

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núms. 271-272 | Agosto-Septiembre 2023

ISSN: 2697-1631

El notario en el testamento de las personas con discapacidad

Luis Corpas Pastor

Tratamiento conjunto y concordado de la propiedad intelectual e industrial

Francisco de la Torre Olid

Derechos y constitución en tiempos de crisis

José Ángel Marín Gámez

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núms. 271-272 | Agosto-Septiembre 2023

Directora editorial

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

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

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

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

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) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (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

El notario como medida de apoyo atípica en el testamento de las personas con discapacidad 5-24

The notary as an atypical support measure in the will of people with disabilities

Luis Corpas Pastor

Tratamiento conjunto y concordado de la propiedad intelectual e industrial. Mecanismos de protección para su mayor significación y proyección práctica 25-60

Joint and agreed treatment of intellectual and industrial property. Protection mechanisms for its greater significance and practical projection

Francisco de la Torre Olid

Constitucional-administrativo

Derechos y constitución en tiempos de crisis 61-106

Rights and constitution in times of crisis

José Ángel Marín Gámez

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

Divorcio contencioso e interés del menor (Comentario a la STS de 20 de junio de 2023) 107-114

Casto Páramo de Santiago

Constitucional-administrativo

- A «volteretas» con el fraccionamiento del objeto del contrato público 115-120
Jaime Pintos Santiago y José Luis Franco Pintos

Casos prácticos

Civil

- La presunción de exactitud del catastro. Georreferenciación 121-128
Adelaida Medrano Aranguren
- Impugnación de testamento 129-134
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Administrativo

- Contrato administrativo de concesión de servicios y responsabilidad patrimonial del Estado-legislador. Devolución de lo pagado 135-168
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>



El notario como medida de apoyo atípica en el testamento de las personas con discapacidad

Luis Corpas Pastor

*Profesor de Derecho Civil.
Universidad de Málaga (España)*

lcorpas@uma.es | <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>

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

Extracto

La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio) ha supuesto una modificación sustancial del derecho de sucesiones, relativa a promover el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, y un impulso a su autonomía en la toma de sus propias decisiones. En este trabajo realizamos un comentario a las trascendentes modificaciones del Código Civil introducidas por esta ley, sobre las facilidades que el legislador da a partir de ahora a las personas con discapacidad, no solo para otorgar testamento, sino para tomar decisiones sobre su sucesión y el establecimiento de disposiciones testamentarias en plena autonomía de su voluntad, introduciendo también la posibilidad de otorgar disposiciones en beneficio de ciertos parientes cuando tuvieren derecho a sucederle *ab intestato*, pese a haber tenido relación de tutela, curatela o de meros cuidadores de la persona con discapacidad. Finalmente resaltamos la importancia que la nueva ley concede a la figura del notario en el aseguramiento de la voluntad fehaciente de la persona con discapacidad y hacemos mención a las posibilidades actuales tecnológicas cuya validez establece en el Código esta reforma, tales como la firma electrónica en el testamento electrónico o las peculiaridades del testamento para las personas con discapacidad visual, mediante la modificación del artículo 25 de la Ley del notariado.

Palabras clave: discapacidad; testamento; capacidad jurídica natural; medidas de apoyo; notario.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado (en avance *online*): 17-07-2023

Cómo citar: Corpas Pastor, L. (2023). El notario como medida de apoyo atípica en el testamento de las personas con discapacidad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 5-24. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19243>



The notary as an atypical support measure in the will of people with disabilities

Luis Corpas Pastor

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

The beginning of validity of the Spanish 8/2021 law, on the reform of civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity «BOE No. 132, of June 3», has involved a substantial modification of inheritance law, relating to promoting respect for the will and preferences of the person with a disability, and a boost to their autonomy in making their own decisions. In this work we make a comment on the transcendent modifications of the Civil Code introduced by this law, on the facilities that the legislator gives from now on to people with disabilities not only to grant a will, but to make decisions about their succession and the establishment of testamentary provisions in full autonomy of their will, also introducing the possibility of granting provisions for the benefit of certain relatives when they have the right to succeed them intestate, despite having had a relationship of guardianship, curatorship or mere caregivers of the person with a disability. Finally, we highlight the importance that the new law grants to the figure of the Notary Public in ensuring the reliable will of the person with disabilities and we mention the current technological possibilities whose validity is established in the Code by this reform, such as the electronic signature in the Electronic will or the peculiarities of the will for people with visual disabilities, by modifying article 25 of the Law of notaries.

Keywords: disability; will; natural legal capacity; support measures; notary.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published (online preview): 17-07-2023

Citation: Corpas Pastor, L. (2023). El notario como medida de apoyo atípica en el testamento de las personas con discapacidad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 5-24. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19243>



Sumario

1. Introducción

- 1.1. La capacidad de obrar en la actualidad en el derecho español
- 1.2. Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico
- 1.3. Medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

2. El testamento

- 2.1. La sucesión testada de las personas con discapacidad, desde la perspectiva actual en el derecho común español
- 2.2. Controversias sobre la calificación jurídica del testamento

3. El testamento de las personas con discapacidad

- 3.1. El testamento de las personas con discapacidad visual
- 3.2. Testamento abierto y testamento cerrado hecho por las personas con discapacidad
- 3.3. Breve referencia a la desheredación

4. Tratamiento jurisprudencial del ejercicio de la capacidad de testar de las personas con discapacidad. Comentario a la STS núm. 706/2021, de 19 de octubre

5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

1.1. La capacidad de obrar en la actualidad en el derecho español

En nuestra tradición jurídica más arraigada, hasta ahora, distinguíamos claramente entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, «contingente y variable», como aptitud de ejercicio de la capacidad jurídica, o «capacidad de derecho», como se denominaba antiguamente. Castán Tobeñas (1984) afirmaba que la «capacidad legal»

considerada en abstracto, como atributo de la personalidad que es, reúne los caracteres de fundamental (porque contiene *in potentia* todos los derechos de que el hombre puede ser sujeto y en los cuales se traduce la capacidad), una, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres. Así como para la *capacidad de derecho* basta la existencia de la persona (conciencia potencial), para la capacidad de ejercicio se requiere inteligencia y voluntad [...], y como estas condiciones no existen en todos los hombres, ni siempre en el mismo grado, la ley niega unas veces en absoluto esa capacidad, y otras la limita y condiciona. (p. 163).

La «capacidad jurídica», en definitiva, «la tiene todo hombre; comienza con su personalidad y acaba con ella [...], como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos» (Albadalejo, 2002, p. 230). Mientras que la «capacidad de obrar», como «aptitud reconocida por el derecho para realizar actos jurídicos, ni la tiene todo hombre, ni es igual para todos los que la tienen.» (Albadalejo, 2002, p. 230). En definitiva, la capacidad de obrar, «no existe en todos los hombres, ni se da en ellos en el mismo grado» (Castán Tobeñas, 1984, p. 163).

Esta clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar deriva de «conceptos elaborados en la Pandectística alemana del XIX y basados en el Derecho Romano y la tradición romanística» (Fernández de Buján, 2011, p. 54), y se difumina (o al menos eso parece) cuando nos acercamos al contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional ratificado por España y publicado en el BOE de 21 de abril de 2008. Aunque no ha sido hasta la promulgación de la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio, que entró en vigor el 3 de septiembre) –que ha supuesto una modificación sustancial del derecho de sucesiones, relativa a promover el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y un impulso

a su autonomía en la toma de sus propias decisiones–, cuando se han modificado sustancialmente nuestras normas civiles y procesales, en cuanto a una «definitiva» superación de la capacidad de obrar, en favor de un concepto universal de capacidad.

No faltan voces discordantes, como la de Verda y Beamonde (2021), quien se pregunta:

hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo (último párr.).

Se refiere Verda y Beamonde (2021) –y no le falta razón– a que, pese a esta ley, se sigue distinguiendo la capacidad de obrar, pero camuflada como «ejercicio de la capacidad jurídica». Opinión con la que estamos plenamente de acuerdo, sobre todo cuando nos referimos al último reducto de la capacidad de obrar, esto es, la de los menores de edad no maduros, las únicas personas naturales que, por razón de la edad, la ley les prohíbe todavía ejercitar su capacidad de obrar para celebrar ciertos actos jurídicos con plena validez: pensemos en la todavía vigente imposibilidad de testar de los menores de 14 años.

En definitiva, aunque se afirma que esta nueva ley (que tiene anclaje constitucional, pues viene a desarrollar plenamente el espíritu del artículo 10 de la Constitución española y, con ello, propulsar la dignidad de todas las personas, como ya lo hiciera en su artículo 1 la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, junto al reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de la persona, como la «base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo») hace desaparecer el concepto de capacidad de obrar, esto no es cierto, si bien hay que reconocer que dicha disposición normativa ha producido un cataclismo jurídico en España, como veremos a continuación.

1.2. Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico

La nueva Ley 8/2021 viene a sacudir el ordenamiento jurídico español en aras de dar cumplimiento efectivo al reconocimiento del derecho fundamental a la dignidad «intrínseca» que tiene la persona individualmente considerada, desde el respeto absoluto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y a su autonomía en la toma de sus propias decisiones, frente a todos. No se trata de una reforma menor, sino que, entendemos, tiene un profundo calado, dado el carácter modificador del derecho, tanto sustantivo como procesal, que muestra.

La Ley modifica no solo el Código Civil, extensamente, sino también el Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Gaceta de Madrid núm. 289, de 16 de octubre), e incluso el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre), a

través de su disposición final primera; o la Ley del notariado, de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid núm. 149, de 29 de mayo), y otras leyes sustantivas, tales como la Ley hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley hipotecaria. BOE núm. 58, de 27 de febrero); o la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio), y otras leyes con contenido eminentemente procesal, como son la Ley de enjuiciamiento civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. BOE núm. 7, de 8 de enero) y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre) o, finalmente, la Ley de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio).

Concretamente, y relativo a aspectos sustantivos de máxima relevancia, la modificación del Código Civil operada por el artículo segundo de esta Ley 8/2021 incluye la redacción de un nuevo título XI del libro primero, denominado «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica» (apartado veintitrés, del artículo 2.º de la nueva ley), que da nueva redacción a los artículos 249 a 299 del CC), así como se suprime el anterior título XII (apartado veinticuatro), añadiendo una nueva denominación, «disposiciones comunes», a dicho título XII, con la redacción de un nuevo y único artículo 300 del CC, relativo a la publicidad mediante su obligada inscripción en el Registro Civil de «las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad».

En definitiva, se suprime sin ambages la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar sostenida hasta ahora por la doctrina más autorizada (por todos, Castán Tobeñas o Albadalejo), dando rango legal al reconocimiento de idéntica capacidad jurídica para todos; con base en la personalidad, es decir, la aptitud intrínsecamente humana para ser titular de derechos y obligaciones que le confiere a la persona, por el mero hecho de serlo, la capacidad de ser sujeto de derecho.

Sin embargo, muy probablemente el concepto de «capacidad de obrar» siempre ha estado ínsito en la capacidad jurídica, por más que nos hayamos empeñado en separarlo como una categoría diferente a esta última, y en el imaginario jurídico colectivo quede, y de forma residual, únicamente reservado para menores de edad no maduros dicho concepto. De hecho, como veremos más adelante, los aspectos esenciales de la capacidad para testar no han variado en absoluto: los menores de edad no pueden testar a no ser que sean mayores de 14 años. Aspecto que no ha variado sustancialmente, salvo que, en su redacción anterior, el artículo 663 del CC (apartado 1.º) establecía que estaban «incapacitados» para testar los menores de 14 años (de uno y otro sexo) y ahora, tras la modificación operada por esta ley, cambia un poco la semántica, cuando dicho apartado 1.º del artículo 663 del CC dice en su nueva redacción que no pueden testar «la persona menor de catorce años», ni la «que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello» (apartado 2.º). Aspecto este último sobre el que volveremos más adelante.

1.3. Medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Someramente, a tenor de la nueva redacción del artículo 250 del CC, las medidas de apoyo con las que pueden contar las personas con discapacidad a partir de ahora son de tres clases: «voluntarias» (poderes notariales ex artículo 256 del CC y ss., de comunicación obligada al Registro Civil, según ordena el artículo 261 del CC; mandatos preventivos de futuro ex artículo 255 del CC; autotutela y otras medidas de apoyo actuales o futuras), «informales» (de suma importancia si la persona con discapacidad no llegase a adoptar las voluntarias, tales como el reconocimiento legal del cuidador de hecho [arts. 263 a 267 CC, dentro del capítulo III, denominado «De la guarda de hecho de las personas con discapacidad» del nuevo título]), y finalmente, de forma subsidiaria a las anteriores, las «judiciales» (tutela, artículo 268 del CC, en su nueva redacción, con eventuales funciones de representación, en casos muy excepcionales y únicamente cuando no se hayan adoptado previamente medidas de apoyo voluntarias o informales [arts. 249, 269 y 287 CC] y defensor judicial, para casos especificados en el artículo 295 del CC, como en los que pudieran existir de conflicto de intereses [arts. 295 a 298 CC]).

El párrafo segundo del artículo 268 del CC especifica que estas medidas de apoyo acordadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años (excepcionalmente se podrá acordar su revisión en un plazo mayor, hasta seis años, de forma motivada).

Hay que resaltar que la Ley 8/2021 da una especial importancia a estas medidas de apoyo. No en balde coloca en su artículo 1 la modificación del artículo 25 de la Ley del notariado, al que luego nos referiremos, y establece un número 2 en dicho artículo, por el cual dota de especial relevancia a la garantía que el notario presta en el proceso de hacer efectiva la reforma, cuando dice

para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso.

En este contexto, cambia completamente el panorama desde un sistema paternalista hacia un nuevo paradigma basado en el respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, no solo en la línea marcada con las reformas precedentes.

Nos referimos a la normativa promulgada paulatinamente entre 2011 y 2018, como por ejemplo y de manera cronológica, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación norma-

tiva a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto); el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 2 de diciembre); la reforma anterior del Código Penal operada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77 de 31 de marzo), o la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (BOE núm. 154, de 29 de junio), relativa al derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en condiciones de igualdad; o la Ley orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones (BOE núm. 303, de 14 de noviembre), por la que se adecúa el derecho de las personas con discapacidad a sus circunstancias personales asociadas a la misma, y se ordena a las Administraciones públicas la provisión de los medios de apoyo necesarios para garantizar el ejercicio del derecho a ser jurado de las personas con discapacidad; la Ley orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE núm. 294, de 6 de diciembre), que garantizaba que «toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera», garantizando en todo caso el derecho de sufragio, reintegrándolo, si fuera preciso, «por ministerio de la ley», o la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre), modificada ahora por la Ley 3/2021, en sus artículos 1.2, 2, 3, 4.2, 5 y 7, y cuyo preámbulo explica que se ha realizado «siguiendo las pautas aconsejadas por la Comisión General de Codificación», para mejorar «el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad». Esta última ley, en su disposición adicional primera, ya preveía que las actuaciones judiciales previstas en su capítulo I (es decir, la nueva regulación especial del objeto, beneficiarios, constitución del patrimonio protegido, su administración y supervisión, incluso su constancia registral), que desplazaba la regulación del Código Civil, se realizaran como «actos de jurisdicción voluntaria», sin que una eventual oposición transformara en contencioso el expediente. Aspecto que muchos habíamos pasado por alto, con la importancia que la Ley 15/2015, de 2 de julio, procuraba dar a la protección y autonomía cuando «están en juego intereses de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas», si no de una forma explícita, paralela y con idéntico sentido que la promulgación, 20 años atrás, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre).

El paralelismo nos parece muy claro entre aquella Ley de autonomía del paciente y la reciente Ley 8/2021, pero con 20 años de retraso. En nuestra opinión, se plasma en la nueva ley el mismo cambio de paradigma por el que se desplazaba, a través de esta última, el eje paternalista que tradicionalmente había tenido el médico sobre el paciente, para darle au-

tonomía total a este último en la toma de decisiones informadas sobre su proceso, basadas en la obligación de ser informado sobre las alternativas y los riesgos que libremente asumía en intervenciones diagnósticas o terapéuticas.

Se trata, en definitiva, de dar autonomía efectiva a las personas con discapacidad, dotándolas de medidas de apoyo que impulsen la consecución de sus anhelos, deseos y preferencias, para que vivan su vida plenamente, preservando de forma prácticamente absoluta la dignidad de su personalidad, frente al anterior escenario en el que se trataba de limitarla, cercenarla o complementarla, incluso judicialmente, en muchos aspectos; entre ellos el que estamos estudiando.

Ahora, las medidas de apoyo preferentes son las *voluntarias*, siendo las informales las de mayor trascendencia práctica por la casuística de quien viene siendo «cuidador de hecho», figura de la vida real que se ve legalmente reconocida ahora en el Código Civil y que goza, por tanto, de amplio respaldo legal a la hora de ayudar a las personas con discapacidad en la toma de sus propias decisiones de la vida diaria (Petit Sánchez, 2020, p. 311). Coincidimos con la autora en que, a partir de ahora, debe reinterpretarse «la pretendida incompatibilidad entre la voluntad de la persona con discapacidad y su mejor interés para la determinación de las medidas de apoyo». No es la resonancia de unos anhelos, deseos y preferencias de la voluntad de la persona con discapacidad la que se trata proteger, sino preservar la eficacia en su ejercicio mediante las medidas de apoyo (pero, únicamente si estas fueran necesarias).

Estudiamos en este trabajo un acto que recoge una de las manifestaciones más íntimas de la autonomía de la voluntad, como es disponer de determinados derechos transmisibles, ínsitos en el patrimonio de la persona con discapacidad, o la realización de cualquier otro tipo de disposiciones para después de su muerte, de acuerdo a los deseos de dicha persona y que, en algún caso, necesitará el concurso de un apoyo: el testamento.

2. El testamento

Por testamento, a tenor del artículo 667 del CC, entendemos el «acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos». Pero, como señalan Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (2017, p. 49), este «permite que en el testamento se contengan declaraciones de última voluntad sin contenido patrimonial, y no prohíbe que se hagan otras de esta naturaleza no tipificadas». En efecto, estos autores se cuestionan si puede llamarse «testamento» al acto de última voluntad que no contenga disposiciones patrimoniales, para concluir que ello es posible, en concordancia con el artículo 741 del CC, que también llama «testamento» al acto por el que se reconoce un hijo, que «no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en el que se hizo o este *no contenga otras disposiciones*, o sean nulas las demás que contuviere» (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros,

2017, p. 50); lo que da cabida a un testamento que no contenga otras disposiciones diferentes a dicho reconocimiento.

El concepto de testamento (Albadalejo, 2013), en definitiva, se refleja «mejor» diciendo

que es un acto *solemne* (o formal), por el que *unilateralmente* una persona *sola* (carácter unipersonal) establece *ella misma* (carácter *personalísimo*) para después de su muerte, las disposiciones (patrimoniales o no) que le competan, *podiendo siempre revocarlas*. Esencia del testamento es el *disponer para después de la muerte* (art. 667) para *regular la situación que creará el fallecimiento del disponente* (disposición *mortis causa*). Por ser *solemne* el testamento, es nulo sin observar alguna de las formas permitidas por la ley (art. 687). (p. 213).

Es, precisamente, la falta de solemnidad la que trata de paliar la Ley 8/2021, de 3 de junio; y la misma solemnidad la que destruye legalmente la Convención de Nueva York de 2006, concretamente, su artículo 1, dando rango legal al reconocimiento de idéntica capacidad jurídica para todos, con base en la personalidad, es decir, la aptitud intrínsecamente humana para ser titular de derechos y obligaciones que le confiere a la persona, por el mero hecho de serlo, la capacidad de ser sujeto de derecho. (Fernández de Buján, 2011, p. 54).

2.1. La sucesión testada de las personas con discapacidad, desde la perspectiva actual en el derecho común español

Hay que poner en contexto la figura del notario, esencial en nuestra opinión en lo tocante al testamento. El artículo 685 del CC (párr., primero, *in fine*) indica que este fedatario público *deberá* asegurarse «de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar». Siguiendo a Albadalejo (2002, p. 223), recordemos que el antiguo artículo 665 del CC decía, sobre la capacidad para otorgar testamento abierto de las personas incapacitadas judicialmente (que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar), que «designará el notario dos facultativos que previamente lo reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad», y debían asistir tales facultativos a la lectura, aprobación por el testador y firmar con él el testamento.

Ahora, la situación cambia radicalmente. La modificación del Código Civil operada por el artículo segundo de la Ley 8/2021 incluye, entre otras, la redacción de un nuevo título XI del libro primero, denominado «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica» (apartado veintitrés, del artículo 2.º de la nueva ley, que da nueva redacción a los artículos 249 a 299 CC), así como se suprime el anterior título XII (apartado veinticuatro), añadiendo una nueva denominación, «disposiciones comunes», a dicho título XII, con la redacción de un nuevo y único artículo 300 del CC, relativo a la publicidad mediante su obligada inscripción en el Registro Civil de «las resoluciones judiciales

y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad», quedando redactado el artículo 665 del CC de la siguiente forma:

La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

Por lo tanto, la figura del notario en el testamento de las personas con discapacidad adquiere una importancia radical, como estamos descubriendo, porque sobre el fedatario recae (con mayor peso, si cabe) el impulso de reconocer la verdadera voluntad de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica que le es inherente, directamente derivada de su personalidad.

2.2. Controversias sobre la calificación jurídica del testamento

Por otra parte, como afirma Santos Morón (2014), el artículo 667 del CC «no ofrece una definición del testamento», porque omite ciertos «elementos esenciales» del negocio jurídico *post mortem* (p. 350). Aspecto que en la doctrina suscitó cierta controversia acerca de su naturaleza jurídica como negocio jurídico o acto jurídico. Desde la humildad de una obra que pretende, como afirma en la contraportada, «ser un Sistema, apto para comprender el Derecho Civil», Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (2017) afirman que atendiendo a su naturaleza jurídica el testamento es un «negocio jurídico perfecto *ab initio* y a ese tiempo habrá que estar para establecer si concurren los presupuestos de validez». (p. 49). Por lo tanto, se trata de un acto jurídico que será un negocio, y será al momento del acto de otorgamiento cuando se tendrán que examinar los requisitos de validez del mismo. Muchas veces será este momento justamente delante del notario, si no en la gran mayoría de los casos.

Recogiendo los caracteres del testamento que expone Lacruz Berdejo (2009), podemos definirlo como «aquella declaración de voluntad unilateral, unipersonal, estrictamente personal o personalísima, no recepticia, formal o solemne, revocable y con eficacia *post mortem* (es decir, con irrelevancia jurídica externa *ante mortem*)» (pp. 166-617). Lacruz Berdejo centra el concepto en el artículo 667 del CC y en la crítica que la doctrina hace a esta definición, con cita de la STS de 8 de julio de 1940, la cual indica «que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición *mortis causa* en sus palabras», recogiendo una idea de Jordano Barea (y de este, sobre la base de Kohler & Giampiccolo), el testamento sería un «acto perfecto» y «definitivo» *medio tempore*, es decir, entre el momento de su formación y el de la muerte del testador. (Lacruz Berdejo, 2009, p. 165). Momento en el cual se convertirá en un negocio jurídico. La controversia sobre si calificar el testamento como «acto» o como «ne-

gocio» jurídico *mortis causa* no tiene mucha razón de ser: el testamento es un acto jurídico, pues depende de la voluntad del causante y así lo califica el Código Civil. Sin embargo, su eficacia como «negocio jurídico unilateral y personalísimo» será únicamente *post mortem*.

