

# CEFLegal

## Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 270 | Julio 2023

ISSN: 2697-1631

### **Mercantilización del fútbol a través de la «tokenización» de activos**

Olga Gilart González

### **El nuevo concepto de «sinhogarismo» en la Ley de vivienda frente al concepto de la «sinposesión»**

Vicente Magro Servet

### **Las sanciones de la LOPSC y otras consecuencias no sancionadoras. Una mirada al ordenamiento italiano**

Carmen Martín Fernández

### **¿Una nueva era del procedimiento de conversión de los decretos-leyes en ley?**

Carles López Picó

**45 CEF.-**  
Aniversario

# Ahora



**MÁSTERES**

**CURSOS**



**¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?**

**FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE**

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

**Presencial | Telepresencial | Online**

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

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 270 | Julio 2023

## 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

Enrique Arnaldo Alcubilla. Magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho Constitucional. URJC

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

José Luis Blanco Pérez. Adjunto a dirección. Asesoría Jurídica de la Sociedad Española de Sistemas de Pago

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

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

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

Nicolás González-Deleito y Domínguez. Socio de Cuatrecasas

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

Pablo Hernández Lahoz. Abogado del Estado y director de Asesoría Jurídica de AENA

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Carlos Lema Devesa. Catedrático de Derecho Mercantil. UCM

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

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

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

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

Fabio Pascua Mateo. Catedrático de Derecho Administrativo. UCM y letrado de las Cortes

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Ángel José Sánchez Navarro. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Javier Serra Callejo. Secretario del Consejo. Grupo Arcelor Mittal

Francisco Javier Silván Rodríguez. Socio de EY Abogados

## Edita

Centro de Estudios Financieros

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

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

## 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 (2023) (11 números) 185 € en papel / 95 € en digital

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: [revistaceflegal@udima.es](mailto:revistaceflegal@udima.es)

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



## Imprime

Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

## Indexación y calidad



Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

## Sumario

### Estudios doctrinales

#### Civil-mercantil

La mercantilización del fútbol a través de la «tokenización» de activos 5-30  
*The commodification of football through asset «tokenisation»*  
Olga Gilart González

El nuevo concepto de «sinhogarismo» en la Ley de vivienda frente al concepto 31-52  
de la «sinposesión» del propietario ante viviendas okupadas  
*The new concept about «homelessness» in the Housing Law versus concept of «without possession» in front of occupied houses*  
Vicente Magro Servet

#### Constitucional-administrativo

Las sanciones administrativas de la Ley de seguridad ciudadana y otras conse- 53-82  
cuencias no sancionadoras. Una mirada al ordenamiento italiano  
*The administrative sanctions of the citizen security Law and other non-punitive conse- quences. A comparison with the Italian legal system*  
Carmen Martín Fernández

¿Una nueva era del procedimiento de conversión de los decretos-leyes en ley? De 83-112  
su fundamentación inicial a su auge actual bajo la fragmentación parlamentaria  
*A new age for the conversion proceedings of decree-laws into laws? From its initial foun- dations to its current peak under parliamentary fragmentation*  
Carles López Picó



## Comentarios de resoluciones

### Civil-mercantil

- Reclamación de paternidad no matrimonial por posesión de estado de los hijos de la expareja del demandante (Comentario a la STS de 16 de mayo de 2023) 113-120  
José Ignacio Esquivias Jaramillo

## Casos prácticos

### Civil

- Instalación de ascensor en comunidad de propietarios sometida a la LPH 121-128  
Casto Páramo de Santiago

### Administrativo

- Administración local. Sesiones de pleno y su grabación y difusión por internet. Dominio público y su desafectación. Tasas de licencia de obras y contrato administrativo de obras 129-152  
Julio Galán Cáceres

*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 <https://www.civil-mercantil.com>



# La mercantilización del fútbol a través de la «tokenización» de activos

**Olga Gilart González**

*Doctora en Derecho por la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)*

[olga.gilart@gmail.com](mailto:olga.gilart@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-3341-4643>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñiz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

## Extracto

El fútbol como industria ha suscitado intereses económicos desde diferentes puntos de vista. La ingeniería jurídico-económica se ha adentrado en el mundo deportivo creando nuevos modelos de negocio y las nuevas tecnologías han contribuido a este desarrollo. Así, la era digital también se ha adueñado del deporte. Empresas como Sorare, Socios, Bitci, Crypto o Dapper Labs representan el futuro inmediato en materia de rendimientos vinculados con el fútbol.

El proceso de «tokenización» de activos, que consiste en atribuir de forma abstracta un valor a un objeto o derecho, ha permitido nuevas formas de monetizar el fútbol. ¿Cuál será el alcance de la fiebre de la digitalización en el fútbol?

Desde la imagen del jugador, hasta la compraventa de derechos federativos, todo es susceptible de convertirse en *token*.

Este estudio tiene como objetivo, a través del análisis de la tokenización de algunos activos, entender mejor las consecuencias prácticas y jurídicas que se derivan de la aplicación de las nuevas tecnologías al mundo del fútbol y considerar en qué medida contribuyen a la mercantilización del deporte rey y sus jugadores.

**Palabras clave:** fútbol; digitalización; tokenización de activos.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado (en avance *online*): 16-06-2023

**Cómo citar:** Gilart González, O. (2023). La mercantilización del fútbol a través de la «tokenización» de activos. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 270, 5-30. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19175>



# The commodification of football through asset «tokenisation»

Olga Gilart González

This paper has been selected for publication by: Mr. Carlos Lema Devesa, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mr. Pablo Hernández Lahoz, Mrs. Esther Muñiz Espada, Mr. Javier Serra Callejo y Mr. Francisco Javier Silván Rodríguez.

## Abstract

Football as an industry has aroused economic interests from different perspectives. Legal-economic engineering has delved into the sports world, creating new business models, and new technologies have contributed to this development. Thus, the digital era has also taken over sports. Companies such as Sorare, Socios, Bitci, Crypto, or Dapper Labs represent the immediate future in terms of football-related returns linked to football. The process of asset tokenization, which consists of abstractly assigning a value to an object or right, has allowed new ways of monetizing football. What will be the scope of the digitization fever in football? From player images to the buying and selling of federative rights, everything is susceptible to becoming a token. This study aims to better understand the practical and legal consequences resulting from the application of new technologies to the world of football and to consider to what extent they contribute to the commodification of the king of sports and its players through the analysis of tokenization of certain assets.

**Keywords:** football; digitization; asset tokenization.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published (online preview): 16-06-2023

**Citation:** Gilart González, O. (2023). La mercantilización del fútbol a través de la «tokenización» de activos. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 270, 5-30. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19175>





## Sumario

1. Introducción
  2. Consideraciones generales
    - 2.1. Acercamiento léxico
    - 2.2. La evolución de la industria del fútbol
  3. La imagen del jugador
    - 3.1. El concepto de imagen en el deporte
    - 3.2. La imagen del futbolista en el mundo digital
    - 3.3. La digitalización de los cromos
  4. La tokenización de la operación de transferencia
    - 4.1. Concepto de transferencia
    - 4.2. La cesión de los derechos federativos a terceros a través de la tokenización
  5. Conclusión
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

La relación entre deporte y sociedad es un elemento recurrente en la historia de la humanidad (Monroy Antón y Rodríguez Sáez, 2007)<sup>1</sup>. La evolución ha sido continua desde aquel concepto puramente lúdico del deporte hasta la mercantilización de la actividad. En el siglo XX se ha asistido a la profesionalización del deporte en general y el fútbol en particular avanzando hacia un concepto de industria del entretenimiento que pierde, en cierta medida, su carácter recreativo.

Así, el fútbol profesional se ha convertido en una verdadera industria del entretenimiento en la que cualquier proyecto vinculado con este deporte nace auspiciado por importantes recursos económicos. El primer paso hacia el concepto de fútbol como industria, y no solo como entretenimiento, se produjo tras el desarrollo de los derechos audiovisuales después del mundial del año 1982. A partir de entonces se ha hablado fundamentalmente de tres fuentes de obtención de recursos en el fútbol: la venta de entradas, la comercialización de los derechos audiovisuales y, por supuesto, el marketing o acuerdos publicitarios (Cañizares Rivas, 2016, p. 30).

En este contexto la evolución tecnológica ha permitido desarrollar más si cabe el lado empresarial del deporte. Así, recientemente han aparecido negocios vinculados a las nuevas tecnologías. Conceptos como *non fungible token*, criptoactivos o *blockchain* se han introducido en el ámbito del fútbol, generando, en un ecosistema digital, nuevas maneras de obtener recursos. Hay que recordar que existe un problema recurrente de los clubes de fútbol relacionado con la obtención de financiación para llevar a cabo sus proyectos deportivos. Incluso el propio jugador, a través de la operación de transferencia de futbolistas, se ha convertido en una fuente de ingresos para los clubes. Las necesidades son cada vez más importantes y sin duda la aportación del negocio digital no podía escapar al interés del fútbol como industria.

---

<sup>1</sup> Algunos arqueólogos han querido ver ya en la Prehistoria, a través de las pinturas rupestres, las primeras muestras de actividad física cercanas a la noción de juego. Aunque no haya unanimidad sobre el momento en el que nace el deporte, sí se puede afirmar que el concepto existía en civilizaciones antiguas. Así, en Egipto, 3000 años antes de Cristo, en los jeroglíficos aparecen referencias a una gran diversidad de deportes. De la cultura cretense se deduce el ejercicio del «salto del toro», representado en las vasijas; y de Thera nos llega la práctica del boxeo. También en China existen referencias. Así, el *cuju*, que se considera como el antecedente del fútbol, se practicaba hace más de 3000 años. Sobre estas cuestiones puede verse Monroy Antón y Rodríguez Sáez (2007).

Pero antes de adentrarnos en el análisis de las cuestiones o problemas jurídicos que suscita la digitalización de determinados activos, es necesario realizar alguna consideración de carácter general.

## 2. Consideraciones generales

Para tratar de centrar este estudio es necesario hacer un breve recorrido sobre la terminología utilizada en la materia. Esta terminología aplicada al deporte, en realidad, forma parte de la propia evolución experimentada por la industria del fútbol y revela la posición que ocupa el fútbol en nuestra sociedad.

### 2.1. Acercamiento léxico

La evolución tecnológica ya ha invadido nuestro día a día. Cualquier sector de actividad se ve obligado a convivir con la aplicación de la ciencia informática.

Se ha descrito esta realidad, propiciada por los avances tecnológicos, como una nueva forma de revolución industrial que muchos llaman «la revolución 4.0»<sup>2</sup> o la cuarta revolución industrial (Schwab, 2016; título del capítulo primero). El inicio de esta evolución se puede situar con el nacimiento de la World Wide Web en los años 90<sup>3</sup>, que permitió el intercambio de información en todo el mundo. Con el desarrollo de internet aparece la posibilidad de realizar transacciones a través de la red (*peer to peer*) de forma segura. La seguridad durante mucho tiempo va a pasar por la intermediación de un tercero, generalmente una entidad bancaria, que ofrecerá la confianza necesaria. Pero la evolución más extraordinaria llegó en el año 2008 con el *white paper*, de Satoshi Nakamoto, y el descubrimiento de la tecnología *blockchain*, que se presentó con un verdadero poder disruptivo. La fiabilidad de la transacción ya no dependerá de un tercero, sino que será el propio sistema el que garantice las operaciones.

Al hilo de lo anterior, y previamente a cualquier estudio, se plantea una cuestión puramente terminológica. Vocablos como *token*, *blockchain*, criptomoneda o activos digitales, se han introducido en nuestro vocabulario y parece necesario, aunque brevemente, definir dichos términos, que servirán de base para el desarrollo de este estudio. En todo caso, no se puede obviar que estos conceptos están sujetos a transformación en función de la propia evolución tecnológica.

---

<sup>2</sup> Término acuñado en 2011 en la feria de Hannover Messe, Alemania, por tres ingenieros: Henning Kagermann, Wolfgang Wahlster y Wolf-Dieter Lukas. El concepto de revolución tecnológica expresada con el término revolución 4.0 permitió la apertura de un debate social que culminó en 2016 cuando se celebró el Foro Económico Mundial en Davos bajo el lema «dominar la Cuarta Revolución Industrial».

<sup>3</sup> Tim Berners-Lee, informático británico, establece en octubre de 1990 las tres tecnologías fundamentales que siguen siendo la base de la web actual.

El primer término al que se debe acudir en la materia es el relativo a la tecnología de registro distribuido (*distributed ledger technology*, DLT en inglés). Con este sistema, a diferencia de las bases de datos tradicionales, el almacenamiento de la información se realiza en múltiples ubicaciones en un momento dado. Esto nos lleva al siguiente concepto: el *blockchain*.

El *blockchain* o cadena de datos, como se suele describir, supone que los datos se combinan en una base de datos o libro contable que por su funcionamiento permite dar seguridad a las operaciones, al no poder alterarse las transacciones realizadas (Lavin Dapena, 2021, pp. 345 y ss.). Estos datos enlazados quedan distribuidos entre diferentes usuarios, quedando así la transacción registrada en la DLT. Para entender mejor el sistema, utilicemos las voces más autorizadas en la materia. Tapscott y Tapscott (2017), al referirse al *blockchain*, consideran lo siguiente:

En pocas palabras, eso es lo que ofrece la tecnología *blockchain*. El valor no se guarda en un archivo en algún lugar; se representa mediante transacciones registradas en una hoja de cálculo global o libro mayor, que aprovecha los recursos de una gran red *peer-to-peer* para verificar y aprobar transacciones. Un *blockchain* tiene varias ventajas. Primero, es *distribuido*: se ejecuta en computadoras proporcionadas por voluntarios de todo el mundo, por lo que no existe una base de datos central para piratear. En segundo lugar, es *público*: cualquiera puede verlo en cualquier momento porque reside en la red. Y tercero, está *encriptado*: usa encriptación de alto rendimiento para mantener la seguridad (pp. 10-11).

Cualquier falsificación supondría que los participantes en la cadena se pusieran de acuerdo para mentir en relación con la información contenida en esa cadena (Valencia Ramírez, 2020, p. 48). En definitiva, la tecnología de registro distribuido permite que la tecnología *blockchain* funcione correctamente y le da seguridad al sistema.

Hay que recordar que el primer activo basado en una DLT fue el *bitcoin*, que aparece en el año 2008. Pero el *blockchain* no sirve solamente para generar monedas virtuales. Desde la aparición del *bitcoin* se han originado muchos tipos de activos digitalizados a partir del sistema *blockchain* y que designaremos, en este trabajo, como *token*, aunque también son conocidos por las siglas NFT, del inglés *non fungible token*. A partir de la definición ofrecida por la Cámara de Comercio Digital<sup>4</sup> se puede indicar que:

[...] *digital tokens (or «tokens»)* are defined as transferable units generated within a distributed network that tracks ownership of the units through the application of *blockchain technology*. (Los *tokens* digitales (o «*tokens*») se definen como unidades distribuidas creadas dentro de una red distribuida que rastrea la propiedad de las unidades mediante la aplicación de la tecnología *blockchain*» [traducción propia]).

<sup>4</sup> Informe *Understanding Digital Tokens: Market Overviews and Proposed Guidelines for Policymakers and Practitioners*, Cámara de Comercio Digital, 2018, p. 12.

Así pues, técnicamente nace la posibilidad de digitalizar y convertir en un concepto abstracto, el *token*, cualquier bien material o derecho que representa un activo real. Esto conduce a la creación de una ficción jurídica, que permite destacar casi en exclusiva el valor económico de dichos elementos. De esta manera, aunque se suelen distinguir tres categorías de tokens (el *Security Token*, vinculado a un activo financiero, el *Utility Token*, vinculado a la noción de servicio y el *Equity Token*, vinculado a las acciones de las compañías) todos ellos parten de una expectativa económica, ligando el concepto de *token* a un activo subyacente susceptible de tener un valor a futuro, como así lo describe Heredia Querro (2020):

En alguna medida, la tokenización puede ser considerada una forma de securitización, caracterizada por la emisión de un token en blockchain que representa el derecho a un valor futuro derivado de un activo subyacente, cualquiera sea este. Una y otra transforman bienes ilíquidos en líquidos, pero una es muy costosa y pensada para grandes inversores (securitización), mientras que la otra puede presentar significativas ventajas de costos de estructura y puede ser distribuida a inversores minoristas gracias al fractional ownership (tokenización) (p. 213).

Sin duda esta vertiente crematística es la que ha suscitado el interés de un sector nada despreciable de nuestra economía: la industria del fútbol.

## 2.2. La evolución de la industria del fútbol

El fútbol ha ingresado en el mundo empresarial y se ha convertido en toda una industria del entretenimiento. Esta realidad supone adentrarse en consideraciones económicas, en parámetros de rentabilidad y en criterios de financiación.

La financiación de los clubes de fútbol es una cuestión recurrente en materia deportiva<sup>5</sup>. Los clubes de fútbol, en su permanente búsqueda de tesorería, han recurrido a diferentes

---

<sup>5</sup> Véase el informe *Football Money League 2022*. <https://www2.deloitte.com/ni/es/pages/consumer-business/articles/deloitte-football-money-league-2022.html>, que da una idea precisa de las finanzas del fútbol. Para un análisis de las cifras en el fútbol a nivel nacional puede verse el balance de situación económico-financiera del fútbol español 1999/2021 publicado por el CSD, pp. 4-5. <https://www.csd.gob.es/sites/default/files/media/files/2022-05/Balance%20situaci%C3%B3n%20F%C3%9ATBOL%201999-2021.pdf>. Se señala que:

El endeudamiento total de las dos competiciones profesionales en el ejercicio 2020/21 ha ascendido a 5.630.563.409 €, siendo de 5.176.639.924 € en Primera División y de 453.923.485 € en Segunda División, lo que supone una mínima reducción del 0,9% respecto al ejercicio anterior (48.333.870 € menos). Cabe destacar que la disminución se ha concentrado en el endeudamiento a corto plazo mientras que las deudas a largo plazo se han incrementado respecto a la temporada anterior, debido entre otros factores a que varios clubes han refinanciado parte de su deuda. Asi-

modelos. Las fuentes de ingresos habitualmente reconocidas, como ya he indicado, son tres: la venta de entradas, la comercialización de los derechos audiovisuales y, por supuesto, el marketing o acuerdos publicitarios. Pero estos ingresos no son suficientes y las entidades bancarias, que habitualmente aportan los medios económicos necesarios a las sociedades, muy pronto dejaron de apoyar a los clubes deportivos que les generaban cierto nivel de desconfianza. Todo ello condujo a los clubes a buscar nuevas fuentes de financiación. A este respecto hay que poner el acento en la creatividad desarrollada por las entidades deportivas en esta misión de búsqueda de recursos (Pérez-Serrabona González, 2017, pp. 249 y ss.).

En este contexto las nuevas tecnologías se configuran como un elemento esencial que permite aumentar la rentabilidad del negocio (Schwab, 2016, p. 14)<sup>6</sup> y a su vez dirigirse hacia nuevas formas de recursos económicos. Así, por ejemplo, aparecen los *fan tokens*. Se trata de un activo digital emitido en un número finito de ejemplares que permiten otorgarle un carácter de coleccionable y que ofrecen ventajas para el adquirente relacionadas con su club de fútbol. La empresa Socios.com, creadora de la plataforma de *fans tokens*, ha llegado recientemente a un acuerdo con la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol (UEFA) para desarrollar *tokens* de los clubes que participen en las competiciones que organiza. Por su parte, la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) anunció últimamente la creación de unos *fans token* para los aficionados de la selección española de fútbol, conocida como «la Roja». En España ya existen al menos siete clubes que han emitido *fan tokens* a través de una plataforma<sup>7</sup>. En este caso el *utility token* va a permitir a los fans tomar decisiones relativas a su equipo. Por ejemplo, decidir los rótulos que aparecen durante el partido, el diseño de las equipaciones o los logotipos utilizados. Los seguidores de un club van a adquirir

---

mismo, hay que señalar que tanto el endeudamiento público como, sobre todo, las deudas con entidades de crédito se han reducido este ejercicio, aunque las deudas privadas no bancarias han seguido aumentando un año más, debido entre otros motivos al incremento de la financiación que ha obtenido algún club para acometer las importantes inversiones que está realizando.

<sup>6</sup> El autor, a partir de un ejemplo concreto, concluye sobre el efecto multiplicador de la digitalización en los resultados del negocio. Para ello, hace una comparación muy reveladora:

*To give a sense of what this means at the aggregate level, compare Detroit in 1990 (then a major entre of traditional industries) with Silicon Valley in 2014. In 1990, the three biggest companies in Detroit had a combined market capitalization of \$36 billion, revenues of \$250 billion, and 1.2 million employees. In 2014, the three biggest companies in Silicon Valley had a considerably higher market capitalization (\$1.09 trillion), generated roughly the same revenues (\$247 billion), but with about 10 times fewer employees (137,000).* (Para dar una idea de lo que esto significa a nivel agregado, comparemos Detroit en 1990 [entonces un importante centro de industrias tradicionales] con Silicon Valley en 2014. En 1990, las tres empresas más grandes de Detroit tenían una capitalización de mercado combinada de \$ 36 mil millones, ingresos de \$ 250 mil millones, y 1,2 millones de empleados. En 2014, las tres mayores empresas de Silicon Valley tenían una capitalización de mercado considerablemente más alta (\$ 1,09 billones), generó aproximadamente los mismos ingresos (\$ 247 mil millones), pero con alrededor de 10 veces menos empleados (137.000) [traducción propia]).

<sup>7</sup> El primer equipo español en crear una *fan token* fue el Atlético de Madrid, y ahora FC Barcelona, Valencia CF, Levante UD, Deportivo Alavés, Celta de Vigo y RCD Espanyol se han sumado a esta tendencia.



este criptoactivo y su valor aumentará en función del interés que suscita, habida cuenta de la emisión de un número finito de *fan token*.

La revolución está iniciada y en materia deportiva la tokenización de los activos cobra cada vez más relevancia. En este contexto los NFT han permitido a los clubes generar ingresos. Partamos de ejemplos sencillos: los *fan tokens* han posibilitado a los clubes de La Liga ofrecer al mercado 209,5 millones de euros en criptomonedas; los *fan tokens* del club francés Paris Saint Germain operan como activo cotizado con más de 3.000.000 de tokens emitidos y una valoración unitaria de unos 20 dólares<sup>8</sup>. LeBron James, jugador de baloncesto de la NBA, en un partido realizó un mate que se tokenizó y vendió a través de la plataforma Dapper Labs por más de 170.000 euros; un cromó virtual de Cristiano Ronaldo se comercializó en la plataforma Sorare por más de 200.000 euros.

En definitiva, el impacto económico es incuestionable.

Conviene pues plantearse, a través del estudio de los derechos de imagen, por una parte, y de la operación de transferencia, por otra, si la digitalización puede cohabitar con la normativa existente. A su vez, a través de estas líneas se tratará de averiguar si la digitalización compromete, más si cabe, al jugador de fútbol, que acaba siendo considerado como un activo más para las sociedades anónimas deportivas.

### 3. La imagen del jugador

El interés que produce el fútbol en nuestra sociedad, la trascendencia mediática de todo aquello que rodea al jugador, ha contribuido al desarrollo de la explotación de los derechos de imagen (Iglesia Prados, p. 123) desde diferentes perspectivas. Los desarrollos tecnológicos también se han introducido en el apartado de los derechos de imagen.

#### 3.1. El concepto de imagen en el deporte

La imagen del jugador es ciertamente un elemento destacable en el fútbol, sobre todo si es entendido desde la vertiente del fútbol profesional. El futbolista es un icono de la sociedad, que es valorado más allá de su faceta puramente deportiva (Pina Sánchez, Ferrero Muñoz, p. 601). En este sentido, sin duda se puede afirmar que son varios los ángulos desde los que se puede aprehender los derechos de imagen de un deportista. Pero antes de adentrarse en el análisis de la utilización crematística de la imagen del futbolista, conviene recordar que la imagen también es un derecho de la personalidad protegido constitu-

---

<sup>8</sup> Se puede seguir la evolución del token en tiempo real en el siguiente enlace: <https://coinmarketcap.com/es/currencias/paris-saint-germain-fan-token/>

cionalmente<sup>9</sup>. Como derecho fundamental se caracteriza por ser personalísimo, inalienable e irrenunciable y, como así lo define el Tribunal Constitucional, vinculado al concepto de dignidad humana<sup>10</sup>.

El origen de la naturaleza económica de la imagen se encuentra en los Estados Unidos en los años cincuenta, en relación con la comercialización de las imágenes de unos jugadores de béisbol<sup>11</sup>. Muy rápidamente se acuña en los Estados Unidos el término de *right of publicity*, que revela el contenido patrimonial del derecho de imagen.

Bien es cierto que esta postura, desarrollada en Norteamérica, que vincula el derecho de imagen a la propiedad, se aleja de la posición conocida en Europa (Pina Sánchez, 2005, pp. 539 y ss.), que vincula la imagen a un derecho de la personalidad. En este sentido, Parra Trujillo (2014) manifiesta, al referirse al sistema neorromanista, que

este sistema parte de bases muy diferentes para tutelar el derecho a la imagen. La premisa fundamental es la protección de la imagen como consecuencia del reconocimiento de la dignidad de todo ser humano; es decir, usar la imagen de una persona, sin su autorización, es considerado como un ataque a su dignidad (p. 70).

Sin embargo, este concepto del derecho de imagen no impide reconocer una vertiente patrimonial al derecho de imagen en Europa, que se erige con carácter autónomo respecto a la propia imagen (Ordellín Font, 2014-2015, p. 399). No parece cuestionable que la imagen goza de un contenido patrimonial, también en Europa, lo que supone referirse a su valor económico y a la posibilidad de comerciar con la imagen del jugador (Iglesia Prados, 2016, p. 122).

Desde esta perspectiva patrimonial, pues, el valor económico vinculado a la imagen representa un interés para el propio jugador, pero también para el club.

---

<sup>9</sup> El artículo 18.1 de la CE garantiza expresamente el derecho a la propia imagen: se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La protección del derecho de imagen se articula a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (BOE núm.115 de 14 de mayo de 1982).

<sup>10</sup> Véanse las sentencias 81/2001 de 26 de marzo; 139/ 2001, de 18 de junio; 83/2002, de 22 de abril, y 14/2003, de 28 de enero. En todas ellas se define el derecho de imagen:

como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde.

<sup>11</sup> Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/202/866/216744/>

Así, en el ámbito específico del fútbol, hay que referirse a una práctica habitual, consistente en la cesión de los derechos de imagen o más precisamente de la cesión del derecho a la explotación comercial de la imagen del futbolista. Dicha cesión puede ser expresa a través de la firma de un contrato, pero también existe una cesión tácita de la imagen a favor del club o de las asociaciones futbolísticas.

Desde un punto de vista contractual, es frecuente que el jugador acuerde con un tercero, que en muchas ocasiones será el propio club, la cesión de sus derechos de imagen. Esta cesión se realiza a cambio de una remuneración, con la consecuente problemática fiscal que de ello se deriva<sup>12</sup>, cuestión que excede de este trabajo.

Pero además de esta cesión expresa, se reconoce a favor del club un derecho a utilizar la imagen de los jugadores de la plantilla en virtud de una cesión tácita. En efecto, al margen de la prestación de servicios el jugador goza de una imagen que está asociada al desarrollo de su profesión<sup>13</sup>. En este contexto el jugador no percibirá remuneración alguna por la utilización

---

<sup>12</sup> La naturaleza salarial o no de las cantidades percibidas por el jugador por cesión de los derechos de imagen ha sido durante mucho tiempo determinante. En este sentido hay que recordar que los jugadores que más ingresos tenían encontraron una forma de rebajar la presión fiscal dividiendo sus percepciones económicas entre aquellas de carácter salarial, que tributan a más del 45 % (impuesto sobre la renta de las personas físicas), y aquellas procedentes de la explotación de la imagen, que podían tributar a algo menos del 30 % (impuesto sobre sociedades), e incluso menos si se utilizaban sociedades ubicadas en regiones con muy poca o incluso nula presión fiscal.

<sup>13</sup> En este sentido hay que citar la STC 99/1994, de 11 de abril (BOE núm. 117 de 17 de mayo de 1994), que se pronunció con absoluta contundencia en la materia. Los hechos eran los siguientes:

Con motivo de la muestra de un producto (jamón ibérico) a los medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota, fabricado por la empresa en la que prestaba sus servicios el solicitante de amparo, este fue reiteradamente requerido por aquella para que realizara el corte de jamón dada su destreza en dicho cometido. Requerimiento al que se negó el aquí recurrente, alegando que bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente, por lo que la empresa procedió a despedirle.

El Tribunal Constitucional se pronunció en la materia manifestando que:

Planteada así la cuestión, debe recordarse que, como este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar, el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de estos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquellos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral (SSTC 73/1982; 120/1983; 19/1985; 170/1987; 6/1988; 129/1989 o 126/1990, entre otras). En este marco de

de su imagen. Para distinguir esta situación de aquella en la que el jugador cede los derechos de explotación de su imagen a cambio de una remuneración, hay que referirse al menos a tres elementos. Así, en caso de cesión tácita de la imagen, esta debe estar vinculada a la duración del contrato del futbolista. Por otra parte, las imágenes utilizadas por parte de los clubes de fútbol deben estar directamente vinculadas a la práctica del fútbol (participación en eventos deportivos, partidos, etc.) y, finalmente, el fin de la entidad debe ser la promoción del club y no la obtención de un beneficio directo, consecuencia de la utilización de la imagen del jugador.

A partir de estas premisas hay que tratar de averiguar qué posición ocupa la comercialización de las imágenes en el mundo digitalizado.

### 3.2. La imagen del futbolista en el mundo digital

Los avances tecnológicos han alcanzado el mundo deportivo, atribuyendo a la representación digital del jugador un valor económico importante.

La aparición de los *e-sports*, hace una década<sup>14</sup>, ligados al mundo del fútbol, hizo que se tomara consciencia del potencial que ofrecía la era digital. Los clubes adquirieron los derechos de imagen de sus jugadores con el fin de, posteriormente, conceder licencias a los creadores de los videojuegos para que pudieran reproducir las imágenes de los futbolistas. La conflictividad latente en la materia se hizo patente en relación con la titularidad de los derechos

---

modulación a las exigencias organizativas, estrictamente apreciadas, cabe valorar el alcance del derecho a la propia imagen, invocado por el trabajador como justificación de su negativa a la orden del empresario. [...]

A tal efecto, resulta de interés esencial la toma en consideración del propio objeto del contrato, y la medida en que este exigía, o podía entenderse que exigía conforme a las exigencias de la buena fe, la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar. Todo ello porque es claro que existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de estas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) o de intimidad de esta. La cuestión, ahora, es si, por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho, de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador –expresada al celebrar el contrato– la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro, dentro de los márgenes que se acaban de exponer.

<sup>14</sup> En realidad, hace una década nacieron los *e-sports* con el formato que conocemos actualmente, fomentados por el desarrollo de internet. Efectivamente, se puede afirmar que el primer campeonato de videojuegos precursor del *e-sports* tuvo lugar en el año 1972 en la Universidad de Stanford cuando estudiantes competían con naves espaciales tratando de destruir las de sus competidores.

de imagen y su protección. De hecho, a modo de ejemplo, se puede citar el caso del jugador Ibrahimovic. El futbolista se opuso a la utilización de su imagen en un videojuego, al carecer EA Sports (distribuidora del videojuego) de la oportuna autorización del jugador<sup>15</sup>. En este asunto la distribuidora argumentaba que los derechos de imagen le habían sido cedidos por FifPro (Federación Internacional de Futbolistas Profesionales, que es el mayor sindicato mundial de jugadores de fútbol), federación a la que, dicho sea de paso, no pertenecía el jugador. Tras esta consideración se sitúa el problema de la estructura sobre la que se basa la comercialización de los derechos de imagen. De forma descendente el jugador cede sus derechos al club, que los cede a los organizadores de las competiciones (La Liga, Real Federación Española de Fútbol, etc.), que a su vez llegan a acuerdos con los creadores del videojuego. Esta titularidad indirecta, o descendente, del derecho de explotación puede tener como consecuencia que en realidad se carezca finalmente de la autorización indispensable para explotar la imagen.

En definitiva, una parte importante del concepto económico del derecho de imagen está directamente vinculada a la noción de titularidad, siendo el poseedor originario el propio jugador. Sin embargo, en virtud de contrato o incluso de disposición reglamentaria, como veremos a continuación, el jugador pierde la titularidad de la vertiente patrimonial de su imagen. En este contexto, se desarrollan por parte de los titulares de los derechos de explotación toda suerte de negocios, no pudiendo faltar aquellos relacionados con la era digital, que son más difíciles de controlar.

A este respecto es especialmente relevante la situación que se deriva de la venta de los álbumes de cromos.

### 3.3. La digitalización de los cromos

Hay que puntualizar que en materia de derechos de imagen en el deporte existen escasas referencias legislativas<sup>16</sup>. Efectivamente, sorprende que la actual Ley del Deporte no contenga mención alguna al derecho de imagen y en el anteproyecto de la futura Ley del Deporte solo se encuentran muy breves referencias<sup>17</sup>. Una de las pocas referencias se localiza en el Convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional<sup>18</sup>, y específicamente

<sup>15</sup> La noticia fue recogida en toda la prensa. Véase, por ejemplo, el artículo publicado en el diario AS: [https://as.com/opinion/2020/12/15/blogs/1608049377\\_833281.html](https://as.com/opinion/2020/12/15/blogs/1608049377_833281.html)

<sup>16</sup> La regulación de los derechos de imagen en materia deportiva se encuentra en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

<sup>17</sup> El artículo 6.3 del anteproyecto de Ley del Deporte prevé una especial protección del menor en materia de derechos de imagen. Y el artículo 22.1.1 prevé que corresponde al deportista «la gestión propia y autónoma de sus derechos de imagen en el ámbito de su actividad deportiva respecto de las entidades deportivas a las que pertenezcan».

<sup>18</sup> Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional (BOE núm. 293, de 8 de diciembre)

en el artículo 38 relativo a la comercialización de la imagen del jugador en las colecciones de cromos, que estipula lo siguiente:

Colecciones de cromos, «stick stack», «pop up», «trading cards» y similares.

1. La LNFP y la AFE acuerdan, durante las temporadas de vigencia del presente Convenio Colectivo, la explotación conjunta con fines comerciales de la imagen de los distintivos, nombres y emblemas de los Clubes o SADs afiliados a la LNFP, así como de la imagen de los futbolistas de cada plantilla de los Clubes/SADs anteriormente mencionados, en relación, única y exclusivamente, con la fabricación, distribución, promoción y venta de cromos, stick stack, pop up, trading cards y similares, con los respectivos álbumes para coleccionarlos, en los que se reproduzca la imagen y el nombre de los citados futbolistas con la indumentaria, distintivos y símbolos propios de los Clubes a que pertenecen.

2. Los beneficios líquidos que se obtengan por la explotación comercial expresada en el párrafo anterior serán repartidos a razón del sesenta y cinco por cien (65 %) para la LNFP y el treinta y cinco por cien (35 %) restante para la AFE.

Por tanto, los derechos de imagen de los jugadores reproducidos en los cromos pertenecen a la Liga Nacional de Fútbol Profesional y a la Asociación de Futbolistas Españoles, de acuerdo con el artículo 38 del convenio colectivo.

Conviene, antes de proseguir, abrir un breve paréntesis para recordar que el jugador que milita en un club cede tácitamente al menos parte de sus derechos de imagen al club. Pero hay que tener en cuenta que en el caso previsto por el artículo 38 del convenio colectivo se hallan al menos dos circunstancias que lo apartan de la cesión tácita vista en líneas anteriores. Primero, el beneficiario del derecho no es club sino la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Asociación de Futbolistas Españoles. En segundo lugar, hay que resaltar que la cesión prevista reglamentariamente conlleva una explotación económica que no existe en caso de cesión tácita del derecho de imagen al club. En todo caso habría que precisar que los derechos que pertenecen a La Liga son los derechos colectivos, tal y como lo precisó la jurisprudencia<sup>19</sup>.

---

de 2015). Se encuentran referencias en los artículos 20 y 28 del convenio que se refieren a los derechos de imagen del futbolista, destacando la naturaleza salarial de dichos derechos.

<sup>19</sup> SAP de Madrid 10 de junio de 2019 (ROJ 10704/2019). En este mismo sentido, STS de 28 de noviembre de 2007 (ROJ 8124/2007). La sentencia de 2019 considera, en cuanto al derecho de imagen de los futbolistas que militan en los clubes asociados a La Liga, que

hay que hacer una distinción fundamental respecto de la titularidad de ese derecho según se trate del derecho individual o del derecho colectivo en relación con la competición organizada por La Liga. Pues, mientras la titularidad del derecho individual tan solo corresponde al jugador de fútbol como tal persona física cuya explotación comercial puede haberla cedido al club al que pertenece, sin embargo, lo que le corresponde a La Liga es la titularidad de la imagen colectiva



Pues bien, en este caso la cesión del derecho de imagen del futbolista se produce en virtud de una decisión normativa incluida en el convenio colectivo. Sea lo que fuere, parece discutible que los beneficios económicos que se derivan de las colecciones de cromos recaigan sobre la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Asociación de Futbolistas Españoles y no sobre el jugador (Pina Sánchez y Ferrero Muñoz, 2009, p. 604). Verdaderamente, no se puede entender que el futbolista que no ha participado en las negociaciones del convenio colectivo haya consentido a la cesión de sus derechos de imagen. Así pues, se debería obtener la voluntad expresa del jugador para poder utilizar su imagen en las colecciones de cromos.

Al margen de esta discusión sobre la legitimidad de cesión de la explotación contenida en el convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional, conviene ahora centrarse sobre la comercialización del cromo representativo de la imagen del futbolista al amparo del artículo 38 de dicho convenio.

La Liga, como titular del derecho de imagen de los jugadores, no ha dudado en defender su interés cuando consideraba que se comercializaban cromos sin la debida licencia para ello<sup>20</sup>. Pues bien, hay que apuntar que recientemente se han creado unos cromos virtuales de los jugadores utilizando el sistema *blockchain*, pudiendo comprarse y venderse mediante criptomonedas, en una plataforma digital creada por la empresa Sorare. En este caso La Liga, propietaria de los derechos de imagen del jugador, como hemos visto, no se ha opuesto a la venta de los cromos ni ha reivindicado la titularidad de los derechos de explotación. Lejos de oponerse a su comercialización, se ha aliado con la empresa francesa, firmando un acuerdo para lanzar su propia colección de cromos virtuales; y todo ello al margen del jugador.

Concluyendo sobre este apartado se puede deducir del análisis anterior que la imagen del jugador es generadora de valor económico. Las diferentes instituciones, clubes, federaciones o asociaciones han mostrado su interés para explotar y beneficiarse de la imagen del jugador a través de diferentes mecanismos. Sin duda, con la era digital se incrementarán

---

en relación con la competición que organiza. Coexiste la explotación comercial de ambos derechos económicos a la imagen, la individual y la colectiva. Debiendo La Liga controlar que sus licenciatarios se mantienen dentro de la explotación económica del derecho a la imagen colectiva sin inmiscuirse en la individual de cada uno de los jugadores de fútbol. Y ello sin perjuicio, claro está, de que algún licenciatario hubiera obtenido además la explotación económica del derecho a la imagen individual de algún futbolista.

Esta sentencia, aunque de forma marginal y aprovechando los motivos presentados por las partes, establece una distinción entre la dimensión constitucional por una parte y patrimonial por otra de los derechos de imagen y distingue a su vez el derecho individual que se opone al derecho colectivo de la imagen del jugador.

<sup>20</sup> SAP de Madrid 10 de junio de 2019 (ROJ 10704/2019). En este mismo sentido la STS de 28 de noviembre de 2007 (ROJ 8124/2007). El asunto trata sobre la competencia desleal en relación con la venta de una colección de cromos de jugadores del campeonato mundial de fútbol por una empresa española que no había adquirido los derechos de imagen, frente a una empresa italiana que sí los tenía.

los beneficios que se deducen de la explotación de la imagen del futbolista que, en ocasiones, ni siquiera será advertido de su uso. Todo ello contraviene al necesario consentimiento que debe prestar el deportista<sup>21</sup>. Parece necesario abrir el debate al menos para establecer claramente los márgenes relativos a la comercialización de la imagen del jugador. Hay que tener en cuenta que con el desarrollo de la tokenización de la imagen a través de plataformas informáticas, que pueden ubicarse en cualquier lugar del mundo, será muy complejo, en caso de uso indebido, que se puedan tomar las medidas cautelares oportunas.

La tokenización de la imagen del jugador es ya una realidad y solamente se pueden contemplar los riesgos que conlleva de acuerdo con las reglas existentes.

Pero, más allá de la propia imagen del jugador conviene preguntarse ahora si otros activos deportivos con especial valor también son susceptibles de ser tokenizados y, en particular, si el propio jugador puede convertirse en *token*.

#### 4. La tokenización de la operación de transferencia

Hay que poner de manifiesto que las sociedades anónimas deportivas no han dudado en considerar al jugador como un activo patrimonial. Así, el jugador se convierte *per se* en una forma de ingreso económico, como así lo manifiesta Álvarez Rubio (2018):

Las exigencias de sostenibilidad de un desorbitado negocio como el que representa el fútbol a nivel europeo y mundial ha ido generando la sucesión de toda una serie de prácticas mercantiles orientadas a la búsqueda de financiación. En este contexto los clubes (a cuyo favor quedan adscritos los derechos federativos de los futbolistas) han encontrado en terceros inversores una vía para rentabilizar la «cosificación» del futbolista (en el sentido de que se le califica como un «activo patrimonial» en el mundo del fútbol y aporta así un modelo adicional de negocio alternativo a las tradicionales fuentes de financiación); se abre así una nueva vía, un novedoso medio a través del cual lograr por un lado financiación dentro de un mercado desatado como es actualmente el del fútbol y por otro un mecanismo de obtención de beneficios futuros para poder sostener la estructura deportiva y societaria de cada club (p. 720).

La idea consiste, pues, en analizar hasta qué punto el activo constituido por los derechos federativos son susceptibles de digitalización. Pero antes de adentrarse en este análisis conviene entender en qué consiste la operación de transferencia y aclarar cuál es el activo subyacente existente en la materia.

---

<sup>21</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982). En la ley orgánica prevalece el consentimiento del titular del derecho como elemento protector.

## 4.1. Concepto de transferencia

La transferencia de jugadores es una operación compleja en la que cohabitan diferentes contratos que reflejan los intereses de los diferentes agentes intervinientes. Así, se trata de obtener el acuerdo entre el club de origen en el que todavía milita el jugador, el club de destino que está interesado en contratar al futbolista y el propio jugador que acepta cambiar de club. La transferencia de futbolista se descompone, pues, en tres actos jurídicos complementarios que, de acuerdo con Auletta (2017), consisten en

la rescisión del contrato de trabajo vigente entre el futbolista y el club de origen; la firma de un «contrato de transferencia» entre el club de origen y el club de destino, en el cual ambas partes convienen las condiciones del traspaso del jugador; y, por último, la firma de un contrato de trabajo entre el jugador y el club de destino.

Este grupo contractual está basado en la autonomía de la voluntad, que permite a las partes autorregular sus relaciones contractuales sin más limitaciones que la necesidad de cumplir con las leyes, la moral y el orden público, en aplicación del artículo 1255 del Código Civil.

Por tanto, su regulación emana del Código Civil y de los principios generales del derecho aplicables al ámbito contractual en general. No existe una normativa específica aplicable a la transferencia de jugadores más allá de aquella propuesta por las asociaciones privadas. Es, pues, la FIFA la que ha elaborado una reglamentación particular, consciente del impacto económico y social que reviste la operación de transferencia.

En relación con el contenido económico de la operación se plantea la cuestión del objeto que le confiere trascendencia financiera. El análisis de este tema permitirá entender mejor cuál sería el activo en su caso susceptible de tokenización.

Efectivamente, si la transferencia de jugadores supone el desembolso de cantidades en ocasiones muy importantes, no queda claro cuál es objeto contractual que justifica el coste de la operación. Se pueden hallar al menos tres posibles objetos del negocio jurídico (Gilart González, 2021, pp. 56 y ss.). En primer lugar, y a partir de una consideración puramente léxica, se puede pensar que el propio jugador es objeto de contrato. Objetivamente, los medios de comunicación habitualmente se refieren a la compra o venta de futbolistas. Además, cuando se trata de analizar la situación económica del fútbol no se duda en atribuir un valor económico a sus deportistas, es decir, se habla del precio de los jugadores<sup>22</sup>. Sin embargo, tanto doctrina (por ejemplo, Iglesia Prados, 2016, p. 69) como jurisprudencia<sup>23</sup> rechazaron

<sup>22</sup> En este sentido puede verse la siguiente página web: <https://www.transfermarkt.es/primeradivision/marktwerte/wettbewerb/ES1>. No se duda en hacer un listado de los jugadores y su valor en el mercado, atribuyéndoles en definitiva un precio.

