que el artículo 44 de la Ley Orgánica 12/2007, referido a la práctica de notificaciones señala que:

1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará a las actuaciones.

[...]

3. Cuando no se pueda practicar una notificación, por no ser localizado el interesado en su unidad de destino o encuadramiento, o en su domicilio declarado, la notificación se efectuará por medio de edictos en el tablón de anuncios de su unidad de destino o encuadramiento y en el Boletín Oficial de la Guardia Civil, continuándose las actuaciones. El trámite de notificación domiciliaria se entenderá cumplimentado una vez efectuados, en el plazo de tres días, dos intentos llevados a cabo en momentos diferentes.

Pero es lo cierto que debió intentarse dos intentos de notificación, cosa que no se hizo, por lo que estamos ante una notificación defectuosa que solo produciría efectos si el interesado se da por notificado, bien expresamente o porque realice actuaciones que pongan de manifiesto conocer el contenido del acto (eso parece en el caso porque nada se dice al respecto).

Respecto al régimen de notificación, diferente al general de los artículos 40 y siguientes de la LPAC, es plenamente ajustado a derecho porque estamos, en primer lugar, en norma con rango de ley orgánica y, en segundo lugar, ante un interesado cualificado perteneciente a un colectivo (Cuerpo de la Guardia Civil) cuyo régimen jurídico presenta especialidades respecto al resto (en este caso concreto, la notificación en su unidad de destino).

7. Comente la presentación del escrito de reclamación en el registro electrónico del Ayuntamiento de Navalcarnero el 12 de enero de 2015 que se remite al Ministerio del Interior el día 23 de enero de 2015. ¿Se había producido el silencio administrativo?

El artículo 16 de la LPAC permite la presentación de escritos ante el registro electrónico de cualquiera de las Administraciones públicas.

El mismo precepto, en su apartado 1, especifica que cada Administración dispondrá de un Registro Electrónico General, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, organismo público o entidad vinculado o dependiente a estos. También se podrán anotar en el mismo la salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares.

Por otra parte, el artículo 21.3 señala que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

- a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.
- b) En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para su tramitación.

En este caso, no se presentó en el Registro General de la AGE, sino en el registro del Ministerio del Interior, luego el inicio de los tres meses para resolver este procedimiento no se inició cuando llegó a aquel registro, sino cuando llegara al Registro General o al del Ministerio de Defensa, que era el competente para resolver.

Luego, como ignoramos cuándo se produjo lo anterior (llegada al registro general o al del Ministerio de Defensa), lo único cierto es que cuando el interesado entendió desestimada su pretensión –día 24 de julio–, todavía no se había cumplido el plazo de los seis meses, salvo que el mismo 23 de enero el Ministerio del Interior lo hubiera remitido al Registro General de la AGE o del Ministerio de Defensa.

8. Comente los efectos del ejercicio de la acción penal por delito de prevaricación solicitando una indemnización de 84.000 euros en todos los conceptos.

El artículo 37 de la LRJSP señala que:

1. La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.
2. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

En este caso son de resaltar, al respecto, dos cuestiones:

- a) Que cuando ejercita la acción penal el procedimiento administrativo ya había finalizado por resolución del día 9 de diciembre de 2102 (la querella la presenta el día 2 de mayo de 2013), luego ningún efecto suspensivo producía ya la tramitación del proceso penal.
- b) Que, en este caso, no era precisa la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal para la fijación de la responsabilidad patrimonial, pues la condena que, en su caso, se le pudiera imponer y la fijación de los hechos para ello, es independiente de si se ha producido o no la responsabilidad patrimonial. Puede acabar el proceso con absolución, y no por ello se podría negar, en su caso, la existencia de la responsabilidad patrimonial.

Donde, evidentemente, va a afectar la sentencia penal, en su caso, es en la cuestión de la cuantía de la responsabilidad.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal de 1995 que señala:

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

En segundo lugar, si no se renuncia a la vía penal, deberá admitirse la indemnización, si es que procede, y luego lo analizaremos, como a cuenta de lo que se produzca en vía penal: si en vía penal es superior, el particular recibirá las diferencias; si en vía penal es inferior, no procede devolución administrativa, pues se vulneraría la doctrina de los actos propios.

9. Consecuencias de haberse seguido el procedimiento simplificado pese a la oposición del interesado que recurre, en reposición, dicha decisión.