El testamento como tal es un acto personalísimo, y revocable «hasta la muerte del testador», pese a que ciertas disposiciones no puedan ser revocadas (como la de reconocimiento de un hijo), y aunque no sea esta una disposición patrimonial, cabe, como tantas otras disposiciones de carácter no patrimonial, en el concepto de «testamento» (Santos Morón, 2014, pp. 350-352).

Sobre la capacidad del testador, el invariado artículo 666 del CC ya establecía que «se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento» para apreciarla, en línea con lo ya expuesto.

Al tratarse de un acto perfecto *ad initium* y desde la óptica anterior tradicional del testamento como «negocio jurídico unilateral, formalista, con eficacia *post mortem* y personalísimo» (Bonete Satorre, 2021, p. 127), nos planteamos la interrogante acerca de la forma en que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a testar, a partir de los cambios precedentes y qué medidas de apoyo o contrapesos establece la nueva ley para lograr su efectividad en las personas con discapacidad, con énfasis en las medidas de apoyo previstas en la reforma introducida por la Ley 8/2021, y su trascendencia, precisamente en el momento de otorgar el testamento. Como la ley destierra para siempre la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, parecería que sea un cambio radical, sin embargo, no lo es tanto si pensamos en que siempre ha sido un acto personalísimo.

En un Estado constitucional multinivel como España, respetando la vieja idea kelseniana de la «norma suprema», en primer lugar, no podemos dejar de acudir a nuestra Constitución de 1978. Algo que no desconoce la propia reforma, cuando alude a la dignidad de todas las personas; blindada por el artículo 10 de la CE. Pero en cuanto al encaje constitucional, el artículo 33 de la CE y concordantes resultan claves para discernir la esencia del testamento como acto jurídico, a través del cual se hacen disposiciones patrimoniales (y recordemos que el artículo 609 CC menciona la sucesión testada como uno de los modos de adquirir –y transmitir– la propiedad «y los demás derechos»). La Constitución reconoce el derecho a la herencia y la propiedad privada. Rogel Vide (2017, p. 8), recogiendo una idea de Alzaga, recuerda que «de la libertad de la persona, principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, conforme a la declaración del artículo 1.º de la Constitución, se deduce el derecho a la propiedad privada y a su transmisión». Por ello, el testamento tiene encaje constitucional claro, y de cuyo otorgamiento no puede excluirse a nadie.

Todas las personas, en el pleno desarrollo de su personalidad, tienen la capacidad de realizar este acto, en iguales condiciones; con la figura del notario como garante de este ejercicio. Sin embargo, el derecho sucesorio en España no ha sido precisamente «propenso a las reformas» (Cobas Cobiella y Joz Latorre [2017]), y «el legislador no tiene intención de

acometer reformas en sede sucesoria» y proponer diversas «mejoras» al legislador, por la necesidad de que el derecho sea un «organismo vivo, en constante adaptación». Lo cierto es que todas las propuestas de este interesante artículo dejan de lado la reforma que finalmente adopta el legislador: la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad a la hora de realizar testamento, y la relevancia que ostenta el notario no solo como fedatario, sino garante de esta capacidad jurídica, lo que ha llegado a la doctrina a afirmar que «al legislador le queda mucho trabajo por hacer para conseguir que por todos los operadores jurídicos [...] se actúe con unanimidad en la protección de las personas con discapacidad» (Bonete Satorre, 2021, p. 145); siendo ambos, doctrina y legislador, hasta ahora únicamente tendentes a intervenir en el reparto desigual de las legítimas, en favor de las personas con discapacidad. De hecho, existe una minoritaria corriente que, incluso en la actualidad, ve condiciones justificadas para un «paternalismo justificado», que revise la «1) idoneidad, 2) necesidad, 3) proporcionalidad y 4) consentimiento hipotético de la persona afectada por la medida» de apoyo correspondiente (Alemany García, 2021, pp. 277-278). Y es que, tradicionalmente, no se ha propugnado en nuestro ordenamiento una reforma sustantiva en cuanto al derecho mismo de las personas con discapacidad de realizar testamento –que es el sentido de esta reforma actual–, sino en cuanto a disposiciones patrimoniales mayores o menores, o la tangibilidad de las legítimas.

La incapacitación, ahora desaparecida, era incuestionada. Incluso dicha desaparición ha sido criticada, pues algunas personas planteaban sus dudas acerca de la supresión automática de decisiones judiciales, permitiendo incluso testar (Torres Costas, 2020, p. 275) a las personas que habían sido privadas de este derecho por resolución judicial, según lo propuesto en la «disposición transitoria primera» del anteproyecto de la actual ley: «Las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto», a partir de su entrada en vigor. Lo cierto es que ya no se mira desde el punto de vista de personas «incapacitadas» para testar, sino que la mirada se pone, como siempre se ha hecho (como hemos explicado, la redacción anterior del artículo 665 exigía el juicio favorable ante notario, emitido por dos facultativos, en aquellos casos en los que la capacidad de obrar de la persona hubiera sido modificada judicialmente; pero ello no eximía la necesidad de que el testamento fuera un acto de expresión libérrima de la voluntad del testador), en la capacidad de testar de cada persona en el preciso momento de hacerlo; pero ahora, con los apoyos que sean necesarios y teniendo como garante al notario, «en línea con las legislaciones de nuestro entorno, en las cuales por regla general, igual que en nuestro país, la cuestión decisiva es el alcance del juicio del notario sobre el discernimiento del testador en cada caso concreto» (Barrón Arniches, 2020, p. 446). Aspecto sobre el que volveremos más adelante.

Muchos señalaban –entre ellos López San Luis (2020, pp. 111-138) y Sánchez Gómez (2020, p. 410), quien, en nota a pie de página, menciona el «testamento» dentro de los «actos personalísimos» que poseen las personas con discapacidad, y reconoce la Convención de Nueva York de 2006– que eran precisamente los tratados internacionales (y, en concreto, la Convención de 2006 y, muy especialmente, su artículo 12) los que estaban indicando la dirección que debía tomar la interpretación plena del artículo 10 de la Constitución española

de 1978, y algunos avisaban de la llegada de un «auténtico tsunami que afectaría a todo el ordenamiento jurídico» (García Rubio, 2018, p. 174) tras la ratificación por España de esta convención (Corvo López, 2019, p. 174). Barba (2021, p. 282) recuerda que dicho artículo 12 «debe considerarse el nivel más alto de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación en relación con el disfrute y el ejercicio de su capacidad», y sugiere unas medidas urgentes en el derecho italiano, en el sentido de «repensar sistemáticamente toda la disciplina de la persona con discapacidad, abandonando, en primer lugar, el uso de la expresión "incapacidad" y superando el rígido binomio capacidad-incapacidad, que ha constituido históricamente el paradigma de la protección de la persona» en aquel sistema, paralelo al contemporáneo español pasado.

Lo cierto es que la institución, a nuestro entender, no ha cambiado en absoluto y, como veremos, en la apreciación de la capacidad del testador, al momento de otorgar testamento, sigue siendo imprescindible la figura del notario. Ahora no podrá testar, a tenor del apartado 2.º del artículo 663 del CC, quien «en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello». Exactamente igual que antes, pero con una semántica diferente: con la legislación anterior, «la existencia y exigencia de intervención de una figura tutelar [...] para realizar actos de disposición no priva, ni mucho menos de forma automática, la capacidad de otorgar testamento, siempre y cuando se cumplan las formalidades y requisitos recogidos en los arts. 662 y ss. del Código Civil», como sostiene Campo Álvarez (2018, pp. 270-273).

Es decir, el testamento ahora y antes es un acto personalísimo y la inspiración de la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, materializada en la Ley 8/2021, no es otra que «el principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad». Como la redacción dada al artículo 663 del CC, por el apartado veintiocho del artículo 2 de la nueva ley, de este artículo se hace en sentido de prohibición («No pueden testar: 2º. La persona que en el momento de testar no pueda conformar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello»), debemos entender, *a sensu contrario*, que podrá testar cualquier persona (mayor de 14 años) que en ese momento «pueda conformar o expresar su voluntad», incluso «con ayuda de medios o apoyos para ello». Cosa que aclara el artículo 665 del CC, en cuanto a la capacidad de testar de la persona con discapacidad, quien «podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones».

Como vemos, se suprime la referencia que el artículo hacía anteriormente a la designación notarial de dos facultativos responsables de responder de la capacidad del «demente», obligados a hacer constar su dictamen en el propio testamento. Ahora, quedará «a juicio del notario» si la persona con discapacidad puede «comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones», siendo garante de que «la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias».

3. El testamento de las personas con discapacidad

3.1. El testamento de las personas con discapacidad visual

El artículo 708 del CC se preocupa del testamento de las personas con discapacidad visual y ofrece la posibilidad de utilizar «medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo» para otorgar testamento cerrado; lo cual debe ponerse en concordancia con los artículos 706 y 709 del CC, que exigen ciertas formalidades a esta clase de testamento.

Así, por ejemplo, mencionamos lo establecido en los párrafos segundo y tercero del artículo 706: «Si estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, este pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida» y «cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad», respectivamente. Y lo establecido en el artículo 709 del CC para «las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir», las cuales además de cumplir con los requisitos del artículo 706 del CC, deben firmarlo y, a su presentación al notario, escribir en la parte superior de la cubierta del testamento cerrado que se trata de su testamento «expresando cómo está escrito y que está firmado por él», especificando en un párrafo final que «las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas».

3.2. Testamento abierto y testamento cerrado hecho por las personas con discapacidad

El artículo 708 del CC también tiene que ponerse en concordancia con el artículo 695 del CC, relativo al testamento *abierto*, el cual establece, *in fine*, que «cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad». Lo que nos viene a decir que la figura del notario se convierte, como decimos, en el garante de la autonomía de la voluntad de las personas con capacidad, en cuanto a sus disposiciones testamentarias, su voluntad, deseos y preferencias, en un proceso de comunicación bidireccional donde, por una parte, la persona con discapacidad manifiesta tales preferencias testamentarias y, por otra parte, el notario explica el contenido de las disposiciones testamentarias para que el testamento concuerde con dicha voluntad. Finalmente, será nulo el testamento hecho por persona con discapacidad cuando, encontrándose esta «internada por razones de salud o asistencia», realicen cualquier disposición a favor de sus cuidadores o empleados del establecimiento

correspondiente; así como lo serán también las disposiciones efectuadas a favor de dichos establecimientos (art. 753 CC), que añade, *in fine*, que «las demás personas físicas que presen servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*».

3.3. Breve referencia a la desheredación

El apartado 7.º del artículo 756 del CC considera causa de indignidad «las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas» a la persona con discapacidad, conforme a lo previsto sobre alimentos en los artículos 142 y 146 del CC. Es esta una causa de indignidad adicional a las ya contempladas anteriormente en el Código Civil, que fue introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (ya comentada anteriormente), con el propósito de proteger a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad de disponer sus últimas voluntades, sancionando, con finalidad de prevención general, esta causa de indignidad.

4. Tratamiento jurisprudencial del ejercicio de la capacidad de testar de las personas con discapacidad. Comentario a la STS núm. 706/2021, de 19 de octubre

La STS núm. 706/2021, de 19 de octubre (Roj: STS 3770/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3770) de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg, se trata de la tercera STS tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, y versa sobre un caso en el que, a solicitud de tres de sus seis hijos, se interpuso demanda de determinación de la capacidad y medidas de apoyo para la demandada y madre de los demandantes.

Se trata de un testamento abierto otorgado por la demandada, en el que disponía: «Si fuera necesario el nombramiento de tutor, es deseo de la testadora que se nombre a su hija Enma, en su defecto, Carlos Alberto, en su defecto, Carmen. En ningún caso es su deseo que se nombre tutor a cualquiera de los otros tres hijos ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar». En primera instancia se declaró por sentencia a la demandada (doña Virginia) por padecer un deterioro cognitivo leve moderado por demencia senil y síndrome depresivo, «incapaz para regir su persona y bienes, sometiéndola al régimen de tutela, designando tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos».

Los otros tres hijos de la demandada interpusieron recurso de apelación, «siendo el único punto debatido el concerniente al nombramiento como tutora de la Agencia Madrileña para

la Tutela de Adultos, interesándose la atribución de la función tutelar a uno de los hijos de la incapacitada previamente designados por esta». Recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la sentencia del juzgado, dado «que era el deseo de la demandada, así como de sus hijos que fuera la familia y no una institución pública la que asumiera la tutela»; pero nombrando tutores mancomunados no a los expresados en testamento por la demandada, sino a sus otros hijos, «D. Carlos Alberto y a D. Dámaso, que son los más citados y considerados más idóneos, en el bien entendido, que han de hacerlo bien y llevarse bien entre ellos por el bien de su madre», habida cuenta de las desavenencias entre los otros hermanos. Sentencia que se vuelve a recurrir tanto en recurso extraordinario por infracción procesal como casación.

La STS expone que la sentencia de la audiencia carece de motivación. En concreto, el recurso de casación interpuesto, entre otros, por la hija D.^a Enma, designada en testamento como *tutora*, se estima sobre la base legal en la que se funda: «infracción del art. 234.1 CC y artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006», al haberse desconocido la voluntad de la demandada, al designar tutor en testamento. Se afirma en esta STS: «Ya entró en vigor 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 la capacidad jurídica. Esta circunstancia abre una nueva perspectiva resolutoria sobre la que se oyó a las partes, en tanto en cuanto la disposición transitoria sexta, relativa a los procesos en tramitación a la entrada en vigor de la ley, establece que se regirán conforme a lo dispuesto en ella, sin perjuicio de conservar su validez las actuaciones que se hubiesen practicado hasta ese momento».

El Tribunal Supremo parte de la base de que «las previsiones de autotutela se entenderán ahora referidas a la autocuratela y se regirán por lo dispuesto en la nueva ley (disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021)», que «proclama la autonomía de la persona con discapacidad, con el reconocimiento expreso de que el nuevo sistema se basa en el respeto a su voluntad, preferencias y deseos», con cita de los artículos 249, 250, 268, 270, 276 y 282 del CC entre otros), y lo previsto en el artículo 3 a) del Convenio de Nueva York, y con la exposición de motivos de la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio. Con cita de las SSTS 589/2021, de 8 de septiembre, y 269/2021, de 6 de mayo, se hace «referencia que uno de los principios que derivaban del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad». Además, «el artículo 271 del CC, en su nueva redacción, regula la autocuratela, confiriendo a cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión a la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con lo demás, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Una propuesta de nombramiento de tal clase vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela (art. 272 I CC)». Y, aunque el tribunal podrá prescindir «total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias» (dice), «en el caso presente, *no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada*, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas

por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos». El FD 6.º explica que «el recurso debe ser estimado, toda vez que la sentencia recurrida, se insiste, no respetó la voluntad de la demandada, sin razones que avalasen una decisión de tal clase». Finalmente, el fallo, «1.º *estima los recursos extraordinarios por infracción procesal* interpuestos, entre otros, por D.ª Enma, y declara la nulidad, por falta de motivación, de la sentencia recurrida, en cuanto a la constitución de tutela mancomunada acordada». 2.º *Se estima el recurso de casación interpuesto por* D.ª Constanza, D. Carlos Alberto y D.ª Carmen, así como por D.ª Enma, casando la sentencia de la audiencia provincial. 3.º *Se revoca parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de dejar sin efecto la declaración de incapacidad de la demandada, «con sustitución de dicho pronunciamiento por el de la procedencia de fijación de medidas judiciales de apoyo, debiendo las acordadas por el Juzgado ser revisadas para adoptarlas a la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, por el referido juzgado».*

Por lo tanto, se atiende al espíritu de esta ley, con la adaptación a la voluntad de la testadora, persona con discapacidad, pero que había expresado en testamento su voluntad claramente, sin que existiese razón para que el tribunal sustituyera la voluntad de la testadora.

5. Conclusiones

La entrada en vigor el pasado 3 de septiembre de 2021, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio) ha supuesto una modificación sustancial del derecho de sucesiones, relativa a promover el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, y un impulso a su autonomía en la toma de sus propias decisiones.

En este trabajo realizamos un comentario a las trascendentes modificaciones del Código Civil introducidas por esta ley, sobre las facilidades que el legislador da a partir de ahora a las personas con discapacidad no solo para otorgar testamento, sino para tomar decisiones sobre su sucesión y el establecimiento de disposiciones testamentarias en plena autonomía de su voluntad –con leves referencias al derecho comparado continental italiano–; introduciendo también la posibilidad de otorgar disposiciones en beneficio de ciertos parientes cuando tuvieren derecho a sucederle *ab intestato*, pese a haber tenido relación de tutela, curatela o de meros cuidadores de la persona con discapacidad.

Resaltamos la importancia que la nueva ley concede a la figura del notario en el aseguramiento de la voluntad fehaciente de la persona con discapacidad y hacemos mención a las posibilidades actuales tecnológicas, cuya validez establece en el Código esta reforma, tales como la firma electrónica en el testamento electrónico o las peculiaridades del testamento para las personas con discapacidad visual, mediante la modificación del artículo 25 de la Ley del notariado.

La Ley 8/2021 le da una especial importancia a este aspecto; no en balde coloca en su artículo 1 la modificación de este artículo 25. Concretamente, establece un número 2 en dicho artículo, por el cual dota de especial relevancia a la garantía que el notario presta en el proceso de hacer efectiva la reforma, cuando dice:

Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso.

Finalmente, la aplicación de la nueva situación legal (con la adaptación de la tutela a la nueva realidad de la curatela) ante un caso en el que se sustituyó por el tribunal de instancia, y confirmó la Audiencia Provincial, la voluntad clara expresada por la testadora, hace confiar en la futura aplicación de la ley en el sentido expresado por las disposiciones normativas aplicables.

Un dato a tener muy en cuenta es que el notario constituye, de hecho, una medida de apoyo atípica, *ex lege*, a la hora de dar fe de la voluntad, deseos y anhelos de la persona con discapacidad.

Referencias bibliográficas

- Albadalejo, M. (2002). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. (15.ª ed.). Bosch.
- Albadalejo, M. (2013). *Curso de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*. Edisofer.
- Alemany García, M. (2021). Sobre «Una crítica a los principios de la reforma del régimen de la discapacidad», réplica a la reseña de M. E. Torres Costas. *Revista de Derecho Civil*, VIII(3), 277-282.
- Barba, V. (2021). La protección de las personas con discapacidad en el Derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención Sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista Cubana de Derecho*, 1(1), 274-307.
- Barrón Arniches, P. de. (2020). Personas con discapacidad y libertad para testar. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12, 448-471. <http://hdl.handle.net/10459.1/68864>
- Bonete Satorre, B. (2021). El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 53, 121-146.
- Campo Álvarez, B. del. (2018). La especial capacidad para testar. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. IDIBE, 8 bis, 265-274.

- Castán Tobeñas, J. (1984). *Derecho civil español común y foral. Tomo 1, Introducción y Parte general. Vol. II, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*. (14.ª ed.). Reus.
- Cobas Cobiella, M. E. y Joz Latorre, C. de. (2017). La Modernización del derecho de sucesiones. Algunas propuestas. *Cuestiones de Interés Jurídico*. IDIBE. <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/la-modernizacion-del-derecho-de-sucesiones-algunas-propuestas/>.
- Corvo López, F. M. (2019). La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual. *Revista de Derecho Civil*, VI(4), 135-170.
- Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2017). *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV (tomo 2), Derecho de sucesiones*. (12.ª ed.). Tecnos.
- Fernández de Buján, A. (2011). Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad. *RJUAM*, I(23), 53-81.
- García Rubio, M. P. (2018). Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil*, 5(3), 2018, 173-197
- Lacruz Berdejo, J. L. (2009). *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*. (4.ª ed.). Dykinson.
- López San Luis, R. (2020). El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *InDret*, 2, 111-138.
- Petit Sánchez, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, VII(5), 265-313.
- Rogel Vide, C. (2017). *El derecho a la herencia en la Constitución*. Reus.
- Sánchez Gómez, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del proyecto de ley de 17 de julio de 2020 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. *Revista de Derecho Civil*, VII(5), 385-428.
- Santos Morón, M. J. (2014). *Lecciones de derecho civil patrimonial*. Tecnos.
- Torres Costas, M. E. (2020). Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios y otros derechos fundamentales. *Revista de Derecho Civil*, VII(4), 265-285.
- Verday Beamonde, J. R. de. (2021). ¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? *Tribuna*. IDIBE. <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>

Luis Corpas Pastor. Doctor por la Universidad de Málaga (programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Doctor en Odontología (Universidad de Granada). Graduado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas. (UNED). Grupo de Investigación «Historia de las Instituciones Jurídicas. Línea de Derecho Sanitario» (Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga). <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>

Tratamiento conjunto y concordado de la propiedad intelectual e industrial. Mecanismos de protección para su mayor significación y proyección práctica

Francisco de la Torre Olid

Profesor adjunto de Derecho Privado.

Universidad Internacional de Valencia (VIU) (España)

fdelatorreo@universidadviu.com | <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>

Extracto

El objetivo de este estudio es comprobar que la materia abordada, relativa a la propiedad intelectual e industrial, merece una especial protección jurídica, ya que hay fundamentos suficientes para ello. Se acogen e interpretan distintas soluciones positivas que ganan proyección e incluso se separan de una construcción o aplicación más tradicional para, en materia de prevención de las infracciones y, en todo caso, en su ulterior reparación, reaccionar en derecho desplegando medidas efectivas que buscan la más completa satisfacción.

El reto es ofrecer un tratamiento conjunto y unificado, tal como entiende la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, invocando distintos preceptos que en nuestro ordenamiento se muestran separados, dando concordancia y encuadramiento en las categorías que distinguimos en este estudio. Para ello se cita, primeramente, un referente constitucional de eficacia directa, que no meramente programática; y, a continuación, se verifica la coherencia en el desarrollo del marco jurídico con una visión panorámica y la localización de recursos suficientes de aplicación a la propiedad intelectual e industrial. Se trata, en suma, de abordar la inmersión normativa, el tratamiento concordado y la interpretación extensiva para la mayor proyección, significación y tutela, ofreciendo por demás una sistemática con la que dar orden al estudio.

Palabras clave: propiedad intelectual; propiedad industrial; patentes; tutela efectiva; responsabilidad civil garantizada.

Recibido: 15-05-2023 / Aceptado: 20-06-2023 / Publicado: 05-09-2023

Cómo citar: Torre Olid de la, F. (2023). Tratamiento conjunto y concordado de la propiedad intelectual e industrial. Mecanismos de protección para su mayor significación y proyección práctica. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 25-60. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19009>



Joint and agreed treatment of intellectual and industrial property. Protection mechanisms for its greater significance and practical projection

Francisco de la Torre Olid

Abstract

The objective of this study is to verify that the matter addressed, related to intellectual and industrial property, deserves special legal protection since there are sufficient grounds for it. Different positive solutions are accepted and interpreted, gaining projection and even separating from a more traditional construction or application in order to, in terms of prevention of infringements and, in any case, in their subsequent repair, react in Law by deploying effective measures that seek the most complete satisfaction.