<sup>23</sup> STS de 3 de marzo de 1997 (ROJ 1490/1997).

esta postura, lo que conduce a la búsqueda de otro elemento. En segundo lugar, podemos referirnos a un precio vinculado a la indemnización prevista en caso de ruptura del contrato existente entre el club de origen y el club de destino. Esta postura estaría avalada por el artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, que prevé el pago de una indemnización en caso de ruptura unilateral del contrato por parte del futbolista. Sin embargo, esta indemnización debe oponerse a la cantidad pactada en caso de transferencia, que se regula en el artículo 13 a) del Real Decreto 1006/1985. El artículo estipula que la relación laboral se extinguirá:

Por mutuo acuerdo de las partes. Si la extinción por mutuo acuerdo tuviese por objeto la cesión definitiva del deportista a otro club o entidad deportiva, se estará a lo que las partes pacten sobre condiciones económicas de conclusión del contrato; en ausencia de pacto la indemnización para el deportista no podrá ser inferior al 15 por 100 bruto de la cantidad estipulada.

En definitiva, este artículo tampoco arroja luz sobre el objeto del contrato que, como activo subyacente, justifica el pago de una cantidad en caso de traspaso.

Esto nos conduce a la teoría habitualmente aceptada, que sitúa el objeto del contrato en los llamados derechos federativos. Se trata de una creación doctrinal, que va a permitir la monetización del propio jugador. Existe una verdadera dificultad para definir adecuadamente dichos derechos, en la medida en la que no consta su definición en ningún texto legal. Pero al margen de esta dificultad, interesa determinar si los derechos federativos son susceptibles de tener un valor patrimonial que ofrezca algún beneficio para su tokenización. En este sentido el Tribunal Arbitral Sportif (conocido como por su acrónimo en francés TAS, o en inglés CAS, Court of Arbitration for Sport. En adelante, TAS) ha aceptado la vertiente patrimonial de los derechos federativos<sup>24</sup>. También la jurisprudencia, que ha distinguido en las relaciones jurídicas existentes entre el club y el futbolista hasta tres tipos de derechos, entre los cuales se encuentra el económico vinculado a la operación de transferencia<sup>25</sup>. A su vez, Galeano Gubitosi y González Mullin (2008) consideran que

<sup>24</sup> Tribunal Arbitral Sportif CAS 2004/A/635 de 27 de enero de 2005, p. 13. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/635.pdf>

<sup>25</sup> SAN de 12 de julio de 2016 (ROJ 3285/2016). Así, la sentencia distingue:

1. En primer lugar, los denominados derechos federativos. [...]
2. El segundo bloque de derechos son los laborales, los cuales surgen de la relación especial que pueda suscribirse con el Club o SAD con el jugador, y cuyo régimen se encuentra, esencialmente, en el Real Decreto 1006/1985 (RCL 1985, 1533), por el que se regula la relación laboral especial de deportistas profesionales.
3. Pero hay un tercer grupo o bloque de derechos, que son los denominados «derechos económicos» o, si se quiere, «derechos económicos federativos». Con esta expresión se hace referencia a los rendimientos económicos que tanto los clubes o SAD como los deportistas profesionales obtienen en los casos de traspasos o cesiones.

los derechos federativos de un determinado deportista (en nuestro caso un jugador de fútbol), poseen un contenido patrimonial, el cual es denominado «derechos económicos derivados de los derechos federativos», y que se traduce generalmente en el beneficio económico que percibirá el club por la transferencia del jugador a otro club (p. 235).

Toda vez que se admite la vertiente económica vinculada al derecho federativo se acepta el negocio jurídico que se deriva de la cesión de estos. Así, en la práctica, se ha podido asistir a la intervención de los fondos de inversión en el campo deportivo a través de la adquisición de los derechos económicos asociados a los jugadores. La tokenización de la vertiente patrimonial del derecho federativo es sin duda un paso más en la mercantilización del fútbol.

Pero llegados a este punto, es necesario destacar la dificultad que supone aceptar la intervención de un tercero con intereses puramente crematísticos en el mundo deportivo. Este tercero se aleja de cualquier consideración deportiva, movido únicamente por consideraciones financieras.

## 4.2. La cesión de los derechos federativos a terceros a través de la tokenización

Los clubes, en permanente situación de crisis económica, han buscado una nueva fuente de financiación en la cesión de los derechos federativos. Así, nace el negocio jurídico conocido como TPO (siglas del inglés *third party ownership*), que se puede entender como «propiedad de terceros». En este contexto han sido los fondos de inversiones los primeros en participar como TPO. El fondo acordaba percibir un porcentaje de la cantidad que se fuera a abonar al club en el momento del traspaso del jugador a cambio de una entrega inmediata de dinero al club o de cualquier otra contrapartida de carácter económico.

El derecho de traspaso se revela como un activo susceptible de revalorizarse en función de los logros deportivos del futbolista, y por tanto su tokenización cobra mucho interés. Se trata, pues, a través de la tecnología antes descrita, de digitalizar un activo (el derecho sobre el futuro precio de transferencia) y permitir a quien lo posea, lo que se puede denominar, por ejemplo, como *transfer token*, negociar con él hasta su realización en el momento de la transferencia. Técnicamente y económicamente tiene sentido, por tanto, la operación de tokenización de los derechos de transferencia, ¿pero tiene validez en relación con la norma Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA)?

La FIFA, consciente de los problemas que suponía la intervención de terceros con intereses puramente económicos en un área deportiva, formuló una reglamentación específica que trató de paliar los problemas concretos que iban surgiendo y que han evolucionado a lo largo de los años.

En un primer momento, simplemente se prohibió la intervención de terceros en las operaciones de transferencia a través del artículo 18 bis «influencia de terceros en los clubes»<sup>26</sup>. El artículo estaba dirigido claramente a impedir a la intervención de los fondos de inversión en dichas operaciones, en la medida en la que dichos fondos, una vez adquiridos los derechos, trataban de influenciar directamente en decisiones que afectaban al jugador o al club al margen de consideraciones deportivas. Sin duda, los fondos de inversiones que financiaban el club a través de la adquisición de los derechos de transferencia pretendían, ante todo, obtener unos beneficios de su inversión y no dudaban en incluir toda suerte de cláusulas con repercusiones de carácter deportivo, pero motivadas por razones económicas (Martell Bover, 2019, p. 12).

A partir del año 2012 la FIFA inició una ronda de consultas con los principales actores del fútbol. Se trató fundamentalmente el problema de los TPO en las diferentes comisiones de la FIFA. Finalmente, consciente de los inconvenientes existentes<sup>27</sup>, el comité ejecutivo de la FIFA, en dos sesiones de 18 y 19 de diciembre de 2014, modificó el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores con la Circular núm. 1464, de 22 de diciembre de 2104<sup>28</sup>, añadiendo el artículo 18 ter<sup>29</sup>, prohibiendo, ya sí más específicamente, la intervención de terceros. La idea era evitar que dichos terceros, con su intervención, pudieran manipular las reglas del juego (Crespo Pérez y Frega Navía, 2015, pp. 243-250). Desde el

<sup>26</sup> FIFA, Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, marzo 2022. <https://digitalhub.fifa.com/m/4ca986bbf47d082c/original/Reglamento-sobre-el-Estatuto-y-la-Transferencia-de-Jugadores-Edicion-de-marzo-de-2022.pdf>. Véase el artículo 18 bis, que dispone que:

1. Ningún club concertará un contrato que permita al/los club(es) contrario(s) y viceversa o a terceros, asumir una posición por la cual pueda influir en asuntos laborales y sobre transferencias relacionados con la independencia, la política o la actuación de los equipos del club.
2. La Comisión Disciplinaria de la FIFA podrá imponer sanciones disciplinarias a los clubes que no cumplan las obligaciones estipuladas en este artículo.

Esta misma disposición se recoge a nivel nacional en el artículo 102.3 del RGRFEF.

<sup>27</sup> El secretario general Gianni Infantino en 2013, en un artículo publicado en la página web de la UEFA, pone de manifiesto las razones por las que no se debían aceptar los sistemas de propiedad compartida. <https://es.uefa.com/insideuefa/about-uefa/news/newsid=1931994.html>

<sup>28</sup> FIFA, Circular núm. 1464 Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores: propiedad de los derechos económicos de jugadores por parte de terceros (TPO), de 22 de diciembre de 2014. <https://digitalhub.fifa.com/m/2c28136d8d892f34/original/yugtvvcyydgthvwj9jpv-pdf.pdf>

<sup>29</sup> FIFA, Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, marzo 2022. Véase el artículo 18 ter sobre la «Propiedad de los derechos económicos de jugadores por parte de terceros», que, recordemos, establece que:

- Ningún club o jugador podrá firmar un contrato con un tercero que conceda a dicho tercero el derecho de participar, parcial o totalmente, del valor de un futuro traspaso de un jugador de un club a otro, o que le otorgue derechos relacionados con futuros fichajes o con el valor de futuros fichajes.

Los apartados 2 a 5 regulan la entrada en vigor de la normativa y el apartado 6 prevé la imposición de sanciones disciplinarias en caso de incumplimiento. A nivel nacional el artículo 18 ter se recoge en artículo 102 bis del RGRFEF.



año 2015 queda prohibido, por tanto, que un tercero pueda obtener algún rendimiento económico vinculado a la cantidad que se abone por el traspaso del jugador de un club a otro.

Por tanto, toda vez que la tokenización supone la digitalización del futuro derecho de transferencia, el titular del *token* tendría un derecho de participar al menos parcialmente en el valor del futuro traspaso del jugador. Así, consecuentemente, quedaría prohibida la tokenización del derecho federativo vinculado a la transferencia, de acuerdo con la norma FIFA.

Dicho lo cual, para completar la reflexión todavía hay que referirse, aunque brevemente, al valor de la normativa FIFA.

No se puede obviar el hecho que la FIFA es una organización de carácter privado y por tanto su reglamentación no puede contravenir la legislación interna del país en el que se pretende su aplicación (Martell Bover, 2019, pp. 36 y ss.)<sup>30</sup>. Para dar todo su sentido a la afirmación basta con poner un ejemplo propuesto por Rodríguez Ten (2016), al manifestar que

lo que es innegable es que no puede ser que un Estado en su legislación contemple un derecho y asociaciones privadas que operan en su territorio se sometan a las normas privadas de otras asociaciones privadas extranjeras. Si una asociación mundial de transportistas decidiera que los camiones pueden circular a 150 km por hora, nadie dudaría que las sanciones impuestas en territorio español son válidas y eficaces. Pero si una asociación mundial «de fútbol» impone una norma, muchos empiezan a cavilar respecto de hasta dónde puede llegar el legislador (p. 42).

En todo caso la FIFA, asociación de carácter privado, tan solo puede imponer su norma a sus afiliados, pero en ningún caso tendrá poder de control o de sanción sobre entidades que no pertenecen a su organización. Así, en este caso, su intervención se limita a clubes, agentes o jugadores afiliados. Pero no se podría imponer a un fondo de inversión o a cualquier empresa que no esté afiliada a la FIFA. En este sentido hay que recordar las dificultades que ha supuesto el traspaso de la norma FIFA a nivel nacional, por su incompatibilidad con

---

<sup>30</sup> El autor recuerda que el derecho suizo se aplica a la regulación de la organización como asociación. Además, la normativa FIFA se aplica fuera del territorio suizo y sus miembros tienen diferentes nacionalidades, por lo que tiene carácter internacional privado. Según el autor la eficacia de la normativa FIFA está sometida primero a que los miembros de la asociación hayan decidido aplicar las circulares FIFA: «Por ejemplo, en España encontramos regulado que la Real Federación Española de Fútbol se compromete a "respetar en todo momento los estatutos, reglamentos y decisiones de la FIFA y de la UEFA"». En segundo lugar, considera que «la obligatoriedad de la normativa, que se encuentra estrechamente relacionada con la publicidad de la misma». Pero sobre todo plantea la duda de cómo resolver los conflictos entre la norma FIFA y la norma estatal, proponiendo como ejemplo de dificultad la situación creada con la Circular núm. 1171 (FIFA, *Circular núm. 1171 Requisitos mínimos de jugadores en el fútbol profesional*, 24 de noviembre de 2008) y el Real Decreto 1006/1985, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, el Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional y el Estatuto de los Trabajadores.

la legislación de nuestro país<sup>31</sup>. Por estas razones, en la medida en la que en la legislación interna nada prohíbe la digitalización de un activo material o inmaterial, como sería el caso de los derechos económicos vinculados a los derechos federativos propiedad del club, se debería admitir dicha tokenización a pesar de una norma asociativa que se pudiera oponer.

En definitiva, podemos afirmar que el valor patrimonial de un bien o un derecho es apto para su tokenización en la medida en la que es susceptible de revalorización y por tanto de suscitar el interés de los inversores. Y por mucho que esta circunstancia suponga unas consecuencias que permitan poner en cuestión su utilización, no se puede dejar en manos de las asociaciones de fútbol el poder de restringir la posibilidad a comerciar con dichos derechos.

Pero incluso si se admitiera la prohibición de intervención de tercero regulada por las asociaciones de fútbol, habría que tratar de averiguar si dicha prohibición es aplicable para todo tipo de transferencias y, en particular, en caso de transferencia de los futbolistas de la cantera. Esto nos lleva a indagar en el valor patrimonial del derecho federativo desde un punto de vista contable.

Desde una perspectiva contable hay que afirmar que la sociedad anónima deportiva es ante todo una sociedad anónima, lo que la obliga a cumplir con las mismas obligaciones que cualquier sociedad de capitales, si bien es cierto que reviste particularidades que han justificado la adaptación del Plan General Contable a un sector específico representado por el fútbol profesional.

---

<sup>31</sup> Ciertamente no fue pacífica la introducción de la regulación FIFA a nivel nacional relativa a la participación de terceros en las operaciones de traspaso de jugadores en el territorio nacional. El apartado 3 del artículo 102 del RGRFEF actualmente estipula que:

Ningún club concertará un contrato que permita a cualquier parte de dicho contrato, o a terceros, asumir una posición por la cual pueda influir en asuntos laborales y sobre transferencias relacionados con la independencia, la política o la actuación de los equipos del club. El órgano disciplinario podrá imponer sanciones disciplinarias a los clubes que no cumplan las obligaciones antedichas.

Por una parte, hay que referirse al artículo 10.2 b) de la Ley del Deporte, que requiere para cualquier modificación reglamentaria la ratificación posterior del CSD y, por otra parte, recordar que el artículo 1.1 de los estatutos de la RFEF prevé expresamente que la RFEF, entidad de carácter privado, se rige por las disposiciones legislativas nacionales.

Así, la RFEF en un inicio introdujo en el RGRFEF los artículos 102 y 102 bis, que calcaban la normativa FIFA (art. 18 ter del RETJ), pero muy rápidamente esta decisión se puso en cuestión. Javier Tebas, presidente de LNFP, recordó a la RFEF que la aprobación de cualquier modificación reglamentaria requiere la ratificación por parte del CSD.

La Comisión Directiva del CSD el 27 de abril de 2015 manifestó sus dudas sobre la compatibilidad de los artículos 102 y 102 bis con la normativa española. Se sometió la cuestión a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que llegó a la conclusión de que la prohibición de las operaciones de TPO perjudicaba a los clubes medianos y pequeños y, por tanto, las reglas de competitividad. A pesar de ello, en un acto de claro desafío a las instituciones nacionales, la RFEF publicó un reglamento que no era avalado por el CSD y que tuvo que ser modificado *a posteriori* para adecuarse a lo establecido por el ordenamiento jurídico español.

De las particularidades contables se puede destacar que el traspaso de un jugador va a suponer que en el balance de la sociedad se active un registro denominado «derechos de adquisición de jugadores»; una vez que se produzca la operación de transferencia, la pérdida o beneficio que se deduzca de la operación formará parte del resultado del ejercicio. De esta consideración se deduce que el activo intangible tan solo tendrá una manifestación contable cuando medie una contraprestación<sup>32</sup>. Por esta razón, ni los traspasos de jugadores que ya no tengan vínculo contractual con el club (por haber vencido el plazo del contrato pactado), ni los traspasos de jugadores canteranos tendrán reflejo contable como activo, a pesar de tener un indudable valor patrimonial para el club (Ordóñez Solana y Pérez López, 2005, p. 58).

En este sentido, contablemente hablando, no existe un activo patrimonial vinculado a los derechos federativos del jugador canterano. Así pues, se podría considerar que la prohibición de la FIFA no atañe a los canteranos en la medida en que no existe el valor sobre el futuro traspaso del jugador. Eso es así al menos hasta el momento en el que efectivamente se proceda al traspaso (si se produce esta situación en algún momento), que será cuando se active contablemente el beneficio. ¿Cabría pues en estos casos la digitalización del jugador como activo *per se*?

Sin duda con esta hipótesis habría que enfrentarse al dilema de atribuir un valor económico a un ser humano a través del concepto de tokenización del jugador de fútbol. En la doctrina son muchos los estudios relativos a las «cosas» fuera del comercio, siendo el ser humano el arquetipo del principio de no comercialización. En este sentido, el artículo 1255 del Código Civil estipula que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Por tanto, debe deducirse que cualquier contrato en el que un ser humano fuera objeto del mismo sería nulo de pleno de derecho (Acedo Penco, 2011, p. 51).

En realidad, con esta afirmación no se trata tanto de poner en cuestión la tokenización del jugador como cualquier mercantilización del futbolista. En la actualidad los contratos que gravitan alrededor de muchos deportistas contribuyen a su cosificación y la tokenización sería un paso más en este sentido. ¿Quién puede dudar que a través de la operación de transferencia se mercadea con jugadores personas físicas? La creación jurídica del concepto de derecho federativo solo permite paliar los efectos jurídicos de una realidad: el jugador se ha convertido en objeto del contrato de transferencia de jugador. Si se acepta esta figura, nada parece impedir que asistamos a una tokenización del jugador, aunque para ello se proceda a una modificación de una normativa privada que, dicho sea, no es obligatoria

---

<sup>32</sup> Orden de 27 de junio de 2000 por la que se aprueban las normas de adaptación de Plan General de Contabilidad a las sociedades anónimas deportivas. En la introducción se establece que:

El criterio establecido ha sido considerar los gastos de adquisición de jugadores a satisfacer a otra entidad como un activo inmaterial, recogido en la cuenta 215. «Derechos de adquisición de jugadores», al producirse dichos gastos en virtud de una transacción onerosa y por el importe del «transfer». Esta cuenta se amortizará en función del tiempo de duración del contrato.

en el ordenamiento español. Ciertamente es que, en la práctica, los intereses de los clubes huyen de operaciones que se consideran contrarias a las normas asociativas, habida cuenta de las sanciones que puedan derivarse del incumplimiento de la norma FIFA. Pero los intereses económicos seguramente permitan una evolución que ya se ha iniciado, como hemos podido ver con la tokenización de los derechos de imagen.

Así pues, para concluir sobre este punto, quiero insistir en que, en principio, la intervención jurídica de un tercero en la compra de un derecho económico vinculado a un derecho federativo relacionado con el traspaso futuro de un jugador debidamente contabilizado no es contraria al derecho español. En el caso que nos ocupa, difícilmente es admisible que produzca efectos la prohibición impuesta por las asociaciones deportivas.

## 5. Conclusión

Al iniciar este trabajo se pudo poner de relieve que la era digital también se aplicaba al mundo deportivo. En este sentido, el interés de las nuevas tecnologías se manifiesta desde una perspectiva puramente económica. Es ya una obviedad hablar de la mercantilización del deporte en general y más aún del fútbol en particular.

La tokenización de los activos contribuye a la mercantilización del deporte rey. Es relevante señalar que en la industria del entretenimiento el futbolista se ha convertido en un elemento susceptible de generar una rentabilidad más allá del ejercicio de su profesión. Así, la comercialización de su imagen o la comercialización de sus derechos federativos son una prueba más de dicha circunstancia.

La explotación de la imagen del jugador se va a ver reforzada por el desarrollo tecnológico. Basta con referirse a la situación creada alrededor de los *e-sports* o de los cromos digitales de los jugadores, para entender que los intereses creados en relación con los derechos de imagen se han acrecentado en un mundo informatizado. Todo ello contribuye a la mercantilización no solamente de la imagen sino del propio jugador. En este sentido hay que permanecer alerta y proteger en todo al jugador, que es titular de los derechos vinculados a su imagen, como derecho protegido constitucionalmente. Bien es cierto que más allá de la imagen como derecho personalísimo se reconoce la existencia de un derecho patrimonial, que conlleva una explotación económica de la imagen. Pero el derecho a comerciar con la imagen debe tener como límite la autorización otorgada por el titular del derecho. Existe la posibilidad de un perjuicio para el jugador que se deriva de un uso incontrolado de la imagen del futbolista que se propaga por las redes con diferentes formatos sin que el jugador haya autorizado o cedido los derechos de explotación correspondientes.

Pero el verdadero peligro radica en la digitalización del activo llamado «derecho federativo». Este concepto fue creado por la doctrina y recogido por la jurisprudencia para justificar

la cantidad que se abonaba a los clubes en caso de desplazamiento del jugador. Sin embargo, con la posible creación de *tokens* representativos del derecho federativo nos enfrentaremos a la digitalización del propio jugador y, en definitiva, a la compraventa del futbolista. Más allá del derecho federativo, concepto abstracto que se adapta perfectamente a la idea de tokenización de activos, existe un jugador que se convertirá en un elemento virtual y divisible con el que se negociará como si fuera un objeto. La solución a este problema no puede pasar por una prohibición recogida en la reglamentación de la FIFA, sino por la aplicación del derecho civil. Hay que recordar, como principio general de nuestro derecho, la imposibilidad de comerciar con seres humanos. Aunque, bien es cierto, que para ello se debería admitir que la creación jurídica del concepto de derecho federativo conlleva por sí solo alcanzar la mercantilización del jugador. Tras la creación de la patrimonialización del derecho federativo se halla una ficción jurídica que justifica, en definitiva, la comercialización de personas.

La tecnología solamente favorece un movimiento que ya existe y facilita su culminación. La tokenización de los activos vinculados al deporte rey no puede hacer perder de vista la óptica jurídica y las consecuencias que se derivan de su utilización. Así, se debe preservar la protección de los derechos del jugador y evitar que se le convierta en un objeto más dentro del mundo económico-jurídico que representa la industria del entretenimiento.

## Referencias bibliográficas

- Acedo Penco, Á. (2011). *Teoría general de las obligaciones*. Dykinson.
- Álvarez Rubio, J. J. (2018). Extensión y límites de la especificidad del deporte: arbitraje deportivo (TAS), normas FIFA sobre TPO y Derecho europeo. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 11(3), 703-734.
- Auletta, M. (2017). Transferencias de futbolistas: la importancia de los «derechos federativos» y la falacia de los «derechos económicos». V Congreso Internacional de Derecho del Deporte. [https://es.slideshare.net/martin\\_auletta/v-congreso-internacional-de-derecho-del-deporte-de-aladde?from\\_action=save](https://es.slideshare.net/martin_auletta/v-congreso-internacional-de-derecho-del-deporte-de-aladde?from_action=save)
- Cañizares Rivas, E. (2016). La venta de los derechos audiovisuales y la compleja aplicación al fútbol del derecho de la competencia. En A. Millán Garrido (Coord.), *Derecho de fútbol: presente y futuro* (pp. 27-44). Reus.
- Crespo Pérez, J. de D. y Frega Navía, R. (2015). *Nuevos comentarios al reglamento FIFA: con análisis de jurisprudencia de la DRC y del TAS*. Dykinson.
- Galeano Gubitosi, Á. y González Mullin, H. (2008). Los derechos federativos en el fútbol profesional actual. Vigencia o no de su contenido patrimonial. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 22, 233-240.

- Gilart González, O. (2021). La crisis económica de los clubes de fútbol. De la financiación al concurso de acreedores. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 249, 47-74.
- Heredia Querro, S. (2020). *Smart contracts: qué son, para qué sirven y para qué no servirán*. IJ Editores - Universidad Católica de Córdoba.
- Iglesia Prados, E. de la. (2016). *Derecho patrimonial privado y deporte*. Reus.
- Lavin Lapena, M. T. (2021). Retos jurídicos de la tecnología blockchain. En F. J. Santamaría Ramos (Coord.), *Tecnoretos del derecho* (pp. 343-367). Tirant lo Blanch.
- Martell Bover, C. (2019). Derecho Deportivo: operaciones TPO y prohibición FIFA. *Iusport.es*. <http://www.iusport.es/http://www.iusport.es/opinion/CIRO-MARTELL-BOVER-TPO-FIFA-2019.pdf>
- Monroy Antón, A. J. y Rodríguez Sáez, G. (2007). *Historia del deporte: de la Prehistoria al Renacimiento*. Wanceulen.
- Ordellín Font, J. L. (2014-2015). La revocación de los contratos de explotación económica de la imagen de los intérpretes y ejecutantes. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 35, pp. 397-406.
- Ordóñez Solana, C. y Pérez López, C. (2005). Activación del coste de formación de personal: el caso de los jugadores de sociedades anónimas deportivas. En B. Escobar Pérez y M. Raposo (Coords.), *Cities in Competition. Finance management challenges selected papers from the XV Spanish-Portuguese Meeting of Scientific Management* (pp 57-64). Universidad de Sevilla.
- Parra Trujillo, E. de la. (2014). *El derecho a la propia imagen*. Tirant lo Blanch.
- Pérez-Serrabona González, F. J. (2017). A propósito de la nueva proliferación de recursos financieros que sustentan la falta de tesorería de los clubes y las sociedades anónimas deportivas. En J. L. Jiménez Soto e I. Pérez-Serrabona González (Dir.), *Los retos del deporte profesional y profesionalizado en la sociedad actual* (pp. 213-242). Reus.
- Pina Sánchez, C. (2005). Visión comparativa de la protección de los derechos de imagen en Europa y en Estados Unidos. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 14, 539-549.
- Pina Sánchez, C. y Ferrero Muñoz, J. (2009). La comercialización de la imagen en el deporte profesional. En A. Palomar Olmeda (Dir.) y R. Terol Gómez (Coord.), *El deporte profesional* (pp. 601-670). Bosch.
- Rodríguez Ten, J. (2016). La protección del menor en el fútbol: de dónde venimos y hacia dónde vamos. *Fair Play, Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, 8, 30-45.
- Shwab, K. (2016). *The Fourth Industrial Revolution*. World Economic Forum.
- Tapscott, D. y Tapscott, A. (2017). How Blockchain Will Change Organizations. *MIT Sloan Management Review*, 58(2), 10-13.
- Valencia Ramírez, J. P. (2020). Derecho, tecnología e innovación: Blockchain y contratos inteligentes. *RITI Journal*, 8(16), 46-55.

**Olga Gilart González.** Doctora en Derecho por la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA. Actualmente está colaborando con empresas en el sector de las energías renovables y empresas dedicadas a la economía circular desde una perspectiva societaria. <https://orcid.org/0000-0002-3341-4643>



# El nuevo concepto de «sinhogarismo» en la Ley de vivienda frente al concepto de la «sinposesión» del propietario ante viviendas okupadas

**Vicente Magro Servet**

*Doctor en Derecho*

*Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (España)*

<https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

## Extracto

Análisis del nuevo concepto que se introduce en la nueva Ley de vivienda acerca del «sinhogarismo» para definir en la nueva ley la situación en la que algunas personas carecen de vivienda y cómo se afronta en la ley esta situación, pero con la necesidad de que sea la Administración pública la que deba dar respuesta al problema de las personas sin hogar, y no tenga que ser soportada esta situación por los particulares a costa de tener que soportar que les retiren su posesión por el fenómeno de la ocupación, de ahí que se proponga en estas líneas el concepto de «sinposesión» para referirnos al particular a quien privan ilegalmente de su posesión por la ocupación.

**Palabras clave:** vivienda; vulnerabilidad; función social de la propiedad; sinhogarismo; sinposesión; ocupación de inmuebles.

Recibido: 18-05-2023 / Aceptado: 31-05-2023 / Publicado: 05-07-2023

**Cómo citar:** Magro Servet, V. (2023). El nuevo concepto de «sinhogarismo» en la Ley de vivienda frente al concepto de la «sinposesión» del propietario ante viviendas okupadas. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 270, 31-52. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19089>





# The new concept about «homelessness» in the Housing Law versus concept of «without possession» in front of occupied houses

Vicente Magro Servet

## Abstract

Analysis of the new concept that is introduced in the new Housing Law about «homelessness» to define in the new law the situation in which some people lack housing and how this situation is dealt with in the law, but with the need for it is the public Administration that must respond to the problem of the homeless, and this situation does not have to be endured by individuals at the cost of having to endure having their possession withdrawn due to the phenomenon of occupation, hence propose in these lines the concept of «without possession» to refer to the individual who is illegally deprived of his possession by the occupation.

**Keywords:** housing; vulnerability; social function of property; without possession; occupation of real estate.

Received: 18-05-2023 / Accepted: 31-05-2023 / Published: 05-07-2023

**Citation:** Magro Servet, V. (2023). El nuevo concepto de «sinhogarismo» en la Ley de vivienda frente al concepto de la «sinposesión» del propietario ante viviendas okupadas. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 270, 31-52. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19089>



## Sumario

1. Introducción
  - 1.1. Exposición de motivos
    - 1.1.1. Necesidad de que la Administración pública busque viviendas para quienes carecen de ella
    - 1.1.2. Se adelanta en la exposición de motivos el concepto de «sinhogarismo»
2. El nuevo concepto de «sinhogarismo» en la Ley de vivienda
3. ¿Y el concepto de la «sinposesión»? ¿Tutela la nueva ley a los propietarios desposeídos ilegalmente de vivienda? ¿Quién es el obligado a tutelar la función social de la vivienda?
4. Consejos ante el supuesto de ocupación ilegal de inmueble



## 1. Introducción

Los medios de comunicación están incidiendo diariamente ante la publicidad de noticias de situaciones de ocupación de bienes inmuebles de forma reiterada. Así, hasta 46 «okupaciones» de inmuebles diarias se están produciendo, ocupándose no solo viviendas individuales, sino edificios enteros en una ocupación global con múltiples autores que «colonializan» el inmueble entero, causando una situación preocupante también en el propio barrio donde se produce el acceso de los inmuebles, ante la proliferación de hechos que afectan a la propiedad de los vecinos, como se está comprobando en las noticias facilitadas por los medios de comunicación y las denuncias presentadas ante juzgados de instrucción.

El problema que se deriva de esta situación se ubica en que si el ordenamiento jurídico no dispone y pone en marcha un sistema de recuperación inmediata de los bienes inmuebles ocupados ilegalmente, se produce un retraimiento en la adquisición de inmuebles para ser destinados al alquiler o a la venta, ante el riesgo de que sean ocupados ilegalmente y el sistema de la Administración de justicia basado en la normativa aprobada no prevea una recuperación inmediata que no vaya más allá de las 72 horas, como ocurre en todos los países de nuestro entorno.

Pues bien, en este escenario resulta importante destacar la nueva Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE de 25 de mayo), que pone más el acento, sin embargo, en el problema de la falta de vivienda para todos los ciudadanos que carecen de ella que en el real problema que tienen otros ciudadanos que han sido privados de vivienda

por una ocupación ilegal de sus inmuebles y que han visto paralizadas las devoluciones de su posesión inmobiliaria a raíz de los sucesivos decretos de suspensión de lanzamientos, hasta comprobar la posibilidad de la localización de un inmueble por la Administración pública que permite el «realojo» de quienes ocuparon ilegalmente un inmueble propiedad de un ciudadano y cuya posesión no ha sido todavía devuelta ante las reiteradas reclamaciones de estos propietarios, que demandan que la posesión desean recuperarla, bien para usar el inmueble, bien para alquilarlo, bien para venderlo. Y ello, por cuanto, al fin y al cabo, se trata de un bien de su propiedad del que, realmente, no pueden disponer por la indebida ocupación de su inmueble por terceros, y resultado ajeno a sus propietarios si estas personas están en condiciones económicas, o no, para alquilar una vivienda o no.

Este tema es importante no solo para el enfoque del fenómeno de la «okupación» de inmuebles y las posibilidades de darle una solución inmediata para la recuperación de su vivienda, y que sea la Administración pública la que provea del realojo sin que el propietario tenga que soportar la «hipoteca» o «servidumbre» del problema de la carencia de la vivienda, sino por afectar de forma directa a la economía del país la percepción de los ciudadanos que han sido desposeídos de su vivienda ilegalmente de la falta de rentabilidad de invertir en vivienda si estas son ocupadas ilegalmente y el sistema no arbitra un procedimiento ágil de recuperación posesoria, sino que, lejos de ello, se utiliza –y aquí está gravedad de lo que está ocurriendo– a los tenedores propietarios de vivienda para que sean estos los que cumplan la función social de la propiedad «aguantando» con su espera para que los «okupas» permanezcan en el inmueble ocupado hasta que se les pueda realojar.

En este sentido, la economía, en función de la incidencia que tiene en esta la compra-venta de viviendas y la inversión económica que llevan a cabo muchos ciudadanos en vivienda para conseguir una rentabilidad económica, puede sufrir un serio retroceso si en la normativa específica como la ahora aprobada en materia de vivienda no se produce una adecuada tutela de los titulares de inmuebles, a fin de cumplir una exigencia de cualquier norma del ordenamiento jurídico de conseguir un equilibrio de todas las partes en el tema de la vivienda. Con ello, la clave está en un complemento de esta normativa que fije los derechos de los ciudadanos desposeídos de su vivienda y que establezca un cauce ágil y sin esperas o vinculándolo a conceptos como «vulnerabilidad» o «no existencia de suficiente vivienda social» por la Administración pública, por cuanto la desposesión de inmuebles no puede asociarse a estos dos conceptos como en la actualidad está ocurriendo.

Pero, sobre todo, lo que resulta evidente es que no se puede dejar desprotegidos a los propietarios de inmuebles que han invertido su dinero en su adquisición y que, en definitiva, son los que han movido la economía con todo el componente de compra y gasto que conlleva la adquisición de inmuebles.

Nótese el importante círculo de gasto que lleva consigo la compra de una vivienda en muchos sectores y el problema que se produciría si los inversores, sobre todos los

«grandes tenedores» que reciben muchas exigencias y límite en la Ley de vivienda, ven debilitados sus derechos y pasan a encontrar poco rentable la inversión en vivienda si ven limitaciones a la hora de recuperarlas, bien porque los arrendatarios de las mismas no pagan sus rentas, o bien porque las mismas son sencillamente ocupadas y no se articulan mecanismos eficaces y rápidos para recuperar estos inmuebles, pero, como mucho, en 72 horas.

En este sentido, la Ley de vivienda pone constantemente el acento en la necesidad de plasmar la función social de la legislación sobre vivienda y la perspectiva de darle un enfoque social a esta temática, pero olvidando que el sistema puesto en marcha cuando se retrasa la devolución posesoria a un propietario queda lejos de darle un enfoque «social» a la necesidad de que los ciudadanos dispongan de vivienda, sino que hace soportar a los titulares de viviendas que son ocupadas la necesidad de que tengan que aguantar largas esperas hasta poder recuperar inmuebles que han sido ocupados.

Veamos cuáles son los expresos pronunciamientos que se llevan a cabo, tanto en la exposición de motivos como en la norma en lo atinente a la función social que debe ser inherente a la vivienda, pero –y aquí está la gravedad– comprometiendo a los propietarios de inmuebles en esta exigencia de contemplar la función social de la vivienda no solo como una obligación de la Administración pública, sino, como decimos, comprometiendo a los propietarios de viviendas en esta función social, lo que no puede admitirse, dado que los titulares de inmuebles no pueden ser compelidos en participar en ninguna cuestión que sea competencia de la Administración, como es la de facilitar el realojo en otras viviendas de forma urgente a quienes han ocupado viviendas ajenas que deben respetar y que el Estado debe tutelar en su protección a los ciudadanos que han sido desposeídos ilegalmente de las mismas.

Veamos, pues, los pronunciamientos al respecto.

## 1.1. Exposición de motivos

### 1.1.1. Necesidad de que la Administración pública busque viviendas para quienes carecen de ella

En la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, se pide a la Comisión y a los Estados miembros que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental mediante disposiciones legislativas europeas y estatales aplicables, y que garanticen la igualdad de acceso para todos a una vivienda digna. En suma, la normativa internacional más actual es consciente del proceso de segregación *de facto* en el acceso a la vivienda de la que es víctima gran parte de la población, espe-

cialmente jóvenes y familias y colectivos vulnerables. Como consecuencia, sus postulados demandan un cambio de paradigma en la consideración jurídica de la vivienda, para reforzar su función como servicio social de interés general. Solo de este modo será posible garantizar el derecho efectivo a una vivienda digna y asequible para todas las personas jóvenes, y especialmente a aquellos colectivos en riesgo de exclusión.

Se trata, pues, de un derecho básico, pero que es responsabilidad y tutela de la Administración pública, pero sin que esta pueda «transferir» o «delegar» esta responsabilidad en los propietarios de viviendas, y lo que es más importante, que las viviendas a utilizar para llevar a cabo esta obligación del Estado sean las viviendas de los particulares, sean o no grandes tenedores, ya que quien debe proveer de estas viviendas a quien carece de ellas es la Administración, pero utilizando su propia parque de vivienda social, no el de los particulares, ya que estos no pueden ser obligados a coadyuvar al cumplimiento por el Estado y las comunidades autónomas a cumplir con esa función social de la vivienda que compete solo y en exclusiva a la Administración y no a los particulares, y sin que estos puedan ser utilizados para cumplir con este compromiso, que es social y no individual de los ciudadanos.

### 1.1.2. Se adelanta en la exposición de motivos el concepto de «sinhogarismo»

La Agenda Urbana Española, alineada con estas y con los objetivos de desarrollo sostenible que proclama la Agenda 2030, reclama la promoción de medidas y la adopción de políticas en materia de vivienda que respalden la realización progresiva del derecho de todas las personas a una vivienda digna y adecuada, a precios asequibles; que luchen contra todas las formas de discriminación y violencia, especialmente en materia de género; que impidan los desalojos forzosos arbitrarios y que se centren en las necesidades de las personas sin hogar, erradicando el fenómeno del sinhogarismo de quienes padecen situaciones de vulnerabilidad, de los grupos sociales con bajos ingresos y especiales dificultades y de las personas con discapacidad.

Hay que tener en cuenta que una cosa es el derecho a la vivienda y otra bien distinta la decisión judicial del desalojo forzoso que ordena un juez cuando una persona ocupa un inmueble de forma ilegal, o un arrendatario no paga las rentas y se inicia un procedimiento judicial en el que se adopta la medida de expulsión. Por eso, resulta extraño que se ponga de manifiesto que se haga constar que se deben impedir los desalojos forzosos, ya que estos no vienen motivados nada más que por una ocupación ilegal de inmuebles que da lugar a una denuncia, que exige una inmediata respuesta de la autoridad judicial, y que la vía adecuada es, lógicamente, la del desalojo forzoso ordenado por un juez con base en una denuncia ante una ocupación ilegal o un incumplimiento del arrendatario ante las exigencias y obligaciones que asumió en un contrato de arrendamiento.

## Desarrollo en la propia Ley de vivienda

### 1. Artículo 1.2 de la ley

«Con objeto de asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda, será asimismo objeto de esta Ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico».

### 2. Artículo 2. Fines de las políticas públicas de vivienda

«Constituyen fines comunes de la acción de los poderes públicos en materia de vivienda, en el ámbito de sus respectivas competencias:

b) Promover el uso y disfrute efectivo de la vivienda, en virtud del régimen legal de tenencia, así como su mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación y mejora».

### 3. Artículo 11. Contenido del derecho de la propiedad de vivienda: deberes y cargas

«1. Además de los deberes establecidos en la legislación estatal de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda, de conformidad con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística de aplicación, el derecho de propiedad de vivienda queda delimitado por su función social y comprende los siguientes deberes:

a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda».

### 4. Artículo 9. Deberes del ciudadano en relación con la vivienda

«Todos los ciudadanos tienen el deber de:

c) En relación con la vivienda ajena, a disposición de otras personas, hogares, o entidades públicas y privadas, respetar la pacífica tenencia de la misma y abstenerse de la realización de cualquier tipo de actividad que la impida o dificulte».

### 5. Artículo 20. Colaboración entre las Administraciones públicas en materia de vivienda

De estos pronunciamientos en la Ley de vivienda resultan curiosos determinados aspectos que nos sitúan en los siguientes aspectos a destacar, a saber:



- a) El derecho a la vivienda de los ciudadanos no puede hacer trasladar a los propietarios de viviendas que tengan que usarlas de forma efectiva, ya que cualquier ciudadano tiene derecho a tener el número de viviendas que desee siempre que las haya pagado y sea titular de las mismas, sin poder ser violentado o desposeído de la posesión de lo que le pertenece por derecho.

Con ello, no es posible exigir una obligación de que quien tenga una vivienda haga un uso eficaz y efectivo, pudiendo tenerla cerrada sin usar, alquilada u ocupada por su propio titular de forma transitoria cuando desee. Hay que hacer constar que se trata de viviendas que son de cada propietario, a quien no se puede compeler a hacer con su vivienda lo que el Estado quiera, ni a cederlas a terceros si no es con el expreso consentimiento del propietario.

Nótese que en el artículo 1.2 de la ley se refiere la exigencia a los propietarios de un «uso habitacional», lo que puede que no interese al propietario, ya que el uso que le da cada ciudadano a sus inmuebles es decisión particular de cada propietario.

Lo mismo ocurre con los artículos 2 y 11 respecto a lo que se denomina el «uso efectivo de la vivienda».

Por ello, resulta curioso que en el artículo 11 se regule el contenido del derecho de la propiedad de vivienda con sus deberes y cargas para fijar como deberes, entre otros, el *uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda* conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad.

La cuestión que surge es: ¿qué significa que es un deber el uso y disfrute propio y *efectivo* de la vivienda? ¿Acaso es obligatorio disfrutar de la vivienda que adquieras? ¿No se puede adquirir una vivienda para no hacer un uso efectivo? Estas son preguntas que surgen ante la mención a este «deber» del uso efectivo de la vivienda que se tenga, lo que no es posible para quien la adquiere como inversión y para obtener una rentabilidad, lo cual es algo legítimo.

Por otro lado, se reconoce el derecho al uso de una vivienda a quien carece de ella, pero no se fijan las condiciones y circunstancias para reforzar la seguridad jurídica del propietario que en un contrato de arrendamiento el inquilino incumple el contrato y precisa aquel recuperar la vivienda, o que ve ocupada su vivienda de modo ilegal.

Se incide, entre los fines de la política social de vivienda, en el artículo 2, que, entre otros, constituyen fines comunes de la acción de los poderes públicos en materia de vivienda, en el ámbito de sus respectivas competencias:

- «a) La efectividad de los derechos de acceso en condiciones asequibles a una vivienda digna.

b) Promover el uso y disfrute efectivo de la vivienda, en virtud del régimen legal de tenencia, así como su mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación y mejora.

c) Asegurar la habitabilidad de las viviendas

[...]

e) Proteger la estabilidad y la seguridad jurídica en la propiedad, uso y disfrute de la vivienda, con especial atención a las personas y hogares en situación o riesgo de vulnerabilidad, y específicamente a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través de medidas efectivas en materia de vivienda y asegurando la debida coordinación con medidas complementarias de atención social, formación, empleo y otras acciones de acompañamiento».

Se recogen hasta la letra s) como fines en esta política de vivienda, pero no se recoge en modo alguno la protección del propietario ante situaciones de ocupación ilegal de inmuebles e incumplimiento del arrendatario en el pago de las rentas, que son las dos situaciones que más preocupan a los titulares de viviendas ante la carencia de un sistema de recuperación posesoria que otorgue una mayor confianza en el sistema por parte de los propietarios, poniendo en peligro el sistema de inversiones en inmuebles por muchos ciudadanos, que si no perciben un sistema sólido de recuperación inmediata de la posesión, ponen en peligro el mercado de la compraventa de viviendas, habida cuenta de que la desconfianza en el sistema puede reducir el mercado de la oferta de vivienda en alquiler.

Nótese que la letra e) del artículo 2 de la ley solo hace mención a que se busca como fin «proteger la estabilidad y la seguridad jurídica en la propiedad», pero para después desarrollar y poner el acento en la «vulnerabilidad» del ocupante de inmuebles como eje central del texto legal, olvidando que la obligación de proveer de vivienda a quien es «vulnerable» es de la Administración pública, pero nunca poniéndose esta obligación y responsabilidad en las espaldas del propietario, ya que en el desarrollo del texto legal se pone el acento en las esperas que deberá sufrir el propietario para poder recuperar el inmueble si en la persona del arrendatario se dan las condiciones fijadas de vulnerabilidad.