El artículo 96 de la Ley 39/2015 señala que:

1. Cuando razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen, las Administraciones Públicas podrán acordar, de oficio o a solicitud del interesado, la tramitación simplificada del procedimiento.

En cualquier momento del procedimiento anterior a su resolución, el órgano competente para su tramitación podrá acordar continuar con arreglo a la tramitación ordinaria.

2. Cuando la Administración acuerde de oficio la tramitación simplificada del procedimiento deberá notificarlo a los interesados. Si alguno de ellos manifestara su oposición expresa, la Administración deberá seguir la tramitación ordinaria.

3. Los interesados podrán solicitar la tramitación simplificada del procedimiento. Si el órgano competente para la tramitación aprecia que no concurre alguna de las razones previstas en el apartado 1, podrá desestimar dicha solicitud, en el

plazo de cinco días desde su presentación, sin que exista posibilidad de recurso por parte del interesado. Transcurrido el mencionado plazo de cinco días se entenderá desestimada la solicitud.

4. En el caso de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado.

De lo indicado destacamos:

- a) Parece que no era órgano competente el órgano resolutorio, sino el instructor, lo cual parece razonable porque es ese órgano el que conoce los hechos y sus circunstancias para ordenar el tipo de procedimiento, puesto que el simplificado exige comprobar si concurren o no las circunstancias del artículo 96.4. Pero el citado precepto, en el apartado primero, se refiere, en general, a las Administraciones públicas y como circunstancia justificadora de dicho procedimiento se hace referencia al interés público, de manera que nada parece impedir que el órgano resolutorio pudiera imponer este tipo de procedimiento. De cualquier forma, entiendo que se trataría de una irregularidad no invalidante.
- b) Respecto a la oposición del interesado a la tramitación de tal tipo de procedimiento, aunque en principio pudiera calificarse de sorprendente, puesto que va a suponer una tramitación más rápida del procedimiento, pudiera estar justificado por las restricciones de tiempo y trámites que dicho procedimiento implica y que podrían perjudicarlo.

Desde luego, en principio, y en aplicación del artículo 96.2, al oponerse el interesado a dicho procedimiento, debió seguirse el procedimiento ordinario. Ahora bien, esto no es susceptible de provocar la invalidez del procedimiento por sí mismo, sino que sería preciso que el interesado acreditara que tal tramitación le ha supuesto algún tipo de perjuicio o indefensión real y efectiva. Si fuese así, podríamos estar en presencia de un vicio de nulidad, por seguir un procedimiento diferente al previsto (art. 47.1.e LPAC), o bien de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (art. 48). Pero, en principio, se trata de una irregularidad no invalidante.

- c) Respecto al recurso de reposición interpuesto contra el acto que decretó la tramitación por el procedimiento simplificado, entiendo que no debe ser admisible, al tratarse de un acto de trámite, en principio, no cualificado, porque, sin más, no causa indefensión y perjuicio alguno (art. 112 LPAC). Pero es indudable que puede

producirlo, pero, para ello, habrá que esperar a la resolución del procedimiento y ver la incidencia que ha tenido este tipo de tramitación en la resolución de aquel y si, efectivamente, ha causado indefensión material y perjuicio al interesado. De manera que, si es así, será este el momento en el que aquel podrá recurrir, basado en el seguimiento de un procedimiento de forma indebida, defendiendo la nulidad o anulabilidad de la resolución definitiva del procedimiento.

## 10. ¿La resolución del procedimiento en sentido de desestimatorio fue ajustada a derecho?

Lo primero que debemos destacar, respecto a si se había producido el plazo de seis meses que tiene la Administración para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial, es que lo ignoramos, puesto que el escrito de solicitud llegó al Ministerio del Interior el día 23 de enero de 2015, pero ignoramos cuándo llegó al órgano competente para la tramitación, que era el Ministerio de Defensa, que es cuando se produciría el inicio del cómputo de los seis meses para resolver.