The challenge is to offer a joint and unified treatment, as understood by the World Intellectual Property Organization, invoking different precepts that are shown separately in our Law, giving concordance and framing in the categories that we distinguish in this study. For this, a constitutional referent of direct effectiveness is cited, firstly, which is not merely programmatic; and the coherence in the development of the legal framework is verified with a panoramic vision and location of sufficient resources with a projection in intellectual and industrial property. In short, it is about addressing normative immersion, agreed treatment and extensive interpretation for the greatest projection, significance and protection, moreover offering a systematic with which to give order to the study.

Keywords: intellectual property; industrial property; patents; effective protection; guaranteed civil liability.

Received: 15-05-2023 / Accepted: 20-06-2023 / Published: 05-09-2023

Citation: Torre Olid de la, F. (2023). Tratamiento conjunto y concordado de la propiedad intelectual e industrial. Mecanismos de protección para su mayor significación y proyección práctica. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 25-60. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19009>



Sumario

1. La razón jurídica de una necesaria, especial y efectiva protección de las propiedades intelectual e industrial
 - 1.1. Como derecho subjetivo
 - 1.2. En cuanto materia jurídica ligada a la esfera moral de la persona
 - 1.3. La titularidad en su dimensión patrimonial con alto rendimiento social
 - 1.4. Un tráfico reglado para equilibrar la economía de mercado y el referente social
 - 1.5. La cultura y la innovación para la sociedad en la industria
 - 1.6. Desarrollo y coherencia en la legislación complementaria
 - 1.7. El escenario digital como entorno emergente de incentivo y riesgo
 - 1.8. Criminalización de las infracciones graves
 - 1.9. Defensa plural y colectiva, pública y privada
 - 1.10. La proyección internacional
2. Particulares referentes normativos para razonar la extensión de la responsabilidad civil
3. Un catálogo de medidas, expresión de la tutela efectiva de la propiedad intelectual e industrial
 - 3.1. Relevancia de la dimensión moral
 - 3.2. Tutela de la titularidad dominical privada
 - 3.3. Control causal, proscripción del enriquecimiento injusto, del uso abusivo y del ejercicio antisocial
 - 3.4. Intervencionismo y tutela administrativa
 - 3.5. Reparación anudada al recargo o castigo
 - 3.6. Extensión, en el lado pasivo, de la responsabilidad a terceros
 - 3.7. Extensión, en el lado activo, de la legitimidad de terceros para accionar
 - 3.8. Incidencia en materia de contratación: contratos forzosos, prohibidos y formales
 - 3.9. Impulso de los *alternative dispute resolution*
 - 3.10. Criminalización de las infracciones graves y sanciones administrativas
4. Decálogo de conclusiones

Referencias bibliográficas

1. La razón jurídica de una necesaria, especial y efectiva protección de las propiedades intelectual e industrial

La propiedad intelectual y la propiedad industrial como materia jurídica cuentan con un notorio y necesario reconocimiento y se explica su relevancia al corresponderse con el más alto interés particular, en tanto se trata de una cuestión relativa a la personalidad, y por tener y merecer el rendimiento económico de mayor provecho, como corresponde atribuir y preservar al titular dominical. Al tiempo, su ordenación y preservación trae causa al servir al interés general, ofreciendo el avance cultural y progreso, con la creación de la obra y la invención de la novedad para la industria. Por tanto, la selección de unos fundamentos (*ad exemplum*) es necesaria en tanto todo accionamiento en defensa de la propiedad intelectual pasará por invocarlos y, desde los mismos, poder acoger la coherencia y oportunidad de las medidas que sirven a la efectiva tutela.

A mayor abundamiento, la protección jurídica de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial, si se quiere confirmar que es necesaria y que merece velar por ella, sugiere hacer un recuento de fundamentos que pasamos a enumerar.

1.1. Como derecho subjetivo

Efectivamente, el reconocimiento que merecen el autor de la obra y el inventor de la innovación tecnológica, en tanto es producto de su ingenio y de su esfuerzo personal y económico, merece que se le preserve en la paternidad y que, tal titularidad, tenga rango de derecho subjetivo (que, según conviene recordar, se corresponde, no con la mera expectativa ni tampoco con un principio rector, sino con un interés jurídicamente relevante, digno de tutela jurídica, resultando oportuno tener en cuenta el concepto básico para que, apoyando y verificando una sobreprotección, quepa acoger la tutela a ciertas situaciones secundarias como puede ser garantizar con anticipación la solicitud de la patente o que se

despliegue una protección independiente de la titularidad efectiva –cuando al inventor se le garantiza un reconocimiento, aunque no sea el titular de la patente–). La titularidad subjetiva, el reconocimiento del derecho al creador y al inventor permitirá, en el antes, tener el estímulo para abordar tal tarea de creación e invención alcanzado el poder en exclusiva; y el incentivo, en el después, será que la titularidad se despliegue con una suficiente protección jurídica en toda su proyección.

Para encontrar algunas manifestaciones en el derecho positivo sobre el cuándo y el cómo reconocer el derecho subjetivo podemos invocar dos soluciones: la acogida en la Constitución en relación con la esfera de la personalidad y la articulación de un sistema registral para reforzar la titularidad material con una titularidad formal. Por tanto, comprobando en nuestro ordenamiento la fuerza de un derecho natural y de un derecho tabular, vemos recursos que se pueden llevar al estudio de la propiedad intelectual e industrial ya que, en la propia ley de leyes, encontramos el reconocimiento directo de determinadas titularidades como son los derechos inherentes a la personalidad, desde el compromiso iusnaturalista que muestra la literalidad del artículo 10 de la CE. Como también, en la propia Constitución, se encuentra fundamento para garantizar los derechos patrimoniales acogiendo en su articulado el derecho real por excelencia que es la propiedad (art. 33 CE), gozando de tradición el reforzamiento de la titularidad dominical con su publicidad *erga omnes* con la publicidad registral. Es por ello que todo estudio que centre el interés en destacar medidas de especial tutela tendrá el sentido y razón de corresponderse con derechos que, desde un reconocimiento expreso en la Constitución, merecen la más amplia protección.

1.2. En cuanto materia jurídica ligada a la esfera moral de la persona

Al entroncar la invención o la obra a la esfera moral del individuo, el anudamiento hará notaria la merecida especial tutela, incluso por encima de una solución positivista o determinando esta. Así, encontraremos razón en la opción del legislador por una realidad material (por ejemplo, el hecho mismo de la creación de la obra como suficiente para que nazca el derecho o, en el después, la protección de la autoría de la obra sin límite de tiempo).

Con base en el citado artículo 10 de la CE, se recoge en la Constitución un catálogo de derechos fundamentales que son proyección de la dignidad de la persona. Este contenido personal, diferenciado del patrimonial, explicará que la protección jurídica se garantice en todo caso, también en el supuesto en que el infractor no provoque quebranto económico. La dimensión moral debe blindarse en su integridad (art. 15 CE), por lo que la honorabilidad de un inventor, según el artículo 18 de la CE, explicará que en los conceptos indemnizables el infractor pague por el descrédito que provoque; y, de modo particular y expreso, el artículo 20 de la CE dará referente principal para la tutela de la producción o creación literaria, artística, científica o técnica. El situar un arranque de las fuentes del derecho en el catálogo de los derechos fundamentales confirma la particular y superior relevancia jurídica.

1.3. La titularidad en su dimensión patrimonial con alto rendimiento social

El encuadramiento como derecho de propiedad se explica desde que la invención o la obra sirven a la cultura y al progreso social y económico, por lo que, con tal rendimiento social, apoyamos que el derecho incentive esta labor y premie al autor con una exclusividad en la explotación que es la propia de todo dueño. Se hace corresponder la citada titularidad del derecho subjetivo con un derecho civil patrimonial real de propiedad.

El derecho de propiedad goza de reconocimiento en la Constitución (cfr. art. 33 CE), por lo que, con tal rango, es lógico que acoja el pleno goce y disposición: la exclusividad en el provecho y la libertad en la disposición; y que, en caso de sufrir un daño o ataque, se garantice su más completa reparación. Al tiempo, es la propia Constitución la que da marco normativo principal al particular estatuto jurídico a estas propiedades especiales y lo hace con dos razones: la general, que inspira la letra del artículo 33 de la CE al hablar de delimitar el contenido, sugiriendo articular diferentes estatutos en función de la clase de propiedad; y la particular alusión en el artículo 149.1.9 de la CE, atribuyendo la competencia exclusiva al Estado.

Por demás, en razón a la función social, comprenderemos soluciones como la posibilidad de la expropiación de la patente, la dispensa de consentimiento del titular ante un uso inocuo, la reacción del derecho ante la falta de explotación, la accesibilidad a las personas que padecen discapacidad y, sobre todo, la fijación de la duración temporal de estos derechos. Con todo ello se estarán atendiendo preceptos clave como los artículos 44 y 128 de la CE; además de justificar unos límites y limitaciones al escenario de libre mercado (conformado en el artículo 38 de la CE) que va a ser intervenido en distintos momentos y aspectos por la Administración: en la titularidad y llevanza de registros, en la tarea de supervisión y control de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, en el ejercicio de la potestad sancionadora que, en vía administrativa, complete otras vías civil y penal de reacción ante la infracción.

Por otra parte, la titularidad dominical habrá que entenderla en su tratamiento particular, pero sin obviar un necesario entrelazamiento con la dimensión personal o relativa a la personalidad, ya que este anudamiento explicará la fuerza y proyección que ha de tener todo lo que se basa en los pilares del ordenamiento. Por ello, con base en la unidad y coherencia del ordenamiento y en que los cimientos se proyecten en un vuelo, se entenderán las medidas de sobreprotección que incidirán o determinarán el mercado (pudiendo ya avanzar derechos como el del autor a retirar su obra o el derecho de participación en beneficios a favor del inventor no titular de la patente).

Según se apunta, es el articulado de la Constitución y su impulso decisivo para hablar de límites y de limitaciones en el dominio, desde la literalidad del citado artículo 33 y en con-

cordancia con el artículo 348 del CC, el que justifica una pluralidad de estatutos particulares según la clase de propiedad, por lo que en esta materia que nos ocupa nos llevará a centrar el estudio en la legislación especial reguladora de la propiedad intelectual e industrial.

1.4. Un tráfico reglado para equilibrar la economía de mercado y el referente social

Por imperativo constitucional se respeta la propiedad privada y, por razón del rendimiento social, se desarrollan unos estatutos particulares que, en estas propiedades, limitan la titularidad privada en el tiempo. Por tanto, la vida de la obra y de la invención sugiere distinguir el periodo de propiedad privada y el de propiedad pública. En el primero, el derecho desplegará una mayor virtualidad, respetando los derechos personales y económicos de más contenido y provecho a favor del titular dominical, sin que ello implique ningún monopolio ni privilegio, ya que protegiendo estas propiedades se incentiva la creación en favor de la cultura y el progreso, animando así la competencia; como tampoco la exclusividad de la propiedad privada, mientras dura, excluye la fuerza del referente social que sujeta al dueño a determinados límites generales (por ejemplo, proscribiendo un ejercicio abusivo o antisocial de su derecho) o particulares (límites consistentes en excusar la autorización cuando se trate de una reproducción que carezca de significación económica o que tenga como finalidad la seguridad pública y límites que vendrán a sancionar una falta de explotación).

La titularidad y el escenario que, respectivamente, se recogen en los artículos 33 y 38 de la CE se armonizan con otros preceptos constitucionales como el artículo 128 de la CE, en el que se sujeta toda la riqueza al interés general. Por ello cabe considerar que el liderazgo tecnológico y cultural de un país, para que sea expresión de una sociedad avanzada, culta, activa, participativa, en un marco de productividad y de competencia, ha de permitir que el libre mercado acoja un margen de intervencionismo en su regulación, supervisión y control para favorecer esa creación e innovación, equilibrando el respeto a una propiedad privada, que es decisivo, en este caso, para incentivar la iniciativa particular; y el rendimiento social, a fin de proyectar al interés general el producto de aquella. Por ello preceptos tan significativos como los artículos 129, 130 y 131 de la CE atribuyen esa legitimidad a los poderes públicos para el logro de la calidad de vida y el bienestar general, para promover la modernización y el desarrollo de todos los sectores económicos y para planificar la actividad económica con el compromiso adquirido de hacer crecer la economía y la riqueza.

El intervencionismo de la Administración explicado y legitimado se podrá traducir en varios sentidos, positivo y negativo, de acción y de débito. Que el Estado debe velar por la cuestión social no admite duda desde el artículo 1 de la CE y que lo hace, por ejemplo, reservándose facultades expropiatorias, reprochando una falta de explotación de la obra, articulando un sistema registral de titularidad pública con el que ofrecer una seguridad a la titularidad de la propiedad y al tráfico, permitiendo que lo inscrito goce de legitimidad

y conforme la verdad oficial. Al tiempo, tal presencia de lo público, en caso de mala praxis, también deberá traducirse en una exigencia de responsabilidad patrimonial (art. 106 CE). En todo caso, este protagonismo que cobra la Administración permite concluir que la normativa emergente tenga un carácter mixto: que no se encuadre de modo definitivo y exclusivo como propia del derecho privado o del derecho público, ya que, superando esa contraposición, el derecho social y la articulación de disposiciones normativas proteccionistas llevan a que junto a la regulación de relaciones entre particulares de tráfico privado se anuden relaciones públicas, de los particulares con la Administración (por ejemplo, para solicitar la concesión de un derecho o para instar su registro), de la Administración con los particulares (supervisando un mercado o sancionando una práctica desleal, abusiva o contraria a ley) y de las Administraciones entre sí (cuando el Estado se erige como interlocutor en un escenario internacional o cuando despliega una labor de coordinación entre distintas Administraciones).

1.5. La cultura y la innovación para la sociedad en la industria

Son estos, el desarrollo cultural y el progreso tecnológico, dos motivos para acotar en derecho la materia, para incentivar la acción personal y reconocer al sujeto-agente como titular activo, sujeto de derecho, propietario. La importancia de lo original, de lo innovador, con su transferencia a la sociedad, es la razón radical de una tutela jurídica necesaria. Incentivar esta labor es preciso para servir a la persona y a la comunidad: en la preservación y proyección de la dignidad humana, exigente de un libre desarrollo de la personalidad; y en el interés general, cuyo beneficio pasa por promover el acceso a la cultura, la ciencia y la investigación.

El artículo 44 de la CE, encuadrado entre los principios rectores del ordenamiento, informa la actuación que los poderes públicos han de desplegar para garantizar los mandatos constitucionales. De este modo, en particular, se explican soluciones como la exigencia de la publicación de una obra superando, por ejemplo, una negativa de unos herederos del autor; y, en general por imperativos como la igualdad (cfr. art. 14 CE) también se entiende la reserva de esta materia jurídica a favor del Estado central (art. 149.9 CE) para regular un derecho uniforme para toda la sociedad y legitimar al Estado como interlocutor que acoge y suscribe (cfr. art. 96 CE) normas consensuadas por la comunidad internacional. En la salvaguarda de ese derecho la Administración intervendrá con una labor compleja de control, supervisión, sanción y, por demás, con un compromiso divulgativo, de entender el valor de la cultura, luchando contra la piratería, desplegando acciones formativas, sirviendo a la concienciación.

1.6. Desarrollo y coherencia en la legislación complementaria

La relevancia de la materia jurídica que abordamos, además de explicar que se fundamente expresamente en la Constitución, requiere que la protección jurídica deba ser efec-

tiva y de alta garantía. Para ello se desarrolla un tratamiento particular y especial en una legislación de desarrollo principal que constituye el centro del presente estudio: la Ley de propiedad intelectual y Ley de propiedad industrial (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual –en adelante, TRLPI–, y la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes –en adelante, LP–).

Al tiempo, sin ánimo de ser exhaustivos y como reseña de desarrollos legislativos coherentes con el compromiso de fomentar la cultura y la innovación tecnológica, junto con la garantía de una tutela eficaz, verificamos la aparición de unas novedades legislativas que son complemento, expresión y refuerzo de esa protección de las propiedades intelectual e industrial. Así, se puede citar la Ley 8/2022, de 4 de mayo, por la que se modifica la Ley 23/2011, de 29 de julio de depósito legal, que viene a adecuar la regulación del depósito legal de la publicación en línea, fijando el concepto de esta¹. También cabe destacar la reforma operada en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, añadiéndose por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, entre los principios que informan la actividad, la protección de la propiedad intelectual. La misma ley de economía sostenible dio nueva redacción al artículo 158 de la TRLPI para regular la Comisión de la Propiedad Intelectual (CPI), compuesta por dos secciones, atribuyendo a la primera una tarea de mediación y arbitraje y a la segunda la competencia para instruir el procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de servicios de la sociedad de la información (LSSI), frente a la vulneración que puedan cometer los responsables los servicios de la sociedad de la información.

Con esta labor el Legislativo confirma su compromiso de tutela y de supervisión (que en el artículo 35 de la LSSI se le confiere al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital), asume la necesidad de ordenar una realidad urgida e inmersa en la transformación digital y apuesta por la innovación como vía para el desarrollo económico, cultural y social. Es ilustrativo el tenor de la exposición de motivos de la Ley de competencia desleal²:

La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles eventualmente de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado.

¹ «Información o contenido de cualquier naturaleza difundido en un soporte electrónico no tangible, archivado en un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, que sea objeto de difusión. Los sitios web se consideran publicaciones en línea». Artículo único de la Ley 8/2022, de 4 de mayo, por la que se modifica la Ley 23/2011 de 29 de julio, de depósito legal.

² Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

En esta misma ley se tipificarán, de modo particular, unas conductas como de competencia desleal por servirse de la reputación ajena o violentar la ley y, por ejemplo, incurrir en imitaciones.

Otras reseñas normativas, en la comprobación de un desarrollo legislativo coherente y protector, nos permite citar el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. En ambas normas se confirma instrumentos ofrecidos en garantía de una tutela efectiva; por ejemplo, en el plano formal, la normalización de las acciones colectivas y la acción de cesación (arts. 12 y 16 LCGC, art. 53 TRLGDCU) y, en un plano sustantivo, como solución de justicia material, el control causa con la proscripción de la abusividad (aportando el concepto mismo de cláusula abusiva como toda estipulación contraria a la buena fe y que se traduzca en un desequilibrio importante entre las partes contratantes –cfr. preámbulo LCGC y art. 82 TRLGDCU–). Con base en estos referentes se entenderán soluciones de equidad y reconocimiento de derechos que podrán ir desde la participación en beneficios para el inventor o para el autor (cfr. arts. 17 LP y 24 TRLPI), la compensación equitativa por copia privada (cfr. art. 25 TRLPI) o la revisión del contrato por sufrir el autor una manifiesta desproporción (cfr. art. 47 TRLPI).

1.7. El escenario digital como entorno emergente de incentivo y riesgo

En línea con lo anteriormente ya apuntado, sobre las mayores posibilidades que presenta el entorno digital para la creación de contenidos, la innovación y divulgar la invención, es lógico requerir una regulación específica para este entorno que, además, presenta más riesgos por la sobreexposición y rápida comunicación. Es preciso articular una regulación de tutela especial para esa realidad virtual y que, en la misma, se armonice el derecho de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial con el de las nuevas tecnologías, sobre todo y primeramente con la Ley de servicios de la sociedad de la información y que, por el hecho de que este ámbito sea global, antes que nacional, la solución de conflictos se comprometa más con la desjudicialización y la confianza en instrumentos internacionales.

Pueden destacarse dos iniciativas: a nivel internacional y a nivel europeo. En primer lugar, hablamos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)³, que se conforma como un proveedor de solución de controversias neu-

³ La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es el foro mundial en lo que atañe a servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual. Es un organismo de las Naciones Unidas, autofinanciado, que cuenta con 193 Estados miembros. La misión de la OMPI es llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de propiedad internacional equilibrado y eficaz, que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos. <https://www.wipo.int/about-wipo/es/>

tral, internacional y sin fines de lucro que ofrece opciones rápidas y eficaces, económicas y desjudicializadas. Los procedimientos de mediación, arbitraje, arbitraje acelerado y decisión de experto ofrecen a los particulares un mecanismo extrajudicial para solucionar eficazmente sus controversias nacionales o transfronterizas en materia de propiedad intelectual y tecnología. El Centro de la OMPI también es el líder mundial en la prestación de servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio.

En el marco europeo, y sabiéndonos inmersos en la transformación digital, preocupa y debe presidir nuestro referente constitucional recogido en el artículo 20 de la CE. Por ello, asumida la necesidad de incentivar la libertad creativa y el acceso, con conectividad garantizada, a la cultura, se requerirá el respeto a una información veraz, respetuosa con la propiedad intelectual. La ley de servicios digitales⁴, desde el 1 de noviembre del 2022, ha venido a exigir a los intermediarios de los servicios de la sociedad de la información que ofrecen infraestructuras en la red, por ejemplo, plataformas en línea, un mayor compromiso con la transparencia y que, en su obligación de colaboración con la Administración (art. 11 LSSI) sea ágil la retirada de los contenidos ilícitos.

1.8. Criminalización de las infracciones graves

La tutela efectiva encontrará razón más radical desde que se entroncan estos derechos con la personalidad, en el lado más individual; y con la cultura y la economía, en el plano más general. Porque es materia de orden público, porque regula y protege derechos entroncados con la personalidad, con la dignidad misma de la persona, y porque hay un interés general que preservar, se explica que haya una criminalización en el ataque más grave. El derecho reacciona con su última ratio y así se castigan penalmente las conductas que atacan los derechos de propiedad intelectual e industrial en los artículos 270 y siguientes del CP.

1.9. Defensa plural y colectiva, pública y privada

La materia de orden público explica que la protección se asuma, además de por los primeramente legitimados, que son los titulares de los derechos, por las entidades gestoras, que actuarán en la explotación misma de los derechos y en la representación, tanto en el ámbito privado y público como nacional e internacional (en todo caso sujetas a un control administrativo, a la autorización o comunicación formal para inicio de actividad y a la inspección y supervisión de su solvencia patrimonial y profesional). El favorecimiento del accionamiento colectivo en la gestión y defensa se normaliza también en textos legales ge-

⁴ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un Mercado Único de Servicios Digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Ley de servicios digitales).

nerales antes mencionados, como pueden ser la Ley de condiciones generales de contratación y la Ley de defensa de consumidores y usuarios (cfr. art. 12 LCGC y 54 TRLGDCU).

Además, y para favorecer el accionamiento y recabar la protección jurídica, se da legítima a los causahabientes y a otros terceros, sujetos tanto privados como públicos. En concreto, se confía en un compromiso y actuación de los poderes públicos con distintas Administraciones implicadas que, desde los contenidos de sus páginas webs, para servir a una información exhaustiva y veraz, hasta la conformación de sistemas registrales públicos o la continuada labor activa en el diseño de políticas y propuestas *de lege ferenda* (participando, por ejemplo, en un foro de desarrollo de políticas e instrumentos de protección de la propiedad intelectual como es la OMPI; el Ministerio de Cultura y Deporte, a través de la Dirección General de Industrias Culturales, Derechos de Autor y Cooperación, Subdirección General de Propiedad Intelectual; y la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

1.10. La proyección internacional

El hecho de que estos derechos se ventilen, ejerzan y expongan con creciente presencia en un ámbito territorial supranacional explica que esta tutela se deba ejercer en ese escenario surpranacional, con organismos como la OMPI. Esta visión amplia es lo que también explica que se den soluciones recientes y comprometidas con la innovación favoreciendo el crecimiento y la labor de empresas de base tecnológica como focos de emprendimiento que, aprovechando los ingentes recursos de la red, puedan crear, inventar e innovar. En este punto es también lógico destacar un proceso inverso: que los países apuesten por atraer ese talento y ser competitivos ensalzando las oportunidades y ventajas de un destino, atrayendo de lo digital a lo territorial particular (Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de la empresa emergente, la conocida como ley de startups que ha venido de acoger al nómada digital).