Con ello, no se protege la seguridad jurídica de la propiedad si se obliga a la espera al propietario para recuperar su inmueble hasta que no se haya resuelto la atribución de vivienda a quien es vulnerable; espera que perjudica notablemente al propietario, que no estará cobrando sus rentas por largo tiempo, y, sin embargo, seguirá obligado al pago de los gastos del inmueble, tales como gastos comunes, IBI, basura, préstamo hipotecario en su caso, y los recibos de consumo de servicios tales como luz y agua si siguen todavía a nombre del propietario y con cargo a su cuenta si cuando se firmó el contrato no se produjo el cambio de titular del pago de estos servicios, habida cuenta de que el corte de estos servicios puede ser denunciado por el arrendatario como un delito de coacciones.

También hay que citar que en el artículo 20 de la Ley de vivienda se destaca la colaboración entre las Administraciones públicas en materia de vivienda. Pero se echa en falta una referencia en la inmediata cooperación de las Administraciones encargadas de proveer de vivienda social a los okupas o inquilinos que no han pagado la renta y cuya ejecución está suspendida, ya que veremos luego que no se fijan plazos concretos para que la solución habitacional para el vulnerable se agilice y que el propietario no tenga que ver suspendido el procedimiento de lanzamiento por causas ajenas al mismo.

## 2. El nuevo concepto de «sinhogarismo» en la Ley de vivienda

Pues bien, dentro de este organigrama de deberes y derechos en los que se llega a confundir la función social de la propiedad en una obligación que es de la Administración pública, pero que se traslada a los particulares propietarios de viviendas, la Ley de vivienda introduce un concepto nuevo definiendo el «sinhogarismo» como posición de aquellas personas que carecen de vivienda para atribuir una denominación concreta a este fenómeno.

Así, la ley se limita a definir un nuevo concepto que denomina como «sinhogarismo» para destacar, en el artículo 3, letra l) que se trata de:

Circunstancia vital que afecta a una persona, familia o unidad de convivencia que no puede acceder de manera sostenida a una vivienda digna y adecuada en un entorno comunitario, y aboca a las personas, familias o unidades de convivencia que lo sufren a residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia.

Podrá calificarse como sinhogarismo cronicado cuando la situación de sinhogarismo continúe o se produzca a lo largo de un periodo de tiempo igual o superior a un año.

Sin embargo, no se trata en modo alguno acerca de la respuesta que el Estado de derecho les da a los propietarios de viviendas que han sido ocupadas para hacer efectivo su derecho a recuperar la vivienda de un modo ágil ante una ocupación ilegal, teniendo en cuenta que los propietarios de viviendas no son los que tienen que satisfacer el derecho a la vivienda digna que tienen los ciudadanos que están inmersos en este concepto de «sinhogarismo», sino que es responsabilidad única y exclusiva de la Administración pública y no de los propietarios de viviendas, que no tienen en su «debe» estar a la espera de que a los ocupantes ilegales de inmuebles la Administración pública les provea de una vivienda en la que poder habitar.

Los derechos de una persona que ocupa un bien inmueble sin título alguno no pueden ponerse de frente a los derechos del propietario de la vivienda ocupada, ya que el derecho que tiene este último es el de conseguir de forma inmediata, urgente y ágil la recuperación del inmueble indebidamente ocupado y no existe ninguna obligación de soportar ninguna ocupación ilegal de su propiedad, exista o no vulnerabilidad en los ocupantes, ya que si existe el desalojo forzoso, es la respuesta judicial más inmediata ante ocupaciones sin título alguno, no pudiéndose obligar a retrasos y esperas de los propietarios de las viviendas ocupadas, ya que ello supone una auténtica desprotección del derecho de la propiedad reconocido en la Carta Magna, y si existe el derecho a la vivienda, este debe ser reconocido y ejecutado por la Administración, no por los propietarios de inmuebles.

Así, la ley se limita a definir un nuevo concepto que denomina como «sinhogarismo», pero de la misma manera se podría haber definido al propietario que es desposeído de su vivienda por el fenómeno ilícito penal de la ocupación ilegal de inmuebles, como el de la «sinposesión», para referirnos a esa situación en la que propietarios de bienes inmuebles, sean grandes tenedores o no lo sean –ya que a los efectos de sus derechos a la recuperación de sus inmuebles debe ser irrelevante–, se encuentran con su posesión privada por el fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles, y que conlleva que se deba tratar con, al menos, idéntica protección a cualquier ciudadano en sus derechos.

Ahora bien, las situaciones del sinhogarismo y la de la sinposesión son bien distintas, ya que en la primera nos encontramos con personas que no pueden disfrutar de su derecho constitucional a disponer de una vivienda digna y en la segunda nos enfrentamos a personas que están incluidas en el primer concepto del sinhogarismo, pero que en lugar de postular y reclamar una vivienda social a la Administración acceden ilegalmente a un inmueble que es propiedad de una persona, generalmente con el uso de la fuerza, o habiéndola empleado otro, –ya que es exigida esta para poder acceder a una vivienda que está cerrada– y que la ocupan con la expresa oposición de su propietario o sin su consentimiento.

¿Podemos hablar, entonces, de una comparación de derechos ante el sinhogarismo y la sinposesión ante el problema de la ocupación ilegal de inmuebles?

Para empezar no hay que dividir las formas de enfocar el tema, ya que el problema del sinhogarismo no puede resolverse dejando al margen el problema de la sinposesión, ya que si una norma jurídica sobre la vivienda destaca la cuestión de la función social de la propiedad y pone el énfasis en que existen muchas personas que no pueden acceder a la vivienda y que tienen derecho a ello, esta es cuestión de la Administración pública, porque es quien la que debe proveer de este derecho a quien carece de vivienda.

Sin embargo, si se recoge el problema, claro que debe ser resuelto en la norma y en la práctica de las personas que carecen de vivienda. No se trata en modo alguno acerca de la respuesta que el Estado de derecho les da a los propietarios de viviendas que han sido

ocupadas para hacer efectivo su derecho a recuperar la vivienda de un modo ágil ante una ocupación ilegal, teniendo en cuenta que, como decimos, los propietarios de viviendas no son los que tienen que satisfacer el derecho a la vivienda digna que tienen los ciudadanos que están inmersos en este concepto de sinhogarismo, sino que es responsabilidad única y exclusiva de la Administración pública y no de los propietarios de viviendas, que no tienen en su «debe» estar a la espera de que a los ocupantes ilegales de inmuebles la Administración pública les provea de una vivienda en la que poder habitar.

Sí que es cierto que en el artículo 9 de la ley se contempla en la letra c) como deberes que es obligación de todo ciudadano «c) En relación con la vivienda ajena, a disposición de otras personas, hogares, o entidades públicas y privadas, respetar la pacífica tenencia de la misma y abstenerse de la realización de cualquier tipo de actividad que la impida o dificulte».

Pero, sin embargo, no se establecen o fijan medidas para que el propietario a quien se le priva ilegalmente de su posesión pueda recuperarla de forma ágil y sin razones externas y ajenas al mismo, como la vulnerabilidad o dependencia del ocupante ilegal, razones que deberían quedar al margen de la decisión del desalojo inmediato.

Se recogen en la norma diversas exigencias que van a retrasar la recuperación posesoria de personas físicas o jurídicas que han invertido en inmuebles para obtener rendimiento en el mercado de alquiler, pero que con estos inconvenientes pueden llegar a considerar que puede ser necesario tener que vender sus propiedades y retirarlas del mercado del alquiler si comprueban que no se les protege, y que, muy al contrario, se les obliga a pasar por una serie de requisitos para recuperar sus viviendas si se ralentiza su devolución, como se desprende de la normativa que más adelante explicamos.

Ello se lleva a cabo por cuanto la propia ley disciplina los siguientes inconvenientes por los que se va a ver obligado el «gran tenedor» para recuperar su vivienda:

- a) Disposición transitoria tercera. Procedimientos suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Los decretos que han venido suspendiendo los lanzamientos desde la covid-19 han sido los siguientes: Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo; Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, Real Decreto 401/2021, de 8 de junio; Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre; Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero; Real Decreto-Ley 20/2022, de 27 de diciembre, y Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, que derivaba hasta el 30 de junio de 2023 la suspensión.

Con base en esta normativa, ¿a quiénes no se les podía desahuciar?

A las personas arrendatarias, en todos los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o la expiración del plazo de duración de contratos suscritos conforme a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, que pretendan recuperar la posesión de la finca, se haya suspendido o no previamente el proceso en los términos establecidos en el apartado 5 del artículo 441 de dicha ley.

En estos supuestos, la persona arrendataria podría instar, de conformidad con lo previsto en el mencionado artículo, un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el juzgado por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva.

Pues bien, respecto de estos procedimientos suspendidos de recuperación posesoria solo se reanudarán a petición expresa del gran tenedor si la parte actora acredita que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones públicas, con base en el análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes conforme a la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

Se introduce un novedoso procedimiento que deben seguir solo los denominados en la ley como «grandes tenedores» en el artículo 3 k), en virtud de lo cual se recoge que:

El requisito anterior podrá acreditarse mediante alguna de las siguientes formas:

- 1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de 5 meses de antelación a la presentación de la solicitud de reanudación del trámite o alzamiento de la suspensión, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.
- 2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a 3 meses.

Con ello, se exige para poder reanudar el procedimiento de desalojo por orden judicial que se haya acudido a este procedimiento, que pasa por un acto de conciliación que no acaba de entenderse técnicamente, habida cuenta que ello ya lo habrá intentado el propietario del inmueble para hacer ver la necesidad de recuperar su inmueble, para el ocupante que no ha cumplido sus obligaciones.

Por ello, exigir al propietario acudir a un procedimiento a seguir ante la Administración de conciliación ante el ocupante supone introducir otro elemento más que retrasará la recuperación posesoria del inmueble, ya que le supone al ocupante una nueva «válvula de oxígeno» para mantener la posesión todavía más tiempo sin cumplir la exigencia del pago de una renta. Pero, además, al incluirse como condición para instar la reanudación del trámite para recuperar la posesión que presente una «declaración responsable» de que ha acudido a este procedimiento cinco meses antes de instar la reanudación de recuperación posesoria.

Hay que señalar que resulta cuando menos curioso que respecto de procedimientos que ya han estado suspendidos desde la pandemia por la covid-19 todavía se introduzca un nuevo requisito de procedibilidad para poder reanudar el alzamiento de la suspensión cuando se trata de procedimientos que ya vienen de una suspensión continuada por continuos decretos que han paralizado los lanzamientos.

Pero nótese que no solo se exige la «declaración responsable» de que ha acudido a estos servicios, sino, también, conseguir de la Administración competente un justificante acreditativo de que presentó su solicitud ante la misma para iniciar el trámite de «conciliación o intermediación».

No acaba de entenderse este trámite en el que interviene la Administración como una especie de mediador entre propietario y ocupante de su inmueble, cuando el primero ya no quiere retrasar más la recuperación posesoria, y, lógicamente, el que ocupa el inmueble sin pagar renta querrá que esta llegue lo más tarde posible para poder disponer de más tiempo del inmueble, o, al menos, hasta poder conseguir una vivienda de la Administración. Pero debemos insistir en que ello no es carga ni servidumbre del propietario, ya que la vulnerabilidad debe quedar al margen de este procedimiento de recuperación posesoria.

Con ello, se le exige a los «grandes tenedores»:

1. Presentar escrito ante la Administración competente para instar inicio del procedimiento de conciliación o intermediación ante el ocupante de su inmueble.
2. Pedir justificante de que presentó la solicitud.
3. Estar a la espera, en su caso, del transcurso de dos meses si no se le comunica que su solicitud está admitida y en trámite. Nótese que no se indica que se haya señalado fecha para el acto de conciliación, sino que valdría para darle respuesta el mero «inicio del trámite».
4. Con lo cual, si se inician los trámites, debería esperar cinco meses desde que la presentó para poder presentar, a su vez, la solicitud de reanudación del alzamiento de la suspensión para poder recuperar la posesión.
5. Se recoge en la disposición adicional cuarta la referencia de la aplicación de los recursos de los planes estatales en materia de vivienda en los trámites de inter-



mediación y conciliación para «recursos de los planes estatales en materia de vivienda para cubrir los costes del proceso así como las compensaciones que puedan acordarse a solicitud de los propietarios de los inmuebles afectados, o por decisión de la administración competente en materia de vivienda, en los términos establecidos en la legislación y normativa autonómica de aplicación, con la finalidad de garantizar una vivienda digna y adecuada».

Nos encontramos, pues, con un trámite que no llega a comprenderse cuando resulta evidente que esta conciliación lo que introduce es un retraso en la recuperación de la posesión del inmueble, obligando a los propietarios de inmuebles calificados como «grandes tenedores» a pasar por un trámite que en la mayoría de los casos será sin resultado alguno por la posibilidad del ocupante de prolongar su presencia en el inmueble más tiempo.

#### b) Procedimiento en la LEC sobre okupas, pero de usurpación de bienes inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal

Sorprende que se introduzca en la Ley de enjuiciamiento civil una referencia a los procedimientos de usurpación de bien inmueble del artículo 245.2 del Código Penal, ya que deja fuera el allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal, pero en cualquier caso no es la ley procesal civil el lugar más adecuado para establecer las referencias a la regulación de la usurpación de bienes inmuebles, y si las personas que se encuentran ocupando de forma ilegítima el inmueble tiene la consideración de personas dependientes o no.

Se incorpora, así, una nueva disposición adicional séptima, que queda redactada como sigue:

En los procedimientos penales que se sigan por delito de usurpación del apartado 2 del artículo 245 del Código Penal, en caso de sustanciarse con carácter cautelar la medida de desalojo y restitución del inmueble objeto del delito a su legítimo poseedor y siempre que entre quienes ocupen la vivienda se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad, se dará traslado a las Administraciones Autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, con el fin de que puedan adoptar las medidas de protección que correspondan.

Las mismas previsiones se adoptarán cuando el desalojo de la vivienda se acuerde en sentencia.

### **3. ¿Y el concepto de la «sinposesión»? ¿Tutela la nueva ley a los propietarios desposeídos ilegalmente de vivienda? ¿Quién es el obligado a tutelar la función social de la vivienda?**

Ya hemos señalado que no puede trasladarse a los propietarios de inmuebles el ejercicio por estos de lo que es una competencia y responsabilidad del Estado como es la función social de la propiedad, ya que la adjudicación de vivienda social a los ciudadanos que están inmersos en el problema del sinhogarismo no puede hacerse en las espaldas de los propietarios de viviendas, a los que se traslada con esta tesis el concepto de la sinposesión, ya que ambos derechos deben ser resueltos y por distintas vías, a saber:

1. La carencia de vivienda de ciudadanos debe ser resuelta sin hipotecar la inmediata recuperación de inmuebles indebidamente ocupados.
2. Pero el problema es que se sujeta en la reforma de la LEC (arts. 439.6 y 7, 441.1 bis. 5, 6 y 7), que se introduce en la disposición final quinta de la Ley de vivienda, la devolución posesoria a la acreditación de la situación de vulnerabilidad o no vulnerabilidad del ocupante.
3. Se introduce el factor clave en la devolución posesoria a que la Administración haya encontrado un enclave en su disponibilidad de viviendas sociales para permitir un inmediato realojo y hacerlo coincidir con la orden judicial de desalojo.

Estos dos factores acerca de la situación de vulnerabilidad del ocupante y dificultad o retraso de la Administración en encontrar vivienda para el realojo están jugando como factores que retrasan la devolución posesoria y dejan en peor situación el caso de la sinposesión que el de sinhogarismo, ya que la mayoría doctrinal está de acuerdo en que la desprotección en la inmediata devolución posesoria de inmuebles ocupados ilegalmente sitúan las cifras anuales medias en unos 16.000 hechos de ocupación anuales, y con serias dificultades de que estas sean recuperadas en los plazos ágiles de 72 horas que se ponen en práctica en el derecho comparado, donde tan solo se exige la acreditación de la titularidad por el denunciante desposeído y la inexistencia de título alguno para poseer por los ocupantes, pero abstracción hecha de si los ocupantes tienen la categoría de «vulnerables» y sin esperas hasta que la Administración pública competente en esta materia pueda encontrar un realojo.

Pues bien, en cualquier caso, hay que tener en cuenta que la ley lo que lleva a cabo en cuanto a la respuesta que da al fenómeno del sinhogarismo lo refiere tan solo más tarde a las medidas que pueden darse a la hora de que los propietarios de bienes inmuebles reclamen incumplimientos de arrendatarios, pero omite absolutamente el fenómeno de la ocupación de inmuebles. Y conste que podría haberse hecho, ya que se trata de una ley ordinaria que no exige la reforma del Código Penal para hacer frente al problema de los «okupas» de

inmuebles, sino que son medidas de protección y solución que podrían tener su cauce, por ejemplo, en la Ley de enjuiciamiento criminal.

De esta manera, las vías por las que se introducen exigencias en la respuesta que va a dar el propietario ante el fenómeno de la vivienda ocupada lo es en la Ley de vivienda ante casos de viviendas ocupadas en virtud de un contrato de arrendamiento, ya que todas las cuestiones reflejadas luego en la ley lo son en cuanto afectan a la LAU y a la LEC, tanto respecto a contratos de arrendamiento y elevación de las prórrogas forzosas, límites en la subida de precios en el arrendamiento, o los requisitos que debe cumplir un arrendador cuando quiera ejercitar una acción civil ante su arrendatario por la vía del artículo 250.1 de la LEC

Pero para nada se trata de la respuesta ante el fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles que da lugar al concepto que en estas líneas denominamos como el de la sinposesión de inmuebles a los propietarios privados de ella por el hecho de la ocupación de inmuebles, ya lo sea de morada o de vivienda que no constituya tal concepto, y que permite en el primer caso acudir a la vía del allanamiento de morada del artículo 202 del CP, con la amplitud del concepto de morada que recoge el Tribunal Supremo para no circunscribirlo solo al concepto de «residencia habitual», sino a cualquier vivienda del propietario que se ocupe ilegalmente y que esté amueblada y con los servicios dados de alta; es decir, «en disposición de ser usada». Y, por otro lado, acudir a la vía del artículo 245.2 del CP para la usurpación de bien inmueble que no constituya morada.

Hemos visto antes que la única referencia que se hace al tema de la ocupación de inmuebles lo es respecto a una nueva disposición adicional séptima. Quiere esto decir que tan solo establece la necesidad de fijar la referencia al concepto de «dependiente» de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, lo que hace en un solo supuesto en cuanto a los casos del artículo 245.2 del CP y cuando se adopte medida cautelar de desalojo nada más.

Resulta curioso que ello no se extienda a los casos de allanamiento de morada en los que no se va a poder tener en cuenta el concepto de «dependiente» para cuando se adopte la medida cautelar de expulsión cuando el juez de instrucción, o el de guardia, reciban la denuncia del propietario de que han entrado en su morada y vaya a dictar la medida cautelar de expulsión, en cuyo caso los ocupantes ilegales no van a poder alegar en modo alguno el concepto de persona con «dependencia», sino solo cuando la ocupación lo sea de inmueble que no constituya morada y se utiliza la vía del artículo 245.2 del CP.

Esto ya es importante de salida porque acota la respuesta del juzgado solo a estos casos, por lo que no podrá suspender una decisión judicial de lanzamiento de vivienda que constituya morada si el juez lo ha ordenado ante la petición del propietario.

A ello hay que añadir ahora la inclusión en la nueva Ley de medidas de eficacia procesal al servicio de la justicia de una enmienda 270, que se introdujo para dar cauce a incluir un nuevo artículo en la Ley de enjuiciamiento criminal para que los jueces puedan desalojar a

los ocupas en 48 horas máximo «desde la petición a instancia de parte legítima o desde la remisión del atestado policial», siempre que los okupas en ese plazo no acrediten «título jurídico que legitime la permanencia en el inmueble». El texto del nuevo artículo propuesto a incluir en el citado texto es el artículo 544 sexies, y cuyo contenido es el siguiente:

1. En los procesos relativos a allanamientos de morada o usurpación de bienes inmuebles o de un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, el Juez o Tribunal podrá acordar motivadamente el desalojo en el plazo máximo de 48 horas desde la petición a instancia de parte legítima o desde la remisión del atestado policial, sin necesidad de la prestación de caución, si los ocupantes del inmueble no exhibieran en dicho plazo el título jurídico que legitime la permanencia en el inmueble.
2. Cuando con motivo de la adopción y ejecución del desalojo al que alude el apartado primero se pusiera de manifiesto la existencia de personas en riesgo de exclusión social o de especial vulnerabilidad o una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, el Juez o Tribunal lo comunicará inmediatamente a la entidad pública local o autonómica competente en materia de servicios sociales y de protección de menores así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias.

Su objetivo es agilizar las medidas cautelares de expulsión de okupas nada más que se detecte que han entrado en un inmueble ajeno para evitar la prolongación de la permanencia en el mismo y que el propietario recupere de inmediato, en 48 horas, la vivienda por orden del juez de instrucción.

Nótese que en la redacción de esta medida cautelar se extiende su adopción a las denuncias que se dirijan por la vía del artículo 202 del CP, o del 245.2, pero cierto es que lo que se recoge es, simplemente, que se dará traslado a la Administración a fin de que adopte las medidas oportunas, pero –y esto es lo importante– sin derivar de ello la suspensión del lanzamiento hasta que la Administración encuentre una vivienda social en la que proceder al realojo de los ocupantes ilegales.

Con ello, no se va a actuar en la misma medida que en la Ley de vivienda, que sí que recoge en su texto que ocurrirá en los casos de demandas de desahucio en los que se articula una espera hasta que la Administración se pronuncie y encuentre una «solución habitacional», ya que en los casos de ocupación ilegal de inmuebles la expulsión es inmediata, aunque con el matiz que antes hemos visto respecto a los supuestos del artículo 245.2 del CP referidos a la disposición adicional séptima de la Ley de vivienda para cuando se trate de la adopción de medidas cautelares dictadas por el juez de instrucción, lo que excluye, sin embargo, que se pueda tener en cuenta el concepto de «dependiente» para cuando se trate de una ejecución derivada de sentencia firme, ya que la antes citada disposición adicional séptima solo habla de «medidas cautelares» y la necesidad de atender al concepto de «dependiente».

En cualquier caso –y esto es importante–, debemos hacer notar que al igual que ocurre en el caso del artículo 544 sexies de la LECrim. en la disposición adicional séptima de la Ley de vivienda la adopción de una medida cautelar de expulsión dictada por el juez de instrucción tampoco conllevará la suspensión del lanzamiento, sino que simplemente se dará traslado a la Administración pública competente para que sepa y tenga conocimiento de que se va a proceder a una expulsión por medida cautelar dictada ante procedimiento por delito leve del artículo 245.2 del CP, en el que pueda existir situación de «dependencia» de los ocupantes si estos lo han alegado cuando se les ha dado traslado de la necesidad de su expulsión y que se va a ejecutar una medida cautelar de desalojo.

La disposición adicional séptima no afecta, en consecuencia, a las denuncias que se interpongan por la vía del artículo 202 del CP, ya que las medidas cautelares que se dicten por el juez de instrucción no conllevarán la necesidad, al no fijar la disposición adicional séptima de la Ley de vivienda que se dé traslado a la Administración competente en materia de vivienda a fin de que se pueda realojar a los ocupantes, quedando en la decisión del juez de instrucción el que a su criterio pueda llevarlo a cabo para evitar situaciones de vulnerabilidad ante la expulsión, pero advirtiendo a la Administración de forma urgente que se ha fijado fecha para la expulsión y que es improrrogable, no pudiendo suspenderse en modo alguno el lanzamiento de la medida cautelar, porque la normativa no lo establece en modo alguno. Ni para el caso de las denuncias por la vía del artículo 245.2 del CP, ni para las del artículo 202 del CP.

## **4. Consejos ante el supuesto de ocupación ilegal de inmueble**

### a) Allanamiento de morada

Ante un caso de ocupación ilegal de inmueble que constituya morada se habrá cometido un delito del artículo 202 del CP.

Si la ocupación ha sido inmediata antes del transcurso de 24 horas, podrían ponerse los hechos en conocimiento de la policía, dando cuenta de la inmediatez de la ocupación para alegar el concepto de flagrancia e instar que se pueda entrar sin necesidad de orden judicial. Es requisito, en consecuencia, dar cuenta a los agentes de la inmediatez de la entrada para que se excluya la necesidad de orden judicial. Sería aconsejable aportar alguna prueba como la de algún vecino que lo haya presenciado para que los agentes puedan realizar con seguridad la entrada en el inmueble sin orden judicial. Ahora bien, si la policía tiene dudas, evitará el acceso e interesará la orden judicial del juez instructor, ante el que habría que presentar la correspondiente denuncia en el juzgado de guardia.

Si la ocupación ya es permanente y se produjo más allá del concepto de la inmediatez lo más inmediato sería presentar la denuncia ante el juez de guardia, aportando datos

que prueben la titularidad del inmueble. Serían suficientes extractos de pagos de servicios como luz, agua, gas, etc.

Se haría constar en la denuncia la inexistencia de autorización y la petición de que se adopte la medida cautelar de expulsión al tratarse de morada (puede ser primera o segunda residencia), ante la urgencia de recuperar la posesión.

Si los okupas han causado daños en el inmueble, se haría constar, así como si están causando molestias la referencia de los vecinos que han conocido de las molestias para apoyar la adopción de la medida cautelar. Puede ser aconsejable, por ejemplo, que el presidente de la comunidad pudiera también comparecer para explicar la existencia de las molestias, daños, enganches ilegales de luz, etc. para avalar la adopción de la medida cautelar.

Se haría constar en la denuncia la no necesidad de estar a la espera de la vulnerabilidad o dependencia de los okupas, al no estar contemplado en la normativa la exigencia de suspensión del lanzamiento en estos casos, sino tan solo en los casos de arrendamiento, pero no en los de ocupación de bienes inmuebles. O en su caso que solo lo prevé la antes citada disposición adicional séptima de la Ley de vivienda en los supuestos del artículo 245.2 del CP, pero no en los del artículo 202 del CP.

## b) Usurpación de bien inmueble

En los casos de bienes que no constituyan morada y estén, por ello, vacíos y sin servicios dados de alta, del mismo modo habrá que presentar pruebas de la titularidad del inmueble, siendo posible, si no se dispone del documento de la titularidad, como puede ser la escritura de propiedad, aportar los recibos que puedan acreditar que cuando estaban los servicios de alta le corresponden a ese inmueble y a su titularidad. Pero lo más acertado es que dado que no es morada, ese documento lo tendrá el propietario en su inmueble donde reside.

Se puede instar la medida cautelar de expulsión si se alegara la urgencia de la recuperación posesoria, tal como que el inmueble está en alquiler en agencia, aportando el contrato pactado con la agencia para que esté en alquiler o venta, a fin de acreditar la exigencia de la adopción de la medida cautelar.

En este caso podría indicarse que de adoptarse la cautelar se comunique de inmediato a la Administración la fecha de lanzamiento a los efectos de la disposición adicional séptima de la Ley de vivienda, pero –y esto es importante– haciendo constar en el escrito que en ningún caso se suspendería la entrega de la posesión por la circunstancia de que la Administración no haya encontrado realojamiento a los que ocupan el inmueble de forma ilegal.

Esto se alegaría también en los casos de delito de allanamiento de morada antes visto, a fin de reclamar del juez de guardia que se pueda fijar la cautelar urgente de expulsión sin que tenga ningún efecto suspensivo del lanzamiento el traslado a la Administración.



Podría ocurrir que en estos casos el juez de guardia lo remita a reparto al juez que por turno le pueda corresponder, pero para evitarlo se debe hacer constar la urgencia de la expulsión, dando cuenta en la denuncia de las razones motivadas de la recuperación posesoria. Y en el caso de que se traslade al juez de instrucción al que le corresponda por turno presentar nuevo escrito urgente al juez para insistir en la adopción de la cautelar de expulsión evitando la perpetuación de la posesión ocupada.

Debemos hacer notar que no todos los casos de ocupación ilegal son iguales y que para poder instar medidas cautelares es preciso explicar de forma detallada y motivada las razones de la urgencia en recuperar la posesión del inmueble, tanto en los casos del artículo 202 del CP como en los del artículo 245.2 del CP.

En tanto en cuanto las razones sean contundentes y explicativas, la cautelar debería ser estimada, lo que concurrirá en mayor medida en casos de inmuebles que son morada, y, sobre todo, si al hecho de la ocupación se añade la referencia de otros delitos que se hayan podido cometer y que avalan la cautelar de expulsión inmediata.

**Vicente Magro Servet.** Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Es autor y coautor de 81 libros de derecho y autor de 1.545 artículos doctrinales en distintas revistas jurídicas especializadas. Es doctor en Derecho con la tesis doctoral «Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres» y, entre otras condecoraciones, es poseedor de la cruz de honor de san Raimundo de Peñafort. <https://orcid.org/0000-0002-3341-4643>





# Las sanciones administrativas de la Ley de seguridad ciudadana y otras consecuencias no sancionadoras. Una mirada al ordenamiento italiano

**Carmen Martín Fernández**

*Doctora en Derecho  
Profesora de Derecho Administrativo.  
Universidad de Córdoba (España)*

[carmen.martin@uco.es](mailto:carmen.martin@uco.es) | <https://orcid.org/0000-0003-0118-7746>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito Domínguez, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

## Extracto

Se analiza, con una visión crítica, el catálogo de sanciones previsto en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. A propósito de este estudio, se pone de manifiesto que algunas de las sanciones accesorias previstas en esta ley parecen más enfocadas a garantizar la seguridad ciudadana que a castigar al sujeto infractor. Igualmente, se sugiere la posibilidad de que el legislador prevea algunas sanciones no pecuniarias, sobre todo cuando se trata de reprimir conductas de menores de edad o sujetos insolventes. A la vez que se realiza este estudio, se lleva a cabo una comparación con el ordenamiento jurídico italiano, donde se apuesta mucho más por la prevención y limitación que por la sanción, también en el ámbito de la seguridad ciudadana. En último lugar, se analizan algunas medidas limitativas previstas en las leyes italianas para evitar perturbaciones del orden público y se plantea su viabilidad en el ordenamiento español.

**Palabras clave:** seguridad ciudadana; sanciones administrativas; medidas de restablecimiento de la legalidad; DASPO urbano.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-07-2023

**Cómo citar:** Martín Fernández, C. (2023). Las sanciones administrativas de la Ley de seguridad ciudadana y otras consecuencias no sancionadoras. Una mirada al ordenamiento italiano. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 270, 53-82. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19091>



# The administrative sanctions of the citizen security Law and other non-punitive consequences. A comparison with the Italian legal system

Carmen Martín Fernández

This paper has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Nicolás González-Deleito Domínguez, Mr. José Damián Iranzo Cerezo, Mr. Fabio Pascua Mateo y Mr. Ángel José Sánchez Navarro.

## Abstract

This paper makes a critical analysis of the catalogue of sanctions provided for in Organic Law 4/2015, of 30 March, on the protection of citizen security. This study shows that some of the accessory penalties provided for in this law seem to be more focused on guaranteeing citizen security than on punishing the offender. It also suggests the possibility of providing some non-pecuniary sanctions by the legislator, especially when it is about repressing the conduct of minors or insolvent subjects. At the same time, a comparison with the Italian legal system is made. There, the prevention and limitation are much more important than punishment, also in the citizen security area. Finally, the paper makes an analysis of some of the restrictive measures provided for in Italian law to prevent disturbances of public order and considers their viability in the Spanish legal system.

**Keywords:** Citizen security; administrative sanctions; legality restoration; urban DASPO.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-07-2023

**Citation:** Martín Fernández, C. (2023). Las sanciones administrativas de la Ley de seguridad ciudadana y otras consecuencias no sancionadoras. Una mirada al ordenamiento italiano. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 270, 53-82. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19091>



## Sumario

1. Introducción: sanción versus limitación
2. Las sanciones que prevé la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
  - 2.1. Las sanciones pecuniarias previstas en la LOPSC
  - 2.2. Las sanciones accesorias previstas en la LOPSC
3. Un régimen sancionador alternativo donde la multa no sea la protagonista es posible
4. Otras consecuencias no sancionadoras: el restablecimiento de la legalidad y la indemnización de daños y perjuicios
5. Otras posibles consecuencias no sancionadoras: la orden de alejamiento y la prohibición de acceder a determinados espacios públicos. La experiencia italiana
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

**Nota:** Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía «La nueva seguridad pública, Derecho Administrativo sancionador y Estado de Derecho en Europa» (ref. ProyExcel\_00903). Algunas de las reflexiones aquí recogidas han sido fruto de la tesis doctoral de la autora, publicada por la editorial Aranzadi con el título *El régimen sancionador de la seguridad ciudadana*.

## 1. Introducción: sanción versus limitación

No siempre la diferencia entre una sanción y otro tipo de medida es clara. Fundamentalmente porque el contenido de las sanciones puede no diferenciarse en nada del de otros actos no sancionadores. En otras palabras: dado que cualquier gravamen puede ser tipificado legalmente como una sanción administrativa o como otro tipo de medida, la determinación de si ese gravamen es o no una sanción resulta, en ocasiones, compleja. Sobre todo, cuando el legislador no establece de forma clara su naturaleza. Para hacerlo, creo que habría que analizar caso por caso la medida aflictiva y concluir que se trata de una sanción si se impone como consecuencia de una conducta ilícita, causa un perjuicio y tiene carácter retributivo (Rebollo Puig, 2021, p. 54). Lo mismo se ha concluido en Italia. Según Cimini, habría que reconocer carácter sancionador a las medidas *interdictivas* que reúnan los siguientes requisitos: 1) se imponen como consecuencia de la comisión de una infracción; 2) persiguen el objetivo de castigar al autor del ilícito; y 3) no persiguen directamente un determinado interés público (Cimini, 2017, p. 75). Si todas esas condiciones concurren, entonces, con independencia del *nomen iuris* dado por el legislador a la medida, habrá que reconocer que la misma constituye una sanción administrativa. El problema es que, en ocasiones, el legislador califica de sanción medidas en las que no concurren todas esas características.

En función de su contenido, podemos establecer una distinción entre las sanciones *interdictivas* o prohibitivas, que consisten en la privación de un derecho o en la prohibición de realizar cierta actividad, y las sanciones pecuniarias, que imponen un deber antes inexistente de pagar cierta cantidad. También en Italia se establece esta diferenciación. Travi explica que, junto a las multas, las sanciones administrativas interdictivas (*sanzioni amministrative interdictive*) son aquellas sanciones que inciden directamente sobre el ejercicio de un derecho por parte del transgresor de un precepto, así como aquellas que inciden directamente sobre actos administrativos que consienten al transgresor llevar a cabo una determinada actividad, ejercer un derecho o disfrutar de particulares beneficios (Travi, 1983, p. 136).

En España, lo habitual es que el legislador prevea sanciones, sobre todo multas, pero también algunas sanciones prohibitivas, ya sean configuradas como principales o como

accesorias. Lo extraño es que una ley contemple la imposición de consecuencias no sancionadoras. El problema es que el legislador peca tanto por defecto como por exceso: «por defecto, al no prever medidas administrativas no sancionadoras tendentes simplemente a restablecer la legalidad [...]. Y por exceso, en cuanto que califica de sanciones medidas que no tienen carácter de tales» (Nieto, 2012, p. 160). Es decir, nuestro legislador prevé muchas sanciones y pocas medidas administrativas de gravamen no punitivas. Y lo hace incluso cuando no es necesario. Por ejemplo, la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC) prevé en su artículo 39.2 la retirada de las armas y de las licencias correspondientes a las mismas como una sanción accesoria para aquellos casos en los que se haya impuesto una multa por haber cometido alguna de las infracciones previstas en dicha ley. Sin embargo, habría sido perfectamente posible que el legislador hubiera previsto esa retirada de las armas y de las licencias como una medida no punitiva de limitación. De hecho, en la mayoría de los casos procederá la revocación de la licencia de armas, en virtud, directamente, del artículo 97.5 del Reglamento de armas. Es decir, sería más que legítimo que en los casos en que se haya impuesto una sanción a un sujeto por cometer una infracción de seguridad ciudadana se le retiraran dichas armas y sus licencias respectivas, incluso aunque la infracción cometida no haya guardado relación alguna con las armas en sí y haya consistido, simplemente, en oponer resistencia a los agentes de la autoridad, pues de ello podría deducirse cierta peligrosidad del sujeto y, por ende, que el mismo no es apto para la tenencia de esas armas. En definitiva, los casos en los que procedería la sanción accesoria parecen los mismos que en los que procedería la mera revocación de la licencia, y ello parece indicar que quizás esa sanción accesoria no debería haber sido calificada como tal, pues no parece que persiga fundamentalmente castigar al sujeto, sino, más bien, proteger la seguridad ciudadana. La consecuencia de este modo de proceder es que, para imponer una determinada medida, la Administración se ve obligada a respetar todas las garantías y derechos fundamentales que rigen en el procedimiento administrativo sancionador cuando, en puridad, nada de ello sería necesario si la misma no se hubiera configurado como una sanción. Cabría decir que no solo supone un obstáculo carente de sentido «extender más allá de las verdaderas sanciones el régimen de estas» (Rebollo Puig, 2021, p. 43), sino también calificar de sanción una medida que realmente no tiene por qué calificarse de punitiva.

En Italia sucede todo lo contrario: mientras en el ámbito del derecho penal esas medidas *interdictivas* normalmente son previstas como un castigo accesorio a la pena principal –siendo, además, señaladas como especialmente útiles por la doctrina penalista para la prevención de ciertos ilícitos–, en el ámbito del derecho administrativo no se les suele reconocer naturaleza punitiva (Travi, 1983, pp. 138-139)<sup>1</sup>. En resumidas cuentas, lo que ocurre en

<sup>1</sup> «Il problema di fondo è costituito dal fatto che nel nostro ordinamento, come si è già visto, si riscontrano previsioni di misure amministrative con contenuto analogo a quello delle sanzioni interdittive penali (e che si traducono nella perdita di capacità, nella decadenza da un ufficio, nella chiusura di un esercizio o nella cessazione di un'attività, nella sospensione o nella revoca di un'autorizzazione, ecc.)».

Italia es que el legislador suele prever con carácter de medida administrativa preventiva o de restablecimiento de la legalidad lo que en derecho penal serían penas accesorias. Es decir, que, al contrario de lo que sucede en España, normalmente el cierre de un establecimiento o la prohibición de llevar a cabo una determinada actividad de forma temporal o definitiva rara vez se contempla como una sanción administrativa, sino como una medida administrativa de naturaleza no punitiva. La doctrina califica de problemático este fenómeno porque, en sus propias palabras, «*all'esclusione del carattere sanzionatorio rispetto a una certa misura amministrativa fa riscontro in generale una attenuazione delle garanzie per il soggetto passivo*» (Travi, 1983, pp. 144-145). Sucede, como en nuestro ordenamiento, que la consecuencia directa de calificar una medida como sanción es un incremento de garantías para el ciudadano durante el proceso de imposición, y viceversa, pues no reconocer naturaleza punitiva a cierta medida desfavorable supone, al mismo tiempo, no reconocer ciertas garantías y derechos procedimentales a los ciudadanos. No obstante, no parece que este fenómeno sea problemático en sí mismo. Al contrario, evita las disfuncionalidades que surgen en nuestro país cuando el legislador califica de sanción una medida limitativa no necesariamente punitiva. Lo que sí es cierto es que en Italia se practica el otro extremo, y es que en algunas ocasiones el legislador italiano oculta verdaderos castigos tras medidas preventivas.

Lo ideal sería encontrar una vía ecléctica entre la solución española y la italiana, de modo que el legislador previera como sanción administrativa aquellas medidas de gravamen impuestas a los sujetos que cometen una infracción con la única finalidad de castigarlos, reservando al ámbito no punitivo aquellas otras consecuencias que quiera prever como respuesta a la comisión de la infracción para la protección de los intereses generales. En este sentido, es fundamental tener en cuenta que el efecto disuasorio no solo se consigue a través de la imposición de multas, sino también con sanciones de diferente contenido y con otras medidas no sancionadoras, como el restablecimiento de la legalidad y el resarcimiento de los daños causados (Cano Campos, 2018, p. 124).

## **2. Las sanciones que prevé la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana**

En la LOPSC se prevé como sanción principal la multa y, para ciertas infracciones, se prevén también una serie de sanciones accesorias.

### **2.1. Las sanciones pecuniarias previstas en la LOPSC**

Con relación a las sanciones pecuniarias, el artículo 39.1 de la LOPSC establece: «Las infracciones muy graves se sancionarán con multa de 30.001 a 600.000 euros; las graves, con multa de 601 a 30.000 euros, y las leves, con multa de 100 a 600 euros». Como vemos, al igual que la mayoría de leyes sectoriales y al contrario de lo que hace el Código Penal,

la LOPSC no determina, en primer lugar, cuáles son los castigos más o menos graves y en función de eso califica las infracciones, sino que lo hace al revés y establece cuáles son las infracciones más graves y cuáles las menos graves, para después pasar a prever una determinada sanción para cada tipología. Lo cierto es que este modo de proceder complica mucho la comparación de la gravedad de distintas normas sancionadoras, pues la sanción leve que prevé una ley puede ser más grave que la sanción grave de otra ley o la sanción muy grave que establece una ley resultar más grave que la pena prevista por el Código Penal. Como consecuencia, tanto para resolver los concursos de infracciones como para establecer cuál es la ley sancionadora más favorable cuando se producen cambios normativos y procede la aplicación del principio de la retroactividad *in melius*, hay que llevar a cabo un complejo proceso comparativo en el que la naturaleza y la gravedad de los castigos no son equiparables. Quizás sería mejor que, al igual que ocurre en el ámbito penal, en el derecho administrativo sancionador una ley reguladora de la potestad sancionadora determinara, en abstracto, cuáles son las sanciones más graves, graves y leves. A partir de esa base, cada ley sectorial definiría los tipos infractores y las consecuencias sancionadoras de los mismos, que quedarían clasificadas en función de lo dispuesto por la ley general. De esta forma se conseguiría homogeneizar la gravedad de las sanciones administrativas y se permitiría la comparación de sanciones de distinta naturaleza, lo que a su vez facilitaría la comparación de las sanciones administrativas y las penas.

Pero es que, además, esta forma de asignar los castigos es algo burda, pues no se atiende a la singularidad de los tipos infractores, sino que se establecen determinadas sanciones para grandes grupos de infracciones, por lo que el resultado suele ser amplias horquillas sancionadoras de dudosa compatibilidad con el principio de tipicidad (Izquierdo Carrasco, 2001, p. 220), como las previstas por la LOPSC, sobre todo con relación a las infracciones muy graves y graves. Para tratar de compensar la inseguridad jurídica que comporta la amplitud de esos márgenes, el artículo 39.1 establece una serie de tramos:

- Para las infracciones muy graves, el grado mínimo comprende la multa de 30.001 a 220.000 euros; el grado medio, de 220.001 a 410.000 euros; y el grado máximo, de 410.001 a 600.000 euros.
- Para las infracciones graves, el grado mínimo comprende la multa de 601 a 10.400; el grado medio, de 10.401 a 20.200 euros; y el grado máximo, de 20.201 a 30.000 euros.

De esta manera, el legislador reduce el margen de discrecionalidad del que goza el órgano sancionador para determinar la sanción procedente en el caso concreto y se realiza una primera aplicación, aunque abstracta y genérica, del principio de proporcionalidad, lo que parece positivo; pero lo cierto es que también se reduce la posibilidad de modular la cuantía de la sanción a imponer en virtud de ese mismo principio, que en ciertos casos quizás aconsejaría la fijación de la sanción en una cuantía inferior al límite mínimo de la horquilla prevista por la ley para la categoría de infracción de que se trate, sobre todo si se tiene en

cuenta la diversidad de los tipos infractores que pertenecen a la misma categoría. A estos efectos, resulta de aplicación el artículo 29.4 de la Ley del régimen jurídico del sector público (LRJSP)<sup>2</sup>, que prevé precisamente la posibilidad de que el órgano sancionador aplique las sanciones en el grado inferior cuando así lo aconseje la debida adecuación entre la sanción con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes. En todo caso, lo que es evidente es que, ante márgenes sancionadores tan amplios, cobra gran importancia el principio de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones en cada caso concreto (Rebollo Puig, 2016, p. 449).

Para guiar la aplicación de ese principio de proporcionalidad, el artículo 33.2 de la LOPSC dispone que, en cada grado, para la individualización de la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- La entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública.
- La cuantía del perjuicio causado.
- La trascendencia del perjuicio para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana.
- La alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento a la población de bienes y servicios.
- El grado de culpabilidad.
- El beneficio económico obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción.
- La capacidad económica del infractor.