De cualquier forma, en virtud del artículo 24.2 b) de la LAPC, en los casos de desestimación por silencio administrativo –como era el caso–, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

Por otra parte, don XXX, al duplicar las autorizaciones incompatibles, actuó con una falta de lealtad evidente, creó una situación de riesgo para la pluralidad de bienes jurídicos afectados por su conducta posterior de hacer una petición para ser resarcido por un gasto que no realizó, y sin desistir de aquel presupuesto de riesgo, reclamó luego indemnización económica basada en esa falsa aseveración de haber utilizado en el desplazamiento su propio vehículo. Y ello era reprobable, pero a través de otro tipo de infracción disciplinaria que se recoge en la Ley Orgánica 12/2007, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, y no ya por el que se le sancionó –abandono de servicio, cuando no tenía nombrado ningún servicio–, suponiendo la infracción claramente del principio de legalidad.

Así las cosas, la Administración no se ha mantenido dentro de unos márgenes de apreciación no solo razonados, sino razonables, debiendo entenderse que ha existido lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a no soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio.

En la interpretación que se viene manteniendo reiteradamente por el Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 11 de marzo de 1999, 13 de enero de 2000 o 12 de julio de 2001) respecto al actual artículo 30 de la Ley 40/2015, antiguo artículo 139 de la derogada Ley 30/1992, «sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas,

sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos» establecidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin que quepa «interpretar el precepto que nos ocupa con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad». Esto es, dicho artículo «afirma la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto inicial u originador para que tal responsabilidad pueda nacer siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración» y que son la existencia de un hecho imputable a la Administración, lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación con una persona o grupo de personas, relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio y que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

En línea con ello, se advierte que «en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que esta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que este se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo». Lo que es también aplicable a aquellos supuestos «en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender solo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución».

En concreto, la peculiaridad se encuentra en el análisis de la obligación de soportar el daño. Si el acto del que deriva el daño fue dictado en el ejercicio de la potestad discrecional o en la apreciación de un concepto jurídico indeterminado, existe la obligación de soportar el daño cuando la decisión administrativa, amén de respetar los elementos reglados, es razonada y se mantiene en los márgenes de lo razonable. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general, al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de las resoluciones.

Por todo lo indicado, puede afirmarse que en el presente caso la Administración ha incurrido en error palmario o equivocación manifiesta, siendo así que el ahora actor no debió

soportar las consecuencias del ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración, según lo antes motivado.

En consecuencia han de estimarse los criterios mantenidos por la Administración del Estado en la resolución impugnada, que es conforme con la STS de 12 de julio de 2001, *a sensu contrario*, cuando reconoce a la Administración un determinado margen de apreciación dentro de lo razonado y de lo razonable, conforme con los criterios de la jurisprudencia y con respeto absoluto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, habiendo desaparecido el carácter antijurídico de la actuación del interesado, y por tanto no faltaría uno de los requisitos exigidos para operar el instituto de la responsabilidad patrimonial, lo que conlleva al deber del administrado a no soportar las consecuencias de esa valoración.

De otra parte, existe daño resarcible, que luego se analizará, y aunque las propias sentencias anulan las sanciones y tienen un claro componente de satisfacción personal y moral, en sí mismo no vienen a compensar los eventuales perjuicios de esa índole sufridos por efectos de la propia sanción, que despojó al actor de bienes jurídicos materiales a través de la pérdida de haberes.

11. ¿Qué le parece que se dictara sentencia por el órgano jurisdiccional actuante como consecuencia de la querrela penal que fijó una indemnización a su favor de 30.000 euros (la Administración había determinado en su procedimiento la de 40.000) y, ante ello, la Administración solicita la devolución de los 10.000 euros de diferencia con sus correspondientes intereses legales?

En primer lugar, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal de 1995 que señala:

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

En segundo lugar, si no se renuncia a la vía penal, deberá admitirse la indemnización, si es que procede, y luego lo analizaremos, como a cuenta de lo que se produzca en vía penal: si en vía penal es superior, el particular recibirá las diferencias; si en vía penal es inferior, no procede devolución administrativa, pues se vulneraría la doctrina de los actos propios.

## 12. Informe sobre la procedencia o no de los distintos conceptos indemnizatorios solicitados.

Solicitó que, anulada la resolución sancionadora, tiene derecho a reclamar una indemnización de 84.000 euros, en los siguientes conceptos y con el desglose expuesto en el relato de hechos:

- Daños morales.
- Lucro cesante, complemento de productividad.
- Sueldo dejado de percibir.
- Traslado de mobiliario a Zamora.
- Gastos de abogado y procurador.