El Estado es un interlocutor idóneo y necesario para legislar, acogiendo soluciones comunes a las que ofrece el derecho comparado, añadiendo a la reproducción de las mismas una vinculación directa que, en muchos casos, se articula. Además, debe mantener un papel activo en los foros de debate, revisión y solución, confirmando esta tarea no solo en diseño de políticas o propuestas *de lege ferenda* (que, en un derecho emergente, exige una labor continuada y actualizada), sino también asumiendo un papel ejecutivo directo (por ejemplo, acogiendo la prioridad reconocida en el artículo 30 y en el artículo 90 de la LP a favor de quien haya solicitado patente en alguno de los Estados parte de Convenio de París o del acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio; o asumiendo la OEPM tareas de oficina receptora, de conformidad con los artículos 163, 168, 171 de la LP).

Desenvolverse en el escenario internacional, donde se exponen estos derechos (en una cultura universal y en un mercado global) requiere que se desarrolle un derecho acorde al

que la comunidad internacional consensua y que se acoja expresamente esa normativa internacional (art. 10 y 96 CE). Esta armonización explicó que, con la incorporación a la Unión Europea, se fijaran soluciones importantes: el reconocimiento del derecho de propiedad intelectual ligado al hecho mismo de la creación de la obra –sin condicionarlo a un registro–, que se fijara el criterio restrictivo de interpretación en la transmisión de derechos o que, en la gestión colectiva antes destacada, se favoreciera como medida liberalizadora la pluralidad de entidades. Por demás, si la justicia preventiva nos lleva a reconocer lo valioso de una armonización internacional, también la justicia restaurativa se revestirá de especial virtualidad y eficacia con el impulso de los instrumentos de solución extrajudicial de conflicto que destacan entre los servicios que ofrece la OMPI, y que en un escenario transfronterizo son especialmente necesarios.

En suma, según todo lo anteriormente motivado, se afirma que hay fundamento suficiente para avalar una tutela efectiva, por lo que, desde el referente constitucional, se va a poder continuar apreciando un desarrollo normativo general nutrido con recursos que, en la legislación especial, se podrán confirmar, normalizar y articular con toda su virtualidad.

2. Particulares referentes normativos para razonar la extensión de la responsabilidad civil

Por orden de exposición, cabe invocar primeramente el título preliminar del Código Civil, concretamente sus artículos 6 y 7, para rechazar toda actuación de mala fe y proscribir la abusividad y la actuación antisocial. Por tanto, medidas como la exigencia de la explotación de la obra en favor de la sociedad o la posible revisión de un contrato de cesión, que ha venido a mostrar una desproporción injusta contra el autor, encuentran argumento de justicia en aquellos preceptos generales.

De otra parte, podemos confirmar cómo tradicionalmente hemos asumido la función reparadora de la responsabilidad civil, para la compensación de los daños y perjuicios. Sin embargo, tenemos que entender que, en distintos campos, se ha avanzado para que reforzar tal exigencia, computando conceptos de lesión e incluso añadiendo medidas de castigo en favor de una ejemplaridad. Así ocurre en esta materia, donde procede ganar sensibilidad cuando se trata de reparar un daño moral, siendo lógico y necesario reforzar la tutela en cuanto derechos entroncados en la esfera personal, ligados a la personalidad misma. Y, de igual modo, en el plano patrimonial, como propiedades relacionadas con el orden público, donde la promoción de la cultura, la innovación en la industria y el progreso social están en el centro y deben promocionarse para servir al interés general, también se justifica una mayor dureza en la exigencia de la responsabilidad del infractor.

Debemos entender, de entrada, que el derecho civil no ha tenido que reformularse para ganar virtualidad en el despliegue de la responsabilidad civil, ya que, además de los argu-

mentos de peso antes mencionados, que explican una mayor exigencia en la depuración y cálculo de la indemnización, había referentes tanto en el texto codificado como en la legislación civil y mercantil complementaria y especial, que venían a expresar esa extensión e incluso puntual superación de la primera función reparadora para llegar a convertir la imputación en un sanción. Así mostró el codificador una medida como el *ius retentionis* (y lo hizo en distintos preceptos y con ocasión de regular diferentes titularidades, reales o meramente crediticias, como se puede comprobar en lo dispuesto en los artículos 1730, 1780, 1600, 502, 522, 1866 y 453 del CC) o dispuso que no cupiera excusa para dejar de exigir la responsabilidad civil, aunque el daño trajera causa en el caso fortuito o la fuerza mayor (y así lo impuso en los artículos 457, 1744, 1891, 1488, 1745 del CC). De igual modo, tanto en el texto codificado como en la legislación especial, tenemos ejemplos donde, ante un comportamiento abusivo, se añade la sanción a la indemnización (caso de un usufructuario negligente, al que se le llega a desposeer –art. 520 CC–; y casos como los recogidos en los artículos 7 y 21 de la LPH, en los que se ha venido a imponer verdaderas sanciones por actividades molestas o por impagos). Incluso, para entender la autonomía del tratamiento del daño moral, que en la propiedad intelectual e industrial vamos a ratificar, el legislador asegura la protección, aunque no vaya ligado a un daño económico (teníamos un antiguo referente con la STS de 1912 que, en un marco constitucional, y desarrollado el artículo 18 de la CE en la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la imagen, no pudo sino confirmarse y revestirse de la mayor razón).

Si nos detenemos algo más en la relación de preceptos invocados, podemos comprobar y puntualizar:

- Que el codificador no duda en facultar al titular de un derecho de crédito (caso del mandatario, del contratista o del depositario), que frecuentemente soportan una situación gravosa por desplegar su actividad por cuenta, en interés y a favor de otro (el contratante, el mandante o el depositario), en articular en favor de la parte desfavorecida un derecho –con trascendencia real– de garantía de su cobro. Llega a disponerse, según la literalidad de los preceptos aludidos, en concepto de prenda (aunque en rigor no será tal derecho real, sino una titularidad real menor, como podrá ser una posesión natural –art. 430 CC–). Se confirma por el codificador una medida de reequilibrio o control causal con solución de equidad en favor de una parte débil o que no ha de soportar mayor onerosidad y que va a contar con el citado *ius retentionis* en garantía de cobro.
- Que el legislador, para favorecer la reparación, no excusa el daño, aunque este traiga causa de un caso fortuito o de fuerza mayor (en casos de frecuencia práctica, donde hay que reaccionar con dureza: casos citados como la gestión de negocios ajenos extralimitada). Con esta exigencia a ultranza se está trascendiendo de la culpa y se podrá acoger y entender una responsabilidad solidaria o de un tercero (como puede ser un intermediario de servicios de la sociedad de la información) y, en general, el impulso a la objetivación de la responsabilidad.

- Que el legislador llega a imponer sanción, trascendiendo de la función meramente reparadora, propia, típica y estricta, para añadir a la exigencia de reparación de daños y perjuicios (en casos citados que van desde el usufructo al comunero de un edificio) la medida de castigo.
- Que nuestro codificador llegó a adoptar especial dureza con situaciones como la del poseedor de mala fe, al que no duda, en caso de ser vencido en su detención, en negarle todo reconocimiento de titularidad real, de confirmar que no es verdadero poseedor y que merece ser vaciado de todo provecho patrimonial (art. 455 CC), amparando, en esta liquidación del estado posesorio, al legítimo titular con su derecho a ser compensado de todo lo que hubiera podido percibir. Por tanto, al igual que preocupa alcanzar la *restitutio in integrum*, debe lograrse el vaciamiento de todo beneficio económico que pueda haber tenido el agente lesivo (y así se podrá verificar en el tratamiento al infractor contra estas propiedades especiales).
- Que, a mayor expresión de medidas de equidad y control causal, también está consolidada la doctrina jurisprudencial que desarrolla la cláusula *rebus sic stantibus*, acogida como instrumento de reequilibrio (cuando concurre una situación de quebranto grave, con imprevisibilidad absoluta y que provoque una onerosidad extraordinaria para una parte). Reacción ante el desequilibrio grave que, en la regulación de las propiedades especiales objeto de este estudio, explicarán el derecho de participación o el derecho de revisión.

Estas soluciones generales, según se va avanzando, tendrán proyección en la regulación de la propiedad intelectual e industrial (la posibilidad de ejercer el *ius retentionis*, de añadir sanción a la exigencia de reparación y de no excusar la responsabilidad reclamándola a terceros no infractores –intermediarios, terceros que perciben provecho, etc.–). Destacando, en esta fijación de medidas de especial tutela, la solución ante el enriquecimiento injusto, con ese vaciamiento de provecho (algo que al codificador ya le preocupó, como hemos visto citando el artículo 455 del CC), permitiendo el cálculo de la indemnización con base en la expectativa y en los beneficios que el infractor haya obtenido; con la disposición en favor de la afectación real o la sujeción de la cosa en garantía del cumplimiento de la obligación o de la responsabilidad derivada. Esta sujeción legal, ya articulada en el texto codificado y en la legislación especial (con ejemplos como el levantamiento de las cargas matrimoniales – art. 1318 CC– o el concepto de la legítima –art. 806 CC– y, en la legislación descodificada, en la regulación de la propiedad horizontal –arts. 9 y 21 LPH–) tendrá manifestación en la regulación de la propiedad intelectual (cfr. art. 141.5 TRLPI).

Por demás, otras muestras de sobreprotección las encontramos en la ampliación del ámbito subjetivo, tanto del lado activo como del lado pasivo. Así, cabe destacar: del lado pasivo, la consideración de la responsabilidad solidaria que, aunque no estuviera generalizada en el texto codificado, sí se normaliza en la normativa general, como el artículo 132 del TRLGDC, y así se acogerá en los artículos 138, 139 del TRLPI y en el artículo 86 de la LP. Y,

en el lado activo, destacamos la promoción de las acciones colectivas (art. 150 TRLPI) o el impulso de la actuación de oficio, en la vía administrativa, civil y penal; además de la legitimidad de distintos particulares: el titular de la patente o los causahabientes del autor. En particular, sobre la ordenación de la *action class* en sus referentes generales se cita el artículo 15.2 de la LEC en clave procesal y, en el orden sustantivo, se puede invocar el artículo 24 del TRLGDCU. Entre las acciones colectivas merece destacarse la acción de cesación, que es favorecida en la tutela de las propiedades que nos ocupan y que, desde la transposición de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo, se fue normalizando en distintas normas: en materia de consumo (arts. 53, 54 TRLGDCU) o en materia de publicidad (art. LGP).

Más manifestaciones de garantía y refuerzo en la tutela las tenemos en la inversión de la carga de la prueba (que puede ser sugerente para que, en el artículo 73 de la LP, se requiera la exhibición de documentos de cara al cálculo de la responsabilidad civil, como también se permite la práctica de las diligencias de comprobación de hechos en los artículos 123 y siguientes de la LP cuando se presume la infracción y razones de urgencia la aconsejen) y que en la ley general ya está favorecida (arts. 121y 147 TRLGDCU).

En suma, con este basamento se podrá entender que, en la regulación de la propiedad intelectual e industrial, el aseguramiento en la exigencia de la responsabilidad civil avance para ser ejemplarizante y que, con la línea que sigue el legislador cuando desarrolla una normativa proteccionista, se entienda la inclusión de esas concretas medidas y, en suma, un catálogo de recursos en favor de la más efectiva tutela jurídica.

3. Un catálogo de medidas, expresión de la tutela efectiva de la propiedad intelectual e industrial

Cabe proponer un decálogo para explicar este punto con un plan de ordenación y sistemática enunciando palabras clave y su concreción en el referente normativo.

3.1. Relevancia de la dimensión moral

Según el artículo 14 de la TRLPI se confía al autor la decisión para divulgar su obra (en el punto 1 de este precepto se atribuye tal derecho, que no se reconoce a otros: ni a los herederos del autor –art. 40 TRLPI– ni a los demás cotitulares de la patente –art. 80.3 LP–, cuando se contempla que el órgano jurisdiccional faculte solo a alguno de ellos para otorgar la concesión). Otras cuestiones que manifiestan esa relevancia del derecho moral de autor se corresponden con el derecho de retirada de la obra del mercado o de acceso al ejemplar único –art. 14.6. y 7 TRLPI–, con el consiguiente efecto en lo económico, al poder revocarse un contrato ya perfeccionado o al poder ejercer un derecho de adquisición preferente para adquirir el ejemplar único o raro. De igual modo, aunque con menor intensi-

dad, la dimensión moral está preservada en la regulación de la propiedad industrial (Broseta Pont y Martínez Sanz, 2022) desde que se debe indemnizar el desprestigio (art. 6 LP), o en tanto se asume la posibilidad de que el inventor no sea el titular de la patente, ni siquiera originariamente, se ha de mantener el derecho a su reconocimiento –art. 14 LP–, que, por demás, tiene también consecuencias económicas –art. 17.2 LP–, al conferirle un derecho de participación en beneficios.

La importancia de lo personal, antes que lo patrimonial, explica la tutela misma que merecen estas propiedades, en cuanto proyección de la personalidad que se proyecta en un objeto caracterizado por las notas de originalidad, innovación o novedad objetiva (fruto de la persona, no creación robótica, desde un tratamiento de *big data* e inteligencia artificial). Además, esta relevancia de lo personal explicará ciertos condicionantes en el mercado, tal como se ha dicho, y que, abundando en ello, se puede apreciar en el artículo 53 del TRLPI, al afirmar que los derechos de explotación de la obra no son embargables. En la misma línea se puede verificar la fuerza del derecho moral cuando, por un cambio de convicciones morales o intelectuales, se permite al autor revocar el derecho de explotación que hubiera concedido a un cesionario. De este modo, con esta extensión de la dimensión moral, se determina el tráfico o explotación de la obra, confiada a un margen de discrecionalidad del autor que también se mantiene en el ejercicio de su derecho de revocación, reconocido en el artículo 48 bis del TRLPI y que inspira la proclamación de sus derechos como irrenunciables e inalienables (sin perjuicio de que, para servir a la mayor tutela, se confiera la legitimidad a los herederos, al Estado, a las comunidades autónomas, a las corporaciones locales y a las entidades públicas de carácter cultural en defensa de la autoría, la paternidad y la integridad de la obra, tal como se reconoce en los artículos 15 y 16 de la TRLPI).

Por lo expuesto, queda constatado que la tutela de estos derechos morales está reforzada y goza de proyección, en lo personal y en lo patrimonial, y se hace más efectiva con otras tantas medidas como pueden ser: el aseguramiento, en todo caso, de su reparación (art. 140.2 TRLPI Y 74.2 LP), con independencia de que exista un quebranto patrimonial, acogiendo en el cómputo de daños y perjuicios la indemnización por el desprestigio causado. (art. 76 LP); castigando penalmente las infracciones graves –arts. 270 y ss. CP–, y dando proyección en el tiempo a la dimensión ligada a la personalidad, de conformidad con el artículo 41 del TRLPI en el que, contemplando el paso al dominio público, se mantiene y garantiza siempre un contenido principal del derecho moral.

3.2. Tutela de la titularidad dominical privada

Completando la esfera relativa a la personalidad, se confiere una titularidad patrimonial de alto rango, configurado estos derechos en su rendimiento económico como derechos reales, concretamente como titularidades dominicales o derecho real por excelencia, que cuenta con expreso reconocimiento constitucional y que, como propiedades especiales, goza de larga tradición en su tratamiento descodificado, extenso y nutrido de vías y medidas de protección.

De entrada, como derecho real tiene un amplio haz de facultades: el derecho de explotación exclusiva y la libre disposición, que son dos contenidos principales de riguroso dominio. Este contenido amplio da plena significación a la titularidad dominical, al garantizarle un aprovechamiento económico de alto calado. Por ello, cuando se aborda en la propiedad intelectual el ámbito patrimonial, se relacionan distintos derechos, cada uno con autonomía y diferenciado (cfr. art. 23 TRLPI), para así separar y maximizar su rendimiento, disposición y cesión a terceros. La transmisión *inter vivos* queda limitada a la sola y concreta cesión de los concretos derechos cedidos –cfr. art. 43 TRLPI–, exigiendo, en garantía de tal individualización, revestir la contratación de escritura (de conformidad con el art. 45 TRLPI) y que se formalice un documento por cada derecho –cfr. art. 57.2 TRLPI–, con lo que se evitan riesgos de onerosidad sobrevenida). De igual modo, la regulación de la propiedad industrial, en garantía del mayor provecho económico posible, también recoge manifestaciones como el ofrecimiento de la tutela jurídica desde la solicitud misma de la patente, garantizando una protección anticipada (cfr. art. 67.2 LP). Esta garantía de la mayor rentabilidad a favor del propietario se confirma considerando acumulables los beneficios derivados de la propiedad intelectual y la propiedad industrial (art. 3 TRLPI).

Al hablar de libre disposición y contemplar la legitimidad del dueño para transmitir a terceros, pueden encontrarse ciertas restricciones o requisitos, propios de una preocupación por una limitada transmisión de derechos, exigiéndose que conste expresamente cuando se haga la cesión en exclusiva (art. 48 TRLPI) y, en definitiva, evitando riesgos para el titular y dándole seguridad jurídica en la negociación. Tal limitación será la propia de una materia relacionada con el orden público y cuya regulación imperativa se articula para preservar al titular. Por ello se proclaman los beneficios como irrenunciables en el artículo 55 del TRLPI y se impone que las reglas de interpretación busquen el favor del autor –art. 40 bis TRLPI–. Tendrá tal tutela legal importantes efectos prácticos. Por ejemplo, para poder entender la situación que considera el artículo 49 del TRLPI, que al burlar el consentimiento necesario del autor, no se entienda una posible revocación de la ulterior transmisión del cesionario a un tercero, sino que habrá que declarar la nulidad radical.

La protección patrimonial, según se ha dicho, se llega a ofrecer antes de consolidar la titularidad subjetiva, como es el caso del artículo 67 del LP, que confiere la «protección provisional» a favor del solicitante de la patente, como también, ya en ejercicio del derecho de explotación, y en caso de que un tercero burle tal titularidad, se indemniza contando los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente –art. 74.2 b) LP–. Verificamos, por tanto, una tutela extendida a la expectativa y a la estimación.

Abundando en el contenido y la libre disposición, admite la ley que el titular pueda instar su hipotecabilidad, lo que lleva a tratar la susceptibilidad de inscripción, primero en su registro particular y, también, en el Registro de Bienes Muebles. Con esta correspondencia de la realidad jurídica registral y extrarregistral se cuenta con un complemento de refuerzo en la tutela, añadiendo a la titularidad sustantiva la titularidad formal la titularidad registral, con presunción de legitimidad (arts. 144.3 TRLPI y 79 LP).

A efectos internos, reconocemos el pleno goce o aprovechamiento en exclusiva y, a efectos externos, la libre disposición para transmitir (arts. 82 y 83 LP –en relación con el art. 10 LP– y arts. 42 y 43 TRLPI). Por tanto, como facultades de riguroso dominio, se verifican la plena disposición y el derecho exclusivo de explotación (art. 2 TRLPI y art. 59 LP), destacando, además, en interés de avanzar el tratamiento unificador, el reconocimiento de la posibilidad de acumular los beneficios de ambas propiedades (art. 3 TRLPI).

La titularidad dominical se proyecta confiriendo legitimidad para reivindicar (art. 12 LP) en caso de haberse concedido la patente a persona no legitimada, siendo la inscripción a favor de la persona legitimada lo que extingue los derechos de los anteriores titulares registrales (art. 13 LP). Confirmando, con estos efectos extintivos, la eficacia constitutiva que, también para la inscripción, se puede interpretar, dada su necesidad, en cuanto que desde el artículo 2 de la LP se liga la concesión de patente a la registración, sumando a ello la literalidad del artículo 79 de la LP, que se pronuncia en términos necesarios o de obligación (distinta de la literalidad del artículo 145 del TRLPI, «se podrá», o carácter potestativo). En suma, el instrumento de publicidad registral funciona para dar refuerzo formal a la titularidad sustantiva y ganar tutela jurídica.

Los registros de propiedad intelectual y de propiedad industrial se conforman como mecanismos de protección de estos derechos en tanto, primero, dan presunción de legitimidad y verdad oficial a lo inscrito, y, en segundo lugar, ofrecen una seguridad al tráfico jurídico, por lo que los titulares registrales pueden disponer en su comercio y provecho económico de ese amparo y certeza registral que genera la confianza para transmitir. El carácter público de estos registros (en su titularidad correspondiente a la Oficina Española de Patentes y Marcas, el Registro de Patentes; y al Ministerio de Cultura, el Registro de Propiedad Intelectual –arts. 79.4 LP y art. 144 TRLPI–), supone una llevanza de los mismos por los funcionarios públicos, que, más allá de la mera transcripción de títulos, despliegan, en un control de legalidad, una tarea de calificación (arts. 145.2 TRLPI y art. 79.4 LP), y completando la eficacia de lo inscrito con la publicidad registral, que goza de la presunción legal de certeza (arts. 145.3 TRLPI), eficacia a terceros y cierre de lo que contradiga lo inscrito (art. 79.2 y 5 LP). A mayor relevancia de este carácter público, en favor de la mayor tutela de estas propiedades, además de esa titularidad y llevanza, junto a la eficacia de lo inscrito con su presunción de legitimidad y de verdad oficial, se añade alguna excepción al principio de voluntariedad o rogación con la exigencia de la actuación de oficio (art. 156 LP) a cargo de la OEPM cuando tenga constancia de la mención en el Registro Europeo de Patentes.

La preservación de la titularidad dominical se reconoce en otras tantas manifestaciones, como en el derecho de adquisición preferente, aunque para la propiedad intelectual se ha encontrado mayor razón en la dimensión moral, antes que en la dimensión patrimonial –cfr. art. 14 TRLPI–, y en la propiedad industrial se confirma en favor de los comuneros –cfr. art. 80 LP–. También goza de tutela en la titularidad patrimonial incluso cuando, pareciendo que se debilita la disposición del dueño, en realidad se sobreprotege, desde que se ordena que haya una gestión colectiva, confiriendo la administración y representación a un tercero. En particular, cuando es obligado suscribir el contrato de gestión será a favor de una entidad

de gestión colectiva. En tales casos, las garantías a favor del autor son importantes, porque aquella entidad no nace sin un control administrativo, que verificará su solvencia y se asegurará que sirve a los intereses de los autores. Por demás, en tales entidades, a diferencia de los operadores de gestión independiente, el autor asumirá la condición necesaria de socio, será copropietario de la entidad, la controlará y se exigirá a la entidad que imperativamente actúe por cuenta y en beneficio colectivo de los autores (arts. 147, 150.4 y 151 TRLPI). Esta representación se ejerce también en el accionamiento para la defensa de la propiedad intelectual, quedando legitimada la entidad para actuar en vía administrativa y en vía judicial (art. 150.1 TRLPI), haciéndolo en interés de, por cuenta de y en nombre de los autores.