Como vemos, se trata de criterios relacionados, fundamentalmente, con la antijuridicidad y la culpabilidad. Ahora bien, es de justicia reconocer el acierto del legislador al reconocer otros aspectos a considerar en la determinación concreta de la sanción, como es la capacidad económica del infractor, sobre todo si se tiene en cuenta que el régimen sancionador de la LOPSC recae, mayoritariamente, por no decir únicamente, sobre personas físicas. Rebollo explica que

si en el Derecho Penal este factor se convierte en determinante a través del sistema de los días-multa, en el Derecho Administrativo sancionador debe tener alguna consideración, sino ya por el principio de proporcionalidad, por el de igualdad, que exige tratar desigualmente a los desiguales (Rebollo Puig, 2016, pp. 456-457).

---

<sup>2</sup> Artículo 29.4 de la LRJSP: «Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior».



No sería equitativa la imposición de idéntica sanción a quien, desde una posición de poder y solvencia económica, solicita servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público (incurriendo con ello en una infracción grave del artículo 36.11 de la LOPSC) y a quien, desde la necesidad y desesperación, los presta en dichas zonas sin atender la orden emitida por los agentes de la autoridad de no hacerlo (incurriendo así en la infracción grave de desobediencia del artículo 36.6 LOPSC).

Igualmente es positiva la inclusión del criterio del beneficio económico obtenido con la comisión de la infracción, no tanto por una cuestión de proporcionalidad, sino de disuasión, pues como explica el mismo autor, mal disuadirán de cometer nuevas infracciones las sanciones que, pese a ser impuestas y ejecutadas, no evitan que el culpable se quede mejor que estaba antes de cometer la infracción y mejor que los que en su misma situación cumplieron la legalidad (Rebollo Puig, 2016, p. 457). No sería disuasoria la imposición de una sanción de multa al propietario de un local que ha tolerado el consumo de drogas en su interior (cometiendo con ello la infracción grave del artículo 36.19 de la LOPSC) que no consiguiera suprimir el beneficio que ha obtenido a través de su conducta ilícita, ni tampoco la imposición de una multa sanción que simplemente lo suprimiera sin suponerle un perjuicio adicional. Aun así, la regulación de la LOPSC no garantiza que las sanciones eliminen siempre el beneficio ilícito obtenido, pues no permite superar el tope superior del grado que corresponda; por ejemplo, si de una infracción grave se trata y no concurren agravantes, la multa máxima será de 10.400 euros, aunque el beneficio sea muy superior. No se conseguirá así lo ordenado por el artículo 29.2 de la LRJSP, salvo quizás que, además de la multa, se acuerde el comiso.

Por otra parte, el órgano sancionador deberá tener en cuenta que, por regla general, y en virtud de ese mismo precepto, la comisión de una infracción determina la imposición de la multa correspondiente en grado mínimo, pues para imponerla en grado medio o máximo la ley exige una serie de requisitos. Para la imposición de la multa en grado medio debe concurrir, al menos, una de las siguientes circunstancias:

- La reincidencia, por la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
- La realización de los hechos interviniendo violencia, amenaza o intimidación.
- La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación.
- Que en la comisión de la infracción se utilice a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o en situación de vulnerabilidad.

Por su parte, la imposición en grado máximo únicamente procederá cuando los hechos revistan especial gravedad y así se justifique teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

Resulta también de aplicación el artículo 29.4 de la LRJSP que, «cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivos de la infracción y las circunstancias concurrentes», permite que el órgano competente para resolver decida «imponer la sanción en el grado inferior». Cuando la LRJSP habla de «grado» en ese precepto no parece que lo haga en el sentido que da a esa expresión el artículo 33.2 de la LOPSC (grado mínimo, medio o máximo dentro de las infracciones leves, graves o muy graves). Entiendo que lo que acepta es la posibilidad excepcional de aplicar a una infracción muy grave las sanciones propias de las graves y a las infracciones graves las previstas para las leves. Es esto lo que puede aceptarse también al aplicar la LOPSC. Aunque si se entiende que permite esto, con más razón hay admitir que también se pueda pasar del grado máximo al medio y del medio al mínimo cuando las circunstancias lo aconsejen para una mejor adecuación al principio de proporcionalidad.

Además, téngase en cuenta que, según el artículo 31.3 de la LOPSC, «cuando una acción u omisión deba tomarse en consideración como criterio de graduación de la sanción o como circunstancia que determine la calificación de la infracción no podrá ser sancionada como infracción independiente». Y que, como proclama la jurisprudencia, el *non bis in idem* prohíbe apreciar como agravante una circunstancia que ya esté implícita en el tipo infractor (Alarcón Sotomayor, 2010, pp. 368-370; Izquierdo Carrasco, 2010, p. 829).

Por otra parte, es de aplicación el artículo 85 de la Ley del procedimiento administrativo común (LPAC), de modo que el reconocimiento de responsabilidad y el pago voluntario permiten al sancionado beneficiarse de las reducciones allí previstas (Sanz Rubiales, 2022, pp. 13-57)<sup>3</sup>.

Con todo esto, puede entenderse que las previsiones sobre multas de la LOPSC satisfacen las exigencias de tipicidad en grado superior al de otras muchas leyes y que, además, aun con el relativismo y subjetividad que esto entraña, no son de cuantía que pueda considerarse en sí misma excesiva y desproporcionada. Cosa distinta es que su aplicación en algunos casos sí pueda serlo, lo que, si siempre censurable, lo será especialmente ante las infracciones en las que esté involucrado el ejercicio de derechos fundamentales, singularmente, por referirme a los más afectados por algunas infracciones de la LOPSC, las libertades de reunión y manifestación y la de expresión. A este respecto puede jugar la doctrina del efecto desaliento, pues una multa elevada en supuestos de infracciones colindantes con el ejercicio de un derecho fundamental podría disuadir su legítimo ejercicio. En tales hipótesis, la Administración deberá extremar la moderación y sobre todo cumplir con especial celo su deber de motivación. Es precisamente lo que viene exigiendo reiteradamente el Defensor del Pueblo en los informes anuales que ha realizado desde el año 2016 hasta el 2019<sup>4</sup>. En todos

<sup>3</sup> En particular, p. 21, donde el autor dice que «el artículo 85 LPAC establece esta técnica con carácter general y obligatorio para todos los regímenes sancionadores sectoriales».

<sup>4</sup> Disponibles en: [https://www.defensordelpueblo.es/informes/resultados-busqueda-informes/?tipo\\_documento=informe\\_anual](https://www.defensordelpueblo.es/informes/resultados-busqueda-informes/?tipo_documento=informe_anual)

ellos, el Defensor del Pueblo ha exigido que cuando se sancionen infracciones cometidas con ocasión del ejercicio de un derecho fundamental se considere expresamente la afectación de ese derecho fundamental, se realice una rigurosa ponderación de la norma sancionadora y se motive la constitucionalidad de la sanción impuesta<sup>5</sup>. En cualquier caso, el control judicial deberá ser en estos casos especialmente escrupuloso y tiene armas –las generales y las que específicamente aporta la propia LOPSC– para conseguir que las sanciones sean proporcionadas y no tengan ese indeseable efecto desaliento del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales, conservando, eso sí, su valor disuasorio (a fin de cuentas, el fin de prevención general y especial) frente a lo que son comportamientos que superan los límites de esos derechos y comprometen la seguridad ciudadana.

## 2.2. Las sanciones accesorias previstas en la LOPSC

Con relación a las sanciones accesorias, el artículo 39.2 de la LOPSC dispone:

La multa podrá llevar aparejada alguna o algunas de las siguientes sanciones accesorias, atendiendo a la naturaleza de los hechos constitutivos de la infracción:

- a) La retirada de las armas y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas.
- b) El comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción y, en su caso, de los efectos procedentes de esta, salvo que unos u otros pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable de dicha infracción que los haya adquirido legalmente. Cuando los instrumentos o efectos sean de lícito comercio y su valor no guarde relación con la naturaleza o gravedad de la infracción, el órgano competente para imponer la sanción que proceda podrá no acordar el comiso o acordarlo parcialmente.
- c) La suspensión temporal de las licencias, autorizaciones o permisos desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses para las infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en el capítulo IV de esta Ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves.
- d) La clausura de las fábricas, locales o establecimientos, desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses por infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en el capítulo IV de esta Ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves.

---

<sup>5</sup> Informe anual 2016, p. 209; informe anual 2017, p. 216; informe anual 2018, pp. 165-166; e informe anual 2019, p. 125.

En puridad, aunque en la práctica su imposición junto con la multa constituye un supuesto de sanciones acumulativas, se trata de sanciones adicionales, pues el legislador deja en manos de la Administración la decisión final de su imposición en función de las circunstancias del caso (Izquierdo Carrasco, 2001, pp. 211-213). De hecho, ni siquiera aclara la ley qué condiciones deben concurrir para que proceda su imposición. El precepto establece: «La multa *podrá* llevar aparejada alguna o algunas de las siguientes sanciones accesorias, atendiendo a la naturaleza de los hechos constitutivos de la infracción», pero no dice nada más. Muchas leyes solo prevén las sanciones accesorias para las infracciones muy graves o para estas y para las graves, no para las leves. Pero en el artículo 39.2 de la LOPSC aparecen como posibles, al menos las de sus apartados a) y b), incluso para las leves. Y tampoco parece necesario que las multas se hayan impuesto en su cuantía superior. Es más, a este respecto, sorprendentemente desaparece por completo la relación entre su imposición y los grados mínimos, medio y máximo de que habla el artículo 33.2 LOPSC, que solo se utilizan para la cuantía de las multas. Y tampoco hay tal delimitación en cuanto al género de infracciones que pueden ser acreedoras de estas infracciones accesorias por su naturaleza o contenido. Solo las sanciones enunciadas en las letras c) y d) del artículo 39.2 de la LOPSC se circunscriben a las infracciones en las materias del capítulo IV de la ley. Así, parece que cabrá imponer la suspensión temporal de autorizaciones ante las infracciones de los artículos 35.2, 35.3, 36.12, 36.13, 36.19, 36.20 y 37.9. Y la clausura de fábricas, locales o establecimientos parece ser posible para sancionar las infracciones de los artículos 35.2, 36.12, 36.13, 36.19, 36.20 y 37.9. Con todo, no resulta muy segura esa determinación y acaso no ante todas las infracciones que, *grosso modo* acabo de acotar, quepa acordar esas sanciones, ni descarto por completo que sean pertinentes ante alguna otra. Sea como fuere, ni siquiera eso se establece para las sanciones de las letras a) y b) del artículo 39.2 de la LOPSC. Por lo que respecta a la sanción de la letra a), en principio cabe pensar –y no sería irrazonable– que la retirada de armas y de licencias de armas cabe ante cualquier infracción, aunque no tenga que ver con las armas. Por ejemplo, y por irme a una muy alejada de las armas, ante la «realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual» (art. 37.5 LOPSC), ¿cabría imponer esta sanción accesoria? No lo veo imposible ni disparatado. Pero también se puede sostener que esta sanción solo es pertinente cuando la infracción cometida ha guardado relación con las armas (tipos de los arts. 35.2, 36.10, 36.12 y 37.8), es decir, cuando el arma se ha utilizado para cometer la infracción o cuando ha sido el objeto con el que se ha llevado a cabo la conducta típica. La ley no permite una respuesta segura. Por último, en cuanto a la sanción de comiso, nada indica la LOPSC sobre las infracciones ante las que procede. Parece que cabrá claramente para castigar las infracciones relativas a las drogas (sobre todo las que tipifican los arts. 36.16 y 36.18, consistentes en el consumo y el cultivo ilícito de drogas), pero también con relación a aquellas tipificadas en los artículos 35.4, 36.14, 37.2 y 37.16 de la LOPSC, para privar a los sujetos responsables de los dispositivos utilizados para proyectar haces de luz sobre los conductores, los uniformes, insignias o condecoraciones oficiales o réplicas utilizados, los objetos peligrosos para la vida exhibidos y los animales abandonados, respectivamente. Pero en otros casos resulta más dudoso: por ejemplo, ¿cabrá también el comiso de embarcaciones de alta velocidad

y aeronaves ligeras ante la infracción del artículo 36.22?<sup>6</sup>. Por otra parte, si se admitiera el comiso del beneficio ilícito obtenido, lo que no cabe descartar radicalmente y con total seguridad, según antes dije, entonces esta sanción accesoria pudiera ser procedente para otras muchas y muy variadas infracciones.

En definitiva, podría pensarse que esta forma de prever sanciones accesorias es contraria al principio de tipicidad de las sanciones, pues se deja «a la libre decisión de la Administración la facultad de imponerlas o no en un supuesto concreto» (Izquierdo Carrasco, 2001, p. 214). En todo caso, como expresa la jurisprudencia, la Administración tendrá que concretar las razones que concurren en el caso concreto para la imposición de la sanción accesoria, sin ser suficiente la alusión genérica a «la especial gravedad de los hechos» o «la repercusión social de la conducta»<sup>7</sup>.

La última cuestión es la de la extensión de estas sanciones accesorias en cada caso. Nada hay que decir respecto a la sanción de la letra a): si se acuerda la retirada de armas o de las autorizaciones correspondientes, esa retirada tiene, por su naturaleza, duración indefinida, sin que quepa aquí plantearse que se adopte con más o menos duración. En cuanto a la sanción de la letra b), debe observarse que se permite el comiso parcial en determinadas circunstancias. Encuentra aquí la Administración un cierto margen para aplicar las sanciones con una u otra extensión según lo que resulte más ajustado al principio de proporcionalidad. Finalmente, para las sanciones accesorias de las letras c) y d), hay una regulación precisa. Si se trata de infracciones graves, cabe como máximo acordar la suspensión temporal de licencias y la clausura de establecimientos por seis meses: por tanto, hay que entender que es posible entre un día y seis meses. No es ociosa la precisión porque, como dije antes, una suspensión o una clausura por tiempo brevísimo (incluso un solo día) puede resultar más apropiada y menos dañina para otros intereses que las de larga duración. Si se trata de infracciones muy graves, pueden acordarse, según la literalidad de la ley, por tiempo comprendido entre seis meses y un día y dos años. Pero no veo imposible que, incluso tratándose de infracciones muy graves, quepa imponerlas por tiempo inferior a seis meses. Además de la posibilidad de acudir al artículo 29.4 de la LRJSP, hay que pensar que si el artículo 39.2 de la LOPSC da margen para imponer o no las sanciones accesorias, aunque se esté ante una infracción muy grave, no tiene sentido que no se lo dé para imponerla por tiempo inferior a seis meses. Por último, cabe imponer la suspensión de

<sup>6</sup> En la LOPSC estaba expresamente prevista en su artículo 28.1 c): «Incautación de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de las infracciones, y, en especial, de las armas, de los explosivos, de las embarcaciones de alta velocidad o de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

<sup>7</sup> Vid., entre otras, la STSJ de Galicia núm. 497/2016, de 20 de julio (JUR\2016\190736). En virtud de ese razonamiento, la sentencia dejó sin efecto la sanción accesoria de prohibición de entrada en recintos deportivos durante seis meses impuesta por la Administración en virtud del artículo 24.3 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, puesto que el precepto la prevé como una sanción accesoria potestativa y la Administración en el caso concreto no motivó suficientemente su imposición, sino que simplemente se limitó a aludir a «las circunstancias producidas».

autorizaciones y la clausura hasta por seis años en caso de reincidencia. Hay que entender aquí por reincidencia lo mismo que en el artículo 33.2 de la LOPSC, esto es, «la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa». Esta reincidencia tendría, pues, dos funciones: una, a efectos de fijar el importe de la multa, pasando del grado mínimo al medio o del medio al máximo; y otra, a efectos de determinar la extensión de estas sanciones accesorias. Doble función a la que no cabe hacer reparos: ni es contraria al artículo 31.3 de la LOPSC, ni a la jurisprudencia que prohíbe apreciar como agravante una circunstancia que ya esté implícita en el tipo infractor.

En resumen, a mi parecer, lo más problemático de este catálogo de sanciones accesorias es que detrás de muchas de ellas puede atisbarse una finalidad tuitiva del interés general que trasciende la finalidad represiva que caracteriza a las sanciones administrativas. De hecho, creo que podría discutirse que algunas de esas sanciones accesorias tengan verdaderamente naturaleza punitiva. Es lo que ocurre, a mi juicio, con el decomiso, aunque no se trata de una cuestión pacífica (Izquierdo Carrasco, 2001, pp. 216-217). Creo que lo ideal sería que todas estas consecuencias, o al menos algunas de ellas, no se configuraran como sanción administrativa sino como otro tipo de medidas de gravamen impuestas para garantizar el interés general. Obviamente con su imposición se perjudica al interesado, pero creo que la finalidad principal perseguida con las mismas no es castigar, sino velar por la seguridad ciudadana, siendo el perjuicio irrogado al particular un mero efecto colateral<sup>8</sup>.

Rebollo ya advirtió lo erróneo y grave que resulta para el interés general aplicar el régimen especialmente garantista que prevé la LRJSP para las sanciones administrativas a otras medidas administrativas que, por muy perjudiciales que resulten para los afectados, no son propiamente sanciones (Rebollo Puig, 2016, pp. 350-351). Además, el propio TEDH, en diversas sentencias a propósito de delimitar los castigos de otros tipos de medidas afflictivas, viene sosteniendo que la diferencia principal no radica en la gravedad de los perjuicios causados con la imposición de la medida, sino en la finalidad perseguida con la misma<sup>9</sup>. Solo las medidas que persiguen deliberadamente causar un perjuicio a su destinatario, es decir, que persiguen una finalidad punitiva, pueden definirse como «penas» a efectos de la CEDH. Al contrario, hay que excluir de este concepto de «pena» aquellas medidas que tienen una finalidad preventiva o reparatoria.

<sup>8</sup> En Italia se llegaría a la misma conclusión, pues «secondo la ricostruzione più autorevole -quella di Zanobini- la sanzione amministrativa è una "pena in senso tecnico", e, per questa sua caratteristica di pena, non può essere assimilata a strumenti principalmente diretti a conservare o a ripristinare interessi sostanziali lesi dall'infrazione» (Cimini, 2017, p. 32).

<sup>9</sup> SSTEDH de 21 de febrero de 1984, caso *Öztürk contra Alemania*; 25 de agosto de 1987, caso *Lutz contra Alemania*; 9 de noviembre de 1999, caso *Varuzza contra Italia*, y 4 de octubre de 2007, caso *Anghel contra Rumanía*.

### 3. Un régimen sancionador alternativo donde la multa no sea la protagonista es posible

La LOPSC consagra la multa como el prototipo de sanción administrativa. De hecho, sea cual sea la infracción que se cometa, el castigo aplicable será una multa. Puede que a esa multa le acompañe cierta sanción accesoria que no sea pecuniaria, pero no necesariamente. Es decir, que el sujeto que comete una infracción de seguridad ciudadana tendrá que abonar, en todo caso, una cierta cantidad de dinero, salvo que se trate de un menor que haya cometido una infracción en materia de consumo o tenencia de drogas y que se haya activado la previsión de la disposición adicional quinta de la LOPSC, con la suspensión de la multa y su sustitución por un tratamiento de deshabituación.

Esto puede tener sentido con relación a la mayor parte de los tipos previstos en la LOPSC, pero lo cierto es que algunos de ellos se prestarían a un castigo alternativo, quizás más adecuado, eficaz, proporcional y disuasorio. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las infracciones consistentes en dañar o deslucir bienes de uso o servicio público, en provocar un entorpecimiento o el mal funcionamiento de los servicios públicos o de emergencia, en causar desórdenes en espacios públicos o en impedir a la autoridad ejercer sus competencias. Obviamente siempre depende del caso concreto, pero en ciertos supuestos –sobre todo cuando se trata de menores de edad o de personas con escasez de recursos económicos– quizás sería más conveniente suspender la multa e imponer alternativamente otro tipo de sanción, como la obligación de realizar actividades en beneficio de la comunidad. En todo caso, al igual que sucede en el ámbito penal, sería necesario que el obligado prestara su consentimiento, pues de lo contrario se trataría de trabajos forzados, prohibidos por el artículo 25.2 de la CE.

En otras ocasiones –cuando no se trate de menores ni de personas insolventes– a lo mejor sería conveniente prever estas sanciones como accesorias. Es lo que hace con carácter general el artículo 24.3 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. El precepto establece que, además de las sanciones económicas que proceda imponer a las personas físicas que cometen alguna de las infracciones previstas en la ley, se les podrán imponer, en función de las circunstancias concurrentes y especialmente atendiendo a la gravedad de los hechos, la sanción de desarrollar trabajos sociales en el ámbito deportivo, así como la sanción de prohibición de acceso a cualquier recinto deportivo. Respecto a esta última prohibición me pronunciaré en un epígrafe posterior. Ahora lo que me interesa es la posibilidad de imponer sanciones privativas de derechos. No se trataría de una novedad, sino simplemente de extender lo que ya prevé la Ley 19/2007, al ámbito más genérico de la seguridad ciudadana.

Estas otras sanciones, previstas como alternativas o como accesorias, dado su contenido, tendrían una finalidad más reeducativa que las multas, y lo que es más importante, garantizarían el efecto disuasorio de la sanción que, en ocasiones, no se produce porque el sujeto es insolvente o menor de edad.



## 4. Otras consecuencias no sancionadoras: el restablecimiento de la legalidad y la indemnización de daños y perjuicios

La amenaza de sanción es una de las formas de lograr el cumplimiento de los mandatos y prohibiciones impuestos por el legislador, pero no es la única. De hecho, debe ser la *ultima ratio*, por lo que antes de acudir a ella pueden establecerse muchas otras medidas.

Los autores más clásicos comenzaron definiendo la sanción administrativa como un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal (García de Enterría, 1976, pp. 399-430). Sin embargo, aunque se trataba de un concepto completo que abarcaba todos los elementos esenciales de la sanción, era demasiado amplio y no establecía distinción alguna entre las sanciones y otras medidas administrativas de gravamen. Por eso, con el transcurso del tiempo el concepto se ha ido perfilando para manifestar esta diferencia, pasando así a recoger el carácter represivo de la sanción.

También la doctrina italiana se ha preocupado por marcar esta diferencia. Zanobini y su definición de sanción administrativa como «pena en sentido técnico» persiguieron precisamente este objetivo. El autor explicó: «*Nel diritto pubblico la pena, anche se consiste nell'obbligo di pagare una somma di denaro, ha sempre lo scopo d'imporre un male (limitazione nel patrimonio) all'autore della violazione, non quello di risarcire l'amministrazione delle conseguenze della trasgressione*» (Zanobini, 1924, p. 7), y así estableció la diferencia entre las sanciones administrativas y las medidas de restablecimiento de la legalidad. De igual forma, tras él, Travi aclaró que «*la sanzione amministrativa, in quanto «pena in senso tecnico», non si identifica con qualunque strumento di reazione al verificarsi di un'infrazione o al maturare di una situazione di fatto contrastante con quella legale, ma si identifica con uno strumento che ha un carattere specifico, afflittivo, e che presuppone pertanto un fatto tipizzato, una condotta illecita*» (Travi, 1983, p. 12).

Esas otras medidas de gravamen son, en ocasiones, mucho más adecuadas que las sanciones para garantizar los intereses generales. Entre esas medidas encontramos aquellas que buscan evitar perturbaciones y aquellas otras que pretenden restablecer la legalidad una vez producida la perturbación. Con relación a las primeras, la LOPSC regula, entre otras, las medidas de entrada y registro en domicilios, la identificación de personas, el cacheo, el registro de bienes y vehículos, el cierre de locales, la prohibición del paso y el uso de videocámaras, e impone a ciertos establecimientos obligaciones de registro documental. Con relación a las segundas, sin embargo, la LOPSC se queda bastante corta.

En este sentido, el problema es que en muchos supuestos el interés general se ve más necesitado de restablecimiento de la legalidad que de castigo; o, al menos, requiere ese restablecimiento con más urgencia. Pensemos en el caso de una persona que presta servicios sexuales retribuidos en las proximidades de un parque público frecuentado por menores. Más que la imposición de una sanción de multa parece procedente que la autoridad competente le ordene que cese esa actividad en dicho lugar y que, en caso de resistencia,



pueda obligar a la persona a abstenerse de llevar a cabo ese tipo de ofrecimiento y a alejarse de esa zona, si es necesario mediante el uso de la fuerza. Lo mismo ocurre con aquellos que llevan a cabo la venta ambulante sin autorización en espacios públicos. Normalmente son personas sin recursos que actúan así para conseguir un sustento. Ningún sentido tiene, por tanto, imponerles una multa. De hecho, esa multa no garantiza nada, pues la necesidad que sufren esas personas seguramente les constriña a continuar con esa actividad. Creo que ese tipo de comportamientos no deberían ser tipificados como infracción, sino como conductas prohibidas que habilitan, en caso de desatención, la actuación administrativa necesaria para el restablecimiento de la legalidad.

Por esta solución parece apostar el legislador en algún caso. Me refiero al supuesto del artículo 36.11 de la LOPSC, que tipifica como infracción la demanda –que no la oferta– de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores. El precepto, con relación a la persona oferente de los mencionados servicios, no establece sanción alguna, sino que simplemente prevé que los agentes de la autoridad pueden requerirle de abstenerse de llevar a cabo dicha conducta y solo en caso de desobediencia de esta orden podrán ser sancionados como responsables de la infracción que prevé el artículo 36.6 de la LOPSC.

En la gran mayoría de casos, el legislador ha optado por configurar las conductas como infracción administrativa, pero en algunos supuestos quizás habría sido más oportuno prever una medida limitativa y no una sanción de multa, es decir, prohibir y restablecer en lugar de castigar. En otros supuestos habría sido conveniente que el legislador, junto a la multa, hubiera previsto la posibilidad de imponer otras medidas limitativas. Es lo que creo que sucede, por ejemplo, con el artículo 36.1 de la LOPSC, que tipifica la perturbación grave de la seguridad ciudadana en actos o espectáculos públicos. En este caso parece procedente imponer una sanción, pero sobre todo es necesario restablecer el orden alterado y para ello la autoridad competente debe poder, por una parte, ordenar al sujeto alborotador que cese en su conducta o que abandone el espacio en el que se desarrolla la actividad y, por otra parte, en caso de desobediencia –conducta esta otra también sancionable de forma autónoma ex artículo 36.6 de la LOPSC– obligarlo a abandonar el recinto. Lo mismo ocurre con la infracción del artículo 37.7 de la LOPSC, consistente en ocupar un inmueble ajeno contra la voluntad de su propietario, o con la del artículo 37.2 de la LOPSC, relativa a la exhibición de objetos peligrosos con ánimo intimidatorio. Puede que imponer una multa a los responsables tenga sentido, pero lo más urgente y necesario es que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan emitir las ordenes necesarias para restablecer la legalidad y, en caso de resistencia por parte del sujeto, usar la fuerza para llevar a cabo ese restablecimiento<sup>10</sup>. En algunas ocasiones hasta habría procedido prever el recurso a la coacción directa sin previa orden.

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, con relación a la infracción del artículo 37.7 de la LOPSC, relativa a la ocupación de viviendas ajenas, quizás habría sido aconsejable que el artículo 15 de la LOPSC, ya que regula la entrada y

En definitiva, lo que se echa en falta son medidas de restablecimiento de la legalidad (o, en términos doctrinales, órdenes represivas), esto es, medidas que, sin ninguna finalidad punitiva, ordenen lo necesario para que se cumpla la norma, para preservar el orden y evitar su perturbación o los peligros de perturbación. Menos aún se atisban formas de coacción directa o inmediata, pese a que parece este terreno abonado para tal forma excepcional de coerción pública. Por no haber, no hay ni siquiera previsión alguna sobre la ejecución forzosa de actos administrativos, pese a que dos de sus modalidades más adecuadas para el caso (las multas coercitivas y la compulsión sobre las personas) requieren específica previsión legal ex artículos 103 y 104 de la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, 2019, p. 87). En otras palabras, la LOPSC no dedica ningún precepto a la regulación general del ejercicio de la coacción y parece conveniente que lo hiciera. No obstante, es obvio que en virtud de la cláusula general de orden público y de las potestades implícitas que existen en materia de policía, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrían emplear la coacción para restablecer y garantizar el orden público siempre que se viera alterado. De hecho, es una de sus funciones (art. 11.1.e LOFCS). Una previsión expresa simplemente reforzaría la posibilidad de esa actuación policial, sobre todo en aquellos casos en los que no está tan claro que estuviera en juego el orden público en sentido estricto, sino algunos de sus elementos más polémicos, como la moralidad o la tranquilidad públicas, cuya alteración no es tan seguro que habilite al ejercicio de la coacción sin previsión legal.

A decir verdad, alguna regulación de la coacción se atisba en los artículos 14 y 42.1 de la LOPSC. El primero permite a la autoridad emitir las órdenes y prohibiciones y disponer las actuaciones policiales necesarias para asegurar la consecución de los fines previstos en la ley. El segundo prevé la exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción. El problema es que ambos preceptos son deficientes. El primero únicamente habilita a emitir las órdenes necesarias para el cumplimiento de los fines de la ley a las autoridades competentes<sup>11</sup>. En ningún momento hace referencia a los agentes y creo que sería necesario, porque en algunos supuestos el restablecimiento del orden, para ser efectivo, tiene que ser inmediato. El segundo, por su parte, solo alude a la reparación *in natura* de los daños patrimoniales, no ampara la adopción de medidas para restablecer la seguridad ciudadana; pero, incluso considerando que así lo hiciera, el resul-

---

registro en domicilios, hubiera previsto la posibilidad de que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, una vez hayan tenido constancia de la presunta comisión de esta infracción y emitida la orden de abandonar la vivienda sin atención por parte de los sujetos que la han ocupado, pudieran emplear la fuerza para entrar en el domicilio y expulsarlos. Como vemos, la LOPSC no regula la coacción con carácter general y cuando parece que va a hacerlo en casos concretos lo hace de forma deficiente. De hecho, si uno lee con detenimiento el artículo 15 de la LOPSC, puede observar que es poca la novedad que aporta a nuestro ordenamiento.

<sup>11</sup> Lo normal es entender que el precepto hace referencia a las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana que enumera el artículo 5 de la LOPSC (Rebollo Puig, 2019, pp. 104-105).

tado tampoco sería adecuado, pues condiciona el restablecimiento de la legalidad a la comisión de una infracción y a la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, cuando en realidad se trata de instituciones distintas con fundamentos diversos (Rebollo Puig, 2019, pp. 128-129), y no alude a la posibilidad de que dicho restablecimiento pase por la utilización de la coacción.

Habría sido interesante que la LOPSC hubiera habilitado a los agentes para emitir ordenes en los supuestos de mayor urgencia y, sobre todo, que hubiera previsto más medidas coactivas y, quizás, menos sanciones administrativas (Casino Rubio, 2017, pp. 93-94). El problema, que no es sectorial sino transversal y propio de todo el derecho administrativo, fue tempranamente puesto de manifiesto por Suay:

En España, este tipo de medidas se encuentra en general muy poco desarrollado. En su lugar se han multiplicado los instrumentos sancionadores de la Administración, craso error de política administrativa, porque desde el punto de vista de la eficacia, que es a lo que la Administración debe mirar, hoy incluso, por imperativo constitucional (art. 103.1), es claro que habría resultado preferible «primar» las medidas coactivas, pues solo ellas están encaminadas directamente a asegurar el cumplimiento de lo ordenado por la Administración (Suay Rincón, 1989, p. 62).

En otras palabras, el defecto de que ahora acusamos a la LOPSC está muy extendido entre las leyes españolas de todo signo: con mucha frecuencia no prevén más reacción administrativa que la sancionadora<sup>12</sup> y, si acaso, como hemos visto que se hace también en la LOPSC, se palia la falta de una verdadera previsión de medidas de restablecimiento de la legalidad con las medidas provisionales del procedimiento sancionador y con sanciones accesorias que, más que propiamente castigar, tienen por fin garantizar la preservación del interés público en peligro. A la postre, así se generan dificultades para que la Administración pueda resolver expeditivamente los problemas, se trastoca el significado propio de las medidas provisionales y se deforma el sentido de las sanciones.

Junto al restablecimiento de la legalidad, igualmente importante es que el sujeto que haya causado daños a la Administración los resarza. Lo regula el artículo 42 de la LOPSC.

Alude en su apartado 1 a dos extremos: «a) La exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción. b) Cuando ello no fuera posible, la indemnización por los daños y perjuicios causados».

En principio, como he dicho, podría considerarse que la «exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción» no tiene natura-

---

<sup>12</sup> Precisamente por eso se ha llegado a afirmar que «las sanciones administrativas han acabado convirtiéndose así en el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración» (Cano Campos, 2018, p. 170).

leza indemnizatoria o compensatoria por los daños causados, que es una medida de puro restablecimiento de la legalidad y que, por tanto, es distinta de la indemnización a que se refiere de inmediato. Sería una medida para garantizar los intereses generales afectados (en nuestro caso, la seguridad ciudadana), no para compensar la merma de ningún patrimonio, tampoco el patrimonio de la Administración (Lasagabaster Herrarte, 2010, pp. 549-556 y Rebollo Puig, 2015, pp. 204-206). Eso sería lógico y muy conforme con lo que se establece en otras leyes, empezando por el artículo 28.2 de la LRJSP:

Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados.

Ahí se ve claramente que una cosa es la reposición de la situación alterada y otra la indemnización por daños y perjuicios; son cosas tan distintas que ante el mismo supuesto puede proceder la una y la otra, como deja sentado este artículo 28.2 de la LRJSP. Pero no es eso lo que hace el artículo 42.1 de la LOPSC. En este se trata, en todo caso, de reparar el daño causado y lo que más bien aparece es una forma de reparación en especie, *in natura* (que es la reposición al estado originario alterado por la infracción), y otra forma de reparación en metálico (la indemnización). Por ello, todo el artículo 42 aparece bajo el rótulo «Reparación del daño e indemnización»; y por eso, a diferencia del artículo 28.2 de la LRJSP, no permite que se impongan ambos tipos de medidas, sino una u otra; la segunda, indemnización, solo «si no fuera posible» la primera<sup>13</sup>. Lo que hay que concluir es que el artículo 42 de la LOPSC es por completo y únicamente regulador de «responsabilidad civil», como expresamente la califica su apartado 2; todo él está enderezado a dejar indemne el patrimonio dañado. Las genuinas medidas de restablecimiento de la legalidad y de la seguridad ciudadana habrá que justificarlas por otras vías.

Centrándome en esta responsabilidad civil, basten algunas puntualizaciones.

De lo que se habla aquí es solo de «daños o perjuicios a la Administración pública»<sup>14</sup>. Por tanto, si se trata de daños causados a particulares (por ejemplo, quema de vehículos

<sup>13</sup> Lo recalca el preámbulo de la LOPSC, que patentiza que solo piensa en medidas indemnizatorias: «Cabrà exigir al infractor, en su caso, la reposición de los bienes dañados a su situación originaria o, cuando ello no fuera posible, la indemnización por los daños y perjuicios causados, al igual que también sucede en otros ámbitos en los que se exige una reparación *in natura* de la situación alterada con el comportamiento infractor y, en su defecto, la satisfacción de un equivalente económico». Diré de paso que, por mucho que se empeñe la Ley en presentar la indemnización como subsidiaria, con muchísima frecuencia será la única medida razonable porque resultará absurdo que quien, por ejemplo, haya dañado una estatua, se le permita tocarla para reponerla a su estado primigenio y algo semejante sucederá en otros casos no tan extremos.

<sup>14</sup> No es una cuestión baladí. Los comportamientos incívicos dañan «de forma notoria los bienes públicos y, de modo especial, el mobiliario urbano» (Pemán Gavín, 2007, p. 27). La Federación Española de Municipios

privados, rotura de escaparates, etc.), ello quedará al margen de este precepto y del objeto del procedimiento sancionador. La pretensión resarcitoria de esos particulares tendrá que enjuiciarse en un proceso civil en el que el perjudicado reclame la indemnización con base en el artículo 1902 del CC. Es otra consecuencia –mala consecuencia– de haber despenalizado muchas infracciones, pues, si su represión correspondiera a la jurisdicción penal, esta resolvería, al mismo tiempo que sobre la pena pertinente, sobre todos los aspectos de la responsabilidad civil. En la situación actual, dudoso me parece, incluso, si una Administración (la que sea competente en cada caso para sancionar) podrá condenar al infractor a pagar indemnizaciones en favor de otra Administración distinta que sea la que haya sufrido el daño.

La condena a reparar *in natura* o a indemnizar que el artículo 42 de la LOPSC permite pronunciar a la Administración se produce en la resolución del procedimiento sancionador, aunque a veces puede no cuantificarla y dejar ese extremo para un procedimiento complementario, tal y como prevé el último inciso de la letra b) de su apartado 1, concordante con el artículo 90.4 de la LPAC. La cuestión problemática es si esa resolución del procedimiento sancionador puede pronunciarse sobre esta responsabilidad civil incluso aunque, por la razón que sea, no imponga sanción alguna; o, lo que está directamente relacionado con lo anterior, si, anulada judicialmente la sanción, puede no obstante permanecer incólume esta otra parte de la resolución. La jurisprudencia reciente, aunque en relación con otras leyes (frecuentemente leyes sobre bienes demaniales), entiende mayoritariamente que es posible que la resolución del procedimiento sancionador contenga condena indemnizatoria, aunque no imponga sanción y, sobre todo, que si la resolución imponía sanción e indemnización la anulación de aquella no afecta a esta (Rebollo Puig, 2015, p. 212, y 2010, pp. 991-995). En principio, cabe sostener que la misma solución se puede trasladar aquí. Pero hay un factor que la dificulta. Y es que el artículo 42.1 de la LOPSC comienza por decir «si las *conductas sancionadas* hubieran ocasionado daños...». Es decir, parte de que debe haber una conducta sancionada. No basta que se pruebe que hubo una acción tipificada por la LOPSC: es necesario que, efectivamente, sea sancionada; si no se la sanciona por inimputabilidad, falta de culpabilidad, prescripción, muerte del autor o lo que sea, aunque quede probada la realización por un sujeto de una acción típica causante de daños, parece que no cabe que la resolución administrativa condene a reparar esos daños. Se trataría de decir que la autotutela administrativa para declarar las indemnizaciones en su favor y ejecutar forzosamente esa obligación solo existe como complemento de su potestad sancionadora, pero si no puede ejercer esta, necesitará impetrar justicia de la jurisdicción civil.

Establece el artículo 42.2 de la LOPSC la responsabilidad solidaria de todos los causantes del mismo daño, regla muy razonable y conforme con las generales de derecho civil y hasta de la responsabilidad civil por delito (art. 116 CP) para supuestos similares, ante la que

---

pios y Provincias cifró en 2006 en 17 millones de euros anuales los gastos que asumen los ayuntamientos por los daños materiales causados en el mobiliario urbano.

solo he de añadir que, desde luego, esto nada tiene que ver, ni en nada afecta, a la responsabilidad propiamente sancionadora, que es individual, sin solidaridad de ninguna especie.

En el apartado 3 de este artículo 42 de la LOPSC se establece un supuesto específico de solidaridad. Es distinto del general del apartado anterior: aquí no se trata de solidaridad entre coautores, sino entre el autor que sea menor de edad no emancipado o persona con la capacidad reducida judicialmente y sus padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales<sup>15</sup>, pese a que a estos últimos de ninguna forma se les considera autores de la infracción administrativa ni sufren ninguna sanción. Según creo, se refiere solo a los casos en que el sujeto causante de los daños, pese a su capacidad reducida, ha podido ser sancionado; no, por ejemplo, si se trata de un menor de 14 años o de una persona con un trastorno mental tan intenso que lo haga inimputable<sup>16</sup>. Con ese presupuesto, el artículo 42.3 declara la solidaridad sin más requisitos, lo que, no obstante, quizás podría permitir algunas excepciones<sup>17</sup>.

## 5. Otras posibles consecuencias no sancionadoras: la orden de alejamiento y la prohibición de acceder a determinados espacios públicos. La experiencia italiana

El legislador italiano apuesta, mucho más que el español, por instrumentos no punitivos para garantizar la seguridad ciudadana. Ello, junto a su mayor tendencia a prever medidas preventivas y limitativas, en lugar de recurrir siempre a la sanción, ha conllevado que en Italia sean muchos más los instrumentos preventivos y coactivos de que dispone la Administración para hacer frente a las conductas contrarias a la seguridad ciudadana.

En cuanto a la prevención, el pensamiento de Domenicali y Minni parecen una buena muestra de la concepción italiana al respecto: «*La sicurezza e la qualità della vita urbana*

---

<sup>15</sup> Esto habrá que adaptarlo a los profundos cambios introducidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

<sup>16</sup> En la doctrina, hay quien sostiene que «esta responsabilidad resarcitoria subsiste y es exigible incluso en aquellos casos en los que el autor de la infracción resulta inimputable y, por lo tanto, no puede atribuírsele la comisión de ninguna infracción administrativa» (Álvarez Fernández, 2018, p. 296). Pero, aunque así sea, será una responsabilidad que no se podrá declarar en vía administrativa, sino ante la jurisdicción civil ex artículos 1902 y 1903 del CC, no en virtud de este artículo 42.3 de la LOPSC.

<sup>17</sup> En concreto, la doctrina propone que esta responsabilidad civil solidaria sea eludible si los padres de los menores sancionados «han actuado diligentemente en el ejercicio de sus responsabilidades de guarda y custodia» (Huergo Lora, 2019, pp. 445-446). Para fundamentar esta propuesta, y dado que la LOPSC no prevé nada al respecto, se acude a la regulación general de la responsabilidad civil, que permite a los padres liberarse de la responsabilidad por los daños causados por sus hijos si demuestran que han actuado de forma diligente.

*sono considerati interessi prioritari che devono essere garantiti ai consociati non solo con la repressione delle condotte illecite, ma anche –e soprattutto– attraverso politiche di prevenzione»* (Domenicali y Minni, 2014, p. 106). Con base en este planteamiento, de un tiempo a esta parte se vienen desarrollando interesantes herramientas puramente preventivas, como son *i patti per la sicurezza* y las iniciativas de *sicurezza partecipata*.

Por una parte, los «pactos por la seguridad» son un acuerdo alcanzado entre Administraciones de diversos niveles territoriales (estatal, regional, provincial y local) para coordinar esfuerzos con la finalidad de mejorar la calidad de vida en los núcleos urbanos, activando medidas de prevención e iniciativas de recualificación y mejora del tejido urbano (Giupponi, 2011, pp. 203-205). Por otra parte, el concepto de «seguridad participativa» acoge la posibilidad de que los ciudadanos y las asociaciones privadas participen en la gestión de la seguridad pública, sobre todo en el ámbito local. En nuestro ámbito concreto de la seguridad ciudadana son particularmente interesantes *le ronde*, que son asociaciones de observadores voluntarios en materia de seguridad urbana que, en virtud del pacto alcanzado con la entidad local y materializado en una ordenanza, se ocupan de señalar a las fuerzas de policía los eventos que pueden conllevar un daño o una alteración de la seguridad ciudadana<sup>18</sup>.

Respecto a las medidas policiales reactivas, resulta especialmente llamativo el *Decreto-Legge 20 febbraio 2017, n. 14, Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città* (convertido en la *Legge 18 aprile 2017, n. 48*), que ha incorporado dos medidas limitativas particularmente interesantes: la orden de alejamiento y la prohibición de acceder a determinados espacios públicos (el conocido como *DASPO urbano*, por su similitud con el DASPO típico de los espectáculos deportivos y llamado así por ser el acrónimo de «*Divieto di Accedere alle manifestazioni SPORtive*»)<sup>19</sup>.

Con relación a la primera de esas medidas, *l'ordine di allontanamento*, el artículo 9.1 del *Decreto-Legge 20 febbraio 2017, n. 14*, dispone:

*Fatto salvo quanto previsto dalla vigente normativa a tutela delle aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico*

<sup>18</sup> Esta posibilidad fue prevista por primera vez en el apartado 40 del artículo 3 de la *Legge 15 luglio 2009, n.º 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*: «*I sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o local evento che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale*» (Giupponi, 2011, p. 210 y Caruso, 2014, pp. 149-154).

<sup>19</sup> El conocido como «DASPO» fue originalmente previsto en el artículo 6 de la *Legge 13 dicembre 1989, n.º 401, Interventi nel settore del gioco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive*, para prohibir la entrada de ciertos sujetos a los espectáculos deportivos. Con el Decreto-Ley 14/2017 se ha ampliado su ámbito objetivo de aplicación a otras áreas urbanas sensibles. Es, por ello, que a esta otra medida se le conoce como «*DASPO urbano*».



*locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze, chiunque ponga in essere condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione delle predette infrastrutture, in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi ivi previsti, è soggetto alla sanzione pecuniaria del pagamento di una somma da euro 100 a euro 300. Contestualmente all'accertamento della condotta illecita, al trasgressore viene ordinato (...) l'allontanamento dal luogo in cui è stato commesso il fatto.*

Acto seguido, el artículo 10, tras especificar que dicha orden de alejamiento cesa su eficacia 48 horas después de la comisión de la infracción, establece en su segundo apartado la posibilidad de imponer al sujeto la prohibición de acceder al espacio donde ha cometido la infracción sancionada en caso de peligro para la seguridad o reincidencia:

*«[...] il questore, qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza, può disporre, con provvedimento motivato, per un periodo non superiore a dodici mesi, il divieto di accesso ad una o più delle aree di cui all'articolo 9, espressamente specificate nel provvedimento, individuato, altresì, modalità applicative del divieto compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto [...]».*

Es decir, en los casos en que se haya llevado a cabo una conducta con la que se haya impedido a los demás ciudadanos acceder o disfrutar de ciertos espacios públicos<sup>20</sup>, se prevé, junto a la sanción de multa de 100 a 300 euros, la imposición automática de una orden de alejamiento de 48 horas de los mencionados lugares<sup>21</sup>. Automatismo este que ha sido criticado por la doctrina, que ha lamentado la ausencia de una valoración de la peligrosidad social del sujeto (Giupponi, 2017a, pp. 363-364 y 2017b, p. 27). Si, además, de la conducta pudieran derivarse peligros para la seguridad o el sujeto fuera reincidente, se prevé la posibilidad de imponer la prohibición de acceder a dichos lugares durante un periodo inferior a 12 meses, salvo que el sujeto haya sido penalmente condenado por un delito contra las personas o el patrimonio durante los 5 años anteriores, en cuyo caso, la prohibición debe ser superior a 12 meses e inferior a 2 años. En todo caso, la norma exige que esa prohibición

<sup>20</sup> También, en virtud del segundo apartado del artículo 9 del *Decreto-Legge 14/2017*, en los casos en que se hayan cometido en dichas áreas ciertos ilícitos penales y administrativos, como la embriaguez (art. 688 CP italiano), los actos contrarios a la decencia pública (art. 726 del CP italiano), el comercio abusivo (art. 29 del Decreto legislativo n. 114/1998, de 31 de marzo) o la actividad abusiva de aparca-coches (art. 7.15 bis del Decreto legislativo n. 285/1992, de 30 de abril). En este sentido, *vid.* Antonelli (2017, p. 54), Giupponi (2017b, p. 23) y Porricolo (2018, pp. 3-4). En estos supuestos procederá la imposición del castigo penal o administrativo previsto junto con la orden de alejamiento.

<sup>21</sup> El decreto solo hace alusión a las estructuras de transporte público, pero su artículo 9.3 permite a los reglamentos de policía aplicar esta medida con relación a otras zonas sensibles, como son los colegios, institutos y universidades, los parques, los museos, los complejos monumentales y culturales y los lugares de gran afluencia turística (Porricolo, 2018, p. 4).



se imponga de modo tal que sea compatible con las necesidades de movilidad, salud y trabajo del destinatario del acto, y, sobre todo, motivada por la probabilidad de un peligro para la seguridad. El automatismo propio de la orden de alejamiento no es característico del *DASPO urbano*.

Ambas medidas son impuestas por una autoridad administrativa, pero existe una diferencia: mientras la orden de alejamiento es decretada, junto a la multa y de forma automática, por el órgano administrativo sancionador, la emisión del *DASPO urbano* (o prohibición de acceso a ciertos lugares) compete al *questore* (jefe de policía), autoridad de seguridad pública a nivel provincial y dependiente del Ministerio del Interior. Precisamente por eso, el artículo 10 del decreto-ley exige que la resolución sancionadora que contiene la orden de alejamiento sea transmitida inmediatamente al «*questore competente per territorio*».

Lo que interesa resaltar aquí es que ambas medidas carecen de naturaleza punitiva. En ausencia de una calificación legal de las medidas, la doctrina y la jurisprudencia han debatido sobre la naturaleza jurídica de la orden de alejamiento y del *DASPO* y, mayoritariamente, se ha llegado a la conclusión de que se trata de medidas de prevención (Giupponi, 2017b, p. 21; Pelissero, 2017, pp. 848-850; Costantini, 2019, p. 1.166; y Valentini, 2016, p. 82). No son sanciones, sino medidas preventivas de limitación, en concreto, órdenes administrativas (Mancini Proietti, 2019, p. 51)<sup>22</sup>, tendentes a tutelar la seguridad ciudadana<sup>23</sup> o, como explica Antonelli, que tienen por finalidad la protección del decoro y uso de ciertas zonas públicas, evitando las conductas que puedan impedir la accesibilidad y el uso de las mismas (Antonelli, 2017, p. 53). Por todo ello, el autor advierte que en este sector «*si pasa dalla repressione penale alla prevenzione amministrativa*» (Antonelli, 2018, pp. 31-32)<sup>24</sup>. A su parecer, con dichas medidas se persigue garantizar el decoro urbano como elemento con-

<sup>22</sup> «Sotto il profilo della sua natura giuridica, riprendendo quanto affermato dalla dottrina in merito alla figura del Daspo sportivo, può affermarsi che si tratta anche qui essenzialmente di un ordine ovvero uno di quegli atti con i quali l'autorità amministrativa, sulla base della propria supremazia generale, può far sorgere, nei confronti di un individuo, unilateralmente, un dovere di condotta positivo (comando) o negativo (divieto). Un ordine di polizia a carattere negativo».

<sup>23</sup> Así lo considera también el TEDH en el asunto *Seražin contra Croazia* con relación a la medida prevista por la legislación croata consistente en la prohibición temporal de asistir a eventos deportivos. Como explica Costantini, en la sentencia «*la Corte riconosce la natura principalmente preventiva (chiefly preventive) - dunque, non punitiva - della misura di esclusione, in quanto essenzialmente orientata a prevenire il verificarsi di comportamenti illeciti, disordini e violenze «prima, durante e dopo le competizioni sportive» e a tutelare l'incolumità della generalità degli spettatori, rimanendo a essa estranea qualsiasi finalità retributiva o deterrente rispetto agli autori di precedenti condotte criminose*» (Costantini, 2019, p. 1162). Como consecuencia, el TEDH descarta que la imposición de esta medida junto con una sanción penal suponga una vulneración del principio *non bis in idem*.

<sup>24</sup> Más adelante, el autor vuelve a sostener la misma idea: «*Il legislatore statale propugna una lettura della "sicurezza urbana" non più strettamente riconducibile alla materia statale dell'ordine pubblico e della sicurezza che ruota intorno alla prevenzione e alla repressione dei reati*» (Antonelli, 2018, p. 156).

formador del concepto más amplio de seguridad urbana (Antonelli, 2020, p. 390)<sup>25</sup>, puesto que para garantizar esta última no basta con prevenir y reprimir los delitos, sino que también es necesario mejorar las condiciones de habitabilidad de los centros urbanos, la convivencia ciudadana y la cohesión social (Antonelli, 2018, p. 21).

Con finalidad preventiva, el objetivo perseguido por ambas medidas es tutelar ciertos espacios públicos sensibles (Mancini Proietti, 2019, p. 47; Giupponi, 2019, p. 29), como las estructuras de transporte público, los colegios, institutos y universidades, los parques, los museos, los complejos monumentales y culturales y los lugares de gran afluencia turística. Se trata de limitaciones impuestas para impedir que ciertos sujetos accedan a determinados lugares de la ciudad con la finalidad de prevenir episodios de violencia o de criminalidad. En palabras de Giupponi, se trata de *«misure di prevenzione personale, di competenza del Sindaco e del Questore, volte a garantire la piena fruibilità di determinati luoghi pubblici»* (Giupponi, 2017a, p. 360).

A pesar de su carácter preventivo, su potencialidad aflictiva está fuera de toda duda. De hecho, una parte de la doctrina italiana sostiene que estas medidas pueden ser inconstitucionales por limitar la libertad de circulación por motivos no relacionados con la salud o la seguridad pública (Porricolo, 2018, p. 6). Sin embargo, la Corte Costituzionale viene afirmando desde antiguo que, a pesar de las restricciones de libertad que comportan, las medidas preventivas satisfacen el requisito legítimo previsto por la Constitución de asegurar *«l'ordinato e pacifico svolgimento di rapporti fra i cittadini che deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire»* (sentenza n. 27 del 1959).

Sea como fuere, lo que parece claro es que, si el legislador español decidiera incorporar estas medidas a nuestro ordenamiento jurídico, probablemente lo haría reconociéndoles naturaleza punitiva. En concreto, seguramente las configuraría como sanciones accesorias. De hecho, es lo que hace en la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, en concreto, en su artículo 24.3, cuando prevé la posibilidad de imponer, junto con la sanción pecuniaria, la sanción de prohibición de acceso a cualquier recinto deportivo a aquellas personas físicas que cometan algunas de las infracciones previstas en la ley, en función de la gravedad de los hechos<sup>26</sup>. Y aquí está el

<sup>25</sup> *«Si tratta di misure amministrative rivolte, nell'ottica del legislatore, a tutelare il decoro e l'uso di particolari luoghi delle città, punendo quelle condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione delle suddette aree. Si intende in tal modo custodire il "decoro urbano" quale fattore costitutivo della "sicurezza delle città" o più correttamente della "sicurezza urbana"».*

<sup>26</sup> Como punto a favor de la regulación española podría argumentarse que el carácter temporal de la medida puede avalar su naturaleza punitiva. Sin embargo, el dato temporal es un mero indicio, pues hay sanciones definitivas (por ejemplo, en el derecho español, en ocasiones se prevé la sanción del cierre

error que he puesto de manifiesto en epígrafes anteriores. Existiendo la actividad administrativa de limitación, carece de sentido otorgar carácter punitivo a todas las medidas que puedan resultar desfavorables para los sujetos a los que se imponen.

Quizás habría sido positivo que la LOPSC hubiera previsto algunas medidas similares a estas italianas. En concreto, creo que podría preverse la imposición de este tipo de prohibiciones a los sujetos que cometen las infracciones de los artículos 35.1, 36.1, 36.3, 36.5, 36.9, 37.14 y 37.17 de la LOPSC, pues todas ellas tienen en común que se cometen en espacios públicos y que perjudican a los ciudadanos que pretenden disfrutar de ellos. Creo que, en algunos casos, hasta podrían desplegar un efecto disuasorio mayor que las multas. No obstante, habría que tener en cuenta sus debilidades y es que, como señala en Italia Nobili, parece que el *DASPO*, más que resolver los problemas de seguridad ciudadana, lo que hace es desplazarlos a otras áreas de la ciudad (Nobili, 2019, p. 74).

## 6. Conclusiones

El legislador español, a diferencia del italiano, opta casi siempre por catalogar toda medida desfavorable como sanción y no contempla la posibilidad de calificar algunas de esas medidas perjudiciales como medidas de limitación impuestas para garantizar los intereses generales. Como consecuencia, muchas de las sanciones administrativas (normalmente accesorias) que prevén las leyes españolas, como la LOPSC, parecen perseguir, más que el castigo del infractor, la salvaguarda de un determinado interés público (como es la seguridad ciudadana).

Quizás sería positivo que el legislador español abandonara esta proclividad a la sanción administrativa y considerase la funcionalidad de la actividad administrativa de limitación. Ello sería positivo para la eficacia de la actividad administrativa y evitaría desnaturalizar el significado de las sanciones administrativas, que deben reservarse para aquellos casos en los que las medidas de gravamen persigan causar un perjuicio al sujeto que ha cometido una infracción, con la única finalidad de castigarlo.

En este sentido, podría estudiarse la posibilidad de introducir en el ordenamiento jurídico español algunas de las medidas limitativas de prevención existentes en el ordenamiento italiano, como la prohibición de acceso a determinados espacios públicos en el ámbito de

---

definitivo de un establecimiento) y medidas de limitación temporales, que duran hasta que haya cesado la lesión o el peligro para el interés general que se trata de preservar o restablecer. En relación con estas últimas, habría que considerar la posibilidad de que la Ley predeterminase un plazo, transcurrido el cual, la medida limitativa dejara de estar vigente porque se presupone que el riesgo para el interés general ha desaparecido, pues en algunos supuestos será difícil comprobar la verdadera superación de ese riesgo. Es lo que parece ocurrir, por ejemplo, con relación al *DASPO* urbano previsto por la legislación italiana.

la seguridad ciudadana. Creo que en algunas ocasiones podría tratarse de una medida que desplegaría mayor efecto disuasorio que la imposición de una multa.

Con relación al escaso efecto disuasorio que, en ciertos supuestos, despliega la sanción de multa, en este trabajo se propone la posibilidad de que el legislador contemple sanciones que no necesariamente sean pecuniarias, sobre todo cuando los sujetos a que van destinadas son menores de edad o insolventes.

## Referencias bibliográficas

- Alarcón Sotomayor, L. (2010). Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: *non bis in idem*. En M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. Bueno Armijo, *Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 359-422). Lex Nova.
- Álvarez Fernández, M. (2018). La responsabilidad de los menores de edad en el Derecho administrativo sancionador. En A. Huelgo Lora (Dir.), *Problemas actuales del Derecho Administrativo sancionador* (pp. 257-306). Iustel.
- Antonelli, V. (2017). La sicurezza in città ovvero l'iperbole della sicurezza urbana. *Istituzioni del Federalismo*, 1, 31-65.
- Antonelli, V. (2018). *La sicurezza delle città tra diritti ed amministrazione*. Cedam.
- Antonelli, V. (2020). Il sindaco «ufficiale di Governo» e «autorità locale»: sicurezza, protezione civile e sanità. En E. Carloni e F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali* (pp. 375-403). CEDAM.
- Cano Campos, T. (2018). *Sanciones administrativas*. Francis Lefebvre.
- Caruso, C. (2014). I paradigmi della sicurezza partecipata. En N. Gallo y T. F. Giupponi, *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni* (pp. 135-158). FrancoAngeli.
- Casino Rubio, M. (2011). Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia. *Istituzioni del Federalismo*, 4, 743-771.
- Casino Rubio, M. (2017). La tutela della sicurezza dei cittadini in Spagna. *Istituzioni del Federalismo*, 1, 67-95.
- Cimini, S. (2017). *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*. Editoriale scientifica.
- Costantini, A. (2019). Il DASPO è una sanzione penale agli effetti della CEDU? Riflessi in materia di *ne bis in idem* processuale. *Diritto Penale e Processo*, 8, 1.158-1.167.
- Domenicali, C. e Minni, F. (2014). I patti per la sicurezza. En N. Gallo e T. F. Giupponi, *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni* (pp. 106-134). FrancoAngeli.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (1976). El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 10, 399-430.
- Giupponi, T. F. (2011). Sicurezza partecipata, garanzie costituzionali ed esigenze di coor-

- dinamento: la gestione delle manifestazioni sportive e il ruolo degli steward, tra legislatore e Corte costituzionale. En R. Masucci y N. Gallo, *La sicurezza negli stadi: profili giuridici e risvolti sociali* (pp. 203-216). FrancoAngeli.
- Giupponi, T. F. (2017a). Sicurezza urbana 2.0: luci e ombre del decreto Minniti. *Quaderni Costituzionali*, 2, 360-364.
- Giupponi, T. F. (2017b). Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel decreto legge n. 14/2017. *Istituzioni del Federalismo*, 1, 5-29.
- Giupponi, T. F. (2019). Il pacchetto sicurezza e i rinnovati poteri del sindaco in materia di sicurezza urbana. En G. G. Nobili, T. F. Giupponi, E. Ricifari y N. Gallo, *La sicurezza delle città: la sicurezza urbana e integrata* (pp. 13-36). FrancoAngeli.
- Huergo Lora, A. (2007). Las sanciones administrativas. *Iustel*.
- Huergo Lora, A. (2019). Los sujetos responsables de las infracciones en materia de seguridad ciudadana. En M. Izquierdo Carrasco y L. Alarcón Sotomayor (Coords.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana* (pp. 435-458). Aranzadi.
- Izquierdo Carrasco, M. (2001). La determinación de la sanción administrativa. *Justicia Administrativa*, 1 (extra), 207-258.
- Izquierdo Carrasco, M. (2010). La extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones. En M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. Bueno Armijo, *Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 823-857). Lex Nova.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2010). Medidas de reposición e indemnización de los daños causados. En B. Lozano Cutanda (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (pp. 549-556). Iustel.
- Mancini Proietti, M. (2019). Le misure preventive e i divieti introdotti dalla l. 18 aprile 2017, n. 48, come modificata dalla l. 1º dicembre 2018, n. 132. En G. G. Nobili, T. F. Giupponi, E. Ricifari y N. Gallo, *La sicurezza delle città: la sicurezza urbana e integrata* (pp. 37-60). FrancoAngeli.
- Nieto, A. (2012). *Derecho Administrativo sancionador*. (5.ª ed.). Tecnos.
- Nobili, G. G. (2019). Le linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrada e la sicurezza urbana nel coordinamento tra Stato e Regioni. En G. G. Nobili, T. F. Giupponi, E. Ricifari y N. Gallo, *La sicurezza delle città: la sicurezza urbana e integrata* (pp. 61-84). FrancoAngeli.
- Pelissero, M. (2017). La sicurezza urbana: nuovi modelli di prevenzione? *Diritto Penale e Processo*, 7, 845-850.
- Pemán Gavín, J. M. (2007). Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 305, 9-55.
- Porricolo, M. (2018). Il d.l. «Minniti» sulla sicurezza urbana: occhio non vede, cuore non duole. *Il Piemonte delle Autonomie*, 2, 1-19.
- Rebollo Puig, M. (2010). El control contencioso-administrativo de la potestad sancionadora. En M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. Bueno Armijo, *Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 911-995). Lex Nova.
- Rebollo Puig, M. (2015). La protección administrativa del espacio público. En particular, mediante sanciones. En C. Cierco Seira, R. García Albero y H. Silveira Gorski (Coords.), *Uso y control del espacio público: viejos problemas, nuevos desafíos* (pp. 145-231). Aranzadi.

- Rebollo Puig, M. (2016). Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015. En H. Gosálbez Pequeño (Dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público y las Administraciones locales* (pp. 345-495). CEMCI.
- Rebollo Puig, M. (2019). La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana. En M. Izquierdo Carrasco y Lucía Alarcón Sotomayor, *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana* (pp. 31-170). Aranzadi.
- Rebollo Puig, M. (2021). Definición y delimitación de las sanciones administrativas. En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (Dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (pp. 41-91). Civitas.
- Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M. (2019). Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación. En M. Rebollo Puig y D. J. Vera Jurado (Dirs), *Derecho Administrativo, Tomo III: Modos y medios de la actividad administrativa*. (2.ª ed.). (pp. 47-92). Tecnos.
- Rebollo Puig, M., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L. y Bueno Armijo, A. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador*. Lex Nova.
- Suay Rincón, J. (1989). *Sanciones administrativas*. Publicaciones del Real Colegio de España.
- Travi, A. (1983). *Sanzioni amministrative e Pubblica Amministrazione*. CEDAM.
- Valentini, E. (2016). D.A.SPO e obbligo di firma: si acquiscono le perplessità di ordine costituzionale. En F. Curi, *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città* (pp. 81-90). Bologna University Press.
- Zanobini, G. (1924). *Le sanzioni amministrative*. Fratelli Bocca Editori.

**Carmen Martín Fernández.** Doctora en Derecho y profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba. Realizó su tesis doctoral sobre el régimen sancionador de la seguridad ciudadana bajo la dirección de los profesores Rebollo Puig, Alarcón Sotomayor y Gardini. Durante el doctorado realizó dos estancias de investigación en Italia, una en la Universidad de Bolonia y otra en la Universidad de Ferrara. Sus principales líneas de investigación son el derecho administrativo sancionador, la seguridad pública y la defensa de la competencia. <https://orcid.org/0000-0003-0118-7746>



# ¿Una nueva era del procedimiento de conversión de los decretos-leyes en ley? De su fundamentación inicial a su auge actual bajo la fragmentación parlamentaria

**Carles López Picó**

*Investigador predoctoral.*

*Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

[clopezpico@der.uned.es](mailto:clopezpico@der.uned.es) | <https://orcid.org/0000-0002-3087-6025>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito Domínguez, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

## Extracto

La fragmentación parlamentaria ha provocado profundos cambios en nuestro sistema político-constitucional. Uno de los ámbitos donde se observa dicha tendencia de forma más clara es en el sistema de producción normativa. Este trabajo pretende abordar los cambios que se han producido en el uso de uno de los instrumentos normativos más controvertidos en nuestro país: el real decreto-ley, en especial en su vertiente de conversión en ley regulada por el artículo 86.3 de nuestro texto constitucional. Partiendo de un análisis de su fundamentación inicial y un breve marco comparativo, se pretende analizar las singularidades del procedimiento de conversión del decreto-ley en ley en el escenario de fragmentación parlamentaria: el uso abusivo del decreto-ley, la problemática procedimental que nace en el seno de la conversión en ley y las dificultades para su control jurisdiccional.

**Palabras clave:** real decreto-ley; fragmentación parlamentaria; artículo 86.3 CE; conversión en ley.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-07-2023

**Cómo citar:** López Picó, C. (2023). ¿Una nueva era del procedimiento de conversión de los decretos-leyes en ley? De su fundamentación inicial a su auge actual bajo la fragmentación parlamentaria. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 270, 83-112. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19211>



# A new age for the conversion proceedings of decree-laws into laws? From its initial foundations to its current peak under parliamentary fragmentation

Carles López Picó

This paper has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Nicolás González-Deleito Domínguez, Mr. José Damián Iranzo Cerezo, Mr. Fabio Pascua Mateo y Mr. Ángel José Sánchez Navarro.

## Abstract

Parliamentary fragmentation has caused profound changes in our political-constitutional system. One of the areas where this trend is most clearly observed is in the normative production system. This work aims to address the changes that have occurred in the use of one of the most controversial normative instrument in our country: the Royal Decree-Law, especially in its aspect of conversion into law regulated by Article 86.3 of our constitutional text. Starting from an analysis of its initial foundation and a brief comparative framework, the singularities of the procedure for converting the decree-law into law in the scenario of parliamentary fragmentation will be examined: the abusive use of the decree-law, the procedural issues arising in the conversion into law, and the difficulties for its judicial control.

**Keywords:** royal decree-law; parliamentary fragmentation; article 86.3 of the Constitution; conversion into law.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-07-2023

**Citation:** López Picó, C. (2023). ¿Una nueva era del procedimiento de conversión de los decretos-leyes en ley? De su fundamentación inicial a su auge actual bajo la fragmentación parlamentaria. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 270, 83-112. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19211>





## Sumario

1. Introducción
  2. Modelos de tramitación parlamentaria de decretos-leyes
    - 2.1. El sistema italiano de conversión en ley
    - 2.2. El sistema español de tramitación parlamentaria de decretos-leyes
      - 2.2.1. La convalidación
      - 2.2.2. La derogación del real decreto-ley
      - 2.2.3. La conversión en ley
  3. El aumento de decretos-leyes tramitados mediante el artículo 86.3 de la CE
  4. Particularidades de la tramitación fruto de la fragmentación parlamentaria
    - 4.1. La conversión como forma de incentivo para la oposición
    - 4.2. La no sujeción a la Ley del Gobierno
    - 4.3. La tramitación por el procedimiento de urgencia y la ampliación de plazos de enmiendas
    - 4.4. El control jurisdiccional
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

En la concepción clásica del sistema parlamentario, los Gobiernos requieren de una mayoría en las distintas cámaras para poder desarrollar de forma estable su función de dirección política. No obstante, son conocidos por todos los problemas de estabilidad que sufre el parlamentarismo actual: dificultad para la formación de Gobiernos duraderos, obstruccionismo por parte de las minorías o bloqueos para la acción legislativa. Dichos problemas de inestabilidad no son nuevos: condujeron después de la Segunda Guerra Mundial al surgimiento de la modalidad conocida como «parlamentarismo racionalizado», limitando los mecanismos de control político y formalizando instrumentos con el objetivo de asegurar la estabilidad de los ejecutivos. Sin embargo, esos ajustes no siempre consiguen la deseada estabilidad parlamentaria.

En las últimas décadas hemos asistido, de forma complementaria, a una especie de proceso de «presidencialización» en relación con la intervención del ejecutivo en el ámbito parlamentario, poniendo en duda el papel central del legislativo: tanto por las competencias que se otorgan al Gobierno en el funcionamiento de las cámaras, como por la ampliación del uso de las diferentes potestades legislativas que ostentan los Gobiernos.

Muchos de estos problemas han sido provocados por la fragmentación y polarización creciente en los sistemas políticos, tanto entre los propios partidos como entre los electores. El caso de nuestro país no ha sido una excepción en cuanto a los efectos que está produciendo dicha fragmentación parlamentaria: a partir de 2015 se observa tanto la dificultad de investir presidentes del Gobierno, como frecuentes conflictos constitucionales entre los poderes del Estado. Dicho proceso ha venido acompañado por un cambio de tendencia en el sistema de producción normativa, donde el ejecutivo ha ido ganando protagonismo, especialmente en su potestad de legislar con rango de ley mediante real decreto-ley, instrumento jurídico que permite reducir las dificultades observadas en el procedimiento legislativo ordinario en el marco de parlamentos fragmentados.

Así, si en los primeros 20 años del actual periodo constitucional (1979-1999) un 21 % de las normas con rango de ley habían sido aprobadas por el Gobierno mediante real decre-

to-ley, esta cifra aumenta hasta el 45 % en los últimos 20 años (2000-2020), por lo que se observa ya a primera vista la creciente importancia de dicho instrumento dentro de nuestro ordenamiento.

Sin duda dicha tendencia se ha visto acentuada en los últimos años: si bien en un inicio se limitaba el uso del real decreto-ley para situaciones de auténtica urgencia y necesidad, el reciente contexto de fragmentación parlamentaria ha provocado que nuevas variables entren en juego. De esta forma, se han establecido nuevas relaciones entre los procedimientos de «convalidación» y «conversión» de decretos-leyes. Este trabajo pretende vislumbrar, partiendo de un análisis del origen y fundamento de la institución jurídica de la conversión en ley, regulada en el artículo 86.3 de nuestro texto constitucional, cómo nuevas variables (en especial, la fragmentación y polarización parlamentaria) han producido una mutación de dicho procedimiento, alzándose nuevas problemáticas que tratamos de sacar a la luz.

Aunque la figura del real decreto-ley es posiblemente una de las cuestiones normativas de las que más se ha escrito en el ordenamiento jurídico español –tanto el análisis de su presupuesto habilitante como de sus límites materiales o el carácter excepcional de la norma– y que más ha promovido la actividad del Tribunal Constitucional en su control jurisdiccional, lo cierto es que el objeto de estudio que nos proponemos –sea por tratarse de un uso novedoso en los últimos años o por su relación con la fragmentación parlamentaria– no ha sido objeto de análisis por la doctrina desde la perspectiva que pretendemos abordar. En este punto entendemos que radica el principal interés de este trabajo: abordar un instrumento jurídico ampliamente estudiado (el decreto-ley), pero focalizando el análisis en la evolución del procedimiento de conversión de los decretos-leyes en ley desde su fundamentación inicial hasta su relativo auge actual en un contexto de fragmentación parlamentaria.

A tal fin, el trabajo se estructurará del siguiente modo: el primer epígrafe analizará la figura del decreto-ley en perspectiva comparada, con especial atención al modelo italiano de conversión de decretos-leyes que, como se expondrá, sirve de fundamento a nuestro texto constitucional. En el segundo epígrafe se analiza la evolución cuantitativa de los procedimientos de conversión y convalidación. En el tercer epígrafe analizaremos cada una de las especialidades procedimentales de la conversión en ley, prestando atención a los efectos que ha producido la fragmentación parlamentaria en cada una de ellas. En el cuarto epígrafe se abordarán algunas cuestiones relacionadas con el control jurisdiccional de los decretos-leyes. Finalmente, el trabajo se cerrará con una serie de conclusiones.

## 2. Modelos de tramitación parlamentaria de decretos-leyes

Entrando ya de lleno en los diferentes modelos de tramitación parlamentaria del Real decreto-ley, debemos recordar que se trata de un instrumento normativo, que si bien emana directamente del Gobierno, se debate y convalida en sede parlamentaria, por lo que debe

prestarse atención a ambas fases del procedimiento. En este sentido, indica Carmona Contreras (1997) que «toda actuación normativa con fuerza y valor de ley deberá inexcusablemente ser reconducida a su natural ámbito de origen [en referencia a las cámaras legislativas]» (p. 230). Parece obvio en este sentido que se produce cierta afectación al principio clásico de separación de poderes, debate que ciertos autores han entendido superado indicando que «el régimen parlamentario no se basa en la separación entre los poderes políticos del Estado sino, muy al contrario, en un básico principio de colaboración entre los mismos» (pp. 231-232). Veamos por tanto cómo se ha estructurado dicho procedimiento en los sistemas constitucionales de nuestro entorno.

Posiblemente el modelo italiano sea al que más se asemeja al español en lo concerniente a la regulación constitucional de decretos-leyes, y con el que se identificó el constituyente español (Morillo-Velarde, 1989, pp. 822 y ss.). No obstante, conviene tener presente una brevísima panorámica en relación con otros modelos, con especial atención a las particularidades del procedimiento de conversión en ley de dicha norma. Se observa, por una parte, el modelo portugués<sup>1</sup> que, como bien indica Astarloa Huarte-Mendicoa (1985, pp. 108 y ss.), nace en un marco de desconfianza ante el legislador, por lo que el ejecutivo portugués se encuentra como límites, por una parte, la revisión jurisdiccional del cumplimiento del supuesto habilitante y, por otra, una serie de competencias reservadas únicamente a la asamblea. No existe, por tanto, en el modelo portugués, ningún control parlamentario en el marco de la legislación de urgencia. Destaca por otra parte el modelo francés<sup>2</sup>, donde se requiere una autorización previa por parte del legislativo (y la entrega posterior de la norma en el Parlamento, con base en lo establecido en el artículo 38 del texto constitucional francés)<sup>3</sup>. Por otra parte, Astarloa Huarte-Mendicoa (1985, pp. 108 y ss.) ha sostenido que uno de los modelos más semejantes al de nuestro ordenamiento es el sistema austriaco<sup>4</sup>, que facul-

<sup>1</sup> La Constitución portuguesa de 1976 en su última reforma de 2005 define de forma escueta los «real decret-leyes» en el artículo 122: «Las Leyes y los Decretos-Leyes tienen igual valor, sin perjuicio de la subordinación a las correspondientes Leyes de los Decretos-Leyes publicados en uso de autorización legislativa y de los que desarrollen las bases generales de los regímenes jurídicos».

<sup>2</sup> Se regula la cuestión prácticamente en su totalidad en el artículo 38 de la Constitución francesa de 1958, en su última versión de 2008 «El Gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar, por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley».

<sup>3</sup> En el segundo párrafo del artículo 38 de dicha Constitución se indica que «las ordenanzas se aprobarán en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado. Entrarán en vigor en el momento de su publicación, pero caducarán si el proyecto de ley de ratificación no se presenta ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación. Solo podrán ratificarse de manera expresa».

<sup>4</sup> La regulación de dicha materia se encuentra en el artículo 18 de su texto constitucional, que indica que «cuando resulte necesaria la adopción inmediata de medidas que según la Constitución requiera una resolución del Consejo Nacional [...] podrá el Presidente federal, a propuesta del Gobierno federal, bajo la responsabilidad suya y la de este, acordar dichas medidas mediante decretos transitorios de modificación de las leyes. El Gobierno federal deberá formular su propuesta de conformidad con la Subcomisión

ta al presidente a legislar de forma urgente en casos que no sea posible reunir el Consejo Federal o que así lo exija la «máxima urgencia». En todo caso, en dicho ordenamiento se requiere un control tanto *ex ante* (por parte de un organismo permanente perteneciente al legislativo) y un control *ex post* por parte del legislativo, que convierte dicha norma en una ley emanada del propio Parlamento.

Como se observa, los modelos en los países de nuestro entorno son realmente variados, tanto por lo que se refiere al control parlamentario (inexistente en algunos casos, como en Portugal, o *ex ante* y *ex post*, como el caso austriaco), el presupuesto habilitante (muy difundido en el caso portugués) o el rango de la norma resultante (variable tras su paso por el Parlamento, como en el caso austriaco). En las próximas páginas se hace un examen más detallado del modelo italiano que, como ya hemos avanzado, se trata del modelo inspirador de nuestro sistema constitucional.

## 2.1. El sistema italiano de conversión en ley

La Constitución italiana establece en su artículo 77 lo siguiente:

No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos.

Como se puede observar, el constituyente italiano articula un sistema general donde el Gobierno no puede dictar normas con fuerza de ley para continuamente regular la excepción que incluye la posibilidad de legislar mediante el instrumento del decreto-ley. No establece el texto constitucional italiano más límites materiales para el decreto-ley que los propios de la ley ordinaria.

Sorprende inicialmente la semejanza –casi identidad– del presupuesto habilitante de la Constitución italiana con la de nuestro texto constitucional. Para comprender mejor el funcionamiento de dicho mecanismo, debemos apuntar que la doctrina italiana critica el «abuso»

---

permanente (pár. 2 del art. 55), que habrá de ser designada por la Comisión Principal (Hauptausschuss) del Consejo Nacional. Los decretos en cuestión requerirán el refrendo del Gobierno federal».

con el que se ha interpretado dicho supuesto habilitante (Baldasarre y Salvi, 1981). Existen similitudes de la misma forma en la provisionalidad de la norma con rango de ley, que se mantiene durante 60 días mientras no se pronuncien las cámaras.

Es a partir de este punto donde el modelo italiano de «conversión» se diferencia de forma más clara, no solo del sistema español, sino del conjunto de modelos que hemos expuestos anteriormente. De esta forma, si ambas cámaras legislativas –tanto la Cámara de diputados como el Senado– en los 60 días siguientes a su publicación no han convertido el decreto-ley<sup>5</sup>, este desaparece del ordenamiento con efectos *ex tunc*. Ese procedimiento de «conversión», que se produce mediante la aprobación de una ley de conversión, constituye un auténtico procedimiento legislativo (Tur Ausina, 2002, pp. 184-185): incluso ha sido objeto de varias modificaciones normativas para dotarlo de «mayores garantías»<sup>6</sup> mediante el paso por la comisión constitucional y por la comisión sectorial competente. En suma, se configura como única opción posible para garantizar la eficacia de un decreto-ley la aprobación de una ley de conversión, elemento que, como se expone posteriormente, ha resultado fuente de conflictos.

Si bien la diferencia del modelo de conversión italiano ya es notable en relación con el sistema español en la propia intervención de las cámaras legislativas –en el caso español, tienen como opciones sucesivas, primero la convalidación y, posteriormente, si así se acuerda, la conversión, pero en el caso italiano solo se contempla la conversión– debemos destacar el efecto *ex tunc* que tendría la falta de pronunciamiento o un pronunciamiento negativo de las cámaras en el caso italiano. Dicha situación, especialmente por la inseguridad jurídica que puede provocar restablecer la situación en el momento de publicación de la norma por parte del Gobierno, ha provocado varios pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>7</sup> y dio lugar, ya a inicio de los años 90, al fenómeno conocido como «reiteración de decretos-leyes» (Naranjo de la Cruz, 1998, p. 278): el ejecutivo italiano, ante la imposibilidad de aprobar en Cortes en el plazo de 60 días el decreto-ley o ante un inminente pronunciamiento negativo por parte de las cámaras y ante los trascendentales efectos *ex tunc* emitía un decreto-ley con un contenido prácticamente idéntico con el objetivo de ampliar de nuevo el plazo de 60 días. Esta práctica –que llegó a provocar situaciones de hasta 20 decretos-leyes encadenados– (Ciolo, 1980, pp. 635 y ss.) fue censurada y limitada parcialmente por la Corte Constitucional en diferentes posicionamientos judiciales<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Debe entenderse en este contexto convertido como aprobada la «ley de conversión de las cámaras».

<sup>6</sup> Con «mayores garantías» nos referimos a los cambios en los reglamentos de las cámaras legislativas en Italia en dicha dirección, como se expone en Lipollis (1982).

<sup>7</sup> Solo por referirnos a algunas; cabe destacar las sentencias de la Corte Constitucional Italiana núm. 302 de 1988, núm. 330 de 1995 y núm. 360 de 1996.

<sup>8</sup> La sentencia más clara al respecto es la 360/1996 en *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, núm. 44, de 30 de octubre de 1996.

No obstante, no ha sido el único problema que ha presentado el uso del decreto-ley en la república italiana. Como bien ha explicado Celotto (2002) se ha realizado una interpretación «cada vez más extensiva de los presupuestos constitucionales, mediante distorsiones de la reiteración, adopciones de decretos ómnibus, llegando a un fenómeno de dimensiones mágicas» (p. 76). Como veremos, muchos de estos elementos también se han producido posteriormente en nuestro país, como ha concretado recientemente Aragón Reyes (2016).

En todo caso, debemos considerar que el uso del decreto-ley en Italia ha sido mucho más frecuente que en nuestro país. Solo a modo de ejemplo, entre 1979 y 2016 se habían tramitado en España un total de 518 decretos-leyes, con un cómputo total en Italia de 2.998 decreto-leyes. Entre los motivos que explican dicha producción tan elevada en Italia, algunos autores han apuntado a causas relativas a un sistema pluripartidista que provocaba Gobiernos débiles y frecuentemente en crisis (Santaolalla López, 2017, p. 22). No hace falta adelantar que esta es una cuestión que se ha trasladado también a nuestro sistema político, como posteriormente tendremos oportunidad de comentar.

## 2.2. El sistema español de tramitación parlamentaria de decretos-leyes

Como avanzábamos en el apartado anterior, seguramente el modelo italiano supusiera la base para el constituyente español a la hora de constitucionalizar la figura del real decreto-ley (Morillo-Velarde Pérez, 1989). Si bien podemos observar la primera aparición del decreto-ley en el proyecto constitucional de Bravo Murillo de 1852, que expresaba en su artículo 20 la capacidad del rey para «anticipar disposiciones legislativas, dando en la legislatura inmediata cuenta a las Cortes para su examen»<sup>9</sup>, lo cierto es que dicha figura fue usada de hecho en periodos posteriores, sin que existiera control parlamentario real (Iglesia Chamarro, 1998, pp. 23 y ss.). De esta forma, el antecedente inmediato al actual modelo lo observamos en la Constitución republicana de 1931, que adoptando lo que hemos expuesto como modelo austriaco, permitía al Gobierno dictar normas con rango de ley siempre que el Congreso no se encontrara reunido y sujetas a su ratificación posterior por parte del Congreso, ratificación que se produjo en todo caso mediante la tramitación de proyectos de ley sobre la materia (Iglesia Chamarro, 1998, p. 24). Si bien es cierto que durante los años de la Transición se realizó un uso abundante de la figura del decreto-ley para materias especialmente sensibles (por ejemplo, la amnistía<sup>10</sup> o la libertad de expresión<sup>11</sup>), siguiendo a Iglesia Chamarro (1998, pp. 26 y ss.) debemos valorar la excepcionalidad de la época y la situación parlamentaria de aquel momento.

<sup>9</sup> Este punto es analizado, entre otros, por Tomas Villarroya (1997, pp. 68 y ss.).

<sup>10</sup> Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía.

<sup>11</sup> Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión.

De esta forma, la Constitución actual plantea un doble modelo de tramitación de decreto-ley: por una parte, la opción planteada en el 86.2 en relación con su convalidación, y por otra, la opción planteada en el artículo 86.3 sobre su conversión en ley por el procedimiento de urgencia. Si bien ha existido un gran debate doctrinal<sup>12</sup> sobre si son procedimientos sucesivos o alternativos, debemos entender que este debate se encuentra a día de hoy superado<sup>13</sup> a favor de la tesis sucesiva, considerando, por una parte, lo establecido en el artículo 151.4 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD), que establece que «convalidado un real decreto-ley, el presidente preguntará si algún grupo desea que se tramite como proyecto de ley», y, por otra parte, la práctica parlamentaria que se ha llevado a cabo durante los últimos años: en los últimos 3 años, en 48 de los 75 decretos-Leyes, es decir, un 65 %, se ha aprobado el acuerdo de iniciar el proceso de conversión en ley según el procedimiento del artículo 86.3 de la CE. La conversión en ley se presenta, por tanto, como una opción una vez convalidado el real decreto-ley por parte del pleno del Congreso. Procedemos a explicar los tres escenarios que se plantean una vez remitido el real decreto-ley al Congreso de los Diputados: su convalidación, su conversión y su derogación.

### 2.2.1. La convalidación

La configuración en nuestro ordenamiento del decreto-ley como una auténtica «habilitación constitucional al Gobierno para legislar provisionalmente» (Iglesia Chamorro, 1998) y el entendimiento de su paso por el Congreso como «una inexorable prolongación del principio democrático sobre el sistema de fuentes» (Vega García, 1991, pp. 14-16) da un doble valor a la intervención parlamentaria: por una parte, la ratificación de la norma, que ostenta *cierto* carácter legislativo<sup>14</sup> –con lo que perdería su principal característica, la de provisionalidad–<sup>15</sup>, y por otra parte, un auténtico acto de control parlamentario al Gobierno<sup>16</sup>, especialmente en

<sup>12</sup> Entre las posiciones que apuestan por la alternativa, destacan Santamaría Pastor (1991) y Bastida, (1992). Por otra parte, apuestan por la vía sucesiva Otto (1987) y Montero Gilbert y García Morillo (1984).

<sup>13</sup> No lo entendió así el Tribunal Constitucional en la STC 29/1982, donde indica en su FJ 2.º que «una vez convalidado este, se posibilita el acudir a tramitarlo como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia (art. 86, núm. 3 de la CE), si bien es cierto que nada se opone a una interpretación alternativa de ambas vías, quedando este punto al criterio de oportunidad que pueda establecer en un futuro el Congreso de los Diputados».

<sup>14</sup> La expresión de «carácter legislativo» se obtiene de Montero Gilbert y García Morillo (1984, pp. 94 y ss.).

<sup>15</sup> Iglesia (1988) ha advertido de la necesidad de no confundir dicha provisionalidad exclusivamente con temporalidad, sino que apuestan más bien por entenderla como falta de consolidación de los efectos jurídicos.

<sup>16</sup> El Tribunal Constitucional ha dado suficiencia propia a dicha función, entre otras, cuando establece en su STC 111/1983 en su FJ 4.º que «al Decreto-ley no podrá ciertamente acudirse fuera de las previsiones del artículo 86.1 y si se hiciera, quebrando con ello los supuestos del orden constitucional democrático, corresponderá al Congreso en la vía del artículo 86.2 velar porque esto no sea así».



referencia a la extrema y urgente necesidad<sup>17</sup> (como bien se ha dicho «conforme a criterios de oportunidad política» [Gómez Lugo, 2019, p. 281]).

El trámite de convalidación, que, como anuncia el artículo 86.2 de la CE, debe concretarse en el Reglamento del Congreso, queda establecido en el artículo 151 del mismo. Los rasgos más destacables son, por una parte, la única intervención del Congreso –a diferencia del trámite de conversión, donde también participa el Senado– y el plazo de 30 días, que Tur Ausina<sup>18</sup> ya expuso que debe entenderse desde el momento de publicación en el BOE del real decreto-ley hasta el pronunciamiento del Congreso. El trámite constituye un acto de «ratificación», por lo que no se podrán presentar enmiendas parciales, sino posicionarse sobre el texto en su totalidad a favor (convalidación) o en contra (derogación), lo que ha llevado a entender que no es una manifestación plena de la función legislativa (Gómez Lugo, 2019, p. 282), tanto más cuando solo participa una de las cámaras. Por último, debemos entender del artículo 151.3 del RCD que la mayoría requerida es una mayoría simple, entendiendo los votos a favor como favorables a la convalidación y los votos en contra como favorables a la derogación.

En relación con los efectos que produce la convalidación del decreto-ley por parte del Congreso, debemos destacar que no se produce una novación entre normas, sino que, como indicó tempranamente el Tribunal Constitucional, «el Decreto-ley no se transforma en ley, es decir, no cambia su naturaleza jurídica» (STC 29/1982, FJ 2.º). Podríamos afirmar, por tanto, que desaparece su carácter de «provisionalidad» –que hasta el momento resultaba como una de las características más acusadas– pero que mantiene su carácter de real decreto-ley.

En este punto no podemos dejar de tener presente algunos aspectos generales de la influencia de la fragmentación parlamentaria en el acto de convalidación, siempre desde el punto de vista que de que se trata de procesos sucesivos. Como indica García-Escudero Márquez (2020, p.192), los Gobiernos más frágiles recurren con mayor frecuencia al mecanismo legislativo del real decreto-ley ante la dificultad de legislar de forma ordinaria, y lo cierto es que nuestro sistema parlamentario ha dado buenos ejemplos de ello. Destaca, por una parte, cómo la existencia de Gobiernos frágiles y con menores apoyos parlamentarios ha provocado la derogación en sede parlamentaria de varios reales decretos-leyes, elemento que había sido realmente infrecuente<sup>19</sup> hasta el momento, pero que ha sucedi-

<sup>17</sup> No hemos entrado en este trabajo en el elemento del «presupuesto habilitante», entendiendo que en los últimos años ha sido una materia suficientemente trabajada por la doctrina. Destacan, entre otros, Abellán Matesanz (2020) o Aragón Reyes (2016). También se puede observar la posición del Tribunal Constitucional, en relación con la delimitación del presupuesto habilitante en la STC 170/2012, de 4 de octubre.