Analicemos cada partida:

### A) Daños morales.

La idea de daño moral, en este marco, alude a una lesión simbólica que padece una persona al sentirse agraviada. Cabe destacar que, a nivel jurídico, un daño puede ser imputado a otro individuo por su negligencia o malicia; el responsable del daño, por lo tanto, debe asumir la reparación de este, indemnizando a la víctima.

Mientras que el daño patrimonial afecta al patrimonio (una casa, un automóvil, etc.), el daño moral implica una afectación espiritual o un trastorno psicológico. En otras palabras, el sujeto perjudicado experimenta un sufrimiento.

Sobre el daño moral se ha pronunciado en numerosas ocasiones la jurisprudencia diciendo, entre otras cosas:

- a) Que aunque no se encuentre específicamente recogido en el Código Civil, tradicionalmente se ha entendido que tiene su encuadre en la expresión genérica de reparar el daño causado.
- b) Que aunque constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa que consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, se consideran tales las situaciones

de impacto emocional, quebranto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, y trastorno de ansiedad. Aun así, su orientación es cada vez más amplia.

- c) Que en todo caso resulta preciso acreditarlo y a tal efecto la jurisprudencia viene señalando que no son necesarias pruebas objetivas, sobre todo en su aspecto económico, sino que ha de estarse a las circunstancias concurrentes, y a tal efecto la STS de 31 de mayo de 2000 expone que la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica.

Nuestro derecho de daños parte de la premisa de que la indemnización por los mismos debe permitir la llamada *restitutio in integrum* o reparación integral, es decir, la víctima debe ser resarcida en todo aquello en lo que haya sido dañada. Esto supone que, a menudo, se deba hablar de los daños morales que acompañan a los materiales.

Pensándolo bien, y llevándolo al extremo, podríamos afirmar que todo daño material es susceptible de generar cierto daño moral si atendemos a la definición que la Audiencia Provincial de Barcelona nos ofrece, en su Sentencia de 8 de febrero de 2006, del concepto de daño moral: «es el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico». En la misma línea, señala la doctrina que podemos considerar incluido en esta categoría «todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados».

Un resbalón en un suelo mojado generará cierta inquietud o zozobra a quien lo sufra, mientras que unas filtraciones de agua que impidan a una persona tener su casa limpia de manchas y olores pueden afectar a su dignidad u honor, por citar solo un par de ejemplos. No obstante, la reclamación por daños morales no acostumbra a ser objeto de discusión en sede judicial, no al menos en la misma proporción en que lo es la reclamación por daños materiales y no, desde luego, si aceptáramos la interpretación –ya hemos advertido que llevada al extremo– de que esos daños morales acostumbrarán a ir parejos a casi todas las situaciones que generen los materiales.

Así lo entiende, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Vizcaya, en su Sentencia 532/2010, de 7 de diciembre: «Demostrada la realidad y persistencia de una inmisión de ruido por encima de los límites de obligada tolerancia, la certeza del daño moral sufrido por quien se ha visto compelido a soportarla no requiere una prueba adicional de las reacciones, sentimientos y sensaciones que han acompañado a su padecimiento».

Dejando de lado las situaciones en que el daño moral no reviste entidad suficiente como para ser reclamado, consideramos que hay dos motivos fundamentales por los que no acos-

tumbra a ser objeto de litigio con la frecuencia con que seguramente debiera serlo. El primero de esos motivos es la dificultad probatoria de la existencia del daño moral.

No olvidemos que nuestro derecho procesal civil se rige por el principio de aportación de parte, que tiene su traducción, en materia de prueba, en la obligación de las partes de acreditar aquellos hechos sobre los que fundamenten sus pretensiones (ex arts. 216, 217, 281 y 282 de la LEC): en consecuencia, las partes deben valorar antes de efectuar una alegación qué capacidad probatoria tienen al respecto. Y si el resultado de ese juicio valorativo es negativo, si observan que les resulta imposible probar los hechos sobre los que sustentan dicha alegación, lo más recomendable es que se olviden de ella, por más legítima que esta sea, salvo que quieran arriesgarse al perjuicio patrimonial que les supondría una eventual condena en costas.