3.3. Control causal, proscripción del enriquecimiento injusto, del uso abusivo y del ejercicio antisocial

Este punto se puede explicar destacando distintas medidas que toman referente en el artículo 7 del CC y se concreta en preceptos como el artículo 66 de la LP: la proscripción del abuso de derecho y del ejercicio antisocial del mismo. Por demás, el artículo 1901 del CC siempre ha sido un principal precepto general contrario a todo enriquecimiento injusto. Referentes consagrados que, en esta regulación especial, se traducirán en el amparo efectivo al legítimo titular y en el vaciamiento de provecho económico al detentador ilegítimo, reconociendo el derecho a ser compensado aquel en todo beneficio que hubiera este podido obtener. (En línea con la solución del artículo 455 del CC, que obliga al poseedor de mala fe a restituir todo fruto percibido).

Por otra parte, sobre el control de la onerosidad, este llega primeramente desde la especialidad e individualización de los objetos –artículo 57 del TRLPI, en desarrollo particular del artículo 45 y en concordancia con el artículo 23, ambos del mismo cuerpo legal–. Así, se garantiza una delimitación clara de lo que se contrata o cede, en favor de la preservación del titular que, a la hora de disponer y ceder a terceros, se ampara en lo expresamente concretado (evitando aventura económica o interpretación extensiva). Incluso tras la cesión destaca la reacción ante un posible desequilibrio grave cuando se constata una desproporción entre la remuneración percibida por el autor y los beneficios obtenidos por el cesionario en la explotación, dando derecho al autor a revisar un contrato perfeccionado, ejecutado y consumado, de conformidad con el artículo 47 del TRLPI, que dispone esta solución en equidad.

En la misma línea del control causal se puede entender el derecho de participación, previsto en el artículo 24 del TRLPI. Aunque concentrado en dos presupuestos (que se trate de obras de artes gráficas o plásticas y que el cesionario haya procedido a su venta), confiere al autor una participación en el precio de la ulterior reventa. Está recogido en el catálogo de «otros derechos», entre los derechos de explotación, y presenta una medida extraordinaria en tanto está operando en favor de un negocio jurídico anterior cerrado, perfeccionado y ejecutado; y, a mayor favor, se reconoce no solo al autor sino también a sus causahabientes. De igual modo, en la propiedad industrial, se recoge un derecho de participación en

favor del inventor que, incluso sin tener la titularidad de la patente, por su labor innovadora es compensado por la ley en el artículo 17.2 de la LP.

El aseguramiento de la reparación, con el embargo, el comiso, la atribución de propiedad y la entrega a cuenta –art. 139.3 TRLPI–, son muestras de la inmediata satisfacción, de una reacción rápida del derecho, contemplando la posibilidad de embargo o de secuestro (bajo el control judicial que exige el artículo 20.5 de la CE), privando de la posesión al presunto infractor y, por ende, tenedor ilegítimo. En este sentido se puede hablar de una solución de castigo en cuanto que se priva de una tenencia y posible mayor rendimiento económico, además de la intervención de lo ya obtenido. Por demás, superando la regla general de evitación del comiso, se articula en esta legislación especial su posibilidad (fr. art. 139.1.f TRLPI), atribuyendo la propiedad en favor del lesionado y la entrega a cuenta (pagando a precio de coste), permitiendo una solución urgente. Para ello, también se suma otra medida garantista: la carga real, con la afección o sujeción de la cosa en garantía de las resultas de la exigencia de responsabilidad. Por tanto, dos medidas decisivas e inmediatas vienen a proteger al titular: la atribución de la propiedad –cfr. art. 71.1 d) LP– y la afección o carga real –cfr. art. 141.5 TRLPI–.

La evitación del enriquecimiento injusto se consigue a costa del titular, deduciendo de la indemnización lo ya percibido –art. 77 LP–, condicionando su derecho a la retirada de la obra del mercado al requisito de compensar al cesionario –art. 14.6 TRLPI– y sujetando el derecho de revocación a la justa compensación –art. 48.bis TRLPI– o exigiendo que, si se aprovecha de la entrega a cuenta, haga el pago, (con la ventaja, eso sí, de beneficiarse de un precio de coste –art. 139.3 TRLPI–). De igual modo, contra el infractor, se dispone el vaciamiento de todo provecho económico –art. 74.2. a) LP–, y la retirada del mercado de los dispositivos a su costa –art. 139.1 c) y d) TRLPI–. Esta actuación contra el infractor puede operarse desde la adopción misma de las medidas cautelares –art. 141 TRLPI– con la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita.

En este control, preocupados por la posible situación de abusividad o actuación antisocial, cuando es por la falta de explotación, se ofrece remedio con la solución dada en los artículos 48 bis del TRLPI y 90 y 74.3 de la LP, confiriendo el derecho de revocación y sirviendo, como ganancia dejada de obtener, al cálculo de la indemnización. Otra situación que puede entenderse arbitraria o antisocial y abusiva es la resistencia o rebeldía de los herederos de explotar la obra, lo que se podrá superar confiando la decisión a la autoridad judicial –cfr. art. 80.3 LP–. Por demás, el control de la abusividad y la evitación de perjuicios a la sociedad se completa con la previsión de una posible retirada del comercio, la destrucción (de los ejemplares ilícitos, de los moldes, equipos, etc.), el embargo y la cesación de la actividad ilícita –cfr. arts. 139 TRLPI, 71 c) LP–, que, por añadidura, se dispone a costa del infractor –art. 71.1 f) LP y art. 139.1 c) y d) TRLPI–. Y si estas medidas velan contra el exceso o abuso, otras soluciones vienen a preservar frente al ejercicio antisocial como, por ejemplo, los supuestos de concesión de licencias obligatorias –art. 91 LP–, la dispensan del pago de canon –art. 25 TRLPI– o la excusa del consentimiento del autor para una reproducción provisional y sin significación económica –art. 31 TRLPI–.

3.4. Intervencionismo y tutela administrativa

El Estado está legitimado, interesado y urgido en participar en el reconocimiento de estos derechos y en su tráfico: es titular de un depósito legal, es responsable primero en cumplir los principios rectores que la Constitución proclama, es interlocutor necesario en el escenario internacional, es concesionario de las patentes, tiene necesidad de proteger su propia condición de posible y frecuente autor e inventor, creador de contenidos y titular de patentes, es supervisor de la actividad de los servicios de la sociedad de la información, participa en el tráfico para adquirir con preferencia en caso de expropiación o para que se declare la patente de interés nacional; también, respecto a los particulares titulares o adquirentes, es el Estado el que da seguridad con la sucesión de distintos controles de legalidad, asumiendo la titularidad de los registros públicos y desplegando una tarea de calificación (desplegando un control de legalidad con la revisión y posible censura del documento presentado en el registro en garantía de que lo inscrito se corresponde con la realidad jurídica extrarregistral –arts. 79 LP y 145 TRLPI–); será el Estado el que, con la llegada del término que pone fin a la titularidad dominical privada, adquiera la titularidad de estos derechos (así se confirmará la demanialización en el artículo 41 del TRLPI).

Sobre la anterior relación, de modo más particular, podemos abundar, en el orden preventivo, en la labor que desarrolla la Administración articulando el sistema registral de publicidad *erga omnes*, dando seguridad jurídica al tráfico, consolidando la tutela formal en correspondencia con la titularidad sustantiva, con una eficacia de presunción de legitimidad con base en un control de legalidad que se manifiesta en repetidos y distintos momentos. En el derecho registral, aunque confiados a un principio de voluntariedad y rogación, se añade una actuación también de oficio. Así, la OEPM actúa como oficina receptora del tratado de cooperación en materia de patentes (art. 163 LP). De igual modo, la titularidad, llevanza y gestión de los registros se nutre de actuaciones de oficio (p. ej. art. 156 LP) para inscribir en correspondencia con el Registro Europeo de Patentes.

En el escenario digital, la legislación reguladora de los servicios de la sociedad de la información, aunque reconoce que se trata de una actividad desplegable en régimen de libre competencia y sin necesidad de autorización administrativa, sujeta esa actividad a una supervisión (art. 35 LSSI) del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Por tanto, con este papel garante y de control, se está disuadiendo de toda infracción y, en todo caso, la misma ley articulará la vía administrativa sancionadora o reacción ante la infracción. Por demás, en el compromiso de dar impulso a una justicia preventiva y la actuación ejemplar, la Administración despliega una actividad importante asumiendo la tarea de impulsar la elaboración de códigos de conducta o desarrollo del derecho voluntario, que las entidades, en ejercicio de su responsabilidad social corporativa, pueden elaborar y suscribir⁵.

⁵ Así, en el artículo 18 de la LSSI se dispone que «las Administraciones públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios,

La tarea de supervisión, de inspección y control también se reitera en la fiscalización de las entidades de gestión colectiva y en los operadores de gestión independiente (art. 154 TRLPI). A propósito de esta ordenación de la gestión colectiva cabe, en todo caso, verificar un equilibrio entre la solución más liberal y la más intervencionista ya que, de un lado, se incentiva la pluralidad de organizaciones: del tipo entidades de gestión colectiva y de operadores de gestión independiente (arts. 147 y ss. TRLPI) que puedan constituirse sin ánimo de lucro (las primeras –cfr. art. 147, párrafo 2.º TRLPI–) o con ánimo de lucro (las segundas –cfr. art. 153.2 b) TRLPI–); y, de otro lado, se fiscaliza y sujeta la labor a una supervisión administrativa, que va desde la autorización para operar a la más sencilla recepción de comunicación, reservándose un control que puede concretarse en una inhabilitación (arts. 154 y 155 TRLPI), al tiempo que se respeta la autonomía privada –confiada a lo acordado en los respectivos contratos de gestión, según los artículos 147 y 153 del TRLPI– y que, en este marco, viene a limitar el intervencionismo administrativo a una discrecionalidad reglada (el artículo 148 de la TRLPI dispone que la autorización se ha de dar si se cumplimenta la solicitud con el contenido requerido).

Antes de abocar la actuación administrativa al orden de reacción ante la infracción y eventual sanción, se impulsa desde la propia Administración con una pluralidad de recursos negociales, de mediación y de arbitraje, para solucionar los conflictos, institucionalizando en la sección primera de la CPI esa vía donde ventilar y resolver la controversia. El impulso para generalizar los instrumentos de solución extrajudicial explica el papel necesario de la Administración como sujeto interlocutor y colaborador en el ámbito internacional⁶, tanto desde la OEPM como desde la Dirección General de Industrias Culturales, Propiedad Intelectual y Cooperación⁷.

En cuanto al papel de la Administración en el despliegue de la justicia restaurativa o de reacción ante la infracción de los derechos de propiedad intelectual, se canaliza por distintas vías: administrativa, civil y penal. En el orden sancionador la vía administrativa, complementaria a aquella posible solución negociada, también en el orden extrajudicial, se regula atribuyendo a la sección segunda de la CPI la legitimidad para instruir el procedimiento de salvaguarda de los derechos que, en su desenvolvimiento ordinario, perseguirá el incum-

por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley. La Administración General del Estado fomentará, en especial, la elaboración de códigos de conducta de ámbito comunitario o internacional».

⁶ La Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) colaboran en la promoción de métodos alternativos de solución de controversias en materia de propiedad industrial (ADR, por sus siglas en inglés *alternative dispute resolution*) a través del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/Mediacion_y_Arbitraje/

⁷ Órgano directivo, dependiente de la Secretaría General de Cultura y Deporte, que pasa a tener esta denominación con la reordenación de la estructura del Ministerio de Cultura y Deporte. Real Decreto 313/2023, de 25 de abril, por el que se modifican el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, y el Real Decreto 509/2020, de 5 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura y Deporte

plimiento del artículo 8 de la LSSI⁸ y que, en caso, de incumplir el deber de informar exigido en el artículo 10.1 de la LSSI (relativo al deber de informar, en particular suministrando una dirección electrónica) admite un procedimiento especial (art. 195.5 TRLPI) para que se pueda ejecutar el acuerdo de inicio de expediente contra el presunto infractor que no ha dado a conocer esa reseña de identidad y comunicación. En esta vía administrativa la Ley de servicios digitales ha venido, desde el 16 de noviembre del 2022, a reforzar las exigencias de responsabilidad y transparencia en las entidades intermediarias⁹.

Por demás, la tutela de estos derechos en sede judicial nos lleva a considerar que el accionamiento en la vía civil también está reforzado con una intervención de la Administración que, para preservar la paternidad, la autoría y la integridad de la obra, y en defecto de causahabientes, queda legitimada para demandar ante los tribunales –art. 16 TRLPI–. Y, en la vía penal, desde que los delitos son perseguibles de oficio, queda reforzada la tutela con ese accionamiento del ministerio público en la persecución de la infracción grave.

Es, en fin, esta presencia del Estado lo que nos permite cerrar este punto con dos consideraciones: una, de carácter más teórico, por entender que hay que reclasificar la normativa para superar la distinción tradicional entre el derecho público y el derecho privado, a fin de poder encuadrar este sector del ordenamiento como mixto. Y otra de carácter más práctico, al poder concluir que la legitimidad que reviste a la Administración para desplegar una actuación amplia y de gran calado, en su labor de intervención, tutela y fiscalización, podrá justificar una mayor y más frecuente exigencia de responsabilidad en caso de deficiente actividad, mala praxis o mal funcionamiento.

3.5. Reparación anudada al recargo o castigo

Se recoge en ambas leyes principales una pluralidad de recursos que hay que considerar a la hora de accionar y buscar en éxito en la reclamación ante una infracción o ataque a estas propiedades especiales.

⁸ El artículo 8 de la LSSI, relativo a las restricciones en la prestación de servicios de la sociedad de la información, establece que «en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran». Entre los principios a que alude este apartado está la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual (art. 8 Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, Ley 34/2002).

⁹ Los servicios digitales incluyen una amplia categoría de servicios en línea, desde simples sitios web hasta servicios de infraestructuras de internet y plataformas en línea. Las normas especificadas en la Ley de servicios digitales se refieren principalmente a los intermediarios y las plataformas en línea. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_6906

Merecen destacarse los siguientes:

- El *ius retentionis* –art. 172 LP– que, siendo una medida de investidura posesoria y, por tanto, de trascendencia real, ha quedado razonado que se autoriza con frecuencia por el propio codificador, por lo que su reconocimiento en esta materia de propiedades especiales no presenta mayor reparo.
- La petición (que no acción) o demanda de cesación –art. 128 LP– prevista con anticipo a través de la solicitud de medidas cautelares o como contenido de la demanda misma. En caso de estimarse y, en su caso, condenarse a la cesación se prevé añadir a la cantidad a pagar una indemnización coercitiva –art. 74.4 LP–.
- La cesación con el recargo de posible exigencia de retirada de los dispositivos del mercado a costa del infractor –art. 139.1 c) y d) TRLPI y art. 71.1 *in fine* LP–, con lo que se añade un coste sobre la privación misma para que en un futuro no se reproduzca la actividad infractora.
- La posibilidad de destrucción de dispositivos usados como medios de la actividad infractora, aunque su uso no sirva solo a esta –art. 139.1 g) TRLPI–.
- El amplio catálogo de medidas cautelares, legalmente previsto e incentivado –arts 127 LP y 148 TRPI–, recoge la suspensión de la actividad, el secuestro y el embargo con afección real. De hecho, la posibilidad de instar las medidas cautelares no solo se normaliza, al favorecer su petición antes de demandar o querellarse la parte, también se estimula cuando se ofrece en la ley con ese amplio cuadro de posibles medidas con las que rellenar su solicitud, extendiendo tal catálogo, estímulo y normalización a la vía penal (art. 143 TRLPI). Por tanto, se está consolidando una discrecionalidad reglada, de manera que el criterio judicial está sujeto a esta adopción de medidas cautelares y obligado a motivar cualquier limitación.
- La publicación de la sentencia o del laudo arbitral (cfr. art. 71.1.f LP y art. 138 TRLPI) permite entender una solución en favor de la ejemplaridad: reforzando públicamente al legítimo titular y señalando con igual publicidad al infractor. Fama pública para aquellos que, además, presenta la ventaja de ir consolidando la experiencia y la doctrina en evitación o solución de ulteriores conflictos.
- La publicación de los servicios de la sociedad de la información respecto de los que se ha dictado resolución sancionadora¹⁰.

¹⁰ «La Secretaría de la S2CPI considera oportuno informar sobre los nombres de dominio de los servicios de la sociedad de la información respecto de los que se ha producido firmeza sobre Resolución Final recaída de la S2CPI constatando la vulneración de los DPI, a fin de favorecer y promover la adopción de medidas voluntarias de colaboración por parte de los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos y los servicios de publicidad respecto de estos servicios infractores». Ministerio de Cultura y Deporte. *Boletín de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Resumen anual. (31 de diciembre de 2022)*. [boletin-resumen-2022.pdf \(culturaydeporte.gob.es\)](https://www.culturaydeporte.gob.es/boletines/boletin-resumen-2022.pdf).

- Se añaden, entre los conceptos indemnizables, los gastos soportados con motivo de realizar la investigación de la infracción –art. 140.1 TRLPI, art. 74.1 LP–.
- La exhibición de documentos –art. 73 LP– que se le puede exigir al presunto infractor, con lo que, por encima de un celo del secreto empresarial, se atiende el mayor interés en perseguir la investigación y sancionar, en su caso, al responsable del daño. Con ello se está acercando el legislador a una inversión de la carga de la prueba, al deber demostrarse con esa puesta a disposición que no hay la infracción que, en el momento anterior de acordarse la pesquisa, se cuestionaba o presumía.
- En relación con lo anterior se contempla la posibilidad de practicar diligencias de comprobación de hechos –art. 123 LP– que, además de completar un régimen de medidas cautelares o actuaciones previas, merece un tratamiento separado por responder a una tramitación especial que, como medida onerosa, contempla a título de castigo contra el infractor una posible tramitación inaudita parte (–art. 124 LP–, aunque luego se venga a reconocer la posibilidad de que el presunto infractor se persone y tome conocimiento –art. 132 LP-TRLPI–).
- En el cálculo de la expectativa de beneficio o de los beneficios efectivos obtenidos, asistimos a un vaciamiento de todo provecho económico que hubiere percibido el infractor –art. 74.2 a) LP y art. 140. 2 TRLPI–. Estaríamos ante otra medida de garantía de la indemnización que puede conllevar castigo añadido. Se ofrece al perjudicado que, para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, ejerza su derecho de opción sobre los beneficios dejados de obtener o sobre los obtenidos por el infractor (que, en un escenario de práctica ilícita o de oportunidad de mercado, pueden haber generado una rentabilidad más elevada y, por tanto, de mayor provecho ahora para el perjudicado; al tiempo que implica, esta opción, una situación más onerosa para el infractor al desprestigiar, consecuencia de tal opción, valor alguno en la actividad comercial misma que desplegó).

3.6. Extensión, en el lado pasivo, de la responsabilidad a terceros

Frente a una individualización de la responsabilidad que se concentre en el infractor o agente del daño, hallamos novedad y especial protección al extender la responsabilidad a distintas personas, incluso objetivando la culpa. El legislador amplía ese cuadro de llamamientos exigiendo, en unos casos, una responsabilidad solidaria (art. 86 LP y art. 49 TRLPI)¹¹ o conformando responsables adicionales (arts. 138 TRLPI), como pueden serlo el

¹¹ Por su novedad y reciente verificación de esta línea de extensión de responsables, se destaca la disposición incluida en el Real Decreto de 28 de marzo de 2023, Responsables solidarios: de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 25.3, del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, los distri-

inductor o cooperador necesario y los intermediarios (LSSI y art. 139 1.h TRLPI y arts. 71.2 y 128. 2LP). Precisamente respecto a estos intermediarios se ha de valorar positivamente el refuerzo ofrecido por el legislador europeo con la Ley de servicios digitales¹² en aras de la transparencia de su labor y de la protección a los usuarios. Se considera que la reacción ante una acción de piratería justifica, desde la adopción de las medidas cautelares o de bloqueo, poder dirigirse contra los intermediarios de servicios de la sociedad de la información, operadores o proveedores de servicio de internet (arts. 141.6 TRLPI y 71.2 LP, con ocasión de solicitar las medidas cautelares; y arts. 139.1 f) TRLPI y 128.2 LP, al completar el contenido de la acción civil de cesación).

De igual modo, se confirma y completa este colectivo de responsables uniendo al fabricante el importador –art. 72 LP– y todos aquellos que a sabiendas realizaron un acto de explotación (aunque en este supuesto se estará a valorar la culpa o negligencia). Además de todo ello, al acoger el intervencionismo regulador, garante y sancionador, cabrá siempre formalizar una eventual reclamación de la responsabilidad patrimonial contra una Administración, en relación con el funcionamiento de los servicios públicos.

3.7. Extensión, en el lado activo, de la legitimidad de terceros para accionar

En el lado activo, en la defensa de estos derechos, además del autor y el inventor (caso de que se corresponda con el titular de la patente), se reconoce a terceros la legitimidad de accionar en defensa del derecho, incluso en relación con la esfera moral también se contempla esa extensión en la legitimación activa, tal como ya ha quedado anteriormente destacado y explicado, que se trata de una medida más para proteger la integridad de

buidores, mayoristas y minoristas, que sean sucesivos adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales, con respecto de los deudores que se los hubieran suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a estos la compensación. Real Decreto 209/2023, de 28 de marzo, por el que se establecen la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada. [Disposición 7941 del BOE núm. 75 de 2023](#)

¹² La Ley de servicios digitales introduce un nuevo conjunto exhaustivo de normas para los servicios de intermediación en línea sobre cómo deben diseñar sus servicios y procedimientos. Las nuevas normas incluyen nuevas responsabilidades para limitar la difusión de contenidos y productos ilícitos en línea, aumentar la protección de los menores y ofrecer a los usuarios más posibilidades de elección y mejor información.

Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (COM (2020)0825 –C9-0418/2020– 2020/0361 (COD)) [Ley de Servicios Digitales: entran en vigor las normas determinantes de la UE para las plataformas en línea \(europa.eu\)](#)

la obra y para el reconocimiento de la autoría y paternidad de la misma (forzando una extensión de derechos inalienables y abundando en la línea de la mayor tutela, legitimando a los herederos –art. 15 TRLPI–, al Estado y a otras entidades públicas que pueden asumir tal defensa –art. 16 TRLPI–. Legitimidad que se anima y completa proclamada sin límite de tiempo).

Otros sujetos legitimados para reclamar son: el titular de la patente –art. 60 LP– los interesados y partes en negocios que traigan causa en la patente y el titular de una licencia –art. 117.2 LP–. Destaca, en este punto, la continua referencia, asimilación y, por ende, tutela que se dispensa al solicitante de la patente (artículo 117 párrafo 1 de la LP, en relación con la protección provisional que afirma el artículo 67 de la LP).