<sup>18</sup> De esta forma, la autora entiende que «el plazo de 30 días que establece el artículo empieza a contarse desde el día siguiente al de la publicación del decreto-ley en el Boletín Oficial del Estado» (Tur Ausina, 2002, p. 85).

<sup>19</sup> Hasta el año 2017, solo se habían producido dos derogaciones de decretos-leyes en sede parlamentaria y una de ellas se trató de un error. En este sentido, se trata del Real Decreto-Ley 1/1979, de 8 de enero, por el que se prorroga el tiempo indispensable la actuación de la Junta Central de Acuartelamiento, y

do en diversas ocasiones en los últimos años. Así, se puede destacar en diferentes legislaturas el Real Decreto-Ley 8/2017<sup>20</sup> (derogado con 141 votos a favor, 174 en contra y 35 abstenciones); el Real Decreto-Ley 21/2018<sup>21</sup> (derogado con 103 a favor, 243 en contra y 1 abstención) o el Real Decreto-Ley 27/2020<sup>22</sup> (derogado con 156 votos favorables y 193 en contra). La tendencia no deja lugar a duda: en los últimos 4 años se han producido más derogaciones de decretos-leyes (entendido como el voto negativo a la convalidación) que en todo el periodo constitucional anterior (1978-2017).

### 2.2.2. La derogación del real decreto-ley

Antes de entrar a analizar los efectos que produce la derogación del real decreto-ley, nos ha parecido conveniente realizar algunas apreciaciones en relación con las causas que han llevado a derogar un mayor número de decretos-leyes en los últimos años. Un aspecto a considerar se observa ya inicialmente: en los crecientes casos de derogación de decretos-leyes el Gobierno no ostentaba de mayoría absoluta en el Congreso. Desde esta perspectiva, debemos realizar dos apreciaciones: por una parte, en todos los casos de derogación se ha producido una ruptura del bloque que había avalado la investidura al presidente del Gobierno<sup>23</sup>, y por otra, que en todos los casos se ha terminado aprobando una norma posterior<sup>24</sup> (sea mediante real decreto-ley o por otra vía legislativa) con un contenido similar al real decreto-ley derogado, pero introduciendo modificaciones propuestas por la oposición<sup>25</sup>.

---

del Real Decreto-Ley 1/2007, de 12 de enero, por el que se deroga la disposición transitoria quinta de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

<sup>20</sup> Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052).

<sup>21</sup> Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

<sup>22</sup> Real Decreto-Ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales.

<sup>23</sup> De esta forma, el Real Decreto-Ley 8/2017 no fue apoyado por Ciudadanos, que había apoyado la investidura del presidente del Gobierno. Lo mismo ocurrió en el Real Decreto-Ley 21/2018 con el voto en contra de Podemos. Por último, el mismo escenario observamos en el 27/2020 con el voto negativo de ERC, Coalición Canaria y otros grupos minoritarios.

<sup>24</sup> El Real Decreto-Ley 8/2017, que se trataba de una transposición de una directiva, fue finalmente aprobado con un contenido similar mediante el Real Decreto-Ley 9/2019. El Real Decreto-Ley 21/2018 derogado inicialmente fue aprobado mediante el Real Decreto-Ley 7/2019. Por último, el Real Decreto-Ley 27/2020 se concretó en la suspensión de las normas fiscales para los entes locales por acuerdo del Consejo de Ministros.

<sup>25</sup> Se observa que las reivindicaciones por las que la oposición no apoyó el Real Decreto-Ley 8/2017 –principalmente la falta de acuerdo en la negociación colectiva– fueron tempranamente resueltas e incorpora-

Ambas cuestiones nos deben llevar a concluir que la derogación de decretos-leyes en se ha potenciado, en el marco de un sistema fragmentado, como instrumento de control político y de incidencia legislativa por parte de la oposición e incluso por parte del propio bloque de investidura. Eso equivale, en todo caso, a un incentivo para los grupos de la oposición, que observan en las mayores opciones de derogación que provoca un parlamento fragmentado una oportunidad para incluir sus reivindicaciones en una norma posterior.

Una vez señaladas las causas que han llevado a una mayor derogación de decretos-leyes, conviene exponer en este momento los efectos jurídicos que produce el acuerdo de derogación. En este sentido, la doctrina ha analizado de forma extensa las dos posiciones existentes: los efectos de la derogación desde el momento de emisión de la norma por parte del Gobierno (*ex tunc*)<sup>26</sup> o bien desde el acuerdo de derogación del Congreso (*ex nunc*)<sup>27</sup>. Si bien el Tribunal Constitucional ha dejado abierta en su STC 60/1986 (FJ 5.º) ambas opciones al precisar que «no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de la entrada en vigor de las mismas», seguimos en este texto la posición mayoritaria en relación con la producción de efectos *ex nunc*: entendemos que la configuración constitucional de dicha figura normativa y el papel que se le otorga al Gobierno en dicho procedimiento tienen entidad suficiente para descartar los argumentos a favor de una postura *ex tunc* (principalmente, que la norma quedaría sin control durante un máximo de 30 días). Más allá de dicho argumento, refuerza esta postura el hecho de que la norma pueda ser controlada jurisdiccionalmente, durante su periodo, por parte del Tribunal Constitucional<sup>28</sup>. En todo caso, parece que es un tema que ni el legislador ni el propio Tribunal Constitucional han previsto y que, con el objetivo de asegurar la seguridad jurídica que propugna el artículo 9.3 de la CE sería conveniente determinar.

---

das posteriormente en el Real Decreto-Ley 9/2019 y en el Decreto 257/2019. Más complicado resultó el caso del Real Decreto-Ley 21/2018, en los que la opinión se encontraba fuertemente dividida en relación con demandas de regulación del precio del alquiler o medidas de apoyo fiscal. Algunas de las cuestiones fueron incluidas, aunque de forma menos intensa, en el Real Decreto-Ley 7/2019 y en el acuerdo de investidura de esa legislatura, que estipulaba la necesidad de regular los precios del alquiler. Por último, el Real Decreto-Ley 27/2020 se derogó en sede parlamentaria por la negativa de la oposición a que los entes locales no pudieran usar libremente sus remanentes económicos, regla que fue inaplicada posteriormente por acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2020.

<sup>26</sup> La postura *ex tunc* se basa en el argumento de que la norma «nunca debió ser dictada», así como el mantenimiento de la provisionalidad que impediría «la consolidación o adquisición de firmeza de actos de la administración». Las citas, de autores que defienden la tesis *ex tunc*, son de Salas (1991, p. 309) e Iglesia Chamarro, (1998, pp. 55 y ss.).

<sup>27</sup> Los argumentos a favor de la posición *ex nunc* son básicamente que «si el propósito del constituyente hubiera sido la eficacia *ex tunc*, así lo habría recogido (como sucede en el caso italiano)», y el hecho de que exista la imposibilidad de «configurar una relación de causalidad entre el acto derogatorio y la eliminación *ab origine* de los efectos de la norma». Las palabras son, respectivamente, de Santaolaya Machetti (1988, p. 212) y Carmona Contreras (1997, p. 247).

<sup>28</sup> Nos referimos principalmente a un control del presupuesto habilitante pero no solo a ello. A estos efectos, basta con observar la STC 6/1983 o la STC 155/2005.

Respecto a lo que sí parece que existe consenso es en relación con los efectos de la falta de pronunciamiento del Congreso, que serían derogatorios. En este sentido, nos parece clara la afirmación del Tribunal Constitucional en su STC 29/1982, FJ 2.º («requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de Ley»), y la falta de pronunciamiento, tanto de la Constitución como del Reglamento del Congreso de los Diputados sobre una posible aprobación tácita.

### 2.2.3. La conversión en ley

La tercera vía procedimental que se nos presenta, tras la convalidación, es la conversión en ley, regulada en el artículo 86.3 de la CE. En este sentido se alza fácilmente una cuestión que debemos resolver: ¿qué sentido tiene articular un procedimiento de conversión en ley cuando se podría alcanzar el mismo objetivo con el procedimiento legislativo ordinario? Responder a este interrogante nos ayudará a entender mejor el fundamento y la lógica del procedimiento de conversión en ley y poder exponer, en el próximo capítulo, las particulares de su procedimiento que entendemos que son relevantes para el objeto de estudio.

En relación con el fundamento de dicho procedimiento, ya indicó el Tribunal Constitucional en su STC 111/1983 que «[el RDL convalidado] puede convertirse en Ley, esta sin las restricciones que el Decreto-ley tiene [...] las Cortes despliegan la plenitud de sus facultades legislativas» (FJ 4.º), es decir, destaca nuestro Tribunal Constitucional el pleno desarrollo de las funciones legislativas que se produce con dicho procedimiento. Para poder comprender en profundidad el fundamento de dicha práctica debemos prestar atención, de la misma forma, a la relación que se establece entre el real decreto-ley y la norma resultante.

El punto central que vamos a desarrollar en este sentido se basa, como indicaba Otto (1987), en el hecho de que el decreto-Ley funciona «al mismo tiempo como decreto-ley que como proyecto de ley» (p. 208). Ese sería el punto de partida de la relación entre las diferentes normas: no estamos –en caso de conversión– ni ante un nuevo proyecto de ley ni ante un procedimiento íntegramente autónomo, sino que lo que se tramita en las Cortes (mediante el art. 86.3 CE), es «un real decreto-ley tramitado como proyecto de ley». El elemento de tensión se configura, por tanto, en observar si existe una «continuidad» entre ambas figuras normativas (lo que equivaldría a afirmar, como expone Otto [1987, p. 83], que solo habría «una única norma») o si son dos normas claramente diferenciadas y lo único que las uniría sería que el decreto-ley serviría de base para la futura ley.

Tanto el pronunciamiento realizado en la STC 111/1983 –«El fenómeno es el singular art. 86.3: en un procedimiento legislativo que tiene su origen en un decreto-ley que se culmina con una ley que sustituye con los efectos retroactivos inherentes a su objeto al decreto-ley» (FJ 2.º)– como el realizado en la STC 29/1982 –«el resultado final del procedimiento legislativo será una ley formal del Parlamento, que sustituye en el ordenamiento jurídico, tras su publicación, al decreto-ley» (FJ 2.º)– se refieren a dicho aspecto. Dichos pronuncia-

mientos no ofrecen directamente contestación a las cuestiones planteadas –por una parte, la relación entre las normas en juego y, por otra parte, los efectos de la aprobación de la ley sobre el real decreto-ley–. Analizando los citados pronunciamientos, sí que nos parece que podemos extraer algunas consideraciones en relación con el fundamento del proceso establecido en el artículo 86.3 de la CE.

Por una parte, la primera afirmación que podemos realizar es que el producto de dicho procedimiento es una ley ordinaria, es decir, que no se diferencia en su rango ni en su valor de la ley originada en el procedimiento legislativo ordinario. El segundo elemento que podemos determinar es que el procedimiento establecido en el artículo 86.3 no debe entenderse con base en una simple derogación del real decreto-ley y sustitución por la ley resultante. Dicho procedimiento debe ser entendido como un procedimiento «singular» que reconoce el propio artículo 86.3 de la CE. Y el tercer elemento que debemos anunciar es que no existe una posición clara del Tribunal Constitucional en relación con los efectos de una norma sobre otra, usando el Tribunal Constitucional diversas expresiones en las citadas sentencias («sustitución», «novación», «conversión») que no permiten determinar con claridad dicho aspecto. En este punto creemos que sería suficiente con entender que se produce una sustitución de normas, asumiendo que se podrá realizar un control de constitucionalidad del real decreto-ley, más cuando dicho control «no está impedido por la novación operada por la Ley» (STC 182/1997, FJ 1.º) y que, en caso de detectar algunos vicios de inconstitucionalidad, estos no deberán ser entendidos como transmitidos a la ley: «La apreciación de vicios de inconstitucionalidad formal por infracción del 86.1 CE no podrán tener incidencia sobre preceptos de la ley». No queda claro en dicho pronunciamiento si el Tribunal Constitucional se refiere únicamente a la posible inconstitucionalidad en relación con el cumplimiento del presupuesto habilitante o va más allá.

Lo expuesto hasta el momento debe servirnos para entender el fundamento del artículo 86.3 de la CE: una previsión constitucional basada en el pleno desarrollo de las facultades legislativas de ambas cámaras que no se trataría de un simple proceso de derogación del Real decreto-ley y sustitución por la ley resultante, sino que nos encontramos ante un proceso diferenciado, donde el decreto-ley en vigor funciona también como proyecto de ley y que goza de un procedimiento legislativo autónomo<sup>29</sup> que regula tanto el artículo 86.3 como el 151 del RCD, estableciendo que si bien el resultado será una ley formal, existen particularidades procesales en su tramitación.

Precisamente dichas particularidades del procedimiento de tramitación legislativa –intervención de ambas cámaras, procedimiento legislativo de urgencia– serán los elementos en los que se profundizará en el próximo apartado, observándose cómo ha afectado la fragmentación parlamentaria en ellas.

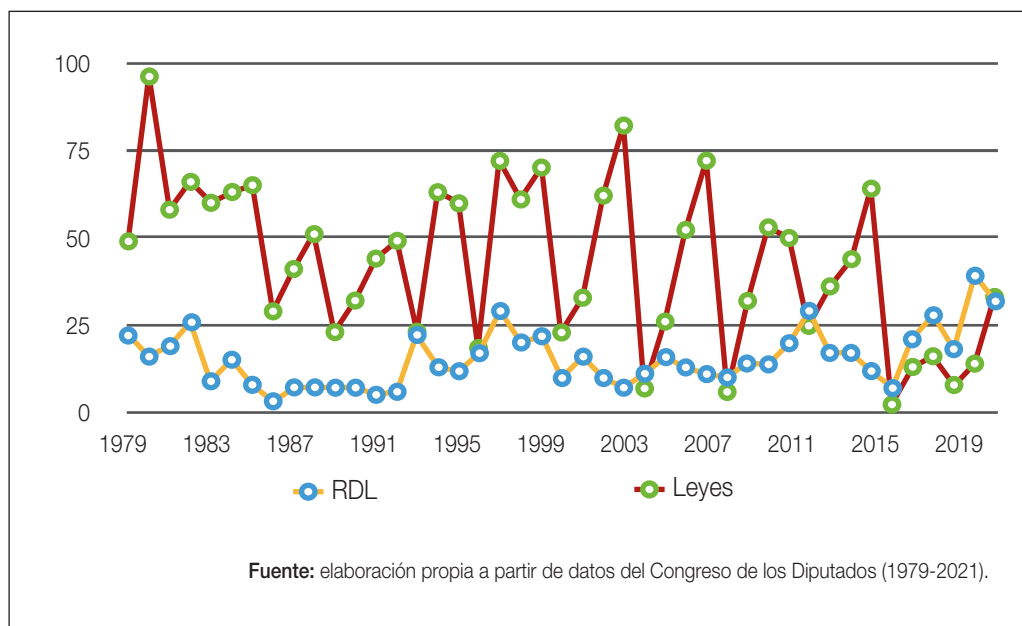
---

<sup>29</sup> Seguimos el posicionamiento de Gómez Lugo (2008a, pp. 349-351).

### 3. El aumento de decretos-leyes tramitados mediante el artículo 86.3 de la CE

Hasta la fecha, el análisis cuantitativo de la producción normativa mediante real decreto-ley ha sido un aspecto suficientemente abordado por la doctrina<sup>30</sup>. No obstante, de cara al objeto de este trabajo, ha parecido razonable poner en relación el número de decretos-leyes tramitados con el número de leyes, para ver su incidencia en el conjunto del sistema de producción normativa. En este sentido se presenta el gráfico 1, en el que se puede observar que, si bien existe cierta evolución constante en la proporción de normas con rango de ley (leyes/decretos-leyes), dicha tendencia se rompe a partir de 2012<sup>31</sup> y especialmente a partir de 2016, año a partir del cual la producción normativa mediante real decreto-ley ha superado a la producción mediante leyes, elemento característico y que debe alertarnos de un funcionamiento atípico de nuestro sistema de producción normativa.

Gráfico 1. Producción normativa por ley y real decreto-ley



<sup>30</sup> Destacan, entre todos, Sanz Gómez y Sanz Gómez (2020) y Martín Rebollo (2015).

<sup>31</sup> En esta ocasión se trataba de una situación de crisis económica, que ha sido abordado en Gómez Lugo (2017, p. 848). El decreto-ley a examen: tres supuestos de uso abusivo como por la STC 139/2016, donde el Tribunal Constitucional ha entendido «instrumento constitucionalmente lícito» el uso de decreto-ley en situaciones de crisis económicas.

En este sentido, siguiendo el razonamiento de Aragón Reyes<sup>32</sup>, debemos alertar de los efectos negativos sobre el sistema democrático en su conjunto de un aumento de producción normativa mediante real decreto-ley. Si observamos la proporción del total de normas con rango de ley en el periodo analizado (1979-2021), un 26 % de ellas fueron mediante real decreto-ley. No obstante, en el tramo final del periodo (2016-2021) un 65 % de las normas con rango de ley han sido producidas mediante decretos-leyes. Queda claro por tanto el cambio de tendencia producido a partir de 2016, que no solo ha producido que el real decreto-ley se convierta en el instrumento mayoritario para legislar con rango de ley, sino que también se han alcanzado las cifras máximas de la serie histórica en número de decretos-leyes aprobados por año.

No obstante, no disponemos de tan prolijo análisis de datos en relación con el proceso de conversión en ley de los decretos-leyes. En este sentido, se ha elaborado el gráfico 2, donde se observa la evolución del número de decretos-leyes en los que se ha acordado su procedimiento de conversión en ley mediante lo establecido en el artículo 86.3 de la CE. Si bien se produce una evolución similar a lo expuesto anteriormente, lo cierto es que en el periodo que se inicia en 2016 no solo observamos el mayor número absoluto de acuerdos en relación con la tramitación por el procedimiento del artículo 86.3, sino que también se produce la mayor proporción de decretos-leyes que se terminan tramitando en ley según el artículo 86.3. En este sentido, si en el periodo 1979-2016 se acordaba tramitar como ley una media de un 17 % de los decretos-leyes convalidados por el Congreso, en el periodo 2017-2021 esa cifra ha sido cercana al 58 %.

Por último, debemos hacer una apreciación en relación con dicho aumento de tramitación de decretos-leyes durante los últimos años (2016-2021). Si bien es cierto que el aumento es notable tanto en relación con el número absoluto como con la proporción de decretos-leyes tramitados, debemos prestar especial atención al número de ellos que finalizan en ley. De esta forma, si antes de 2016 la no finalización de dicho proceso legislativo en ley –ya sea por caducidad o por voto negativo– era realmente extraordinaria<sup>33</sup>, la tendencia que hemos citado hasta el momento viene acompañada –seguramente por sendas convocatorias electorales y legislaturas breves– de una baja tasa de finalización de los procesos de conversión en ley. A estos efectos, se observa que en el periodo analizado (2017-2020)<sup>34</sup> solo un 13 %<sup>35</sup> de

<sup>32</sup> Nos referimos al análisis que realiza Aragón Reyes (2016) sobre el impacto en el sistema político y democrático de legislar mayoritariamente mediante real decreto-ley.

<sup>33</sup> Se observan 6 procesos de conversión en ley caducados por finalizar la legislatura y ninguno por voto negativo.

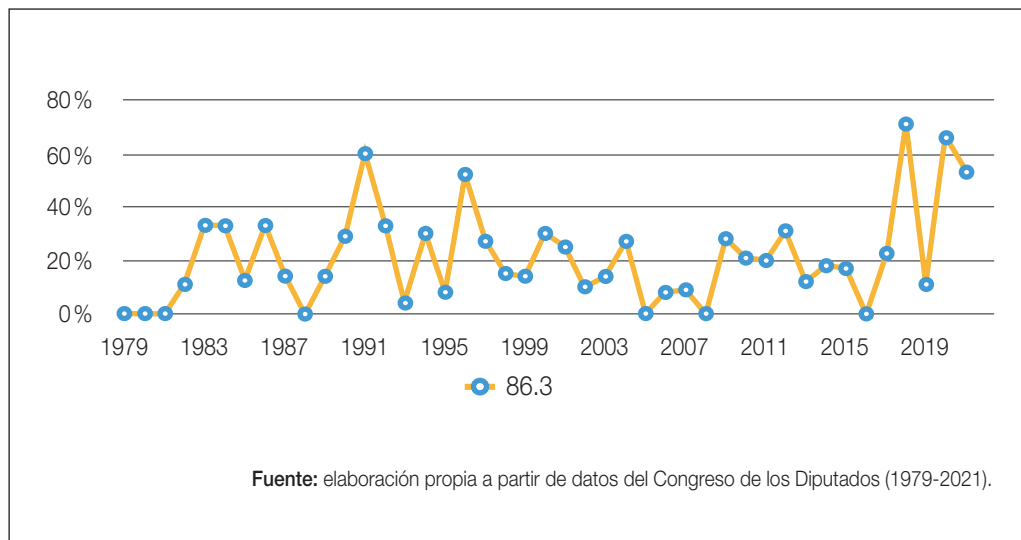
<sup>34</sup> No se han incluido los decretos-leyes acordados para tramitar en ley durante el año 2021, entendiendo que aún se pueden situar en el margen lógico de tramitación, si bien se trata de una visión «optimista», ya que el procedimiento de urgencia con el que se tramitan dichas iniciativas establece un periodo mucho más breve.

<sup>35</sup> De los 53 decretos-leyes en los que se ha procedido acuerdo de tramitar como proyecto de ley, 7 han terminado en ley.

los decretos-leyes en los que se ha producido acuerdo de tramitar en ley han terminado su procedimiento como tal<sup>36</sup>. Sin duda es un elemento al que debemos prestar especial atención y en el que conviene profundizar en sus causas. En este momento, basta con afirmar que en todos los casos las iniciativas han decaído por la convocatoria de nuevas elecciones.

En conclusión, el resultado que podemos obtener del análisis cuantitativo analizado es que el «cambio de tendencia» que hemos detectado se concreta no solo en un mayor número de decretos-leyes presentados por el Gobierno a la cámara –situándose como el instrumento legislativo con rango de ley más utilizado–, sino también en una mayor proporción de ellos en los que se acuerda su tramitación como ley mediante el procedimiento del artículo 86.3, elemento que, como se trata posteriormente, tiene una fuerte relación con el control parlamentario. No obstante, observamos también una reducción clara en el número de ellos que terminan efectivamente en ley a causa de la caducidad de los procedimientos por la disolución de las Cortes<sup>37</sup>.

Gráfico 2. Porcentaje de reales decretos-leyes acordados para tramitar por el artículo 86.3 de la CE



<sup>36</sup> Si bien se analizará posteriormente este fenómeno, entendemos que se debe en gran parte –como ya se ha comentado– a legislaturas breves por sucesivos periodos electorales, así como a Gobiernos en funciones con menor actividad en las Cortes Generales.

<sup>37</sup> En el periodo 2016-2021, periodo donde hemos observado dicho cambio de tendencia, se observan hasta cinco legislaturas con una duración realmente breve por la falta de investiduras exitosas, lo que provocaba la disolución de las cámaras y la convocatoria de nuevas elecciones.



Debemos añadir un aspecto más que resulta de relevancia para el estudio de la cuestión. La situación provocada por la crisis sanitaria y social de la covid-19 ha afectado, entre muchos otros ámbitos, a la forma de legislar en nuestro país<sup>38</sup>. Si bien este punto es relevante para nuestro objeto de estudio –la urgencia requerida como presupuesto habilitante del real decreto-ley parece que se cumple en todo caso con la situación provocada por la covid19– hemos intentado en todo caso que dicha situación afecte lo menos posible al objeto de análisis, apostando siempre por observar tendencias que se repiten a lo largo del tiempo y analizar lo menos posible casos concretos que deriven de la situación provocada por la covid-19.

## 4. Particularidades de la tramitación fruto de la fragmentación parlamentaria

Si bien ya hemos distinguido de forma clara los procedimientos de conversión y de convalidación, parece conveniente centrarse en este momento en las particularidades observadas en el procedimiento de conversión en ley en contextos de fragmentación parlamentaria. Como hemos expuesto hasta el momento, dicho fenómeno se ha popularizado por nuestro legislador en los últimos años, por lo que muchas de las cuestiones son novedosas o siguen estando sujetas a debate.

### 4.1. La conversión como forma de incentivo para la oposición

Sin duda el primer elemento que ha parecido razonable tratar ha resultado el incentivo que supone para la oposición –más en un contexto de mayorías frágiles– convertir en ley el real decreto-ley una vez que se haya producido su convalidación, especialmente por la posibilidad de realizar enmiendas parciales al texto. Así, en la práctica totalidad de los reales decretos-leyes convalidados durante el periodo analizado algún grupo parlamentario ha solicitado su conversión en ley. Los resultados de dichas votaciones<sup>39</sup> han sido favorables para el Gobierno, observándose una correlación de fuerzas muy similar que en las votaciones de convalidación<sup>40</sup>. No

<sup>38</sup> En la reciente publicación de Arévalo Gutiérrez (2021), se observan los diferentes efectos que ha provocado la crisis sanitaria sobre las cámaras legislativas, entre otras, los problemas relacionados con la producción legislativa, los problemas organizativos y logísticos o su relación con los tribunales.

<sup>39</sup> Solo para observar algunos ejemplos: Real Decreto-Ley 33/2020 (162 votos a favor, 179 votos en contra), Real Decreto-Ley 32/2020 (161 votos a favor, 178 votos en contra) y Real Decreto-Ley 30/2020 (167 votos a favor, 180 votos en contra).

<sup>40</sup> Así, se observa una tendencia posterior a que el Gobierno pierda la votación de conversión del Real Decreto-Ley 2/2021, en el sentido de que el Gobierno apoyó en todos los casos la conversión en ley. Anterior a dicho real decreto-ley, se observaba por una parte un acuerdo de conversión prácticamente

obstante, se observa un caso<sup>41</sup> en el que el Gobierno pierde el sentido de la votación de conversión, consiguiendo la oposición por primera vez en el periodo constitucional que se tramite como ley contrariamente a la opinión del Gobierno, lo que sin duda se trata de un elemento de control político de primer orden.

Como decíamos, la conversión en ley supone un aliciente para los grupos de la oposición, que vislumbran la oportunidad de realizar enmiendas al texto. Pero también supone un elemento de negociación para el Gobierno, que puede ofrecer a la oposición la conversión a cambio de un voto favorable a la convalidación.

El primero de los casos –partidos mostrando su interés en la conversión– se observa de forma recurrente en los debates de conversión. Solo para ejemplificar, destacamos el debate parlamentario de convalidación del Real Decreto-Ley 20/2020: «Si bien confío en que, de ser aprobado, su tramitación se realice como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, porque hay algunas cuestiones que pueden ser mejoradas, como trataré de reflejar a continuación»<sup>42</sup>; «Pedimos su tramitación como proyecto de ley porque entendemos que hay muchos elementos que se deberían complementar y confiamos en su tramitación como proyecto de ley»<sup>43</sup>, o el debate de convalidación del Real Decreto-Ley 2/2021 «ha hablado de estar a la altura y yo les pido [...] que promuevan reformas de calado, que dejen de bloquear las tramitaciones como proyecto de ley de sus decretos y que escuchen a la sociedad y que escuchen al resto de grupos políticos»<sup>44</sup>.

---

unánime (Decreto-Ley 39/2020, Decreto-Ley 1/2021, Real Decreto-Ley 3/2021, Real Decreto-Ley 4/2021, Real Decreto-Ley 8/2021) o un acuerdo en el sentido que proponía el Gobierno, apoyado por diferentes partidos que apoyaban la iniciativa legislativa (Real Decreto-Ley 31/2020, Real Decreto-Ley 22/2020, Real Decreto-Ley 23/2020, Real Decreto-Ley 2/2020).

<sup>41</sup> Se trata del Real Decreto-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. La votación de conversión resultó 175 a favor de la conversión y 170 en contra de la misma, acordándose el acuerdo sin el apoyo de los partidos del Gobierno.

<sup>42</sup> Intervención del diputado Martínez Oblanca en el pleno de convalidación del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. El diario de sesiones se puede observar en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y diputación permanente. XIV Legislatura, n.º 27, de 10 de junio de 2020, p. 53 [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-27.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-27.PDF)

<sup>43</sup> Intervención del diputado Bel Asensi en el pleno de convalidación del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. El diario de sesiones se puede observar en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y diputación permanente. XIV Legislatura, n.º 27, de 10 de junio de 2020, p. 57 [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-27.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-27.PDF)

<sup>44</sup> Intervención de la diputada Muñoz Vidal en el pleno de convalidación del Real Decreto-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. El diario de sesiones se puede observar en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y diputación permanente. XIV Legislatura, n.º 80, de 18 de febrero de 2021, p. 12 [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-80.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-80.PDF)

Como hemos adelantado, observamos también este fenómeno a la inversa: como instrumento del Gobierno para atraer a los diferentes grupos parlamentarios a apoyar la convalidación de los decretos-leyes, ofreciendo una conversión posterior donde los partidos dispongan de una mayor capacidad de incidencia, elemento que se puede observar en la intervención del Gobierno en la convalidación parlamentaria del Real Decreto-Ley 27/2020: «Sus señorías pueden intentar mejorar la propuesta que trae el Gobierno, y es por eso que hemos ofrecido nuestro apoyo para tramitar este proyecto como proyecto de ley, para poder [...]. Si son ustedes demócratas y si creen ustedes en el municipalismo, convaliden el decreto-ley, permitan la tramitación como proyecto de ley y arreglen aquello que no comparten»<sup>45</sup>.

## 4.2. La no sujeción a la Ley del Gobierno

En relación con la aprobación en el seno del Consejo de Ministros de los decretos-leyes, resulta realmente destacable que dicho tipo de normas no se encuentren sujetas a los requisitos establecidos a los artículos 22-24<sup>46</sup>, ni especialmente al artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por lo que no se requieren los trámites preceptivos –consulta pública, memoria de impacto normativo y consulta al Consejo de Estado, si procede, entre otros–. Este aspecto debe atraer nuestra atención en un contexto, como ya hemos explicado, de uso abusivo<sup>47</sup> de la figura del real decreto-ley y en especial del aumento en los últimos años de conversión en ley. En efecto, el resultado de la conversión del decreto-ley es la aprobación de una norma de rango legal, pero sin atender o seguir los trámites preceptivos que establece la Ley de Gobierno. Una consecuencia, que si bien podría tener sentido por la urgencia exigida al decreto-ley o por su provisionalidad hasta la convalidación por el Congreso, genera muchas dudas en cuanto se acuerda su conversión en ley, procedimiento en el que dicha urgencia ya no parece tan acusada.

---

<sup>45</sup> Intervención de la ministra de Hacienda en el pleno de convalidación del Real Decreto-Ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales. El diario de sesiones se puede observar en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y diputación permanente. XIV Legislatura, n.º 43, de 10 de septiembre de 2020, p. 16 [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-43.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-43.PDF)

<sup>46</sup> Relativos al plazo de entrada en vigor cuando implique a «nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional» (art. 23) y a varios requisitos de forma (art. 24).

<sup>47</sup> Aunque se refiere a un periodo anterior al de los últimos años, Arana García (2013) explica que «se ha producido un uso abusivo e incorrecto de la figura del decreto-ley. Tanto desde un punto de vista cuantitativo, esto es, por el número de veces que el Gobierno central antes y ahora también los autonómicos utilizan esta fuente del Derecho, como desde el punto de vista cualitativo, esto es, por las situaciones que tratan de resolverse a través del decreto-ley, me temo que la realidad constitucional actual está bastante alejada de la que los constituyentes de 1978 pensaron para este tipo de norma con rango de ley que emana del Gobierno» (p. 338).

La posibilidad de finalizar normas con rango de ley (en especial, a través de la convalidación y posterior conversión en ley) sin los informes preceptivos también se observa difícilmente compatible con lo establecido en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que determina en su artículo 133 la necesidad de que todo «proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento» cuente con la participación de los ciudadanos a través del proceso de consulta pública. Se estaría eludiendo, de esta forma, otra cuestión procedimental –a través del procedimiento de conversión en ley de los decretos-ley– que resulta *a priori* necesaria para las normas con rango de ley.

Dicho aspecto ha sido debatido en sede parlamentaria tras la reciente convalidación y conversión en ley del Real Decreto-Ley 36/2020<sup>48</sup>, caso en que precisamente la falta de informes del Consejo de Estado fue un aspecto determinante políticamente en el debate parlamentario y resultó como motivo aludido por varios grupos parlamentarios para no apoyar la norma<sup>49</sup>, incluso fue fruto de preguntas orales en pleno concretas sobre la materia al presidente del Gobierno<sup>50</sup>.

### 4.3. La tramitación por el procedimiento de urgencia y la ampliación de plazos de enmiendas

Como hemos adelantado, una de las principales diferencias en relación con el procedimiento de convalidación se trata de la tramitación de la conversión en ley mediante el procedimiento de urgencia. El primer elemento que debemos destacar en este sentido es que la Constitución «no regula esta abreviación de la tramitación parlamentaria como un procedimiento legislativo aplicable por igual en ambas Cámaras, sino que únicamente incorpora dos breves referencias en su articulado, dirigidas a cada una de las Cámaras por separado» (Gómez Lugo 2008b, p. 706). Este aspecto, como sostiene Gómez Lugo, junto con el lugar

<sup>48</sup> Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

<sup>49</sup> El Grupo Parlamentario Popular indicó en el debate parlamentario que «con los múltiples informes que deben acompañar regulaciones de este tipo y que generaban seguridad jurídica no solo a los ciudadanos y las empresas interesadas en las diferentes partidas del gasto público, sino también a los funcionarios y trabajadores públicos encargados de la tramitación de los expedientes respectivos». El diario de sesiones se puede observar en [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-74.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-74.PDF)

<sup>50</sup> En la sesión de control de 2 de febrero de 2021, el diputado Pablo Casado, líder de la oposición, realizó la siguiente pregunta al presidente del Gobierno: «¿Por qué ha arrancado el informe del Consejo de Estado del decreto de fondos europeos para ocultárselo a las Cortes?» Y siguió insistiendo en la réplica: «Conteste a la pregunta. ¿Por qué ha mutilado un informe del Consejo de Estado? Dígalo ya o quien calla, otorga, señor Sánchez». El diario de sesiones se puede observar en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-76.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-76.PDF)

en el que sitúa el Reglamento del Congreso la regulación sobre la materia –en el título IV, sobre las cuestiones generales de funcionamiento y no en el V, sobre procedimiento legislativo– ha provocado un debate doctrinal sobre si podemos considerar dicho procedimiento de urgencia como un procedimiento legislativo diferenciado o solo como una reducción de plazos del ordinario (Gómez Lugo 2008b, pp. 340-346). Sin ánimo de querer profundizar en el tema, compartimos la postura de la mencionada autora, conforme a la cual, de una parte, se trata de un procedimiento autónomo habida cuenta del reconocimiento expreso de él que se hace como preceptivo en el texto constitucional para la tramitación del artículo 86.3 de la CE; y de otra, no es simplemente una voluntad de acortar los plazos de algunas etapas del procedimiento legislativo, sino la de establecer un proceso cuya naturaleza sea considerablemente diferente. No nos debe desviar, este debate, del reconocimiento constitucional de dicho procedimiento, que ha sido reiterado en varias ocasiones por la doctrina (García-Escudero Márquez, 2005, p. 236).

Superada esta cuestión y acogiendo la definición de procedimiento legislativo especial de Gómez Lugo (2008a) como «modalidad de elaboración legislativa que se aparta del modelo ordinario de creación de ley parlamentaria por disponer un régimen jurídico diferenciado» (p. 111), debemos recordar que los efectos de dicho procedimiento de urgencia –que únicamente resulta preceptivo en el caso de conversión de real decreto-ley en ley mediante el procedimiento del art. 86.3, más allá de que el Gobierno pueda declararlo en otro tipo de iniciativas– se regulan para la Cámara Alta en el artículo 90.3 de la CE<sup>51</sup>: se reduce el plazo de actuación de dicha cámara a un máximo de 20 días en los proyectos declarados urgentes «por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados».

Debemos entender que el procedimiento de conversión contemplado en el artículo 86.3 de la CE se encuentra sujeto a la referida reducción de plazos en el Senado, si bien la declaración de urgencia no se realiza por el Congreso ni por el Gobierno, sino que se encuentra implícita en el propio texto constitucional. También se encontraría sujeta dicha situación a lo establecido en el artículo 94 del RCD, que establece la reducción de los plazos a la mitad en relación con el procedimiento legislativo. Entendemos que dicha reducción de plazos se coordina con la voluntad de urgencia de la que gozaba el real decreto-ley, culminándose en esta ocasión en un procedimiento legislativo pleno, pero manteniendo la urgencia en la tramitación. El procedimiento legislativo de conversión en ley de los decretos-leyes está por tanto fuertemente marcado por la restricción temporal que impone el procedimiento de urgencia, reduciendo a la mitad su paso por el Congreso y estableciendo un máximo de 20 días su tramitación en el Senado<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> El artículo 90.3 de la CE establece que «el plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados».

<sup>52</sup> El Reglamento del Senado establece en su capítulo segundo sección 3.ª «Del procedimiento de Urgencia» los plazos y trámites en los que se distribuirán los 20 días: 4 días para enmiendas y propuestas de

No ha parecido necesario ahondar en quién está legitimado para impulsar el procedimiento de urgencia, dado que entendemos que en nuestro caso existe el imperativo establecido en el artículo 86.3 de la CE de tramitar la iniciativa mediante dicho procedimiento. No obstante, como ya señalaba Gómez Lugo (2008a), «el acortamiento de la tramitación que implica el procedimiento de urgencia es perfectamente compatible con la aplicación de las reglas generales de ampliación o reducción de tiempos» (pp. 349-351). Esas reglas que posibilitaban ampliar plazos en casos de «insuficiencia real del plazo inicial, organización administrativa, complejidad de los textos [...]» (García-Escudero Márquez, 2006, p. 251) han resultado precisamente el principal freno al cumplimiento del fundamento del procedimiento de urgencia. Nos referimos en este sentido a las continuas ampliaciones del plazo de presentación de enmiendas por parte de la Mesa del Congreso con el objetivo de retrasar la tramitación de algunas iniciativas parlamentarias. Dicha práctica, que no es exclusiva de la conversión de decretos-leyes en leyes, sino que se extiende al conjunto del procedimiento legislativo ordinario, ya había sido considerado por algunos autores como «basada en criterios de oportunidad política» (García-Escudero Márquez, 2006, p. 252 y ss.). Observamos que esa valoración viene corroborada por la situación de los decretos-leyes que se encuentran actualmente en tramitación<sup>53</sup>, más si tenemos presente que, como indicaba la citada autora, el fundamento de los procedimientos legislativos por razón de tiempo de tramitación se encuentra en el objetivo de «agilizar la emanación de las leyes [...] aplicando reglas parlamentarias conducentes a un acortamiento de la tramitación parlamentaria» (Gómez Lugo, 2008a, pp. 215-216).

#### 4.4. El control jurisdiccional

En el marco del control jurisdiccional de los decretos-leyes por parte del Tribunal Constitucional, el principal aspecto de controversia se sitúa en la relación entre el decreto-ley y la ley resultante de su conversión y especialmente en los posibles efectos sanatorios que podría llegar a tener la ley convertida sobre el decreto-ley. Valorar el radio hasta donde po-

---

veto, 2 días para designar la ponencia, 4 días para informe de la ponencia, 3 días para reunirse la Comisión, y 2 para emitir dictamen.

<sup>53</sup> Se observa en: Real Decreto-Ley 8/2020 (31 veces ampliado el trámite de enmiendas por un tiempo total de 1 año), Real Decreto-Ley 11/2020 (28 ampliaciones, por 11 meses), Real Decreto-Ley 18/2020 (18 ampliaciones, por 6 meses), Real Decreto-Ley 20/2020 (34 veces ampliado el plazo de enmiendas, 1 año y vigente el plazo), Real Decreto-Ley 25/2020 (25 veces ampliado el plazo de enmiendas, 7 meses), Real Decreto-Ley 26/2020 (27 veces ampliado, 8 meses y en vigor), Real Decreto-Ley 34/2020 (15 ampliaciones, 4 meses y en vigor). No obstante, se observa que en algunos casos el Real Decreto-Ley se convierte en un plazo realmente breve –solo a nivel de ejemplo, se puede observar el Real Decreto-Ley 5/2020, con un mes para el plazo de enmiendas (3 ampliaciones) o el Real Decreto-Ley 12/2020, también con un mes de plazo de enmiendas–, por lo que resulta factible reconocer los criterios de «oportunidad política» comentados anteriormente, más cuando los decretos-leyes tramitados contienen materias que podemos considerar como sensibles políticamente.

demos extender dicha «sanación» nos permitirá, por tanto, observar el alcance del propio control jurisdiccional.

El análisis de dicha cuestión debe comenzar con la STC 111/1983, a propósito del caso Rumasa. El interrogante de fondo que subyace es la determinación del objeto de control de constitucionalidad: una vez convertido el real decreto-ley en ley, ¿hasta dónde se proyecta el control sobre el propio real decreto-ley convertido? La citada sentencia empieza exponiendo que «el control del decreto-ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de la novación operada por la ley, siguiendo lo que dispone el art. 86» (FJ 3.º) para continuar exponiendo que «el interés constitucional es así el de ajustar el uso del instrumento del Decreto-ley al marco del art. 86.1 [...] que no puede quedar sin enjuiciamiento acudiendo a la idea de gravar a los recurrentes con la carga de impugnar la Ley, como presupuesto para enjuiciar los vicios que el Decreto-ley pudiera tener en cuanto tal» (FJ 3.º).

La primera conclusión que podemos extraer de dicho pronunciamiento es que el control del real decreto-ley y el control de la ley posterior son controles independientes, por lo que pueden ser atacadas ambas normas de forma autónoma. Dicho convencimiento se sitúa totalmente en línea de lo expuesto por Segura Ginard (1984) en relación con la necesidad de mantener el control de constitucionalidad sobre los límites del real decreto-ley: «Un Gobierno con el suficiente apoyo en la Cámara baja podría utilizar despreocupadamente la figura del decreto-ley, obviando las limitaciones impuestas por la Constitución, ya que una ley sustitutoria enervaría la residenciabilidad de tal instrumento normativo ante la justicia constitucional» (p. 360). Por otra parte, esta cuestión podría llevarnos a debatir en relación con la responsabilidad del Estado por un real decreto-ley que ha sido convertido en ley –o que ha sido declarado inconstitucional pero convertido en ley–, cuestión que abordó parcialmente Ahumada Ruiz (2001).

Podrían suscitarse dudas en este sentido en relación con los efectos que podría tener la declaración de inconstitucionalidad de un real decreto-ley que haya sido convertido en ley con total o parcial contenido similar. La cuestión fue abordada tempranamente por Salas indicando que «sigue teniendo sentido la declaración de inconstitucionalidad, que será relevante en relación con el periodo de tiempo en que estuvo en vigor el Decreto-Ley antes de ser convertido en ley» (Salas, 1991, p. 319). No tendría por tanto la ley efectos «retroactivos» en relación con los posibles vicios que pueda ostentar el real decreto-ley, que se mantendrían a pesar de ser incluidos en la norma posterior.

La cuestión inversa, es decir, si los vicios de constitucionalidad del real decreto-ley podrían tener incidencia sobre preceptos idénticos de la ley sí que ha recibido posicionamientos, tanto por parte del Tribunal Constitucional como por parte de la doctrina. El Tribunal Constitucional ha tratado este elemento en la STC 182/1997 estableciendo que «la apreciación por este Tribunal de alguno o algunos de los vicios de inconstitucionalidad formal, por infracción del art. 86.1 CE, esgrimidos frente a los preceptos impugnados del real decreto-ley no podrá tener incidencia alguna sobre la validez de los homólogos preceptos de la



Ley» (FJ 1.º), por lo que parece clara la postura del Tribunal Constitucional en relación con que se trata de normas independientes y que por tanto los vicios que pueda ostentar el real decreto-ley no se arrastran a la ley, incluso en los preceptos «homólogos».

Cuestión distinta, pero tratada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 111/1983, es la reducción material de las posibilidades de control que surge de la conversión en ley, concretamente en aquellas cuestiones que la ley recoge de forma idéntica al real decreto-ley. El Tribunal Constitucional indica en este sentido que «[...] hacerse teniendo bien presente que el decreto-ley ha sido sustituido por la Ley 7/1983, que no habiendo sido impugnada proporciona cobertura inatacable aquí a la expropiación» (STC 111/1983, FJ 7.º). Se posiciona por tanto el Tribunal Constitucional en el sentido de que las materias cubiertas por la ley son «inatacables» en el real decreto-ley, por lo que gozaría gracias a la ley convertida de una «innata retroactividad sanatoria» (Tur Ausina, 2002, p. 165).