Es evidente que los daños morales revisten una intrínseca dificultad probatoria. A diferencia de los daños materiales, que acostumbran a ser evidentes para el ojo humano común y medibles por el ojo humano experto (el del perito correspondiente), los daños morales no se pueden ver ni tocar, generándose además la paradoja de que, cuando se hacen evidentes, es porque pasan a ser materiales.

Un ejemplo: si esa zozobra a la que nos referíamos anteriormente deviene tan intensa que se convierte en una afección psíquica, de modo que un perito médico pueda dictaminar su existencia y explicar sus consecuencias, lo que había nacido como un daño moral (una inquietud, una incomodidad, un sufrimiento) se ha convertido finalmente en un daño material (una enfermedad, una secuela, un impedimento). Por lo tanto, los daños morales podrán ser más fácilmente probados cuando se conviertan en materiales, lo cual no nos resuelve el problema inicial sobre su dificultad probatoria.

Y si resulta difícil probar su existencia, resulta mucho más difícil todavía cuantificar la indemnización que, en su caso, le corresponde percibir a la víctima. En sede de daños materiales, existen pocas dudas al respecto: el importe a indemnizar por la rotura de un cristal, por ejemplo, es el que corresponda a su sustitución, según la factura correspondiente. Algo plenamente medible y fácilmente acreditable, algo generalmente objetivo. En el caso de los daños morales, sin embargo, es mucho más difícil –por no decir casi imposible– cuantificar qué valor tiene haber ocasionado un perjuicio en los sentimientos o en los afectos de una persona.

En el caso concreto de los accidentes de circulación, el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre) establece que anualmente se publiquen las cuantías con las que se deben indemnizar los daños ocasionados por este tipo de siniestros, con arreglo a unos baremos que incorporan en su cálculo la parte que correspondería a daños morales.

Se podrá estar a favor o en contra de los importes establecidos, entender que son exagerados o irrisorios, pero es evidente que la existencia de un baremo genera en este ám-

bito una seguridad jurídica que no encontramos en otros terrenos. Y el precio a satisfacer para gozar de esa seguridad jurídica es precisamente el de concretar aquello que, *a priori*, parece imposible de encajar en esquemas predeterminados.

Fuera del ámbito de los accidentes de circulación, no existen reglas ni baremos a la hora de cuantificar el daño moral, lo cual tiene su parte negativa (la falta de seguridad jurídica) y su parte positiva (la mayor capacidad de analizar cada caso concreto según sus propias circunstancias). Con todo, es evidente lo difícil que resulta convertir en números un concepto al que la doctrina llama el «precio del dolor».

Tan difícil que, seguramente, deviene imposible. Sobre todo porque no existe posibilidad de reparación pura. A diferencia del cristal al que antes nos referíamos, que se ve sustituido por otro de idénticas características, el dolor sufrido no puede eliminarse. Puede cesar la fuente que lo provoca, puede desaparecer de cara al futuro, pero lo sufrido, sufrido está. De ahí que deba ser indemnizado en forma de compensación aquello que no puede ser reparado *in natura*.

B) Lucro cesante, complemento de productividad.

Tiene derecho a percibirlo, pero, realmente, no es lucro cesante como ganancia dejada de obtener, porque este concepto formaba parte de sus retribuciones y, por tanto, se trata de daño emergente.

C) Sueldo dejado de percibir.

Es daño emergente y como tal tiene derecho a percibirlo.

D) Traslado de mobiliario a Zamora.

También es daño emergente y tiene derecho a su percepción.

E) Gastos de abogado y procurador.

Parece que, habiéndose estimada su pretensión en vía penal, lo lógico es que las costas procesales, entre las cuales están incluidas este gasto, se impusiera, en su totalidad a la otra parte. Ahora bien, si no fue así, también tendría derecho a su percepción.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, art. 15.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 121.

- Ley Orgánica 12/2007, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, arts. 27 y 44.
- Ley 29/1998, LJCA, arts. 7, 10, 11, 54, 58 y 86.
- Ley 39/2015, LPAC, arts. 12.1, 16, 21.3, 24, 40, 47, 48, 90.3, 96, 106 y 112.
- Ley 40/2015, LRJSP, arts. 9 y 37.

## 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](http://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](mailto: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](http://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 (6.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

Tu currículum no dice que

# TE SACASTE EL GRADO MIENTRAS CUIDABAS A TU HIJO.

En la UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE  
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

## GRADOS OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

## MÁSTERES OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geostrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

## TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))