La tutela de la Administración se aprecia en una doble manifestación: en el ámbito de la justicia preventiva, articulando los registros públicos, con sus controles de legalidad en el acceso, en la calificación, en la inscripción y en la conformación de una legalidad formal en el resultado (arts. 144 y 145 TRLPI. art. 2 LP); y en el ámbito de la justicia de reparación o reacción ante la infracción, donde la Administración asume actuar tanto en vía extrajudicial (con los procedimientos de mediación y de arbitraje desde la sección primera de la CPI; y con el procedimiento administrativo sancionador que instruye la sección segunda) como en la vía judicial, en el orden civil – art. 16 TRLPI– y en el orden penal, persiguiendo de oficio los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Hay también un impulso de accionamiento colectivo a través de las entidades de gestión (en su papel de representación –art. 150 TRLPI– «en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales»). Pero, en este punto, es importante destacar una legitimidad formal o accionamiento en defensa de la propiedad intelectual que se atribuye a terceros, incluso, en exclusiva y con reserva de ley. Tal atribución de competencias no debe entenderse en perjuicio de los titulares, sino para resolver cuestiones prácticas que a ellos les resulta difícil de gestionar. Se posibilita la gestión colectiva a través de las entidades de gestión y de los operadores de gestión independiente, pero es en aquellas donde hay que poner el acento, ya que, confiando su creación a un libre asociacionismo constitucional (art. 22 CE), encuadrando tales entidades entre las propias de la economía social, al carecer de ánimo de lucro, se les atribuye un papel fundamental para gestionar derechos de autor de carácter patrimonial, que ni pueden ser ejercidos por los autores ni tampoco encomendados a otros operadores. Tal reserva y mandato, para que se dé esta gestión colectiva, se legitima con la titularidad de las entidades, que corresponde a los propios autores, dueños de las mismas; afirmando su carácter de actuar sin ánimo de lucro, sujetando su inicio de actividad a la autorización administrativa, compaginando tal intervención con la supervisión y posibilidad de inhabilitación si frustran sus cometidos, y, además, explicando que la obligada representación se compagine con la contratación debida, acogiendo los contratos de gestión y las encomiendas de los autores sin posible discriminación y en favor siempre de sus intereses colectivos.

La ley ofrece la relación de derechos económicos que son de gestión obligada y reservada a las entidades de gestión colectiva¹³: el derecho de autorizar la retransmisión por cable (art. 20.4 TRLPI) y los derechos a una remuneración y compensación equitativas que se relacionan: derecho de participación (art. 24), el de compensación equitativa por copia privada (art. 25), la compensación por la puesta a disposición del público de fragmentos no significativos divulgados en publicaciones periódicas o en sitios web (art. 32.2), la remuneración por los actos de reproducción parcial, de distribución y de comunicación pública de obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo (art. 32.4), la remuneración por el préstamo de obras en determinados establecimientos abiertos al público (art. 37.2), la remuneración por el alquiler de fonogramas y videogramas (art. 90.2), la remuneración por la exhibición de obras audiovisuales en establecimientos abiertos al público con precio de entrada (art. 90.3), la remuneración por la exhibición, proyección, transmisión o puesta a disposición de obras audiovisuales (art. 90.4), la remuneración por la puesta a disposición de fonogramas y grabaciones audiovisuales (art. 108.3), la remuneración por la comunicación pública de fonogramas (arts. 108.4 y 116.2), la remuneración por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales (art. 108.5 y 122.2) y la remuneración anual adicional de artistas intérpretes o ejecutantes (art. 110 bis).

3.8. Incidencia en materia de contratación: contratos forzosos, prohibidos y formales

Hablar de contratación obligada implica entender que, frente a una regla general de libre pacto, consagrada en el artículo 1255 de la CC, se establecen ciertas limitaciones a la autonomía privada. Se supera la libertad contractual en favor de una contratación garantizada e incluso forzosa que, en nuestra materia, supone la posibilidad de la expropiación –art.81 LP– como supuesto de contratación impuesta, consistente en la compra de la patente que, a instancia de la Administración expropiante, se ha de aceptar necesariamente, no quedando otro margen de negociación que la determinación del justiprecio y de verificar los presupuestos concurrentes de la efectiva utilidad pública e interés social.

Otro supuesto lo encontramos en la obligación y competencia asignada en exclusiva por la ley a las entidades de gestión para negociar y contratar –art. 163 TRLPI–. Se ordena y reserva a las entidades de gestión colectiva la administración y representación de derechos patrimoniales relacionados en el punto anterior y se concluye que la gestión de estos derechos está excluida por ley del ámbito de gestión de los operadores de gestión independientes. Al tiempo este rigor formalista, que implica que en el contrato de gestión se confieran necesariamente labores de representación (o que se sume el negocio jurídico bilateral

¹³ <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/propiedadintelectual/la-propiedad-intelectual/preguntas-mas-frecuentes/gestion-colectiva.html>

contractual al negocio jurídico unilateral de apoderamiento), se dulcifica para estar a lo que en el citado contrato de gestión se concrete (en tarifas aplicables, descuentos de gestión, condiciones de recaudación y reparto, etc.), quedando, en todo caso, explicada la reserva legal en favor de una gestión colectiva por razones prácticas (Barberán Molina, 2018), y todas ellas de interés del titular de los derechos patrimoniales de autor, a fin de dar cauce único a la comunicación de la obra (donde concurren distintas titularidades individuales [de música, letra, interpretación, producción, etc.]) y a la recaudación; así como también se garantiza una precisa profesionalidad y solvencia económica en una gestión compleja. En suma, sugiriendo o imponiendo la gestión y representación para mejor satisfacer los derechos de autor.

En otro orden de cosas, insistiendo en fórmulas de repetición de contratación obligatoria, tenemos la obligación de transmitir a la empresa la obra por parte del autor asalariado (art. 51 TRLPI), lo que entra en el contenido obligacional que el mismo contrato de trabajo implica. Como también, en materia de patentes, se dan más supuestos de restricción de libre tráfico con la regulación y denominación misma de las licencias obligatorias –arts. 91, 100 LP- que informan de esa cesión necesaria para la explotación por tercero.

Cuando hablamos de prohibiciones en la contratación se debe entender en dos sentidos: primeramente, para abundar en la sobreprotección que venimos constatando, lo que se pone de manifiesto en una consideración de derechos irrenunciables que, en caso de ser transgredidos en el marco de una negociación, esta sería nula –caso de que el cesionario en exclusiva ceda a su vez a terceros también en exclusiva y sin consentimiento del autor, arts. 48 y 49 TRLPI-; y, en segundo lugar, para entender el compromiso y necesario rendimiento social, por lo que se disponen las llamadas limitaciones (que en puridad son límites en cuanto redefinen un contenido esencial de estas propiedades especiales, que van desde las generales de la ley –con la proscripción del abuso de derecho, en el artículo 66 LP- a la temporalidad de los derechos –de 20 años para las patentes, según el artículo 58 de la LP, a 70 años después de la muerte del autor para la propiedad intelectual, según el artículo 26 del TRLPI-).

Para explicar el carácter formal de la contratación y cómo se recupera el ritualismo con la exigencia de la escritura, se ha de entender la necesidad de dar seguridad jurídica y de limitar posibles interpretaciones extensivas en la cesión de derechos, por lo que rige la regla del artículo 45 del TRLPI. Tal formalidad, además, requiere suscribir documentos separados, según el artículo 57 del TRLPI, con base en la necesidad de tratamiento independiente de cada derecho, de conformidad con el artículo 23 del TRLPI. La mayor formalidad, para superar el principio de relatividad de la contratación y garantizar una eficacia *erga omnes*, se logra con la publicidad registral de los derechos que se transmiten en la contratación (art. 145 TRLPI y art. 79 LP).

3.9. Impulso de los *alternative dispute resolution*

El legislador hace una apuesta definitiva en favor de los instrumentos de solución extrajudicial de conflictos, y lo hace con base en múltiples razones: accesibilidad, supraterrito-

rialidad, abaratamiento de costes, superación de la rigidez de la norma procesal-nacional, en favor del argumento de equidad, la oportunidad, la voluntariedad y la confianza en la voluntad negocial, buscando la desjudicialización conveniente para restar contenciosos a los particulares y servir a la menor carga judicial que requiere el interés general.

En la Ley de propiedad intelectual se establece el papel de la sección primera de la CPI de ofrecer la mediación y arbitraje. Los preceptos de la ley, artículos 193 y 194 del TRLPI, tienen su complemento en el Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, que determina la composición, organización y ejercicio de funciones de esta sección primera de la CPI. Además, la legislación especial confirma este impulso de solución extrajudicial de conflictos, en el artículo 32 de la LSS y en la regulación de la propiedad industrial, concretamente en sus artículos 133 y siguientes de la LP, donde se ofrece este recurso para los conflictos derivados de la invención en una relación de empleo o de servicios, constituyendo la Comisión de Conciliación en la Oficina de Patentes y Marcas.

En esta línea, y en el ámbito internacional la OMPI, se muestra la preferencia por estos instrumentos extrajudiciales. En la OMPI se ofrece un cuadro de servicios que incluyen la mediación, el arbitraje, el arbitraje acelerado y la decisión de experto¹⁴. En este organismo internacional se completan unos reglamentos reguladores de cada uno de estos recursos, que coinciden en ganar eficacia (así se habla de procedimiento único en el arbitraje), privacidad y confidencialidad (que, por ejemplo, vemos que preside en la mediación, al prohibir que se proyecte el contenido negociado a otros procedimientos o a terceros), flexibilidad y autonomía (en la selección y nombramientos de mediadores y árbitros), neutralidad (confiando a la autonomía de las partes extremos como idioma o reglas procedimentales) y eficacia jurídica con bajo coste. Hay pues un compromiso con la desjudicialización especialmente oportuno en un escenario supranacional, en el que la solvencia profesional y la tutela efectiva, sin dilación y de bajo coste, resulta tan atractiva.

3.10. Criminalización de las infracciones graves y sanciones administrativas

La reacción del derecho ante la infracción, además de la extensión que en la vía civil se ha ido viendo, se muestra en su mayor rotundidad con el ejercicio por el Estado de su fun-

¹⁴ El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI es un proveedor de solución de controversias, neutral, internacional y sin fines de lucro que ofrece opciones rápidas y eficaces en función de los costes para la solución de controversias sin recurrir a la vía judicial. Los procedimientos de mediación, arbitraje, arbitraje acelerado y decisión de experto ofrecen a los particulares un mecanismo extrajudicial para solucionar eficazmente sus controversias nacionales o transfronterizas en materia de propiedad intelectual y tecnología. <https://www.wipo.int/amc/es/>

ción sancionadora, en la vía administrativa y en la vía penal –cfr. art. 116 LP, art. 143 TRLPI, arts. 193 y 195 TRLPI–.

En esta regulación se pueden destacar algunas medidas que refuerzan la tutela jurídica, además de lo que representa criminalizar las conductas graves que atentan contra estos derechos (arts. 270 y ss. CP). Primero, porque se legisla impulsando la actuación de oficio, como delitos públicos que excusan el requisito de denuncia o querrela de la parte agraviada. Segundo, porque se busca incentivar las medidas cautelares (art. 143 TRLPI). Y, tercero, porque se da importancia al provecho económico obtenido o que se hubiera podido obtener por el infractor, dando lugar a un agravamiento de las penas (cfr. art. 271 y 276 CP) cuando el enriquecimiento ilícito tenga especial trascendencia.

4. Decálogo de conclusiones

Primera. En el abordamiento de la temática es determinante dar fundamento y razón a una tutela jurídica efectiva y amplia, fijar el referente normativo con base en las dos leyes principales (TRLPI y LP), evidenciar la concordancia entre ambos textos normativos, motivar la correspondencia a fin de ganar interés en la unificación y lograr la mayor significación y proyección práctica.

La necesidad de razonar y verificar una regulación protectora, que dispensa alta tutela jurídica y que busca una exigencia exitosa de la responsabilidad civil, no hay que entenderla como una propuesta del legislador nacional, sino que la conveniencia de esta regulación especial se corresponde con el tratamiento que se da en la comunidad internacional y, en particular, en nuestro entorno europeo. Es el referente supranacional el que también informa el tratamiento armonizado, concordado, unificado de ambas propiedades, y es la aplicación práctica la que demanda la tarea de comparar y hacer corresponder. Este anudamiento permite avanzar en un necesario tratamiento conjunto, siendo para ello la OMPI un foro idóneo que suma, a su autoridad y legitimidad, un cuadro de servicios para una realización práctica de la protección de estas propiedades.

Segunda. Procede dar normalidad al cuadro de medidas que, pudiendo parecer extraordinarias, son lógicas y justas. En este sentido, los textos legales de referencia nos parecen ejemplares en cuanto que recogen medidas como el comiso, el embargo, las entregas a cuenta o la atribución de propiedad, junto a la acción de cesación, a la posibilidad de perseguir colectivamente a una pluralidad de responsables, trascendiendo, por tanto, de la estricta culpabilidad e imputabilidad de un infractor, yendo a la objetivación en la responsabilidad y a la sanción en la depuración de esa responsabilidad. Todas estas soluciones son muy oportunas, justas, eficaces y confirman un derecho tuitivo, permitiendo hablar de una responsabilidad civil garantizada.

Tercera. Se confirma un desarrollo coherente con nuestro marco constitucional en la preservación preferente de la dimensión personal de la propiedad intelectual e industrial y, a medida que se reconocen más vías y recursos de protección, entendiendo que se cumple el derecho fundamental a la tutela efectiva. Así, arrancar todo estudio desde el fundamento constitucional es expresión de la convicción de que la Carta Magna goza de eficacia directa, que no meramente programática; y, además, cuando aquellos fundamentos sirvan para explicar soluciones positivas concretadas en el amplio catálogo de medidas, recursos y vías de tutela, se estará razonando en favor de la interpretación y aplicación de mayor proyección, ya que es el legislador es el que da el impulso para evitar que quede en la apariencia de buen derecho, en el *fumus boni iuris*. Tanto el accionamiento en sí como el facilitado impulso de medidas cautelares, incluso anteriores a la demanda o querrela, merecen la persecución más ejemplar de la responsabilidad del infractor.

Por demás, el referente constitucional es decisivo para que, antes de descender al plano económico, el legislador se ocupe, con separada y decisiva solución, de garantizar la reparación del daño moral, legitimando la reclamación con independencia del perjuicio económico e incluso no existiendo tal. Es esta solución una lógica expresión de un marco constitucional que afirma como pilares del ordenamiento los derechos de la personalidad.

Cuarta. El referente social explica que el Estado tenga un protagonismo necesario para garantizar la tutela de unos derechos inherentes a la personalidad, de un valor estratégico para promover cultura y progreso y, además, para velar por el rendimiento que debe aprovechar al interés general. El intervencionismo que se legitima será acorde a la tarea de justicia o protección preventiva y de justicia restaurativa y sancionadora. Un Estado con distintos papeles y tareas legitimadoras donde destacar su derecho al depósito legal; titular y responsable de un sistema registral para la mayor protección, tráfico y seguridad jurídica; supervisor, responsable de repetidos controles de legalidad; titular de una potestad sancionadora; titular demanial de unas obras al término de la propiedad privada.

Quinta. Cabe proponer, de conformidad con la letra y espíritu de la norma, que se generalice el buscar e incentivar la mayor significación de la regulación al interpretarla y aplicarla en el sentido y compromiso del mayor nivel de tutela. Tal proyección la debemos razonar con la normalización de las medidas cautelares, con la amplitud de medidas que en su petición ya describe el legislador en interés de parte, con la protección provisional desde la solicitud de patente, con la expresa disposición, en fin, que manda que la interpretación sea favorable a la tutela. En particular, comprobamos una regulación especial que dispensa un alto nivel de protección jurídica con una profusión de medidas: evitando dilaciones indebidas en la satisfacción del derecho atacado, articulando medidas cautelares de modo generoso, buscando el aseguramiento de la reparación con entregas a cuenta o atribución de la propiedad, incluso añadiendo conceptos indemnizables. Y, en cuanto al accionamiento o constitución de la relación subjetiva, se amplía el abanico tanto en la legitimidad para reclamar como en la identificación de los responsables, más allá de una consideración aislada de la persona del infractor, destacando en este orden subjetivo la presencia de la Ad-

ministración para supervisar el cumplimiento de la legalidad, sancionar directamente en la vía administrativa e incluso accionar en la vía civil y en la vía penal.

Sexta. Debe ser destacado, en la exigencia de la responsabilidad civil, cómo se articulan medidas de aseguramiento de la reparación, de extensión objetiva de los conceptos indemnizables, de extensión subjetiva de los sujetos responsables y de, incluso, llegar a trascender de la sola reparación para ir a soluciones de sanción. Se sugiere por el legislador medidas de refuerzo y garantía, ofreciendo, desde la propia ley, que se adopte medidas cautelares relacionadas con abundante catálogo. Se añade la posibilidad de incluir los gastos de investigación y de computar los beneficios dejados de obtener con vaciamiento de rendimiento que hubiera obtenido el infractor, quien, además, tiene que soportar una intervención de sus cuentas y asumir costes añadidos –de destrucción, de retirada del mercado, etc.–.

En este línea de garantía y refuerzo en la exigencia de la responsabilidad civil, frente a una prohibición del comiso en el texto codificado (así refrendado para figuras de importante frecuencia en la práctica jurídica, como son la prenda y la hipoteca –art. 1859 CC–), se confirma ahora su posible normalización (para garantizar esa medida de privación de todo provecho económico del infractor), y no solo acogiendo un comiso para la destrucción de dispositivos, equipos o instrumentos, sino que se añade una posible atribución de propiedad e incluso una eventual entrega a cuenta (con el impulso de las medidas cautelares y la acción de cesación).

De igual modo, en la extensión de la responsabilidad civil, quedan confirmadas unas medidas complementarias a la de reparación o compensación, como la inclusión de conceptos indemnizables (así, los gastos de investigación) y otras soluciones de verdadera sanción, como la publicación de la sentencia o el laudo y la imputación al infractor de los costes por retirada del mercado de los equipos. Con todo lo cual se verifica una manifestación del *punitives damages* o de superación de la mera reparación y compensación para ir al castigo, al mayor descrédito y sanción del infractor, abundándose en ello al ofrecer al actor que opte en el cálculo de la indemnización por lo que hubiera podido percibir o por lo que el infractor haya obtenido.

Séptima. La sobretutela, que se enumera y motiva, se compadece con unos intereses generales de necesaria presencia, siendo el interés general legitimador también de la necesaria y proclamada tutela efectiva. Interés general que está latente en todo momento: porque, desde el inicio de la vida de estos derechos, en el impulso de la cultura y de la innovación tecnológica que la sociedad necesita y demanda; en el durante, en tanto se armoniza el disfrute de estos derechos por su titular y en exclusiva, con una suerte de medidas que van desde la dispensa del pago de un canon a la obligada explotación de la obra o la patente; y en el después, con una terminación de la propiedad privada, pasado la obra al dominio público, pudiendo ser utilizada por cualquiera, de forma libre y gratuita

Octava. La hoja de ruta que, en la práctica, se debe observar para accionar en reclamación de la protección de estas propiedades pasaría por plantearse unos interrogantes con

sus inmediatas soluciones. Se ha de estar bien armado, sabiendo preguntarse el porqué de la tutela y clarificar un repertorio de fundamentos que la sustenten, empezando por los preceptos constitucionales que le dan razón. De igual modo, antes de llegar a plantearnos el cómo desplegar la protección, asumiendo una pluralidad de vías civil, penal y administrativa, se tendrá que resolver qué se protege, para perfilar los intereses dignos de tutela, que son dos propiedades especiales; cuánto se amparan, repasando un catálogo de medidas que vienen a garantizar la preservación de todo el contenido de estos derechos; quién protege, trascendiendo al titular en favor de un cuadro de sujetos con legitimación activa; contra quién se acciona, visualizando un ramillete de sujetos pasivos a los que reclamar; y para qué se reclama, convencidos de servir al mismo tiempo a la protección de un titular que lo merece, incentivando la creatividad, el progreso, la cultura, la industria y, por ende, al interés general. Por tanto, para solicitar la defensa de la propiedad intelectual e industrial, pretendiendo conseguir la mayor tutela posible, se deben tener siempre presentes estos interrogantes y alcanzadas sus respuestas.

Novena. Queda clara la confianza del legislador en la innovación como vía para el desarrollo, crecimiento, competitividad, liderazgo, creación de riqueza y cultura, por lo que se repiten las novedades legislativas que dirigen todos los esfuerzos a impulsarla. Así se han podido mencionar la Ley de startups o se pueden seguir citando otras leyes, también novedosas y comprometidas con la innovación y la transferencia a la sociedad, como la Ley de la ciencia, investigación e innovación o la Ley de universidades (nos referimos concretamente y *ad exemplum* a la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación; y a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario). Por ello, es lógico que se puedan verificar en nuestro estudio distintos y efectivos recursos de tutela de la propiedad intelectual e industrial para que funcionen como presupuestos del éxito de todos los otros desarrollos: para la creación de empresas de base tecnológica y en la investigación universitaria; y que se asuma que, desde el basamento legal, se proponga la interpretación tendente siempre a su mayor significación y realización.

Décima. Verificado un panorama normativo garante de una tutela efectiva, consideramos que el catálogo de recursos relacionado puede ser inspirador de otras leyes que regulen distintas materias en favor, solidez y eficacia de la tutela civil, en particular, y en el despliegue y exigencia de la responsabilidad civil. Así se propone concluir que, al abordar el tratamiento de estas dos leyes de referencia, reguladoras de la propiedad intelectual e industrial, ha quedado entendida, en línea con la armonización de nuestro ordenamiento y de conformidad con un criterio internacional, la conveniencia de agrupar tanto la propiedad intelectual como la propiedad industrial, impulsando el tratamiento unificado en nuestro derecho interno. Como también, fundamentado y luego desarrollado el catálogo de medidas y recursos que sirven a la efectiva tutela, tanto en la vía preventiva como en la vía reparadora y sancionadora, que tales soluciones positivas se exporten a otros campos y normas de nuestro ordenamiento donde la eficacia del derecho no despliega tal virtualidad.



Referencias bibliográficas

Barberán Molina, P. (2018). *Manual práctico de propiedad intelectual*. Tecnos.

Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2022). *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos.

Francisco de la Torre Olid. Profesor adjunto de la Universidad Internacional de Valencia, colaborador en ESIC-Business & Marketing School y en la Universidad Oberta de Catalunya, posee experiencia acumulada de 35 años como docente, centrada en Derecho Civil y Mercantil. Es doctor en Derecho, acreditado por la ANECA y cuenta con dos sexenios de investigación. Ha desempeñado cargos de gestión universitaria durante más de 20 años y de asesoramiento jurídico en varias universidades. Ha sido secretario del Comité de Justicia Deportiva de la Región de Murcia, cuenta con una valoración del CGPJ para magistrado suplente y para la fase de concurso de magistrados especialistas como número 1. Cuenta con más de un centenar de publicaciones de carácter científico y divulgativo. Ha dirigido 13 tesis doctorales y ha realizado un amplio número de dictámenes. <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>



Derechos y constitución en tiempos de crisis

José Ángel Marín Gámez

Profesor titular de Derecho Constitucional.

Universidad de Jaén (España)

jamarin@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8132-1786>

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

Los desastres naturales y desgracias colectivas, las pandemias y las crisis económicas generan más que inquietud entre la ciudadanía y, además, provocan desafección institucional y restan credibilidad al sistema cuando la gestión pública de las situaciones críticas es defectuosa o adolece de rigor constitucional. En esta línea nuestro modelo constitucional, sin llegar a demudarse, se ha resentido por la pandemia de la covid-19. Ello se evidenció por la insuficiencia del estado de alarma al abordar dicha crisis y ante la problemática del control jurisdiccional realizado al respecto por el Tribunal Constitucional. Los desaciertos detectados en el derecho de necesidad frente a la pandemia obligan a reconsiderar sus claves jurídicas de cara a similares situaciones críticas futuras, en aras de modular la restricción de libertades o suspensiones de derechos fundamentales que eventualmente pudieran darse. De modo que se suscita una reinterpretación del derecho de excepción y el papel de las instituciones básicas del Estado. Propongo, pues, una reflexión jurídica antes de que acontezca otra desgracia colectiva y se puedan aplicar estándares constitucionales adecuados para la actuación del poder público.