No obstante, el Tribunal Constitucional ha recordado posteriormente que la novación operada por la ley no exime del control de ciertos requisitos del real decreto-ley –aunque este último no se encuentre en vigor–. De esta forma, en la STC 155/2005 se indica que «el enjuiciamiento constitucional [del decreto-ley] es cuestión cuyo interés va más allá de la vigencia de sus preceptos, pues en otro caso sería imposible asegurar la observancia de las condiciones que el artículo 86 de la CE establece específicamente para la emisión de decretos-leyes» (FJ 2.º). Se orienta por tanto el tribunal al entendimiento de que, aun una vez aprobada la ley mediante el procedimiento del artículo 86.3 de la CE, se puede seguir considerando los límites que establece el artículo 86.1 de la CE para el real decreto-ley –es decir, la urgencia del presupuesto habilitante y sus propios límites–. Dicha situación se observa de forma clara en la STC 68/2007, en la que el tribunal no llega a enjuiciar ciertos preceptos del decreto-ley convertidos en ley mediante el artículo 86.3 y recurridos al entender que «han perdido objeto las quejas de inconstitucionalidad referidas a los apartados [...] al haber quedado derogados los preceptos correspondientes tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre», considerando por tanto que su análisis debía ceñirse a «determinar la licitud o ilicitud constitucional del uso del Real Decreto-ley en este caso por parte del Gobierno, sin extenderse a los demás motivos de inconstitucionalidad material alegados por los recurrentes» (FJ 4.º).

Por tanto, debemos valorar que el hecho de considerar atacables los requisitos que contiene el artículo 86.1 de la CE (presupuesto habilitante y contenido material), aun cuando el decreto-ley haya sido sustituido por su la ley de conversión, se sitúa totalmente en línea con el fundamento de institución jurídica del decreto-ley, en especial, con la necesidad de control de dichos requisitos ante la potestad del Gobierno de legislar con rango de ley. De la misma forma, la pérdida de objeto de las cuestiones materiales que han perdido vigencia por incluirse en la posterior ley de conversión se enmarca dentro de la práctica ordinaria en relación con las normas derogadas o que han sido sustituidas por otras. Por último, si seguimos con el planteamiento de que el procedimiento de conversión se trata de un procedimiento legislativo autónomo, la no transmisión de los vicios sustantivos del decreto-ley a la ley convertida tendría todo el sentido.



## 5. Conclusiones

Hemos tratado de realizar en el presente texto un recorrido desde la fundamentación originaria de la institución jurídica del real decreto-ley, con especial enfoque a su procedimiento de conversión en ley, para continuar abordando las nuevas particularidades que han surgido con base en la fragmentación parlamentaria.

En relación con el aumento cuantitativo de conversión de decretos-leyes en ley según el procedimiento del artículo 86.3 de la CE, debemos observar que dicho mecanismo ha ido desplazando al procedimiento legislativo ordinario, elemento que altera las bases de nuestro sistema de fuentes y de producción normativa. Se debe alertar, en efecto, del riesgo existente en convertir en ordinario un procedimiento legislativo que nace de la extraordinaria y urgente necesidad, aprovechando un modo de tramitación diferenciado, con particularidades relevantes. A nuestro entender, dicha desvirtuación del fundamento del artículo 86.3 de la CE resultaría perjudicial para el sistema normativo en su conjunto.

No obstante, se observa que el escenario de fragmentación parlamentaria presenta la conversión como un incentivo para el Gobierno: ante el riesgo de que un real decreto-ley pueda ser no convalidado, la conversión permite al Gobierno que la norma siga en vigor y a los grupos parlamentarios incidir directamente en su contenido proponiendo modificaciones. Este elemento se muestra de forma clara en los debates parlamentarios de convalidación, donde se llega a observar que el Gobierno entiende la convalidación como un instrumento más de negociación en el marco del debate de convalidación.

De la misma forma, la posibilidad de tramitar mediante el procedimiento de conversión regulado en el artículo 86.3 de la CE normas con rango de ley dotadas de estabilidad sin necesidad de realizar los informes y trámites preceptivos en este tipo de normas resulta arriesgado, especialmente considerando que el resultado se tratará de una ley estable en nuestro ordenamiento. Esta situación se agrava en el caso de la transposición de directivas, que requieren preceptivamente el informe del Consejo de Estado y que se tramitan de cada vez más frecuentemente mediante real decreto-ley. En este sentido, con el objetivo de asegurar una buena técnica legislativa y no desvirtuar los mecanismos de control resultaría necesario –ya sea por la propia práctica parlamentaria o por modificaciones normativas– exigir dichos informes preceptivos, especialmente en los casos de conversión, que escapando de la urgencia exigida en los decretos-leyes, se entienden como un procedimiento en el que las cámaras despliegan la totalidad de sus funciones legislativas.

La posibilidad de presentar enmiendas parciales al texto ha resultado un incentivo para la oposición para aprobar la convalidación de los decretos-leyes, que en un contexto de fragmentación ven aumentada su capacidad de incidencia y control político. La posibilidad de presentar enmiendas, en este sentido, junto con la tramitación mediante el procedimiento de urgencia dota al procedimiento establecido en el artículo 86.3 de un carácter suficientemente autónomo en el que entendemos que las cámaras desarrollan sus funciones legisla-

tivas en su totalidad. No obstante, el acuerdo de alargar el plazo de enmiendas ha servido de la misma forma para frenar o demorar la conversión de decretos-leyes: en dicho escenario, el Gobierno ya habría conseguido su objetivo de convalidar el decreto-ley, por lo que no tiene incentivo alguno para continuar con la conversión.

En relación con el control jurisdiccional, debemos destacar la posibilidad de control de los requisitos establecidos en el artículo 86.1 de la CE aun cuando el decreto-ley haya sido convertido en ley. En un contexto de fragmentación parlamentaria en el que los niveles de conversión en ley son de cada vez más elevados, no resultaría extraño que esta circunstancia, que hasta el momento se ha dado con muy poca frecuencia, sea cada vez más prevalente, ante la vertiente de control parlamentario que se puede extraer de ella. Por otra parte, dicho aumento de conversión en ley, así como el hecho de que los preceptos del decreto-ley incluidos en la ley de conversión deban ser atacados en esta última, debe alertarnos sobre la posibilidad de recursos de inconstitucionalidad ante leyes de conversión con mayor frecuencia, más cuando hasta el momento la conversión en ley de decretos-leyes había resultado poco usual en nuestro sistema.

## Referencias bibliográficas

- Abellán Matesanz, I. M. (2020). Límites de los decretos-leyes. La «extraordinaria y urgente necesidad» como presupuesto habilitante. Legitimidad del decreto-ley para regular una materia reglamentaria. Modificación de normas tributarias por decreto-ley. *Revista de las Cortes Generales*, 599-612.
- Ahumada Ruiz, M. Á. (2001). Responsabilidad patrimonial del estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 301-350.
- Aragón Reyes, M. (2016). *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*. Iustel.
- Arana García, E. (2013). Uso y abuso del Real Decreto Ley. *Revista de Administración Pública*, 191, 337-365.
- Arévalo Gutiérrez, A. (Dir.). (2021). *El Parlamento en los tiempos del coronavirus*. Dykinson.
- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (1985). Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español. *Revista de Administración Pública*, 106.
- Baldasarre, A. y Salvi, C. (1981). La decretazione d'urgenza: tendenze istituzionali e proposte di riforma». *Democrazia e Diritto*, 21.
- Bastida, F. J. (1992). *Derecho constitucional: cuestionario comentado*. Ariel.

- Carmona Contreras, A. M. (1997). *La configuración constitucional del decreto-ley*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Celotto, A. (2002). Parlamento y poderes legislativos del Gobierno en Italia: el abuso del Decreto de Urgencia. *Derecho PUCP*, 55, 75-94.
- Ciolo, V. Di. (1980). *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica: aspetti generali e profili strutturali*. Giuffrè.
- García-Escudero Márquez, P. (2005). El procedimiento legislativo en las Cortes Generales: regulación, fases y tipos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 16.
- García-Escudero Márquez, P. (2006). *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Escudero Márquez, P. (2020). Parlamento y Gobierno en tiempos de multipartidismo. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 33, 183-209.
- Gómez Lugo, Y. (2008a). *Los procedimientos legislativos especiales en las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados.
- Gómez Lugo, Y. (2008b). La urgencia en el «iter legis»: una técnica de agilización procedimental a disposición del Gobierno. *Revista de Derecho Político*, 71-72.
- Gómez Lugo, Y. (2018). El Decreto-Ley a examen tres supuestos de uso abusivo. En *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (pp. 843-869). Tirant lo Blanch.
- Gómez Lugo, Y. (2019). El Decreto-Ley a 40 años de la Constitución Española. En *Las Cortes Generales*. Editorial Universitas.
- Iglesia Chamarro, M. A. de la (1998). La «convalidación» parlamentaria del Decreto-Ley en España. *Revista de las Cortes Generales*, 44, 7-61.
- Lipollis, V. (1982). La riforma regolamentare alla Camera: il procedimento di esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge. *Quaderni Costituzionali*, 2(1).
- Martín Rebollo, L. (2015). Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, 23-92.
- Montero Gilbert, J. R. y García Morillo, J. (1984). *El control parlamentario*. Tecnos.
- Morillo-Velarde Pérez, J. I. (1989). El Decreto-ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional. En *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Civitas.
- Naranjo de la Cruz, R. (1998). La reiteración de los decretos-leyes en Italia y su análisis desde el ordenamiento constitucional español. *Revista de Estudios Políticos*, 99.
- Otto, I. de (1987). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Ariel.
- Salas, J. (1991). *Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional*. Civitas.
- Santamaría Pastor, J. A. (1991). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Santaolalla López, F. (2017). La reforma de los Decretos-leyes en Italia y sus posibles lecciones en España. *Revista de Derecho Político*, 1(98), 13-22.
- Santaolaya Macheti, P. (1988). *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Tecnos.
- Sanz Gómez, R. y Sanz Gómez, S. (2020). Análisis cuantitativo del uso del decreto ley en España (1979-2018). *Revista de Estudios Políticos*, 188, 127-158.
- Segura Ginard, L. (1984). El control de los Decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la Sentencia de 2 de diciembre de 1983 recaída en el caso RUMASA. *Revista de Administración Pública*, 104, 355-374.



Tomás Villarroya, J. (1997). *Breve historia del constitucionalismo español*. Centro de Estudios Constitucionales.

Tur Ausina, R. (2002). *El control parlamentario de los Decretos-leyes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Vega García, A. de. (1991). *¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos-leyes?* Tecnos.

**Carles López Picó.** Investigador predoctoral en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), con un contrato FPI otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Es máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Entre sus ámbitos de investigación destacan la distribución competencial en estados compuestos, el estado de las autonomías o el derecho parlamentario. <https://orcid.org/0000-0002-3087-6025>

# Reclamación de paternidad no matrimonial por posesión de estado de los hijos de la expareja del demandante

Comentario a la STS de 16 de mayo de 2023

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[jesquivias1959@gmail.com](mailto:jesquivias1959@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Para que se entienda bien el comentario de esta destacada sentencia del Tribunal Supremo, vamos a concretar el significado de las dos acciones ejercitadas por quien identificamos como progenitor A (actor) y progenitor B (demandado): dos personas (A y B) del mismo sexo que constituyeron pareja estable, en su momento decidieron ser padres por maternidad subrogada. ¡Y así fue: cada uno de dos menores! Dos fueron inscritos a nombre de A y los otros dos a nombre de B, según el material genético respectivo. Lo nuclear del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación se sustenta en lo siguiente:

El demandante (A) ejercita una doble acción de paternidad para que se determine, de una parte, que él es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja masculina, y cuya paternidad está inscrita en el Registro Civil. El demandante (A) también solicita que se determine que su expareja (B) es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos del propio demandante, cuya

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de mayo de 2023).

paternidad está inscrita en el Registro Civil. En las dos instancias se ha desestimado su demanda y sus recursos por infracción procesal y casación van a ser desestimados.

El recurso extraordinario por infracción procesal se sustenta en el inadecuado juicio de racionalidad que hizo –a juicio de la audiencia–, de arbitrariedad, vulnerando las normas que regulan la sentencia; es decir, por el artículo 469.1.4 de la LEC. También porque considera el recurso que la motivación es defectuosa. Por casación se invoca que resulta incorrecto no considerar válida la posesión de estado para reclamar la filiación de los dos hijos de su expareja. Utiliza, por tanto, la vía del artículo 131 del CC, y con vulneración de la jurisprudencia representada por las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, 740/2013, de 5 de diciembre (NCJ058138), y 836/2013, de 15 de enero de 2014 (NCJ058277). Finalmente, se dice que se ha vulnerado el interés de los menores (art. 477.2. 3.º LEC y demás preceptos que se relacionan en la sentencia). No entraremos en las medidas que se piden con la demanda ni en la cautelares como subsidiarias.

Pues bien, centrado así el estudio y el comentario, por auto de 2 de noviembre de 2022 se admiten a trámite los recursos y se procede al desarrollo de su contenido y al fallo desestimatorio íntegro de los mismos. Téngase en cuenta que el juzgado de primera instancia había declarado que el artículo 131 del CC permite la legitimación para reclamar la filiación de la expareja, pero no para determinar la filiación, porque, según dice literalmente: «No es tan claro que en la STS de 15 de enero de 2014 (y la cita que en ella se hace de la STS de 5 de diciembre de 2013), en la que se basa la demanda, la posesión de estado sea, más allá de la eficacia legitimadora que le atribuye el art. 131 CC, título de determinación de la filiación», y que dice así: «Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada». Porque la sentencia en cuestión se refiere, no a la determinación de una filiación con arreglo al derecho español, «sino de dar acceso al Registro Civil de una certificación registral californiana en la que constaba la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución y se proclamaba en la misma padres a dos varones casados». Además, se razona que la Ley de técnicas de reproducción asistida, en su artículo 10, indica que la filiación corresponde a los litigantes y a la madre y el artículo 131 del CC, en el segundo párrafo, excluye «el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada». Se dice también que no existe certificación registral que proclame a los «litigantes como padres de los cuatro niños».

Que se diga que se ha vulnerado la jurisprudencia que interpreta la norma (art. 131 del CC) a través del recurso de casación es la esencia del recurso de casación por la vía del artículo 477.2.3.º de la LEC, porque, al justificarse en función de la materia hay que probar el interés casacional. Y ya se sabe que dicho interés está contemplado en el párrafo siguiente del precepto. Presenta, por consiguiente, interés casacional cuando la sentencia –en este caso de la audiencia– se oponga a la doctrina del tribunal Supremo. Por ello, procede saber

si la sentencia de la Audiencia, al negar la posibilidad de que la posesión de estado sea determinante de la filiación no matrimonial, contradice la doctrina de esas dos que cita en el recurso. Pues sucede que la falta de interés casacional puede ser una de las causas de inadmisión a trámite del recurso de casación. No es el caso –porque aquí se ha admitido a trámite–, pero conviene advertirlo e ilustrarlo. Y, a este respecto, el Tribunal Supremo tiene dicho en el auto de 28 de abril de 2021, rec. núm. 54/2021:

Además, en el presente caso, al tratarse de un procedimiento seguido en atención a la materia, la sentencia solo es recurrible en casación en base al ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, esto es, acreditando la existencia de interés casacional, que consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte.

Asimismo, conviene resaltar que las dos sentencias invocadas por el recurso deben tener una relación con el caso, un caso que viene representado por la legitimación y sobre todo por la reclamación de una filiación extramatrimonial por posesión. Una relación entre las resoluciones de similitud, que no de identidad, pero que se proyecten sobre supuestos similares. Porque no se puede decidir sobre sentencias que contemplen casos distintos, sino relacionados con «el modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos y las valoraciones jurídicas de la sentencia de la Audiencia». El ATS (Civil), Sec. 1.ª, de 19 de abril de 2023, rec. núm. 2664/2021 así lo expresa:

Las sentencias citadas en fundamento del interés casacional no se refieren al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose por ello del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas del mismo, de suerte que no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación distinta de la apreciada por la resolución recurrida, faltando por tanto la acreditación del interés casacional alegado.

Hecha la aclaración anterior, proseguimos con el comentario. La audiencia tampoco cree que sean hechos similares los de la STS núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (NCJ058246) y el caso que se nos presenta. Acude a la STS del Pleno núm. 27/2022, en virtud de la cual se considera que la vía adecuada para la filiación es la adopción, no la posesión de estado. Observa que padres comitentes son los biológicos, pero no uno res-

pecto de los hijos del otro. Que nunca intentaron la reclamación de la filiación cuando eran pareja. Que estuvieron informados de la posibilidad de adopción en su momento. Que en el país de origen (California) no se reconocía en ningún momento la paternidad del otro. Y es curioso, en lugar de acudir a la nulidad del contrato de gestación por sustitución –que parecería lo normal, porque el artículo 10 de la LTRHA la prohíbe– se dice en la sentencia de la audiencia que la razón estriba en que ninguno de los padres biológicos (comitentes) fue parte contractual en el contrato de gestación del otro. Cada uno lo fue del suyo. Pues probablemente bastaría al caso con hacer referencia precisamente a esa nulidad, porque el contenido del artículo es claro: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». En definitiva, la audiencia concluye que «lo que pretende el demandante apelante es reconocer una situación fáctica que no tiene encaje legal ni jurisprudencial y sin que en ningún momento durante la relación de pareja hayan pretendido regularlo legalmente».

Dejamos para la casación el comentario del «interés de los menores» como motivo.

Al analizar el Supremo los recursos por infracción procesal y el de casación, su decisión desestimatoria se justifica por lo siguiente:

Respecto de los motivos de infracción procesal, y empezando por el primero, se desestima la petición de error patente, arbitrariedad y racionalidad ilógica de la sentencia de la audiencia. Se está refiriendo al error en la valoración de la prueba (art. 469.1.4.º LEC). Las sentencias tomadas como referencia por el Tribunal Supremo son: núm. 615/2016, de 10 de octubre; núm. 1069/2008, de 28 de noviembre; núm. 458/2009, de 30 de junio (NCJ050681), y núm. 736/2009, de 6 de noviembre (NCJ051195), todas ellas citadas por la sentencia núm. 333/2013, de 23 de mayo; y la del Tribunal Constitucional núm. 151/2022, de 30 de noviembre (NCJ066400). Con cita de ellas y aplicada su doctrina al caso, la desestimación se produce porque algunas imprecisiones técnicas carecen de relevancia; porque la imputación de delitos que se derivaría de la interpretación de algunos párrafos de la sentencia de la audiencia es una exageración que no se infiere de dicha lectura, y porque no se explica la trascendencia que las imputaciones tienen en la sentencia.

En cuanto al segundo motivo de infracción procesal, que se centra en las normas procesales que regulan la sentencia «por defectuosa motivación, con vulneración del artículo 218.2 LEC, en tanto que la sentencia recurrida realiza una motivación arbitraria, llegando a resultar incoherente, haciendo supuesto de la cuestión». Conviene distinguir entre el proyecto de los padres sobre sus hijos y su voluntad de ser padres de los cuatro y su conducta sobre ellos durante tiempo, con el razonamiento de la sentencia para negar que sirva a los efectos de que la posesión de estado que justifique la filiación se haya producido de manera incongruente o arbitraria. Para ello se acude a frases o párrafos de la sentencia de la audiencia que considera incongruentes con el fallo. Se desestima también este recurso extraordinario por infracción procesal al aplicar la doctrina sobre la mo-



tivación de las sentencias; lo cual supone tener en cuenta también los criterios seguidos para la decisión tomada. Es decir, que al repasar los argumentos o motivos se analizan los criterios jurídicos y la razones que llevan al fallo, para así deducir si la motivación es congruente o incongruente (art. 218 LEC). El Tribunal Supremo nos dice que la decisión de la audiencia de considerar que la situación fáctica que plantea el actor, queriendo obtener la filiación extramatrimonial de los dos hijos del otro progenitor comitente con los argumentos de proyecto, convivencia, voluntad común, falta de adopción, etc., provoca que no tenga encaje legal en España, y eso no es ser incongruente o ilógico, ni la fundamentación jurídica contraviene lo establecido en el artículo 218 de la LEC sobre motivación o incongruencia de las sentencias. Pues se toma como referencia el régimen legal y la interpretación jurisprudencial sobre la determinación de la filiación. Y de ahí que se aluda a la siguiente argumentación de la fiscal: «Como dice la fiscal en su informe, no se aprecia incoherencia o incompatibilidad alguna en la argumentación extractada por el recurrente en la medida que una cosa es el propósito inicial de formar una familia en la que los hijos de ambos serían tratados como hermanos, y otra que esa situación de hecho, que en ningún momento intentaron legalizar, sea suficiente para resolver la reclamación de filiación que se pretende». Los motivos de la decisión tomada se deducen perfectamente de los argumentos de la sentencia: la mera convivencia o la posesión de estado no son títulos que legitimen para el reconocimiento de la filiación. La incongruencia de la sentencia se asienta en algo más que la mera oposición de quien la lee y entiende contraria a la lógica del razonamiento; sus bases están en el absurdo de la reflexión sobre la base fáctica, y no puede haber un supuesto de la cuestión cuando los hechos se modifican a conveniencia o no se interpretan bien precisamente por quien culpa a la sala del error en la interpretación de los hechos.

La segunda parte del comentario se centra necesariamente en las cuestiones sustantivas, en el recurso de casación propiamente dicho. Que se fundamenta en el artículo 477.2. 3.º de la LEC, denunciando «la vulneración del artículo 131 CC, por considerar la sentencia recurrida que la posesión de estado no constituye cauce legal para declarar la filiación pretendida, contraviniendo con ello la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre (NCJ058138), y 836/2013, de 15 de enero de 2014 (NCJ058277)». Como sucede siempre en este tipo de recursos, el interés de ley es lo que lo justifica, porque ha de demostrarse la contravención de la doctrina que interpreta ese precepto. De no ser así, ni siquiera podría ser admitido a trámite –como ya se ha visto antes–. Pero, una vez admitido por auto, ahora procede entrar en el fondo de la cuestión. Téngase en cuenta que debe acreditarse el conflicto entre la norma y la jurisprudencia que la interpreta, y que las dos sentencias citadas se refieran a situaciones análogas o similares que resuelvan casos de la misma naturaleza; es decir, lo que la jurisprudencia dice cuando se refiere a que sean armónicas con el modo en que fue resuelta la cuestión partiendo del supuesto fáctico, así como de las valoraciones jurídicas realizadas. Porque, de lo contrario, el recurso carecería de fundamento y se habría construido artificialmente a partir de la valoración subjetiva de la parte que recurre y de unos hechos diferentes a los declarados por la sentencia de la audiencia.

La lucha del recurso se basa en la reinterpretación de la filiación, aparte de la derivada de la biológica y la adopción, para considerar que es obsoleta, porque hoy día –se sugiere– debe aceptarse una filiación «voluntarista» o «internacional» más acorde con la Ley de técnicas de reproducción asistida. Asimismo, critica que la audiencia haya tomado como referencia una sentencia del pleno –ya citada más arriba–, pues no es aplicable al supuesto de la casación. Alega también que la filiación debe ser voluntarista y que la posesión de estado no solo sirve para reclamar la filiación extramatrimonial natural, sino también aquella. No existe contradicción con otra filiación, porque la madre no debe ser tenida en cuenta, ya que solo consta la filiación paterna. No existe, a su parecer, obstáculo alguno de orden público. Finalmente, recurre al interés del menor como única forma de resolver la situación, ya que no cabe la adopción.

El tribunal resuelve las cuestiones simplificándolas a dos: la posesión de estado y el interés de los menores. Tras desestimar la casación, lo que subyace es algo muy simple: nuestro sistema legal no contempla la posesión de estado como una de las causas de adquisición de la filiación extramatrimonial por voluntad de quien lo pide; es decir, basado en un criterio de «intención» o «voluntarista».

Aun cuando la sentencia no entra a valorar la existencia o no de la posesión de estado, como quiera que la referencia es constante, es conveniente ilustrar sobre los elementos determinantes para considerar su existencia, pues el artículo 133 del CC la contempla. Baste, a estos efectos, con transcribir aquí el contenido de la siguiente STS, Sec. 1.ª, núm. 45/2022, de 27 de enero, rec. núm. 6482/2020 (NCJ065975).

La posesión de estado, al fin y al cabo, se define de la siguiente manera:

De acuerdo con la jurisprudencia, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 9 de mayo (NCJ063385), resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos (nomen, tractatus, fama). En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el nomen en el sentido estricto de que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el tractatus, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encañados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el art. 131 CC (EDL 1889/1) exige que la posesión de estado sea «constante» no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan.

Aclarado lo anterior, seguimos con la sentencia y nos centramos en el interés del menor como causa para legitimar la adquisición de la filiación extramatrimonial por posesión de estado. La sentencia del Tribunal Supremo nos recuerda:

El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). (SSTS núm. 45/2022, de 27 de enero [NCJ065975] y núm. 558/2022, de 11 de julio [NCJ066227]).

Se añade que no es causa tampoco el hecho de que la determinación así considerada satisface las exigencias de que la patria potestad va a ser ejercida por dos personas, como si este dato fuera de interés fundamental aun cuando el legislador no hay previsto esta posibilidad de atribuir la filiación por la posesión de estado en casos como el presente. El tribunal nos recuerda que ya en un caso similar se denegó la filiación por posesión de estado a una madre de «intención», derivándola a la adopción (Sentencia del Pleno 277/2022, de 31 de marzo [NCJ066013]).

A efectos de fijar la ley española, dos hijos viven en España y los otros dos no puede decirse que tengan una residencia permanente en el extranjero (vienen con frecuencia a España). Por consiguiente, el artículo 9.5 del Código Civil es de plena aplicación. No se cuestiona, por tanto, el derecho español. Por otro lado, no existe inconveniente en el reconocimiento de la filiación de cada padre respecto de cada uno de los dos hijos, porque ya están inscritos en el Registro Civil español por derivación del consular. Pero sucede que la filiación que se pretende no es biológica, y el argumento de la voluntad o intención no vale porque –se insiste– no son padres biológicos, y se detecta, además, algo elemental: que un padre no prestó consentimiento para los hijos del otro y viceversa. En cuanto a la posesión de estado, la afectividad entre los cuatro hijos no es suficiente, la convivencia tampoco; simplemente, no hay amparo legal. El interés de los menores no tiene que ver con la acción que se pretende, sino con un conjunto de criterios para su concesión (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo); ni siquiera la mayor estabilidad o mejor situación económica son criterios legales de concesión de filiaciones de esta naturaleza. Sirve como argumento que la vida de la pareja ya está rota y no se comprenden bien los beneficios de la patria potestad compartida de los dos padres respecto de sus cuatro hijos. La exploración a los hijos es importante y su resultado no permite colegir la necesidad de la filiación pretendida. En definitiva, la sentencia de la audiencia es válida, como así la del juzgado de primera instancia, en tanto determina un sistema de comunicaciones generoso, que garantiza el mantenimiento de los vínculos afectivos y de relación entre los cuatro hijos.

Al final, se llega a la conclusión de que no se cuestiona los nuevos modelos de familia, pero la razón legal no puede ser sorteada artificialmente con criterios voluntaristas o de buena intención. No se detecta discriminación alguna por el hecho de que se hayan concedido por técnicas de reproducción asistida, o porque el nacimiento sea por gestación por sustitución en el extranjero, sino –se indica una vez más– porque la cuestión no es legal y

no se conculca el interés del menor. Esa posesión de estado de padre o de familia se advierte, pero no tiene consistencia, ni siquiera se sostiene con el argumento de la estabilidad o la ausencia de conflictos. No existe cobertura legal, la posesión de estado no es aplicable a un supuesto de gestación por sustitución donde el demandante de esa filiación no ha aportado material genético y donde no existe consentimiento de ningún tipo respecto de los otros hijos del otro padre y viceversa.

# Instalación de ascensor en comunidad de propietarios sometida a la LPH

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[castoparamo@gmail.com](mailto:castoparamo@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

## Enunciado

La demandante interpone una demanda contra la comunidad de propietarios por los perjuicios que le produce la instalación de un ascensor a cota cero, en un patio interior en la comunidad al verse privada de luces y vistas desde su ventana del dormitorio, ya que el mismo ocupa una parte dejando libre una de mucho menor tamaño, así como por la falta de privacidad dentro de su domicilio al tener una panorámica de toda su habitación, así como de luz y ventilación. Manifiesta que la instalación del ascensor en el edificio de cuatro plantas le perjudica y solicita una indemnización de 10.000 euros. La obra fue acordada por la junta de la comunidad en la que se acordó la contribución a los gastos se hiciera por todos los copropietarios, incluso los de los pisos bajos. La vivienda se encuentra en un piso interior de una planta intermedia. La comunidad fue avisada por el propietario del piso afectado indicando que la instalación del ascensor perjudicaba su vivienda y afectaba a su privacidad ya que ofrecía una vista completa de la habitación, pero ante su negativa a indemnizarle incluso con devolución de parte de lo pagado por él como copropietario o resolver de alguna manera esos inconvenientes, decidió interponer la demanda a la comunidad.

Cuestiones planteadas:

1. Planteamiento.
2. Criterios de la Ley de propiedad intelectual para la instalación de ascensores.
3. Posición de la jurisprudencia.
4. Conclusión.

## Solución

### 1. Planteamiento

La situación que se plantea en el caso práctico que se propone tiene que ver mucho con la realidad de las comunidades de propietarios a las que se aplica la Ley 49/1960, de propiedad horizontal (LPH), y que tiene su plasmación en la diversidad de procedimientos que se inician en los tribunales, en la que se establecen servicios inexistentes o mejoras para el conjunto de los propietarios y que en muchos casos puede suponer un aumento en la cuota mensual o pago extraordinario mensual, y en ocasiones también algún perjuicio para algunos de aquellos propietarios que por ese motivo reclaman una cantidad, como sucede en el caso que se plantea.

En el supuesto que se propone nos encontramos ante una comunidad de vecinos que instaló un nuevo ascensor, en la que no existía dicho servicio, y que uno de sus propietarios dice que le afecta dicha instalación a sus derechos de luces y vistas antes existentes, ya que permitía una visión completa y clara de la habitación ante la parada del ascensor, lo que afectaba a su privacidad.

La comunidad se niega por desconocer el grado de afectación que le produce la falta de luminosidad en relación con la situación anterior, al tratarse de una vivienda interior, y no se ha manifestado nada por el resto de los propietarios de otras viviendas.

La instalación y mejora en las instalaciones y en los servicios de las comunidades de propietarios, y en concreto de ascensor inexistente, tiene una incidencia real en la vida de los componentes de cada comunidad, ante la posibilidad reconocida por la LPH respecto de personas con discapacidad o con limitaciones, que les impiden el fácil desplazamiento por las diversas zonas de su comunidad, como ocurre con las personas de avanzada edad o supuestos semejantes, y que exige obras de accesibilidad como la instalación de un ascensor o ampliar su trayectoria a una cota cero.

### 2. Criterios de la Ley de propiedad intelectual para la instalación de ascensores

Es importante para la resolución del caso tener en cuenta la regulación que hace la LPH, debiendo mencionarse el artículo 9.1, que regula las obligaciones de los propietarios y que dispone que cada propietario está obligado a:

- c) Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados.

La norma principal que regula la instalación de un ascensor en una comunidad de propietarios es la LPH; así los artículos 9 y 10 contribuyen a despejar algunas de las cuestiones que se plantean con más frecuencia al respecto.

En concreto, el artículo 9 de la LPH especifica las obligaciones de los miembros de una comunidad de propietarios, entre las cuales se cuenta la aportación a los gastos compartidos por todos los vecinos. Lo que es más importante: la ley establece que la obligación de pago no depende del uso que se haga del servicio instalado, lo cual nos da una pista acerca de la instalación del ascensor, como veremos.

El artículo 10 de la mencionada ley determina que la instalación del ascensor es obligatoria, y no requiere acuerdo unánime en junta, aunque sí requerirá el voto a favor de la mayoría de los propietarios. El pago por la instalación puede calcularse en función de un coeficiente de uso del servicio, o acordando otra forma de distribuir el gasto por mayoría simple.

En resumen, todos los propietarios de la comunidad, incluidos los inmuebles bajos, están obligados al pago del ascensor, en especial cuando alguno de los habitantes tenga más de 70 años o padezca dificultades de movilidad. Por supuesto, también puede acordarse por mayoría simple una exención del pago del ascensor a los propietarios de los bajos, siempre y cuando no perjudique en exceso a los demás propietarios.

De acuerdo con la LPH, reformada en junio de 2013, una comunidad de vecinos estará obligada a instalar ascensor, aunque no llegue a haber una mayoría que así lo desee, si quien lo solicita es un propietario mayor de 70 años o que tenga discapacidad. De la misma forma, aunque no se trate uno de los propietarios, si una persona mayor de 70 años o con discapacidad vive, trabaja o presta servicios voluntarios en la vivienda, la comunidad también estará obligada a instalar un ascensor.

Ahora bien, hay un límite importante a tener en cuenta: los gastos de la obra de instalación del ascensor que tiene que pagar cada vecino en forma de derrama, repercutido anualmente, no sean mayores a las 12 mensualidades de cuota ordinaria de gastos comunes. Si la cantidad resultante no supera la cuota ordinaria que paga cada vecino, la instalación del ascensor será obligatoria.

Por otro lado, existen distintas opciones de ubicación para la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos:

- Hueco de la escalera: esta suele ser la opción más común, ya que es la más económica.
- Patio de luces: la idea de este concepto es que el ascensor ocupe todo el patio de luces, o solo parte de él.
- Exterior del edificio: en este sentido, la LPH dice lo siguiente: «Será posible ocupar las superficies de espacios libres o de dominio público que resulten indispensables para la instalación de ascensores u otros elementos, así como las superficies

comunes de uso privativo, tales como vestíbulos, descansillos, sobrecubiertas, voladizos y soportales, tanto si se ubican en el suelo, como en el subsuelo o en el vuelo, cuando no resulte viable, técnica o económicamente, ninguna otra solución para garantizar la accesibilidad universal y siempre que asegure la funcionalidad de los espacios libres, dotaciones públicas y demás elementos del dominio público».

Este caso no suele ser habitual por diversos motivos, empezando porque el ascensor suele poder instalarse en distintos espacios del edificio (tanto interiores como exteriores).

No obstante, tal y como señalan los artículos 9 y 17 de la LPH, los propietarios tienen la obligación de ceder una parte de su casa para instalar un ascensor en la comunidad de propietarios, siempre y cuando no afecte a la habitabilidad de la vivienda.

Por lo general, la comunidad compensará a los afectados y cada propietario tendrá una llave, y pueden ocuparse partes de viviendas o locales, si bien en este caso debemos introducir matices.

En primer lugar, ha de señalarse que, para legitimar la ocupación de un espacio privativo, deberá ser esta la única opción técnicamente posible, pues si es viable instalar el ascensor afectando únicamente a espacios comunes, así habrá de hacerse.

En segundo lugar, como siempre que nos enfrentamos a un conflicto de intereses, debemos analizar el caso concreto para dar una respuesta precisa, pero, como regla general, la jurisprudencia es clara al establecer que podrán ocuparse espacios privativos siempre que no conviertan el inmueble afectado en inhabitable o le causen perjuicios irreparables.

Ahora bien, dicho lo anterior, también ha de señalarse que el propietario afectado tiene derecho a recibir una indemnización por parte de la comunidad de propietarios.

### 3. Posición de la jurisprudencia

Existe una consolidada doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, que pasamos a mencionar.

La STS núm. 23/2009, de 11 de febrero establece que

con frecuencia, se permite tácitamente por la Comunidad la utilización privativa de los patios, aunque son comunes según el artículo 396 del Código Civil, a los dueños de pisos bajos o locales, que, de ordinario, son los únicos que tienen acceso a los mismos; inclusive, en determinadas ocasiones, algunos de sus titulares se aprovechan de su posición y realizan obras para ampliar el propio piso, sin el permiso de la Junta de Propietarios, las que, singularmente si fueran de fábrica, están prohibidas y la Comunidad tiene facultades para solicitar su derribo y el retorno a su primitivo estado (entre otras, SSTS de 3 de abril de 1990 y 24 de mayo de 1991). La regla



del artículo 9.1 c) permite la constitución de servidumbres mediante acuerdo de la Junta de Propietarios con la mayoría cualificada del 3/5 del total de los mismos, que se determina en el artículo 17.1 de la Ley, de modo que se puede establecer para «la creación de servicios comunes de interés general», sin concreción alguna sobre cuales son estos, por lo que el precepto tiene una aplicación e interpretación amplia.

Por lo que hace mención a la instalación de un ascensor en un edificio comunitario, amén del derecho de que gozan para ello los minusválidos según lo dispuesto en la Ley 15/1995, sin olvidar que esta cualificación la tienen quienes hayan cumplido setenta años de edad por el artículo 1.3 de la referida Ley, dicha cuestión ha sido objeto del artículo 17.1, párrafo 2.º, en virtud de la Ley 8/1999, a fin de que se pueda acordar, con la obligación de todos los comuneros de participación y pago, cuando se alcance el «quórum» determinado en ese precepto, lo que ha ocurrido en el caso debatido.

En la actualidad, las normas sobre la construcción exigen la presencia del ascensor cuando en un edificio se elevan tres o más plantas, y este presupuesto viene igualmente requerido por el mercado inmobiliario, y con referencia a fincas antiguas, aparte de satisfacer las referidas necesidades de personas minusválidas, es un elemento esencial para la utilización de un edificio, que redundará en beneficio, sin excepción, de los propietarios de un inmueble, no solo a los efectos de las mentadas atenciones y del bienestar material, sino también porque incrementa el valor de los pisos o apartamentos y revaloriza la finca en su conjunto.

En el caso que nos ocupa, la escritura de propiedad de la planta baja de los demandados expresa que consta de recibidor, pasillo, comedor, tres dormitorios, cocina, cuarto de aseo y un patio descubierto, pero esta exposición no coincide con el Título Constitutivo de la Propiedad Horizontal, que no contiene ningún dato para alcanzar esa calificación sobre el patio de luces. Según destacada doctrina científica, el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, con el artículo 396 del Código Civil, constituyen los fundamentos de la propiedad horizontal, y el precepto primeramente citado se refiere al Título, los Estatutos y la cuota de participación, esto es, determina los presupuestos principales para conocer los detalles del inmueble y las normas de funcionamiento, de modo que concreta el espacio jurídico para el funcionamiento de las Comunidades de Propietarios, sin perjuicio de los acuerdos de la Junta adoptados posteriormente con el «quórum» exigido en el artículo 17.1 de la Ley.

Por consiguiente, serán parte del inmueble todos los servicios y elementos comunes con que cuente realmente el edificio, no designados como privativos, se mencionen o no específicamente en el artículo 396 del Código Civil, y no cabe negar su existencia, pues bastará con probar que los mismos aparecen así desde el principio, o posteriormente por acuerdo válido de la Junta de Propietarios.

La aplicación de la norma en el supuesto del caso debe ser total e íntegra. No en parte sí y en parte no, puesto que no sería lógico ni razonable ni equitativo que la misma se considerara aplicable para justificar la instalación del ascensor, aun teniendo este lugar un elemento común, pero no para resarcir al propietario afectado por los perjuicios que dicha instalación le ocasionara.

La STS de 22 de diciembre de 2010 declara que

la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre para tal fin, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo [...]. La ocupación de un espacio privativo, en el que difícilmente concurrirá el consentimiento del vecino afectado, no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo.

Por otro lado, la STS núm. 732/2011, de 10 de octubre (NCJ055797) dice que

la posibilidad de actualizar las edificaciones de uso predominantemente residencial mediante la incorporación de nuevos servicios e instalaciones para hacer efectiva la accesibilidad y movilidad de los inquilinos constituye un hecho incuestionable. Lo que se cuestiona es si esa necesidad de ascensor que tienen los propietarios de viviendas es un derecho de la comunidad sin limitaciones por el cual, sin más requisitos que la obtención del quórum necesario, que con la nueva redacción del art. 17.1 de la LPH es el de las 3/5 partes de total de los propietarios que a su vez representen las 3/5 partes de las cuotas de participación, se puede obligar a un copropietario a ceder su parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor, en lo que se ha calificado de verdadera acción expropiatoria. La respuesta ha de ser afirmativa, aunque con matices.

De esta forma, el problema tiene respuesta a partir de la ponderación que se haga de los bienes jurídicos protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la comunidad a instalar un ascensor, en la que se tenga en cuenta el alcance de esa afección sobre el elemento privativo que pueda impedir o mermar sustancialmente su aprovechamiento, más allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, según el artículo 530 del CC, y no como una posible anulación de los derechos del predio sirviente que conlleve una desaparición de la posibilidad de aprovechamiento que resulta a su favor en el art. 3 a) de la Ley (STS de 15 de diciembre de 2010). [...]

Se fija como doctrina jurisprudencial que la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado y que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo.

Igualmente debe mencionarse la STS núm. 148/20146, de 10 de marzo (NCJ061064), que menciona expresamente la doctrina de la sala, al exponer que:

(i) Constituye un hecho incuestionable la posibilidad de actualizar las edificaciones de uso predominantemente residencial mediante la incorporación de nuevos servicios e instalaciones para hacer efectiva la accesibilidad y movilidad de los inquilinos.

(ii) Lo que se cuestiona es si esa necesidad, en este caso de instalación de ascensor, que tienen los propietarios de viviendas, es un derecho de la Comunidad sin limitaciones, por el que, existiendo el quórum legal exigido, se pueda obligar a un copropietario a ceder parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor.

(iii) La respuesta es afirmativa, pero con matices. Se ha de dar a partir de la ponderación de los bienes jurídicos protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la comunidad a instalar el ascensor, teniendo en cuenta el alcance de esa afección sobre el elemento privativo respecto a que pueda impedir o mermar sustancialmente su aprovechamiento. Esto es, se trata de apreciar si la afección va más allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, según el artículo 530 CC, y no como una posible anulación de los derechos del predio sirviente que concibe una desaparición de la posibilidad del aprovechamiento que resulta a su favor en el artículo 3a) de la Ley (STS de 15 diciembre 2010).

(iv) La ocupación de un espacio privativo, en el que difícilmente concurriría el consentimiento del vecino afectado, no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo (STS de 22 diciembre de 2010). Precisamente en atención a esta última consideración es por lo que ambas sentencias de la instancia rechazan la solución postulada en su demanda por la Comunidad actora, ya que supone privar a la parte demandada del semisótano destinado a almacén de su negocio, con la consiguiente pérdida de funcionalidad del local, mermando sustancialmente su aprovechamiento.

El Tribunal Supremo dice que esta sala debe concretar que la cuestión jurídica controvertida es si los bajos/locales de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal han de abonar los gastos derivados de la bajada a «cota cero» del ascensor. En definitiva, si esa bajada, como acción dirigida a procurar la accesibilidad, se equipara a la instalación del ascensor a los efectos de la obligación del abono de su coste por los locales o bajos. La STS 216/2019, de 5 de abril (NCJ064115), establece:

Esta sala ha declarado, entre otras en sentencia 678/2016, de 17 de noviembre (NCJ061939), y en las que ella cita, que la instalación de un nuevo servicio de ascensor debe ser sufragado asimismo por los dueños de los locales, ya que solo estaban exentos de su conservación o mantenimiento (art. 10 de la LPH).

Igualmente en sentencia 381/2018, de 21 de junio, se entendió que:

«La instalación del ascensor, y aquí la ampliación de su trayectoria ("a cota cero"), ha de reputarse no solo exigible, sino también necesaria y requerida para la habitabilidad y uso total del inmueble, impuesta por la normalización de su disfrute por todos los vecinos, y no como una simple obra innovadora de mejora (sentencias 797/1997, de 22 de septiembre, y 929/2006, de 28 de septiembre [NCJ048500]); accesibilidad que está presente tanto cuando se instala "ex novo" el ascensor, como cuando se modifica de forma relevante para bajarlo a "cota cero", y si obligado está el comunero a contribuir a los gastos de instalación de ascensor, obligado lo estará también, en casos como el enjuiciado, de los destinados a completar la instalación ya existente para la eliminación de barreras arquitectónicas, más propios de una obra nueva que de mantenimiento o adaptación del ascensor».

A la vista de la doctrina expuesta, debe entenderse que la bajada a cota 0 se encuentra comprendida dentro de los gastos de instalación, que no de conservación o mantenimiento.

Por tanto, la bajada del ascensor a cota 0 no es una mera obra de conservación, sino de ubicación «ex novo» del ascensor en una planta.