Palabras clave: derecho constitucional, pandemia, estado de alarma, Tribunal Constitucional, derecho excepcional.

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

Cómo citar: Marín Gámez, J. Á. (2023). Derechos y constitución en tiempos de crisis. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 61-106. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19331>



Rights and constitution in times of crisis

José Ángel Marín Gámez

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

Acts of God and global calamities, pandemics and economic crises bring on unease amongst citizens and, furthermore, cause institutional disaffection and detract credibility from the system whenever public management of critical situations is defective or lacks constitutional accuracy. In this line, our constitutional model, albeit not altered, has resented the covid-19 pandemic. This was made clear because of the shortages of the state of alarm in order to deal with the aforementioned crisis and the judiciary review addressed by the Constitutional Court. The shortfalls detected in the laws of exception quarrelling with the pandemic compel us to reconsider its legal keys to face similar critical events in the future, thus being able to modulate the restrictions on Liberty or the suspension of fundamental rights that might, eventually, occur. So, a reinterpretation of the laws of exception and the role of the fundamental State institutions arouses. I encourage, then, a legal reflection on the subject, before any other collective tragedy happens, so that an adequate constitutional standard on government action is implemented.

Keywords: constitutional law, pandemic, state of emergency, Constitutional Court, law of the exception.

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

Citation: Marín Gámez, J. Á. (2023). Derechos y constitución en tiempos de crisis. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 61-106. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19331>



Sumario

1. Planteamiento general
2. Derecho excepcional como categoría jurídica
3. Derecho de excepción en el constitucionalismo histórico español
4. Acotaciones sobre el régimen jurídico vigente
5. Una panorámica doctrinal sobre el canon de constitucionalidad
 - 5.1. Crisis de los controladores aéreos y estado de alarma
 - 5.2. Estado de alarma por la covid-19 en marzo 2020
 - 5.3. Ulterior estado de alarma: Real Decreto 926/2020, de 25 de noviembre
6. Pronunciamientos de la justicia constitucional
 - 6.1. La STC 148/2021, de 14 de julio, sobre el primer estado de alarma covid-19
 - 6.2. La STC 168/2021 sobre el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020
 - 6.3. La STC 183/2021 sobre el Real Decreto 926/2020
7. Síntesis de los votos particulares en las SSTC 148/2021, 168/2021 y 183/2021
8. Conclusiones: Reformulación del derecho de crisis a la luz constitucional

Referencias bibliográficas

Ninguna fuerza doma, ningún tiempo consume,
ningún mérito iguala el nombre de la libertad.

Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*

1. Planteamiento general

Hemos iniciado este trabajo con una cita de *El Príncipe*¹, obra de un autor que empleó su saber en el asesoramiento áulico y en la exhortación a sus coetáneos sobre los peligros que siempre acechan a las libertades humanas. Esa máxima de Maquiavelo, que hoy continúa vigente, nos invita a reflexionar sobre el poder y sus abusos. De ahí la cita en los tiempos que corren, quizá más tecnológicos que aquellos en que vivió su autor, pero igualmente procelosos, no solo en clave jurídica. Sirva, pues, este prelude para plantear nuestro estudio sobre las derivadas jurídicas de marzo de 2020. En España los efectos de la pandemia de la covid-19 condujeron al Ejecutivo a declarar el 14 de marzo del 2020 el estado de alarma en todo el territorio nacional. Se optó por dicho instrumento para hacer frente a una crisis sanitaria de entidad. El confinamiento decretado para combatir la propagación de la enfermedad covid-19 puso a prueba el civismo ciudadano y, desde luego, la entereza jurídica y constitucional de las instituciones que articulan la vida social. Aquel confinamiento de la población y sus efectos en los derechos subjetivos no dudo que pudieran tener el loable objetivo de intentar romper la cadena de contagio por coronavirus, de evitar el colapso del sistema sanitario y salvar vidas de los denominados grupos de riesgo, pero, ¿a qué precio jurídico y con qué coste constitucional?

Disponemos ahora de perspectiva sobre aquellas decisiones en las que se veían directamente concernidos derechos fundamentales y libertades públicas, tal vez –incluso– los cimientos constitucionales. Pero, como los efectos de la pandemia aún se

¹ Nicolás Maquiavelo (1469-1527) no solo fue una de las figuras más relevantes del realismo político incardinado en el Renacimiento italiano, sino que nos legó su emblemático tratado de doctrina política, *El Príncipe*, que, aunque fue redactado en torno al año 1513, fue publicado póstumamente, en 1531, y no en su ciudad natal, Florencia, sino en Roma.

dejan sentir y no se descartan ulteriores oleadas o contingencias críticas, quizá sea aconsejable un sucinto periplo a través del tiempo. Diversidad de autores, como el propio Maquiavelo, han reflexionado sobre las adversidades y enfermedades que la humanidad ha padecido. Resulta muy extensa la nómina de dolencias transmisibles o infecciosas que se propagaban y han mermado la población sin distinguir fronteras, afecciones que –convertidas en pandemias– cambiaban el destino de personas y de comunidades enteras². Así lo hemos constatado en la actualidad con la persistencia del llamado coronavirus. Las sucesivas pandemias y su capacidad devastadora, de un modo u otro, siempre han transformado la realidad social en la que aparecieron y, por tanto, han influido decisivamente en el curso de la historia³. De ahí la reflexión que propongo ante una crisis como la reciente. La pandemia de la covid-19 no es una más que una de las acaecidas y de ninguna manera excluye otras. Quizá, lo relevante para el análisis jurídico es que esta pandemia pone a prueba la solidez de la ingeniería constitucional y, desde luego, de democracias occidentales⁴ –como la española–, que se creían afianzadas e inmunes. Por mi parte creo temerario dar por concluido el edificio de la democracia constitucional, cuando aquel nunca está acabado. De ahí la necesidad de ofrecer una perspectiva en este sentido. Además, al margen de las calamidades naturales o biológicas, tenemos constancia histórica de episodios ominosos generados directa y únicamente por la acción u omisión humana, y no olvidemos que son cercanos en el tiempo algunos de estos holocaustos⁵. Existe registro de las execrables experiencias del nazismo, fascismo, comunismo, ultranacionalismo, populismo y otros fanatismos que fueron y continúan siendo una amenaza para el modelo democrático

² Yuval Noah Harari, profesor de Historia en la Universidad Hebrea de Jerusalén, especializado en análisis históricos, aunque sus investigaciones actuales se centran en los procesos «macrohistóricos» y en las relaciones entre historia y biología, considerado uno de los intelectuales más influyentes nuestro tiempo, ofrece en su libro *Sapiens. De animales a dioses: Una breve historia de la humanidad* (2015, Debate - Penguin Random House), una panorámica ilustrativa y sintética de la historia de la humanidad, desde la evolución de las especies humanas arcaicas hasta el siglo actual. La obra se divide en cuatro partes: la revolución cognitiva, la revolución agrícola, la unificación humana y la revolución científica. Su argumento principal es que el *Homo sapiens* domina el mundo porque es el único animal capaz de cooperar flexiblemente en gran número, gracias a su capacidad única de creer en entes que existen solamente en su imaginación, como los dioses, las naciones, el dinero o los derechos humanos. Harari afirma que todos los sistemas de cooperación humana a gran escala –incluidas las religiones, las estructuras políticas, las redes comerciales y las instituciones jurídicas– se basan, en última instancia, en ficciones útiles para el funcionamiento del entramado social, económico, político y jurídico.

³ Aludimos a aquellas pandemias de las que tenemos noticia cierta y que pusieron en jaque al género humano: peste de Justiniano, peste negra o bubónica, viruela, nueva peste negra, gripe española, gripe asiática, gripe de Hong Kong, virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH), ébola, SARS, gripe H1N1 o gripe porcina, MERS-CoV, y recientemente covid-19.

⁴ Cfr. Faramiñán Gilbert (2020a, pp. 8-12). En esta línea la obra coordinada por Salamero Teixidó (2020, pp. 309-336).

⁵ Sin ir más lejos, y sobre el holocausto del nazismo, la obra de Eslava Galán (2021). También, sobre las amenazas contemporáneas ante las ya conocidas y las nuevas contingencias, complejidades e incertidumbres, la obra de Beck (2002, pp. 113 y ss.).

constitucional⁶. Hoy día esos radicalismos y sus variantes o «marcas blancas», convenientemente actualizados por cierta cosmética, son igualmente regresivos y comprometedores. De ahí la obligación de prestar atención a su concurso en el caldo de cultivo que propicia esta crisis sanitaria⁷, además de la conmoción provocada por la reciente coyuntura bélica derivada de la contienda entre Rusia y Ucrania.

La humanidad hace tiempo que tomó conciencia de sí misma y desde entonces contamos con pautas morales, políticas y jurídicas que ahora llamamos normas constitucionales, normas legítimas sin las que dejaríamos de ser lo que somos: un agregado de personas dotadas de derechos inalienables que conforman un orden civilizado cualificado por el respeto a los derechos individuales y la procura del bienestar común. Pero, como indicaba al inicio, el mundo no ha dejado de ser un lugar proceloso necesitado de revalidar su lógica cada cierto tiempo, es decir, necesitado de establecer orden, y en el que la relación entre gobernante y gobernado ha estado recorrida por innumerables contingencias, unas naturales y otras provocadas por nosotros mismos. De hecho y con cierta periodicidad, el *homo sapiens* arroja por la borda lo logrado. Y en ese recurrente desbarajuste interviene la pulsión irracional, la usura de las pasiones o el abuso del poder. Es probable que en la actualidad, debido al aldabonazo de la pandemia de la covid-19 y de la crisis bélica entre Rusia y Ucrania, nos encontremos ante uno de esos periplos regresivos de los que las crónicas dan cuenta cíclicamente. Recordemos que el populismo nazi de Hitler es paradigma de cómo se puede llegar a dictador a través de las urnas; no olvidemos que Hitler asaltó el poder por un procedimiento democrático, aunque primero intentó imitar a Mussolini con su Marcha sobre Roma, pero le salió mal y entonces optó por la dinámica electiva, que –por cierto– le duró tres meses: el tiempo justo para cambiar algo la legislación e imponer el estado de excepción (Eslava Galán, 2021, pp. 10 y ss.). En definitiva, no va de suyo que el XXI sea el siglo del civismo, el respeto y la concordia constitucional⁸.

⁶ Sobre el permanente debate entre democracia y autoritarismos y la apuesta europea por las libertades individuales, conviene tener presente la constante pugna de las tentaciones totalitarias, que aprovechan cualquier pretexto, incluida la pandemia de la covid-19, en el trabajo de Faramián Gilbert (2002a, pp. 109-144).

⁷ Cfr. Nogueira López (2020).

⁸ En tiempos de incertidumbres y riesgos diversos, como los actuales, la obra de Sánchez Barroso (2021, pp. 6 y ss.); más todavía teniendo en cuenta que en nuestro país parece haberse relegado el papel del Parlamento al de actor secundario frente al Ejecutivo, expansivo y escasamente controlado. Tendencia que se correlaciona en materia de derecho de necesidad con el riesgo ante la interpretación y el erróneo fundamento otorgado hasta ahora al llamado «principio de precaución», una norma que inspira y vertebrata el derecho ordinario y extraordinario frente a riesgos inciertos. Y, en visión comparativa integrada, Melero de la Torre (2020); en la formulación que ofrece su reseña de una teoría del constitucionalismo cimentada en la idea de que el mantenimiento de un régimen jurídico de derechos fundamentales exige la colaboración de todos los poderes del Estado desde su propia competencia y legitimidad, si bien se trata de un texto que ofrece una visión del modelo *commonwealth* como un esquema coherente de protección de derechos fundamentales, en el que la colaboración e interdependencia institucionales se asumen como

2. Derecho excepcional como categoría jurídica

Sean del tipo que sean, por lo general, las crisis no vienen precedidas por un edecán con librea que las anuncia a bombo y platillo. Tampoco ha sido así en el trance de una crisis global y profunda como la vivida. La referida pandemia atañe a lo sanitario, pero percute con fuerza en muchos otros ámbitos y, desde luego, en la esfera constitucional⁹. Así, lo inquietante en la actual coyuntura es cómo gestionar esta crisis pandémica, sus derivadas, y otras afines, sin poner en riesgo la ingeniería social de base normativa y, por ende, restringir, suspender o eliminar las garantías jurídicas que son propias de las normas constitucionales¹⁰. De este periplo pandémico lo preocupante para un estudioso del Derecho Constitucional son las querencias totalitarias que asoman a su albur. En tiempo críticos, los juristas dedicados a la *res publica* tienen la responsabilidad de salir al paso de tales propensiones y de la regresión que implican. En sintonía con el planeamiento gradualista de las situaciones de excepcionalidad, recordemos que nuestra Constitución –diferenciándose de otras de su entorno– prevé específicamente supuestos escalonados en los preceptos 55.1 y 116, que también son cualitativos en cuanto a la suspensión de la normalidad constitucional ante graves crisis que afecten a la misma, y que no cabe traspasar en abstracto ante tesis críticas (Sánchez Barrilao, 2020, p. 865). Y como señala el profesor citado, el derecho de excepción supone, en lo básico, una restricción constitucional del propio sistema constitucional, particularmente respecto de derechos esenciales –aunque no solo–, con la que solventar y superar un momento de grave crisis para el sistema constitucional; y de ahí los riesgos que toda excepción constitucional supone, consiguientemente, sobre las limitaciones y controles con las que la propia Constitución prevé dichos supuestos. Ese es el verdadero reto del Estado democrático de derecho: atender, desde las claves arquitectónicas de la democracia y el constitucionalismo, a las eventuales crisis internas y externas que pudieran acontecer.

su razón última. En definitiva, como indica la aludida reseña bibliográfica, dicha reconstrucción pretende servir de base para elaborar una teoría plausible de la legalidad dentro del debate sobre el paradigma constitucionalista contemporáneo. Según esta teoría, el constitucionalismo de los derechos fundamentales no sería más que una ampliación comunicativa o deliberativa del orden del derecho, entendido como legalidad o *rule of law*. Planteamiento, este último, que por su visión comparativa consideramos de interés doctrinal en la materia.

⁹ Cruz Villalón (1981), Gómez Sánchez (2018), Jiménez Campo (1999) y Balaguer Callejón (2008); también Jiménez Ruiz y Marín Gámez (2014).

¹⁰ En extensión referencial, Cruz Villalón (1984); en particular sobre la relevancia constitucional del estado de alarma desde el momento en que no permite la suspensión de ningún derecho, ni –indica el profesor citado– provocar alteraciones en la distribución de poderes entre los supremos órganos del Estado, pues según Cruz Villalón (1981, pp. 123-124), quizá sea el estado de alarma el que explique la presencia del término «limitaciones» en el artículo 116.1 de la CE, que abarcaría tanto a las suspensiones de derechos como a unas situaciones transitorias de los mismos, que no diesen pie a considerarlos como «suspendidos», como originalmente señala en su trabajo previo sobre la concepción señaladamente gradualista del estado de alarma.

En España el derecho excepcional contempla tres estados: alarma, excepción y sitio. El primero de ellos, el estado de alarma, se prevé para hacer frente a distintos supuestos y, entre ellos, a las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones graves de contaminación. El alcance de la crisis sanitaria generada por la pandemia de la covid-19 llevó a decretar el estado de alarma por segunda vez en los más de 40 años de vigencia de nuestra Constitución de 1978. La primera vez que el Poder Ejecutivo declaró el estado de alarma se produjo en 2010, como respuesta a la huelga de los controladores aéreos. Sin embargo, los otros dos estados de anormalidad constitucional, estados de excepción y sitio, nunca han sido declarados. En todo caso, no deja de ser extraordinaria la declaración de cualquiera de los estados excepcionales, incluso la del más leve de ellos. La práctica constitucional española se pone en juego con la activación de un procedimiento excepcional que altera la vida cotidiana y, desde luego, el funcionamiento de las instituciones básicas del Estado, pues entre sus efectos incide en la capacidad de control por parte del Congreso de los Diputados y del Poder Judicial sobre la acción gubernamental, actor principal –que lo es– en la estimación, declaración y desarrollo del estado de alarma. También se pone en liza la relación entre el Gobierno y los entes territoriales autonómicos (Guerrero Vázquez, 2021). Siendo así, parece una obviedad que se tengan muy en cuenta los postulados constitucionales cuando se adoptan medidas de impacto en la cotidianidad ciudadana, medidas sobre los individuos y sobre la comunidad, sobre el devenir social, económico y jurídico del país, como lo son la limitación de derechos fundamentales, o constricciones de la libertad de circulación, el confinamiento forzoso de los ciudadanos, la intervención de industrias, la paralización de la actividad económica no esencial, entre otras. Recordemos que el derecho excepcional se configura como una garantía frente a las situaciones anómalas o crisis constitucionales imprevistas, en cuya virtud se suspende la vigencia de ciertos derechos fundamentales y libertades básicas que consagra la Constitución. De ahí que el presupuesto fáctico haya de ser de suficiente entidad como para que se acuerde su aplicación, es decir, deben concurrir circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad constitucional (Carro Martínez, 1987). De ahí el debate sobre la incidencia de las medidas adoptadas en los derechos de los ciudadanos y, también, sobre el funcionamiento de las instituciones; medidas que fueron acordadas a propósito del estado de alarma.

El estado de excepción y el de sitio son –diría– afortunadamente ignotos en nuestro país desde la promulgación de nuestra Constitución¹¹, mientras que el estado de alarma ha sido declarado en dos ocasiones: en diciembre de 2010, como respuesta a la crisis de los controladores aéreos y, recientemente, en marzo de 2020, ante la crisis sanitaria provocada por la covid-19. Resulta palmario que la declaración de cada uno de esos tres estados de anormalidad constitucional obedece a presupuestos diferentes, y tampoco cabe decir que

¹¹ Sobre la excepcionalidad jurídica a la que aludimos en el texto, resultan relevantes las aportaciones científicas de Garrido López (2021b y 2021c). También Díaz Revorio (2021).

son graduales o estadios progresivos por fases dentro de una única escala¹². A cada circunstancia anómala corresponde un estado de los previstos en el artículo 116 de la Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981, es decir, la apreciación casuística de cada situación determina una declaración u otra, y comporta las medidas o restricciones que respectivamente puedan establecerse.

3. Derecho de excepción en el constitucionalismo histórico español

Una somera panorámica histórica sobre el derecho de excepción en nuestro país indica que la normativa de alto nivel relativa a los estados excepcionales no es novedad. Es más, viene de largo. La suspensión de garantías constitucionales es tan vetusta que se remonta a los primeros documentos constitucionales que rigieron en España. Lo que no debe extrañar dado lo azaroso de nuestra historia constitucional, siempre discontinua y trufada de sobresaltos que, por otra parte y a lo largo del tiempo, no han sido más que un espejo de las convulsiones políticas hispanas de los dos siglos precedentes; vaivenes demostrativos de las tensiones sociales y políticas que han recorrido nuestro país en el periplo del siglo XIX y el XX. Tan así fue durante dicho arco, que no sería aventurado afirmar que lo excepcional (Nogueira López, 2020, pp. 23 y ss.; León Alonso, 2016) ha sido la regla en nuestra historia, y una rareza la normalidad constitucional.

La excepcionalidad jurídica y la suspensión de garantías jurídicas en determinadas circunstancias y, sobre todo, para la persecución de delitos, es una constante que se repitió en las diferentes constituciones de la primera mitad del siglo XIX, sin que se apreciaran cambios sustanciales en su regulación¹³. Además, los estados excepcionales y la suspen-

¹² Sobre esta cuestión gradual nos saca de dudas Fernández Segado (1981). También Tomás Villarroya. Y, en la perspectiva de vigencia de la actual Constitución, el análisis sobre la opción del poder constituyente y del legislador, a la vista de la historia constitucional española y del derecho comparado, en particular, sobre el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, y prorrogado, previa autorización del Congreso de los Diputados, por el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, en respuesta a la crisis desencadenada por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia del abandono masivo de sus puestos de trabajo por parte de los controladores de tránsito aéreo (que trataremos más adelante en este trabajo), el estudio de Sieira Mucientes (2018, pp. 361-393), donde apunta la insuficiencia del estado de alarma ante una emergencia como la del momento álgido de la covid-19, y donde se analiza también el procedimiento parlamentario y la problemática del control jurisdiccional y de constitucionalidad, que no existió. En vista de lo anterior se apunta una reforma del derecho de excepción –que compartimos, como se verá en nuestras conclusiones al final de este trabajo– para hacer frente a situaciones urgentes de gran alcance, con referencias a las contenidas en la Constitución española de 1931.

¹³ De obligada consulta el documento elaborado por Lecumberri Beascoa (2020). En perspectiva comparada conviene prestar atención al *Stringency Index of the Blavatnik School of Government* (Universidad de Oxford), que compara cronológicamente, al menos, 17 medidas empleadas por más de 160 Estados

sión de derechos que conllevan, históricamente, estuvieron previstos para las crisis de orden público, mientras que se acudía a la legislación ordinaria de índole sanitaria para reaccionar ante epidemias. El tratamiento de uno y otro tipo de crisis estuvo diferenciado y, continuando el parámetro francés, el orden público recogía tradicionalmente las nociones actuales de seguridad y tranquilidad pública, salud pública y moralidad pública, mientras que el concepto de orden público al que se han vinculado tradicionalmente los estados de crisis se circunscribían a su vertiente de seguridad pública solamente.

La Constitución española de 1812 establecía en su artículo 308 el derecho de excepción: «[...] si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado». Tras la de Cádiz, la Constitución de 1869 permite la suspensión temporal de ciertos derechos como el del *habeas corpus*, el de la inviolabilidad del domicilio y de residencia y el de las libertades de expresión, reunión y asociación, si bien lo condiciona a una ley de orden público preexistente a tales restricciones, legislación que debería habilitar la suspensión de garantías constitucionales, la cual debería ser efectuada también mediante ley (art. 318). Se aprueba en 1870 la Ley de Orden Público, que estaría en vigor hasta 1933 y, por tanto, también durante la vigencia de la siguiente Constitución del año 1876, que se remitía a la regulación anterior, eso sí, permitiendo al Poder Ejecutivo la suspensión de las garantías ante tesis determinadas. Así, la normalidad constitucional pretendía dejar de ser un espejismo en el trasunto histórico, con el consiguiente beneficio para los derechos subjetivos a finales del siglo XIX.

La instauración del régimen del general Primo de Rivera (1923) dejó en suspenso la Constitución de 1876 y dio pábulo a la excepcionalidad de derechos constitucionales. Tras ello, la Segunda República, «una emergencia fáctica que surge al margen de toda norma constitucional», se declara el 14 de abril del 1931 y al día siguiente su gobierno se inviste de «plenos poderes», con posibilidad de someter los derechos individuales «a un régimen de fiscalización gubernativa». El nuevo orden se alimenta de los precedentes históricos reseñados, y con base en ellos establece su propio derecho de excepción. Se articula así la Ley de Defensa de la República (de 21 de octubre de 1931), que se elevó de rango a través de la disposición transitoria segunda en la Constitución del 1931; una regulación que con cierta arbitrariedad privaría de eficacia un número notable de derechos constitucionales, confiriendo facultades gubernamentales para multar, confinar o extrañar a quienes cometieran actos de agresión contra la República, suspendiendo el derecho de reunión, mani-

durante la pandemia. Y el referente bibliográfico *Sustainable Development Report 2020* de la Universidad de Cambridge, oportunamente citado por Agustín Ruiz Robledo (2019, nota 6, p. 86), donde señala textualmente que dicho informe tiene un apartado especialmente dedicado a las repuestas que los Estados de la OCDE han dado a la pandemia, en el que la gestión del Gobierno español no parece muy bien valorada.

festación o asociación sin intervención del Poder Legislativo, y dejando todo ello en manos de un decreto del Gobierno.