En cuanto a la interpretación que se hace en la sentencia recurrida de la regla d) de los estatutos ..., se infringen los artículos 9, 10 y 5 de la LPH, pues la regla solo exonera a los locales (bajos) de los gastos de conservación o mantenimiento y no de los correspondientes a la instalación ni de los gastos extraordinarios.

#### 4. Conclusión

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia mencionada, el acuerdo de la instalación de ascensor a cota cero era una instalación nueva que trataba de mejorar la falta de ese elemento ante la existencia de personas mayores y menores de edad, y de lo que se beneficiaban todos los copropietarios, entre ellos el que resultó perjudicado; y todos debían contribuir a los gastos que generaban su instalación, pero también es cierto que el perjuicio causado al copropietario demandante debería resolverse con una sentencia en la que se le reconociera su derecho a una indemnización, pero nunca una devolución de las cantidades por el satisfechas, pues era su obligación la contribución a esos gastos, y sin que se pueda compensar esa obligación legal con el derecho a la indemnización que reclama.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 49/1960 (LPH), arts. 5, 9, 10 y 17.
- SSTS, Sala de lo Civil, 23/2009, de 11 de febrero; 732/2011, de 10 de octubre (NCJ055797); 148/2016, de 10 de marzo (NCJ061064), y 381/2018, de 21 de junio.

# Administración local. Sesiones de pleno y su grabación y difusión por internet. Dominio público y su desafectación. Tasas de licencia de obras y contrato administrativo de obras

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa*

*Profesor del CEF.- (España)*

[juliogalancaceres@hotmail.com](mailto:juliogalancaceres@hotmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

## Enunciado

En el Ayuntamiento de La Quebrada, de 4.100 habitantes, doña Filomena, en vista de que la alcaldesa no procedía a la convocatoria de la sesión ordinaria trimestral prevista en la ley y en el reglamento orgánico municipal, dirige escrito a la misma solicitando que proceda a su convocatoria. A los cuatro días recibe contestación de la misma, señalando que, de acuerdo con el informe del secretario-interventor, dado que, recientemente, se habían celebrados tres sesiones extraordinarias, no había ningún asunto que tratar, por lo que no accedía a dicha convocatoria. Precisamente, en la última sesión extraordinaria celebrada se aprobó que, cuando no existiera ningún asunto del orden del día que tratar, no se celebraría la correspondiente sesión ordinaria trimestral.

Celebrándose un pleno extraordinario cuyo único punto del orden del día era la desafectación de un terreno de uso público que contenía un abundante arbolado para posteriormente proceder a su venta a algún promotor privado de viviendas, un miembro de una asociación de vecinos de la localidad, debidamente inscrita en el registro de asociaciones vecinales y cuyo objeto es la defensa de la flora y fauna, que tenía firmado un convenio con el ayuntamiento para la colaboración en la materia, comienza a grabar la sesión con una videocámara para, posteriormente, colgar la grabación en internet. Al percatarse varios vecinos asistentes a la sesión, que no desean que se les saque en grabación alguna, lo comunican al alcalde, el cual, verbalmente, sin oír a la secretaria-interventora asistente, que tampoco pidió intervenir, ordena que, de inmediato, cese la grabación, alegando que se puede alterar el orden público, que no son periodistas y que, además, el conocimiento de lo allí acordado será objeto de publicación en el tablón de edictos y en el boletín oficial de la provincia y, finalmente, que le posibilidad de grabación está sujeta a su autorización. Por su parte, el acta de la sesión recogerá cuanto ocurra en la misma.

Contra esta denegación, posteriormente, recurre en reposición el miembro de la asociación, donde constaba el móvil del interesado. El recurso es resuelto en sentido desestimatorio el día 4 de mayo.

Intentada la notificación personal por primera vez, a las 11 de la mañana resulta infructuosa y, a la vez, un vecino del domicilio del recurrente informa al agente notificador de que el domicilio ha cambiado de ubicación, facilitándole la nueva dirección. En los tres días siguientes, a las 17 horas, se vuelve a intentar la notificación en la misma dirección, resultando igualmente infructuosa. Por ello, se publica la desestimación del recurso en el tablón de edictos del ayuntamiento y en el BOE el día 15 de mayo. Enterada por la publicación en el BOE el día 19 de julio, el recurrente interpone el oportuno recurso contencioso-administrativo.

Por la entidad mercantil XXX se interpone recurso de reposición contra sendas liquidaciones giradas por el ayuntamiento en concepto de tasa por licencia de obras e impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras referidas a la ejecución de las obras de construcción de un edificio en una calle de la localidad ya que, a juicio de la mercantil recurrente, se ha producido la doble imposición, puesto que la liquidación correspondiente al impuesto grava un hecho imponible –el derecho a edificar– que ya ha sido grabado por la liquidación correspondiente a la tasa.

El ayuntamiento otorgó en su día el nombramiento de miembro honorario de la corporación al médico don RRR, en reconocimiento a los muchos años que había desempeñado el cargo de concejal y a su labor de asesoramiento en la corporación en materia sanitaria. Constituida la Comisión Informativa de Sanidad y Bienestar Social, su presidente le convoca a todas las sesiones, dada su formación profesional para debatir los asuntos del orden del día. El grupo político de la oposición dirige escrito a la alcaldía indicando que es contrario a derecho la asistencia de dicho médico a la comisión informativa en cuestión.

Finalmente, el ayuntamiento de XXX adjudicó el contrato para la construcción de un parking municipal a la empresa LLL, SA mediante procedimiento abierto por importe de 10 millones de euros y un plazo de ejecución de 11 meses.

Para la adjudicación del contrato se había establecido en los pliegos un criterio de adjudicación. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se estableció la posibilidad de incorporar variantes o mejoras en relación con la propuesta de la Administración. Un licitador que no había resultado adjudicatario impugna en vía contencioso-administrativa la adjudicación realizada, solicitando la suspensión del acto administrativo de adjudicación, alegando que la oferta elegida incurría, a su parecer, en baja temeraria. El tribunal inadmitió el recurso presentado, argumentando que debía haber sido presentado un recurso especial.

Durante la ejecución de las obras el ayuntamiento ordenó una modificación de los materiales, atendiendo a las características geológicas del terreno, cuyo importe ascendió a 500.000 euros, así como la realización de una nueva planta del parking, no prevista inicialmente. Además, la celebración de las fiestas locales en el solar contiguo a la obra parali-

zó la misma durante 15 días, ante la imposibilidad de que los vehículos que transportaban materiales y escombros pudieran acceder a la misma.

El contratista se niega a modificar el contrato y además reclama daños y perjuicios por la paralización de las obras, o subsidiariamente la resolución del contrato, ante el incumplimiento por parte de la Administración de las condiciones pactadas en el mismo.

La junta de gobierno local, a pesar de la oposición del contratista, impone las modificaciones sin más trámites y deniega la indemnización de daños y perjuicios solicitada, alegando que en ningún momento la Administración municipal había impuesto formalmente la paralización de las obras. Subsidiariamente, la Administración municipal ofrece al contratista, en el caso de que este no pueda asumir las nuevas condiciones del contrato, la resolución por mutuo acuerdo.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Resulta ajustado a derecho lo acordado por la alcaldesa negándose a convocar la sesión ordinaria alegando que no había asuntos que tratar y que se había acordado en el último pleno extraordinario que, si esto sucedía, no se celebraría la sesión trimestral ordinaria? ¿Con qué medios de defensa cuenta y cuáles serían los motivos de doña Filomena ante esa negativa?
2. Conteste a las razones alegadas por la alcaldesa para negar la grabación del pleno y el ajuste a derecho de esa decisión y, si no lo fuera, tipo de vicio de la misma, en su caso, y recursos posibles de la asociación. Analice la actuación del secretario-interventor y, en su caso, las posibles consecuencias. ¿Tienen razón los vecinos en su negativa a que se les grabe? ¿Cómo se resolverá el recurso contencioso-administrativo interpuesto el día 19 de julio por el miembro de la asociación?
3. En relación con el recurso de reposición interpuesto contra sendas liquidaciones giradas en concepto de tasa y del ICIO responda, motivadamente, a lo siguiente:
  - a) ¿En qué artículo fundamental basará el recurso interpuesto? ¿Cómo habrá de resolverse ese recurso?
  - b) ¿Cabría la devolución del importe de la tasa e impuestos satisfechos si la mercantil, una vez concedida la pertinente licencia urbanística, desistiera de la realización de la obra, no materializando la misma?
  - c) En el supuesto de que la empresa ejecutara obras de construcción del aparcamiento subterráneo en los jardines del club náutico de dicha ciudad, en virtud de concesión administrativa para la construcción y explotación otorgada por el ayuntamiento, ¿estaría sujeta al ICIO? ¿Quién, en su caso, ostentaría la condición de sujeto pasivo?

4. ¿Tiene razón el grupo de la oposición en el escrito que dirige a la Alcaldía para que no asista el médico que había sido concejal?
5. En relación con los hechos del último párrafo conteste, de forma razonada, a lo siguiente:
  - a) Naturaleza jurídica y carácter del contrato.
  - b) Procedimiento de adjudicación utilizado.
  - c) Ajuste a derecho de la posibilidad de variantes.
  - d) Analice el ajuste a derecho de la interposición del recurso contencioso y la resolución del mismo.
  - e) Analice la actuación de la Administración modificando el contrato en cuanto a su forma y contenido.

## Solución

1. ¿Resulta ajustado a derecho lo acordado por la alcaldesa negándose a convocar la sesión ordinaria alegando que no había asuntos que tratar y que se había acordado en el último pleno extraordinario que, si esto sucedía, no se celebraría la sesión trimestral ordinaria? ¿Con qué medios de defensa cuenta y cuáles serían los motivos de doña Filomena ante esa negativa?

De acuerdo con el artículo 46.1 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), los órganos colegiados de las entidades locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias preestablecidas. Conforme al artículo 78.1 del Real Decreto 2568/1986, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF), son sesiones ordinarias aquellas cuya periodicidad está preestablecida.

La expresión de «periodicidad preestablecida» del artículo 46.1 de la LRBRL indica que son sesiones ordinarias las que se celebren con este carácter en los días y a la hora previamente fijadas en el acuerdo plenario que estableció su régimen. Este acuerdo, fijando el régimen de sesiones, es, pues, uno de los primeros que deben adoptarse a cada cambio de la corporación, si es que el reglamento orgánico municipal no lo tiene ya establecido. En este caso, el relato de hechos señala que ese reglamento lo tenía establecido. En este sentido, los artículos 38 a) y 78.1 del ROF señalan que el alcalde, en los 30 días siguientes al de la sesión constitutiva deberá convocar sesión extraordinaria del pleno para determinar el régimen de sesiones.

Por tanto, lo primero que debemos señalar es que el acuerdo plenario en el que se acordó la no celebración de la sesión ordinaria preestablecida, si no existían puntos del orden



del día que tratar, no fue ajustado a derecho, porque un simple acuerdo –acto administrativo– no puede modificar el reglamento orgánico municipal y sería preciso, en todo caso, de ser posible lo anterior, poner en marcha la modificación del reglamento a través de las reglas contenidas en el artículo 49 de la LRBRL. Por tanto, ese acuerdo plenario fue nulo de pleno derecho por prescindir total y absolutamente de las reglas legalmente establecidas.

Por otra parte, la Ley 7/1985, en el artículo 46.2 a), fija un mínimo obligatorio, dejando a las corporaciones que establezcan su propia regulación. En el ayuntamiento en el que nos encontramos, con una población de 4.100 habitantes, se correspondía celebrar una sesión ordinaria cada tres meses, y no puede un acuerdo plenario, que es un acto administrativo, ir en contra de lo acordado en un precepto de rango legal o reglamentario (reglamento orgánico municipal).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de junio de 1987, señaló que las sesiones ordinarias han de celebrarse con la periodicidad establecida, no bastando para su no convocatoria la falta de asuntos a tratar por haberse celebrado varias sesiones extraordinarias, dada la diferente naturaleza de ambas clases de sesiones.

Además, no es cierto, como afirma la alcaldesa para negarse a convocar dicha sesión ordinaria, que no haya asuntos que tratar, porque siempre existirá el acta levantada de la sesión anterior por el secretario, que es preciso aprobar en esta sesión, constituyendo, ordinariamente, el primer punto del orden del día, a tenor de lo dispuesto en el artículo 91.1 del ROF, y conforme al artículo 82.4, en el orden del día de las sesiones ordinarias se incluirá siempre el punto de ruegos y preguntas. Por tanto, existían en el orden del día asuntos obligatorios para tratar. Con independencia de ellos, durante la sesión se puede producir la intervención de los distintos concejales y grupos políticos proponiendo mociones, proposiciones, dictámenes y demás formas de participación en la vida política de la corporación.

En conclusión, la alcaldesa, negándose a convocar la sesión ordinaria preestablecida, conculcó la Ley 7/1985, que establecía su obligatoriedad, y el derecho fundamental del artículo 23 de participación en los asuntos públicos por parte de los concejales, por lo que sería un acto nulo de pleno derecho, a tenor de lo establecido en el artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, LPAC, por vulnerar el contenido esencial del derecho fundamental de participación en asuntos públicos recogido en el artículo 23 de la Constitución española (CE).

Respecto a los medios de defensa con que contaría doña Filomena, sería potestativo el recurso de reposición y, en caso de ser desestimado, o directamente, recurso contencioso-administrativo por inactividad de la Administración, al amparo de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 29/1998, LJCA, puesto que una ley obligaba a convocar la sesión y no tenía otra opción que cumplir el mandato establecido en el artículo 46.2 de la Ley 7/1985.

El recurso contencioso-administrativo podría ir mediante el procedimiento ordinario o bien mediante el procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales a que se refiere en los artículos 115 y siguientes de la LJCA. Finalmente, agotada la vía judicial ordinaria, podría acudir mediante el recurso de amparo al Tribunal Constitucional (art. 53 CE).

En conclusión, un acuerdo municipal, que es un acto administrativo, no podía, sin seguir el procedimiento legalmente establecido, modificar el reglamento orgánico municipal, que tiene valor de disposición general.

Por otra parte, ante la negativa a convocar la sesión ordinaria, la interesada podría recurrir en vía administrativa y contencioso-administrativa, por inactividad de la Administración vulneradora del derecho fundamental de participación en asuntos públicos del artículo 23 de la CE; desestimada su pretensión en estas vías, podría acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. Conteste a las razones alegadas por la alcaldesa para negar la grabación del pleno y el ajuste a derecho de esa decisión y, si no lo fuera, tipo de vicio de la misma y recursos posibles de la asociación. Analice la actuación del secretario-interventor y, en su caso, las posibles consecuencias. ¿Tienen razón los vecinos en su negativa a que se les grabe? ¿Cómo se resolverá el recurso contencioso-administrativo interpuesto el día 19 de julio por el miembro de la asociación?
- a) Razones alegadas por la alcaldesa para denegar la posibilidad de grabación y ajuste a derecho de esa decisión y, si no lo fuera, tipo de vicio de la misma. Recursos posibles.

Adelantamos ya que la decisión no fue ajustada a derecho.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 70.1 de LRBRL, «1. Las sesiones del Pleno de las corporaciones locales son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta». Sin embargo, la posibilidad de grabar o no las sesiones del pleno no están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico de manera específica, por lo que tendremos que acudir por vía interpretativa a otras normas, así como a la doctrina y a la jurisprudencia para determinar si legalmente es posible o no grabar estas sesiones.

El artículo 20 de la CE reconoce y protege, entre otros, los derechos a «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» y a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

«La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades». Dicho precepto constitucional determina también que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Por su parte, el artículo 88 del ROF, se limita a señalar, respecto al desarrollo de las sesiones del pleno, lo siguiente:

1. Serán públicas las sesiones del Pleno. No obstante, podrá ser secreto el debate y la votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 CE, cuando así se acuerde por mayoría absoluta.
2. Para ampliar la difusión auditiva o visual del desarrollo de las sesiones podrán instalarse sistemas megafónicos o circuitos cerrados de televisión.
3. El público asistente a las sesiones no podrá intervenir en estas, ni tampoco podrán permitirse manifestaciones de agrado o desagrado, pudiendo el Presidente proceder, en casos extremos, a la expulsión del asistente que por cualquier causa impida el normal desarrollo de la sesión. Sin perjuicio de ello, una vez levantada la sesión, la Corporación puede establecer un turno de consultas por el público asistente sobre temas concretos de interés municipal.

Comentando las razones de la denegación de la grabación, esgrimidas por la alcaldesa, señalamos:

- 1.º La negativa de la alcaldesa carece de toda razonabilidad y está absolutamente inmotivada, porque no se ha producido ninguna alteración del orden público que merezca ser restaurado para el desarrollo de la sesión.
- 2.º Quienes pretendían la grabación eran perfectamente conocidos por el señor alcalde, en la medida en que formaban parte de una asociación con la que el ayuntamiento había suscrito un convenio, y en diversas ocasiones había solicitado la grabación de los plenos, lo que le había sido sistemáticamente negado.
- 3.º La publicidad de las sesiones del pleno implica, en esencia, que cualquier ciudadano pueda conocer pormenorizadamente todo cuanto en un pleno municipal acontece.
- 4.º La transmisión de información en nuestra sociedad no está restringida ni mucho menos solo a quienes sean periodistas, de manera que cualquier ciudadano puede informar, trasladar datos, por cualquiera de los medios técnicos que permiten su tratamiento y archivo y, por supuesto, cualquiera puede mostrar su opinión respecto de los datos que trasmite.
- 5.º La función de policía del pleno no quiere decir que pueda prohibirse cualquier grabación, sino solo aquellas que manifiestamente impliquen una alteración del orden, que impidan el desarrollo de la sesión, y solo en el momento en que, a resultas de dicha grabación, devenga imposible la continuación de la misma. Circunstancias estas difícilmente producibles si el que graba simplemente se limita a grabar.
- 6.º Los poderes públicos en democracia se caracterizan por su coherencia, y su transparencia; lo primero implica racionalidad, y lo segundo, que sus decisiones no solo pueden, sino que deben ser conocidas por todos los ciudadanos.

Por todo ello, la decisión de la alcaldesa prohibiendo la grabación del pleno es nula de pleno derecho, por violar el derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1 d) de la CE. Someterlo a autorización sería una «censura previa» al ejercicio de las libertades de información y expresión.

7.º El condicionamiento a la autorización del alcaldesa es contrario tanto a ese disfrute inmediato que corresponde a cualquier persona en relación con las libertades sin ninguna autorización administrativa previa, como también a esa actitud pasiva que resulta obligada para el poder público cuando aquellas libertades sean ejercitadas.

Por su parte, la Agencia Española de Protección de Datos también se ha referido a la publicidad de los plenos municipales, aunque dentro, lógicamente, de su ámbito competencial y circunscrita a la, entonces vigente, Ley orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal. Cabe destacar su informe de 20 de diciembre de 2004, reiterado en informe 0660/2008, en el que se expresa lo siguiente:

Pues bien, respecto de la publicidad de las actividades municipales, el artículo 70 de la Ley reguladora de las Bases del régimen Local, en redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, dispone lo siguiente: (ya transcrito con anterioridad).

Del tenor del precepto transcrito se desprende que la Ley determina la publicidad del contenido de las sesiones del Pleno, pero en ningún caso de la Junta de Gobierno, añadiendo el régimen de publicación en los Boletines Oficiales de los acuerdos adoptados.

De este modo, únicamente sería conforme con lo dispuesto en la entonces derogada Ley Orgánica 15/1999 la comunicación de datos, mediante su inclusión en Internet, cuando dichos datos se refieran a actos debatidos en el Pleno de la Corporación o a disposiciones objeto de publicación en el correspondiente Boletín Oficial, dado que únicamente en estos supuestos la cesión se encontraría amparada, respectivamente, en una norma con rango de Ley o en el hecho de que los datos se encuentren incorporados a fuentes accesibles al público.

En la actualidad, la Ley orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales, en su artículo 8 se refiere al tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos, señalando, en el apartado 1, que el tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley.

En los restantes supuestos, y sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, la publicación únicamente sería posible si se contase con el consentimiento del interesado o si los datos no pudieran, en ningún caso, vincularse con el propio interesado, cuestión esta que, como se indicó, puede resultar sumamente compleja, dadas las características del municipio en

cuestión, por cuanto un número reducido de datos, incluso sin incluir los meramente identificativos, podría identificar a aquel.

Por último, señalar que sería conveniente informar a los afectados que a partir de ahora las sesiones plenarios de la corporación van a ser publicadas en internet.

En conclusión, la alcaldesa no puede negar a la asociación la grabación de la sesión, pues supondría la vulneración del derecho fundamental del artículo 20.1 d) de información y expresión.

b) Recursos posibles.

- Reposición, potestativo en un mes (arts. 123 y 124 LPAC) y, después, recurso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso-administrativo en el plazo de dos meses (art.46 LJCA). Este último recurso podría tramitarse por las reglas de procedimiento general especial de protección de los derechos fundamentales de los artículos 115 y siguientes de la LJCA.
- Directamente recurso contencioso-administrativo (por las mismas vías indicadas anteriormente).
- Agotada la vía judicial ordinaria, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por presunta vulneración de los derechos de expresión e información del artículo 20.1 d) de la CE.

c) Analice la actuación del secretario-interventor y, en su caso, las posibles consecuencias.

El artículo 3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional contempla, como una función de asesoramiento legal preceptivo:

e) Informar en las sesiones de los órganos colegiados a las que asista y cuando medie requerimiento expreso de quien presida, acerca de los aspectos legales del asunto que se discuta, con objeto de colaborar en la corrección jurídica de la decisión que haya de adoptarse. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión nueva sobre cuya legalidad pueda dudarse, podrá solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación.

Con base en ello, creemos que debió el secretario-interventor solicitar a la alcaldesa el uso de la palabra para asesorarle sobre la legalidad o no de la grabación de la sesión. Otra cuestión es su punto de vista favorable o contrario, que entra dentro de sus facultades de interpretación y, asimismo, si informa que es legal la grabación deseada por la asociación y la alcaldesa no sigue su consejo. Al menos, en este caso, salva su responsabilidad.

No parece que su no actuación sea una falta muy grave descrita en el artículo 95.2 del EBEP. Respecto a la posible infracción cometida, podría incardinarse en el artículo 8 d) o e) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, que considera falta leve, «el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave, respectivamente».

Con arreglo a los artículos 61 y 62 del Real Decreto 128/2018, de funcionarios de la Administración local de habilitación nacional, el órgano competente para la incoación de expedientes disciplinarios al secretario-interventor, al ser una falta leve, sería el órgano correspondiente de la corporación donde el funcionario hubiera cometido los hechos que se le imputan, cuando pudieran ser constitutivos de falta leve.

Con relación a la sanción podría bastar con un apercibimiento, según el artículo 96.1 f) del EBEP.

d) ¿Tienen razón los vecinos en su negativa a que se les grabe?

El artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) considera «datos personales» toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Por lo tanto, para colgarlo en internet, si salieran vecinos asistentes a la sesión y se informara de algunos de los datos identificables de una persona, precisaría, conforme al artículo 6.1 a) del citado reglamento, su consentimiento. Y si ya se ha colgado, conforme al artículo 15 de la Ley orgánica 3/2018 y 17 del Reglamento comunitario, tendrían el derecho de supresión.

e) ¿Cómo se resolverá el recurso contencioso-administrativo interpuesto el día 19 de julio por el miembro de la asociación?

En primer lugar, debemos señalar que, a tenor de los artículos 4 de la LPAC y 19 de la Ley LJCA, el miembro de la asociación estaba legitimado, como integrante de la misma, ya que persigue la misma finalidad que aquella, para recurrir la decisión administrativa que le

denegó la posibilidad de grabación de la sesión, al tener la condición de interesado por ser titular de intereses legítimos.

En cuanto a la notificación realizada de la resolución desestimatoria del recurso de reposición, son dos los principios que deben regir el proceso de notificación: el derecho a la defensa del artículo 24 de la CE y, de forma complementaria, el principio antiformalista.

Para valorar la legalidad o no de una notificación se han de analizar las circunstancias concretas concurrentes en cada caso particular, lo cual obliga a la valoración de la conducta de los sujetos intervinientes en la misma, dando prioridad siempre al derecho de defensa del artículo 24 de la CE.

La notificación exige diligencia tanto a la Administración como al administrado en el cumplimiento de sus obligaciones y ha de ser, a su vez, modulada por el principio de buena fe, presente en toda relación jurídico-administrativa.

Requisito fundamental, para apreciar la existencia de una posible indefensión contraria al artículo 24 de la CE, es que no basta con la transgresión de una norma procedimental, sino que es necesario que el defecto haya supuesto un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa del destinatario de la comunicación.

La buena fe y diligencia no solo resulta exigible a los administrados, sino también a la Administración. En particular, esta buena fe obliga a la Administración a que, aun cuando los interesados no hayan actuado con toda la diligencia debida en la comunicación del domicilio –en este caso no comunicaron el nuevo domicilio a la Administración–, antes de acudir a la notificación por publicación ha de intentarse la notificación en el domicilio, bien porque conste en el expediente, que no es el caso, puesto que se había producido un cambio de sede, o bien porque su localización resulta extraordinariamente sencilla, como es el caso que nos ocupa, en que el vecino informó al personal notificador de la nueva dirección de la sede y, además, la Administración tenía el teléfono móvil del interesado. Por ello deben extremarse las gestiones en averiguación del paradero de los destinatarios de la notificación y acudir a la notificación por publicación cuando no haya criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza o a la convicción razonable de la inutilidad de los medios normales de citación.

En este caso, la diligencia de la Administración para averiguar el nuevo domicilio podría hacerse sin esfuerzo alguno desproporcionado; no existían largas, arduas y complejas indagaciones ajenas a su función.

Por ello, en virtud del artículo 24 de la CE, en este caso, la publicación efectuada no subsanó la falta de notificación, por lo que el interesado no disponía de límite de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, de manera que el recurso presentado el día 19 estaba en plazo, y respecto al fondo de la cuestión, en la primera pregunta nos pronunciamos afirmando la ilegalidad de la orden de la alcaldesa. Por todo ello, el recurso debió ser admitido y estimado.

3. En relación con el recurso de reposición interpuesto contra sendas liquidaciones giradas en concepto de tasa y del ICIO responda, motivadamente, a lo siguiente:

a) ¿En qué artículo fundamental basará el recurso interpuesto? ¿Cómo habrá de resolverse ese recurso?

El fundamento estaría en el artículo 31.1 de la CE, que señala que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

La doble imposición, por el mismo hecho, supondría una confiscación en toda regla.

El recurso habrá de resolverse en sentido desestimatorio, pues existe una total compatibilidad del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO) con la tasa por licencia de obras, puesto que, en primer lugar, el hecho imponible es distinto en uno y otro supuesto, y en segundo lugar, esta compatibilidad se deriva del propio artículo 20.4 h) del Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLRHL), que señala estar sujeto a tasa el otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa.

El hecho imponible de la tasa viene constituido por la prestación de servicios administrativos o en la realización de una actividad por parte de la Administración de derecho público que afecte o beneficie al sujeto pasivo y que no pueda realizarse en concurrencia con el sector privado, en este caso, de verificación de la legalidad de la obra proyectada, previa a la concesión de la correspondiente licencia, y el del ICIO por la realización dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija la obtención de la correspondiente licencia municipal de obras, se haya obtenido o no dicha licencia.

En conclusión, no se produce la doble imposición, al tratarse de hechos imposables diferenciados.

b) ¿Cabría la devolución del importe de la tasa e impuestos satisfechos si la mercantil, una vez concedida la pertinente licencia urbanística desistiera de la realización de la obra, no materializando la misma?

Debe contestarse afirmativamente a esta cuestión en el sentido de que procedería la devolución de lo satisfecho en concepto de ICIO –el importe de la liquidación provisional practicada al conceder la licencia– si las obras no se ejecutaran, puesto que el impuesto en cuestión no se habría devengado, puesto que a tenor de lo dispuesto en el artículo 104.4



del TRLRHL, el impuesto se devenga en el momento de iniciarse la construcción, instalación u obra, aun cuando no se haya obtenido la correspondiente licencia.

- c) En el supuesto de que la empresa ejecutara obras de construcción del aparcamiento subterráneo en los jardines del club náutico de dicha ciudad, en virtud de concesión administrativa para la construcción y explotación otorgada por el ayuntamiento, ¿estaría sujeta al ICIO? ¿Quién, en su caso, ostentaría la condición de sujeto pasivo?

Las obras ejecutadas en virtud de concesión administrativa están sujetas al ICIO.

Conforme al artículo 1.15 del Real Decreto 2187/1978, Reglamento de disciplina urbanística, en defecto de legislación autonómica, están sujetos al impuesto las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo.

El sujeto pasivo del impuesto sería el concesionario. En este sentido, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 17 de mayo de 1994 señala que es el dueño de la obra, y a la sazón sujeto pasivo contribuyente del ICIO, quien costea su realización, aunque estemos ante el concesionario de una explotación cuyos inmuebles habrán de revertir a la Administración concedente.

Por su parte, el artículo 101.1 del TRLRHL señala que son sujetos pasivos de este impuesto, a título de contribuyentes, las personas físicas, personas jurídicas o entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, que sean dueños de la construcción, instalación u obra, sean o no propietarios del inmueble sobre el que se realice aquella.

A los efectos previstos en el párrafo anterior tendrá la consideración de dueño de la construcción, instalación u obra quien soporte los gastos o el coste que comporte su realización.

4. ¿Tiene razón el grupo de la oposición en el escrito que dirige a la alcaldía para que no asista el médico que había sido concejal?

Es preciso matizar la respuesta. En primer lugar, el artículo 123.1 del ROF señala que «las Comisiones Informativas integradas, exclusivamente, por miembros de la corporación». Tiene su complemento en el artículo 125, el cual, en cuanto a la composición concreta de «estas Comisiones, prevé que cada Comisión estará integrada de forma que su composición se acomode a la proporcionalidad existente entre los distintos grupos políticos representados en la Corporación».

Por su parte, el artículo 137 del ROF se refiere a la asistencia a sus sesiones de personas ajenas a la comisión estableciendo que el presidente de cada una podrá requerir la presencia en sus sesiones de personal o miembros de la corporación a efectos informativos.

Finalmente, el artículo 190.2 del ROF determina que los nombramientos de miembros honorarios de la corporación no otorgarán, en ningún caso, facultades para intervenir en el gobierno o la administración de la entidad local.

Por todo ello, el médico que ha sido nombrado como miembro honorario de la corporación puede asistir a la sesión de la comisión informativa a requerimiento del presidente, a efectos informativos exclusivamente, pero no podrá votar o realizar cualquier otra función que afecte al gobierno o la administración de la entidad local.

5. En relación con los hechos del último párrafo conteste, de forma razonada, a lo siguiente:

a) Naturaleza jurídica y carácter del contrato.

En relación con el supuesto de hecho planteado con carácter previo es necesario calificar el contrato objeto del mismo. En el supuesto se indica que se adjudicó un contrato con el objeto de construir un parking municipal.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por el que se aprueba la Ley de contratos del sector público (LCSP), se determina que: «son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra [...] que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante».

A su vez en el artículo 14 de la LCSP establece que «la concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio».

Por tanto, puesto que en el supuesto de hecho tan solo se indica que el contrato consistía en la construcción del parking por el contratista y su retribución consistía en percibir el precio por esta obra, no especificándose si por parte del contratista se realiza alguna actividad más ni se indica que explote la obra de ningún modo, se deberá entender que el contrato que se realizó fue de obras y no de concesión de obras públicas.

Este contrato tendrá el carácter de contrato administrativo, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la LCSP, se celebra por una Administración pública y es uno de los típicos previstos en este apartado 1 del artículo 25 citado.

Asimismo, a efectos de determinar si es un contrato sujeto o no a regulación armonizada, al examinar el artículo 20.1 de la LCSP por la que se determinan los límites del contrato

de obras, a efectos de la contratación del sector público, se considera sujetos a una regulación armonizada, puesto que su valor estimado fue igual o superior a 5.382.000 euros (el precio del contrato fue de 10.000.000 de euros), aunque el artículo 20.1 señala la referencia del valor estimado y no la del precio de adjudicación a que parece referirse el relato de hechos cuando utiliza la expresión «por importe de 10 millones de euros».

b) Procedimiento de adjudicación.

En cuanto al procedimiento de adjudicación, siendo este el sistema aplicado para seleccionar a los candidatos en la adjudicación del contrato, el artículo 131.2 de la LCSP dispone que

la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

Por su parte, los apartados 1 y 2 del artículo 145 de la LCSP señalan que:

1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Por otra parte, conforme al artículo 146.1,

sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados primero y tercero del artículo anterior, cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de acuerdo con lo indicado en el artículo 148.

Por tanto, salvo que, de forma excepcional, se justificara en los pliegos, debió utilizarse una pluralidad de criterios, si no fue así, el contrato sería nulo de pleno derecho a tenor de los artículos 47 e) de la LPAC y 38 y 39 de la LCSP.

Además del precio, se fijaron como criterios de adjudicación diversos criterios técnicos, y en el pliego se estableció la posibilidad de incorporar variantes o mejoras en relación con la propuesta de la Administración.

c) Ajuste a derecho de la posibilidad de variantes.

En relación con la introducción de variantes o mejoras, la LCSP dispone en su artículo 142.1 y 2 que:

Quando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores, siempre que las variantes se prevean en los pliegos. Se considerará que se cumple este requisito cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

Por tanto, si en el pliego de causas administrativas particulares se determinaron expresamente estas variantes y mejoras y se valoraron otros criterios, además del precio será perfectamente acorde con la ley la introducción de variantes o mejoras en el procedimiento abierto que se licitó, pero, en este caso, el relato de hechos señala, expresamente, que solo se tendría en cuenta un solo criterio de adjudicación, luego no sería posible la admisión de variantes y mejoras por parte de los licitadores.

d) Analice el ajuste a derecho de la interposición del recurso contencioso y la resolución del mismo.

En cuanto a la posibilidad de impugnación en vía contencioso-administrativa de la adjudicación realizada por un licitador, alegando que la oferta elegida incurría en baja temeraria y la inadmisión del recurso por parte del tribunal alegando que debía haberse presentado un recurso especial, ya adelantamos que no fue ajustada a derecho.

El recurso especial se configura pues por la ley como un recurso que solo operará en los supuestos fijados en la misma y, por tanto, será necesario estar en presencia de un contrato realizado por una Administración pública y entidades que ostenten la condición de poder adjudicador. Además se deberá referir a los contratos indicados en sus apartados a), b) y c) del artículo 44.1 de la LCSP, y que el acto objeto de recurso sea de los contenidos en el apartado 2 del artículo 44 de LCSP.

La legitimación para interponer el recurso conforme al artículo 48 del LCSP recaerá en «toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectas por las decisiones objeto del recurso».

Pero el artículo 44.7 de la LCSP señala que la interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes. En

este caso, el contrato estaba sujeto a SARA y, por tanto, cabía ese recurso, pero con carácter potestativo.

Al no desearlo el licitador, como el acuerdo del órgano de contratación pone fin a la vía administrativa, podía interponer directamente el recurso contencioso-administrativo desde la comunicación a que se refiere el artículo 155.1 respecto a los licitadores no adjudicatarios y en el plazo de dos meses (art. 46 LJCA).

De manera que el recurso contencioso debió ser admitido, por lo que el auto de inadmisión podría haber sido recurrido en apelación al Tribunal Superior de Justicia, conforme al artículo 80.1 c) de la LJCA.

Admitido el recurso, pudo ser desestimado, porque cuestión distinta es el motivo o causa de impugnación; en el supuesto de hecho se alegó que la oferta elegida incurría en baja temeraria.

El que una oferta incurra en baja temeraria por sí no sería un motivo para impugnar el contrato, puesto que en determinados supuestos está permitido por la ley la adjudicación al incurso en baja temeraria, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 149 de la LCSP, entre los que se incluyen la audiencia al licitador que presentó la proposición, que se podría considerar desproporcionada o anormal para que justifique la valoración de la oferta y sus condiciones.

Por tanto, si se cumplieron los requisitos previstos por la ley, es conforme a derecho la adjudicación del contrato al que presentó una oferta, que podría estar considerada desproporcionada o anormal. No obstante, si la adjudicación no se realizó conforme a lo anteriormente indicado, sí sería plausible la impugnación de la citada adjudicación, que, como ya se indicó, debió recurrirse vía artículo 44 de la LCSP.

e) Analice la actuación de la Administración modificando el contrato en cuanto a su forma y contenido.

#### *Introducción. Normativa para tener en cuenta.*

En el supuesto de hecho se indica que durante la ejecución de las obras el ayuntamiento ordenó la modificación de los materiales por razones geológicas del terreno y la construcción de una nueva planta no prevista inicialmente, y además se paralizó la obra por la celebración de unas fiestas locales.

En relación con la modificación del contrato, el artículo 203 de la LCSP establece que

sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del

plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.

Los supuestos vienen en el artículo 203.2 de la LCSP, al indicar que

los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;
- b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

El artículo 205 de la LCSP se refiere a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales, señalando que:

1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.
- b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

- a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

Este requisito no concurre en nuestro caso, o al menos de los hechos no se deduce.

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

Este requisito no parece concurrir, tampoco, en nuestro caso, por las razones que luego analizaremos.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

La modificación del cambio de materiales no implica esta alteración, pero de la construcción de la nueva planta, ignoramos la cuantía.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distin-

ta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

Esto parece concurrir en el supuesto, porque se trata de modificaciones por valor de 500.000 euros y la construcción de una nueva planta, y todo ello podría haber determinado, con estas nuevas condiciones, que participaran otros licitadores.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introduzcan unidades de obras nuevas cuyo importe representase más del 50 % del presupuesto inicial del contrato.

Ignoramos si la construcción de la nueva planta implicaba este límite.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

En este caso, la modificación de los 500.000 euros no excede de este límite, pero la de la construcción de la nueva planta lo ignoramos porque no se establece su precio.

## **Modificaciones**

Debemos presumir que, aunque nada diga el relato de hechos, las modificaciones no estaban previstas en los pliegos. Si hubieren estado previstas, se aplicaría el artículo 204 de la LCSP.

A la vista de lo expuesto podemos distinguir, suponiendo que se trata de modificaciones no previstas en los pliegos previstas en el artículo 205 de la LCSP:

*A) Modificación de los materiales, atendiendo a las características geológicas del terreno, cuyo importe ascendió a 500.000 euros.*

En este caso, para que pueda llevarse a cabo era preciso que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever (art. 205.2, 2.º b 1.º).



En primer lugar, el artículo 238.1, referido a la ejecución de las obras y responsabilidad del contratista, señala que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de este diere al contratista la dirección facultativa de las obras.

Por su parte, el artículo 231 se refiere al proyecto de obras; el 233, al contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración; el 235, a la supervisión de proyectos; el 236, al replanteo del proyecto, y el 237 a la comprobación del replanteo.

Por otra parte, repetimos que el artículo 205.2 2.º b 1.º exige que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una administración diligente no hubiera podido prever. Era de esperar que en el contenido del proyecto se establecieran las condiciones geológicas del terreno, dada la envergadura de las obras a acometer (construcción de un parking subterráneo). Solo si, por las características especiales del terreno, nada imprevisible porque con los medios técnicos actuales se pueden conocer de antemano, hubiera sido imposible prever esta circunstancia, no estaría justificada la modificación del contrato.

#### *B) Realización de una nueva planta del parking, no prevista inicialmente.*

Ignoramos cómo afecta al presupuesto del contrato para que pudiere llevarse a cabo y, además, parece una modificación que, de haberse previsto, podría haber animado a otros licitadores a participar, porque el presupuesto es mayor y, por otra parte, habría que saber si existió negligencia de la Administración al no preverse con anterioridad en el proyecto inicial. Por tanto, parece que tampoco podría llevarse a cabo.

#### *C) Obligatoriedad de las modificaciones del contrato. Artículo 206.1 de la LCSP:*

En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

La que supone 500.000 euros no supera el límite. La construcción de la nueva planta, lo ignoramos, porque no se dice su importe.

2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

Por supuesto, de llevarse a cabo se reajustará el equilibrio económico del contrato.

D) *Modificaciones sin procedimiento alguno.*

Dice el relato de hechos que la junta de gobierno local, a pesar de la oposición del contratista, «impone las modificaciones sin más trámites» y deniega la indemnización de daños y perjuicios solicitada, alegando que en ningún momento la Administración municipal había impuesto formalmente la paralización de las obras. Subsidiariamente, la Administración municipal ofrece al contratista, en el caso de que este no pueda asumir las nuevas condiciones del contrato, la resolución por mutuo acuerdo.

El artículo 207 se refiere a las especialidades procedimentales en caso de modificación del contrato señalando:

1. [...]

2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

3. Los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada, a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el anexo IV, en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 205 deberán publicar en el «Diario Oficial de la Unión Europea» el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley.

Asimismo los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 191 [Procedimiento para el ejercicio de la modificación del contrato].

Por su parte, el artículo 242, referido a la modificación del contrato de obras, se refiere al procedimiento específico para ello que, para nada, se respetó.

En conclusión, esas modificaciones fueron nulas de pleno derecho por no seguir el procedimiento legalmente previsto (art. 47.1.e LPAC).

*E) Suspensión del contrato y solicitud de indemnización de daños y perjuicios.*

Señala el relato de hechos que la celebración de las fiestas locales en el solar contiguo a la obra paralizó la misma durante 15 días, ante la imposibilidad de que los vehículos que transportaban materiales y escombros pudieran acceder a la misma. La Administración se defiende señalando que ella no había decretado la suspensión de las obras.

Es cierto que el artículo 208.1, referido a la suspensión de los contratos, señala que si la Administración acordase la suspensión del contrato, «acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este», es decir, parece que sea exigible un pronunciamiento expreso previo de la Administración acordando la suspensión, pero, también, es cierto que la invasión de la calle con ocasión de las fiestas patronales, suponemos que de casetas, tiendas desmontables o aparatos recreativos que suponían un uso exclusivamente peatonal, requería el título suficiente otorgado por el ayuntamiento para la ocupación de la vía pública a estos fines, y los mismos eran incompatibles para seguir con las obras, al impedir el paso de los camiones y demás maquinaria precisa. Luego ha existido un pronunciamiento tácito municipal de suspensión de las obras, que deberá ser objeto de indemnización con arreglo a las reglas del citado 208.

*F) Negativa del contratista a la modificación y, subsidiariamente, la resolución del contrato.*

Con relación a la negativa de modificar el contrato, si defendemos que se excedieron los límites del artículo 205 o no concurrieran los requisitos de dicho artículo, el contratista podría negarse a la modificación.

Respecto a la resolución, el artículo 211.1 g) de la LCSP señala como causa de resolución

la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por su parte, el artículo 212.1 señala «que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca».

En cuanto al ofrecimiento de la Administración de resolver el contrato por mutuo acuerdo, el mismo se prevé como una causa de resolución del contrato en el artículo 212.4 de la LCSP, que establece que será causa de resolución del contrato el mutuo acuerdo, pero «la resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato».

Finalmente, señalar, respecto a la indemnización de daños y perjuicios por resolución, el artículo 213.2 señala que «el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista y, en segundo lugar, los gastos ocasionados».

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 20, 23, 24, 31 y 53.
- Ley orgánica 3/2018 (protección de datos de carácter personal y garantía de derechos digitales), arts. 8 y 15.
- Ley 7/1985 (reguladora de las bases de régimen local), arts. 46 y 70.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 9, 29 y 115 y ss.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre (general tributaria), art. 35.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 47, 123 y 124.
- Ley 9/2017 (de contratos del sector público), arts. 9, 10, 20, 25, 38, 39, 44, 48, 131, 142, 145, 146, 149, 201, 203, 205, 207, 208, 219, 212, 213, 233, 238 y 242.
- Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (texto refundido de la ley de haciendas locales), arts. 20, 101 y 104.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (Estatuto Básico del Empleado Público), arts. 95 y 96.
- Real Decreto 2187/1978 (Reglamento de disciplina urbanística), art. 1.
- Real Decreto 33/1986 (Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado), art. 8.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 38, 78.1, 82, 88, 91, 137 y 190.
- Real Decreto 128/2018 (Régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), arts. 3, 61 y 62.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), arts. 4, 6 y 17.
- STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 1987 y de 17 de mayo de 1994.
- Informe de la Agencia Española de Protección de Datos de 20 de diciembre de 2004 e Informe 0660/2008.

*Si necesitas motivación,*

**SOMOS EXIGENCIA.**

**Contigo, somos uno.**



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 • Empresa y Tecnología • 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

## TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))

## 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 • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • 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

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

**45 CEF.-**

Aniversario



Más de

28.000 opositores

aprobados gracias

al #MétodoCEF.-

S



puedo

Preparamos el acceso 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

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta [www.cef.es](http://www.cef.es) y descubre el #MétodoCEF.-