Más tarde, con la entrada en vigor de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, que no sería derogada hasta el 1959, tiene lugar un relevante hito legislativo regulador de tres estados excepcionales –ordinario, de prevención y de alarma– de carácter civil, y un estado –de guerra– de carácter militar. Lo diverso entre esos cuatro estados responde a la gravedad de los efectos a adoptar para afrontar un presupuesto de hecho común (como ya hiciera la precedente Ley de Orden Público de 1870). Interesa subrayar que esta norma define el orden público como «el normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución» (Carro Martínez, 1987, p. 243). Los sucesivos gobiernos de la Segunda República hicieron uso frecuente de las medidas de excepción aludidas. El momento histórico era inestable en nuestro país, y poco después de comenzada la guerra civil, el general Franco asume todos los poderes del nuevo Estado, y en virtud del Decreto de la Junta de Defensa Nacional, de 29 de septiembre de 1936, se le designa como «Generalísimo» de todos los Ejércitos. Esta situación plenipotenciaria fue posteriormente confirmada en términos legislativos, primero, por el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, en cuyo artículo 35 se establecía la posibilidad de suspender, total o parcialmente, solo algunos de los derechos reconocidos en el propio fuero. Suspensión o limitación de derechos que habría de ser temporal y hecha por el Gobierno mediante un decreto-ley, que taxativamente debía determinar la duración y el alcance de la medida.

El régimen salido de la contienda civil española origina la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, norma que permitía al Gobierno declarar o levantar los estados de prevención, alarma y guerra previstos en la Ley de Orden Público de 1933. Dicha norma de 1933 fue más tarde sustituida por la Ley 45/1959 de Orden Público, que, en su capítulo III, regulaba el estado de excepción y, en su capítulo IV, el estado de guerra. El estado de excepción se declaraba mediante decreto-ley y podía ser de aplicación, entre otros supuestos, según lo aconsejare la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública (art. 25.1). En este orden de cosas, se prevé en el artículo 10 d) de la Ley Orgánica del Estado de 1967 que el jefe del Estado, asistido por el Consejo del Reino, podía adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional se vieran amenazados de modo grave e inmediato, dando cuenta documentada de todo ello a las Cortes. Con la muerte de Franco y la aprobación de la Constitución vigente de 1978, se apertura una nueva regulación de los llamados tres estados de anormalidad constitucional: alarma, excepción y sitio. Sin embargo, la lógica excepcional que contempla el artículo 116 de nuestra Constitución se asienta sobre los precedentes normativos citados con anterioridad. Regulación que, con las lógicas influencias de las constituciones del entorno europeo, hace suya la necesidad de establecer, con el más alto rango normativo, un ordenamiento de excepción que permitiera adoptar medidas extraordinarias para situaciones críticas que pusieran en peligro el orden constitucional mismo. Quizá por ello, en la elaboración del artículo 116 de

la Constitución no se aprecian alteraciones sustanciales respecto de la versión ofrecida por el anteproyecto. Así, la redacción prevalente tras los trabajos parlamentarios en Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados se limitó a sustituir el término estado de guerra por el de estado de sitio, si bien incorporó garantías significativas sobre las facultades de las Cortes, en cuya virtud las cámaras debían pronunciarse sobre la proclamación de todos los estados excepcionales y no podían ser disueltas durante su vigencia. En opinión de Carro Martínez (1987), incluir «este precepto en la Constitución está justificado porque es un hábito, prácticamente en todas las Constituciones que históricamente han regido en España. También porque nuestra realidad política está impregnada en muy amplia extensión, de excepciones y anormalidades. Finalmente, constituye una vía o modo de previsión y de protección de las libertades y de la propia Constitución contra las emergencias» (p. 246).

Y de ahí que, a la postre, prosperasen las tesis favorables a incluir el estado de alarma junto con el estado de excepción y de sitio como estados excepcionales que, en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 116, serían desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981.

4. Acotaciones sobre el régimen jurídico vigente

Sobre el Derecho de excepción hemos de partir de la base constitucional establecida en el artículo 116 de nuestra Carta Magna, que en sus distintos apartados regula con el mayor rango normativo esta materia y, desde luego, el estado de alarma. En este punto cabría señalar que la labor legislativa también en esta materia supone la implicación parlamentaria en la credibilidad y, desde luego, en la confianza en las normas jurídicas que de allí dimanar; entre otras razones, porque en ocasiones la «emotividad política» en sede parlamentaria se plasma en los textos normativos, algo que –a todas luces– debería erradicarse para recuperar la confianza institucional y combatir el descrédito normativo¹⁴.

Además, atendamos desde el primer momento a que el artículo 169 de nuestra Constitución prohíbe la reforma de la misma mientras dure o esté vigente cualquiera de los estados excepcionales previstos en el artículo 116 de la Constitución¹⁵. Por su parte, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, dedica tres artículos (1 a 3, ambos inclusive) comunes a los tres estados excepcionales regulados. Así,

¹⁴ En este sentido –digamos– higiénico, la aportación de Canals i Ametller (2022) cuando alude a la obra *The Crisis of Confidence in Legislation*, editada por De Benedetto, Lupo y Rangone (2021) y publicada por la editorial Nomos-Hart, que recoge las ponencias presentadas en el encuentro Annual Conference of the International Association of Legislation (IAL), celebrado en Roma poco antes del inicio de la pandemia de la Covid-19, en octubre de 2019.

¹⁵ En sintonía una vez más con el documento de Lecumberri Beascoa (2020, pp. 16 y ss.).

el estado de alarma se regula en el capítulo II de la misma ley, entre los artículos 4 y 12, ambos inclusive. Del mismo modo, el estado de excepción se regula en el capítulo III de la misma ley, entre los artículos 13 y 31, ambos inclusive, siendo destacable que la declaración del estado de excepción puede generar importantes efectos sobre diversos derechos fundamentales, dentro de los términos fijados por el artículo 55.1 de la CE y la propia Ley Orgánica 4/1981, así como dentro del alcance que permita la autorización del Congreso de los Diputados (cfr. art. 13.3 LO 4/1981). El último de los estados excepcionales citados previstos en nuestra Constitución es el estado de sitio, que se regula en el capítulo IV de la Ley Orgánica 4/1981, entre los artículos 32 y 36, ambos inclusive. El estado de sitio permite la máxima restricción de derechos fundamentales, pues a todo el catálogo de derechos cuya suspensión se habilita bajo el estado de excepción, deben sumarse las garantías jurídicas del detenido previstas en el artículo 17.3, lo que deja indemne solo el *habeas corpus* establecido en el artículo 17.2 de la CE. En definitiva, el estado de sitio constituye –por así decirlo– la razón final o *ultima ratio* del sistema, solo aplicable cuando se considere insuficiente la normativa anterior, es decir, la propia del estado de alarma y de excepción, e implica una militarización sin ambages de la coyuntura determinada en que opera esta situación de anormalidad constitucional (Lafuente Balle, 1990)¹⁶. El Reglamento del Congreso de los Diputados, en sus artículos 162 y 165, estipula el procedimiento interno que ha de seguirse en este órgano con respecto a los estados excepcionales citados. Y, a mayor abundamiento, en lo atinente al estado de excepción y de sitio, en caso de suspender algún derecho de los reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, debe concluir con una comunicación por parte del Estado signatario al secretario general del Consejo de Europa en tal sentido.

5. Una panorámica doctrinal sobre el canon de constitucionalidad

Las primeras medidas adoptadas en marzo de 2020 asombraron a algunos juristas¹⁷ y sembraron el desconcierto en el ciudadano medio. Ello se vio agravado a finales de 2021 cuando los Ejecutivos autonómicos adoptaron «toques de queda» en relación con los coletazos de la pandemia covid-19, y, también, cuando el Gobierno de Cataluña anuncia en diciembre del mismo año 2021 nuevas restricciones a la movilidad nocturna. En ambos casos, y según mi criterio, en flagrante contradicción con la normativa constitucional (Matia Portilla, 2021), es decir, acordando serias restricciones de derechos fundamentales y libertades públicas sin contar siquiera con la cobertura legal del estado de alarma (Garrido

¹⁶ Y en el mismo sentido, sobre el impacto de la pandemia en los derechos y libertades individuales en una coyuntura en la que apenas se empezaba a sortear la crisis económica del 2008, de la que se ha llegado a decir que había sido la moderna versión del crac del 29, el trabajo de Faramiñán Gilbert (2020b).

¹⁷ Cfr. el trabajo de Presno Linera (2020).

López, 2021a)¹⁸. Pero veamos el contexto en que se produce todo ello, pues la pandemia causada por la covid-19 ha comportado una grave crisis de salud pública que alteró significativamente no solo el discurrir cotidiano de la vida ciudadana, sino también el funcionamiento normal de las instituciones y poderes públicos. De modo que, afrontar una situación tan excepcional exigió del Estado respuestas articuladas en clave excepcional. Hemos indicado que el recurso al estado de alarma fue el mecanismo utilizado como marco rector en la gestión de la pandemia. Excepcionalidad normativa que se empleó con versatilidad inusitada para afrontar un contexto fáctico complejo.

De ahí la obligada perspectiva que planteamos en este epígrafe partiendo del análisis de situaciones análogas en lo normativo, y también la necesidad de un análisis riguroso del impacto que las previsiones contenidas en los distintos decretos de declaración y prórroga de dicho estado excepcional han proyectado en otras situaciones de nuestro sistema constitucional¹⁹.

5.1. Crisis de los controladores aéreos y estado de alarma

Cabe recordar que ni con ocasión de la tentativa golpista del 23-F se activaron los estados de alarma, excepción o sitio del artículo 116 de la Constitución, luego hablar de derecho excepcional, en general, y en concreto de estado de alarma, representaba –al inicio de

¹⁸ Por su atemperado y extensivo análisis de la regulación constitucional de los estados de emergencia, del artículo 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que autorizan a los poderes públicos para que –como contiene la reseña del libro citado–, respetando el Estado de derecho, hagan frente tasada y proporcionalmente a diversas situaciones excepcionales, como emergencias naturales, graves crisis de orden público y agresiones violentas al orden constitucional. Sin embargo, el control jurisdiccional de las decisiones de declaración y de prórroga de dichos estados excepcionales no ha sido previsto ni constitucional ni legalmente. Y la doctrina discrepa tanto de la viabilidad de ese control como del órgano al que encomendarlo. Ello se ha debido a la pluralidad de formas y a la singular naturaleza de las decisiones excepcionales, cuyo titular y procedimiento de adopción difieren dependiendo del estado a declarar. El libro citado de Garrido López considero que analiza con sano criterio jurídico las decisiones que adoptan los titulares del poder de excepción y las garantías que cabe oponerles para proteger el orden constitucional; y como continúa diciendo su propia reseña, estudia la diversidad, la naturaleza y el régimen jurídico de las decisiones excepcionales previstas en los modelos de derecho comparado y expone el proceso de racionalización del poder en el modelo europeo de estado de excepción, desde la garantía de la doble reserva de ley hasta el logro de la sumisión, en ciertos países, de las decisiones excepcionales a la justicia constitucional. Compartimos con el autor citado que, a partir de este marco de referencia, se debe analizar el alcance y la naturaleza jurídica de las decisiones de declaración y prórroga de los estados de alarma, excepción y sitio en el régimen constitucional español, así como los problemas teórico-prácticos que, debido a sus singularidades, ha suscitado su contenido y su control jurisdiccional, especialmente tras la declaración y prórroga de sendos estados de alarma en 2010 y 2020, de los que tenemos directa referencia.

¹⁹ Desde una perspectiva amplia, la obra colectiva coordinada por las profesoras Carmona Contreras y Rodríguez Ruiz (2022).

la pandemia y hasta cierto punto– un ejercicio de ficciones jurídicas, ya que sobre el estado de alarma solo contábamos con el episodio de la situación decretada el 4 de diciembre de 2010, con ocasión de la crisis de los controladores aéreos. En aquel caso²⁰ una serie de conflictos laborales habidos entre la empresa gestora de los aeropuertos de interés general en España (AENA) y los controladores civiles de tránsito y navegación aérea llevó a los últimos a la dejación de funciones y abandono de sus puestos de trabajo, provocando el cierre del espacio aéreo español. El colectivo de controladores aéreos venía pugnando por una serie de mejoras retributivas y laborales contempladas en un convenio colectivo firmado con AENA en el año 1999, que podían verse alteradas por decisión gubernamental²¹. Ante la situación de colapso aéreo no quedó entonces más remedio que decretar, primero y como instrumento negociador, la militarización de los aeropuertos. Pero la medida no funcionó como esperaba el Ejecutivo y, seguidamente, se decretó el estado de alarma, por el cual todos los controladores sin excepción pasaban a situación de «movilizados» y sometidos a las autoridades castrenses del Ejército del Aire.

En efecto, se trataba de una situación anómala e insólita por ser la primera vez en nuestra historia democrática en la que se decretaba el estado de alarma. Y en aquella tesitura muchas fueron las cogitaciones sobre su posible adecuación legal y constitucionalidad. Sobre tales acontecimientos han reflexionado con rigor los profesores Carlos Vidal y David Delgado, intentando dar respuesta al asunto de 2010, sobre todo incidiendo en la vía procedimental utilizada por el Gobierno y en su interpretación forzada de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados excepcionales configurados en la Constitución, y que puso en cuestión ciertas garantías de nuestro modelo jurídico y constitucional. Al hilo, los autores que acabamos de citar consideran que conseguir la vuelta de los controladores al trabajo mediante su militarización es más que discutible, siendo aquel el elemento crítico de la cuestión, pues tal objetivo es, para ellos, claramente inconstitucional (Vidal Prado y Delgado Ramos, 2011, pp. 255-256).

Aquel precedente generó análisis doctrinales de calado como los que indicamos, donde se incide con tino en la valoración jurídica sobre si eventualmente o en el futuro podría acudir a un instrumento similar en circunstancias –como reseñan los profesores Vidal Prado y Delgado Ramos (2011)– en las que los poderes públicos se viesan ante similar tesitura, o fuesen más allá de un conflicto laboral de calado que afectase a sectores esenciales. Hasta que se produjo esta primera declaración, siempre se había pensado que este instrumento

²⁰ Véase el trabajo de Lecumberri Beascoa (2020, p. 46) y la aportación, en la misma línea, de Faramiñán Gilbert (2020b, p. 8).

²¹ El Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, ponía en solfa tal expectativa y dio lugar a que los controladores incrementaran su presión hasta el punto de abandonar su desempeño profesional, alegando masivamente cuadros clínicos de «estrés» de dudosa justificación, lo que provocó el cierre del espacio aéreo español, pues las torres de control aeroportuarias se colapsaban.

específico estaba particularmente concebido para situaciones de caos provocadas fundamentalmente por catástrofes naturales o situaciones pandémicas como la vivida.

En aquel entonces, y mediante Real Decreto 1673/2010, apoyándose en el artículo 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, el Gobierno declaró el estado de alarma, esgrimiendo la paralización de un servicio público esencial, como es el transporte aéreo. La medida consistió en el citado decreto por el que todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasaban a tener, durante la vigencia del estado de alarma, la consideración de personal militar y, por ende, quedaban sujetos a las órdenes directas de las autoridades designadas en dicho decreto y, por tanto, sometidos a las leyes penales y disciplinarias castrenses. Algo curioso de aquel caso fue que, aunque el artículo 7 de la Ley Orgánica 4/1981 no prevé expresamente otra autoridad competente delegada que no sea un presidente de comunidad autónoma, dicha delegación recayó entonces en el jefe de Estado Mayor del Aire y en las autoridades militares designadas por el mismo. Era un modo soterrado de «exhortar» a los controladores aéreos a que volviesen a sus puestos en las torres de control, pues estos habían quedado sometidos a las órdenes de la autoridad militar, así como a la contundencia de las leyes penales y disciplinarias militares. Con todo, superar aquella crisis exigió, además de los 15 días previstos en la declaración del estado de alarma, la autorización del Congreso para prorrogar la alarma durante cuatro semanas más²². Lo curioso del caso es que el cierre del espacio aéreo español en diciembre de 2010 fue una estricta decisión política, como indica el auto de archivo dictado en 2014 por el magistrado Vázquez Taín, o sea, un cierre patronal de AENA y no exactamente una huelga como pudo presentarse en su momento; y así lo corroboran más de veinte decisiones judiciales tomadas por distintos juzgados españoles, que han conocido de las eventuales responsabilidades de los controladores aéreos en aquella ocasión.

5.2. Estado de alarma por la covid-19 en marzo 2020

El *factum* de la epidemia (y sus rebotes en sucesivas oleadas) originó en marzo de 2020 que las autoridades adoptasen medidas que la «amnesia colectiva» ha ido olvidando, pero que exigen un mínimo comentario jurídico, pues –según los casos– considero que quebrantaron los precintos constitucionales, amenazado los derechos fundamentales. Mientras la sociedad española digería el anuncio de la pandemia y sus efectos mostraban la tragedia, apreciamos, por un lado, la imprevisión de las autoridades en distintos ámbitos, y, por otra, la docilidad ciudadana que fue asumiendo –quizá con una resignación propia de otros momentos históricos– las cortapisas que se establecían a sus derechos. Es evidente que cuando hoy se decretan medidas draconianas, quienes las dictan parten o presuponen el sentido cívico de la ciudadanía que, aun con excepciones, suele mostrar –como fue el caso– una responsabilidad encomiable.

²² Ello tuvo lugar mediante el Real Decreto 1717/2010. A este respecto, ilustrativo y en su integridad, el trabajo aludido de Vidal Prado y Delgado Ramos (2011, pp. 244 y ss.).

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, acordaba un conjunto de medidas para hacer frente a una crisis sanitaria de primera magnitud, y entre dichas medidas se encontraba el confinamiento general de la población residente en España, si bien se anotaban en el mismo algunas salvedades. Sobre la adopción de medidas, nadie sensato negaría la necesidad de establecer restricciones ante la magnitud de la pandemia. En tal tesitura tienen lógica medidas puntuales sobre los derechos de circulación y reunión. Pero no olvidemos que los derechos fundamentales forman parte de la «mandorla» constitucional y, por tanto, no cabe desactivarlos o descartarlos sin más, sino en situaciones excepcionales limitarlos justificadamente. Sin embargo, en marzo de 2020 asistimos en España a una suerte de banalización de aquellos derechos, eso sí, con permisiones más o menos laxas dejadas a la interpretación de los esforzados agentes del orden. Fueron ellos los que tuvieron que descifrar, en cada caso de los que enfrentaron, los retruécanos de una normativa aprobada apresuradamente. (Por suerte nuestro país es un Estado de derecho que cuenta con cuerpos policiales y militares respetuosos con el orden constitucional que, en general, han sabido lidiar con rocambolescas situaciones).

En coyunturas desfavorables como la que tratamos (crisis sanitaria, económica, social y jurídica), conviene apelar a las claves constitucionales para evitar abusos de poder también en situaciones extremas, sobre todo cuando el cóctel crítico derivado de la pandemia ha demostrado que puede zarandear –si no lo ha hecho ya– las bases jurídicas del Estado democrático de derecho (art. 1.1 CE). No en vano, desde los primeros compases en marzo de 2020, algunos constitucionalistas advertimos que con la declaración del estado de alarma se ponía en juego el ejercicio ordinario de derechos fundamentales y libertades tan esenciales como la libertad ambulatoria. No en vano el artículo 116 de la Constitución establece los requisitos formales para la declaración del estado de alarma: regulación por ley orgánica y aprobación por decreto por plazo limitado, dando cuenta al Congreso y siendo precisa su autorización para prorrogarlo. En lo que atañe a la afectación de derechos básicos, el artículo 55.1 de la Constitución establece que la serie de derechos fundamentales que se citan explícitamente –entre ellos, la libertad de circulación y los derechos de manifestación y reunión– solo podrán ser suspendidos cuando se declare el estado de excepción o sitio. De modo que, *a sensu contrario*, podemos afirmar que el estado de alarma no supone la suspensión de tales derechos (STC 83/2016, de 28 de abril).

Sin embargo, la Ley Orgánica 4/1981 que regula los estados de anormalidad constitucional contempla que el decreto de alarma puede acordar medidas, como limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionar su ejercicio (art. 11). Al respecto la citada STC 83/2016 considera que la declaración de alarma no permite la suspensión de ningún derecho básico, y la Ley Orgánica 4/1981 hace referencia a «medidas de limitación o restricción» de su ejercicio, no a su suspensión general. Es decir, los derechos siguen estando vigentes y se restringen puntualmente. Uno de los motivos señalados en la Ley Orgánica 4/1981 para decretar la alarma es precisamente la concurrencia de crisis sanitarias o epidemias. Ello comporta que el incumplimiento o resistencia a las órdenes correlativas al estado de alarma se sanciona de acuerdo con lo dis-

puesto en las leyes (art. 10.1). No obstante, en las semanas iniciales del confinamiento nos acercamos al millón de actas de sanción en toda España. Cifra abultada que contrasta con el sentido cívico general de la ciudadanía. Considero que el indicado es un desfase numérico de corte sancionador, como luego se encargaron de corregir los tribunales.

En efecto, la crisis sanitaria de la covid-19 dio lugar al Real Decreto 463/2020 y sus sucesivas modificaciones y prórrogas²³, con las consiguientes limitaciones a la libre circulación y reunión de la población que, no obstante, a partir de mayo de 2020 se fueron relajando paulatinamente. Ello no impidió que la mayor parte de las denuncias relacionadas con su incumplimiento se hayan tramitado por desobediencia a la autoridad o sus agentes, infracción calificada como grave por el artículo 36.6 de la controvertida Ley de seguridad ciudadana (Ley Orgánica 4/2015), obviando así las posibilidades sancionadoras previstas en la Ley del sistema nacional de protección civil (2015) y la Ley de salud pública (2011). En dicho trance la actuación policial fue –como hemos reseñado– ponderada e incluso instructiva. Pero tenemos presente que la desobediencia y, en su caso, resistencia a la autoridad solo puede entenderse como desobediencia a una orden concreta y puntual emitida por un agente de la autoridad, y que cualquier otra lógica interpretativa conduce a un abuso del lenguaje en perjuicio de la seguridad jurídica. Así, la resistencia o desobediencia solo cabe en relación a una orden concreta de un agente y, en todo caso, la desobediencia debe ser clara, inequívoca y manifiesta. Es decir, la infracción concurrirá cuando un sujeto, habiendo incumplido las limitaciones del estado de alarma, sea requerido por un agente para su cumplimiento y desatienda el requerimiento policial²⁴ concreto. De modo que el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede calificarse automáticamente como infracción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, y de ahí la inseguridad jurídica que advertimos en su día (Marín Gámez, 2020), inseguridad que afecta al orden social y a la esencia misma de la dignidad humana, pues ausente la seguridad no hay ejercicio posible e igualitario de los derechos subjetivos. De modo que los derechos

²³ La controversia doctrinal entre distintos sectores jurídicos se centró durante meses en la disyuntiva entre la contingencia de la necesidad del estado de alarma y la suficiencia de la legislación sanitaria –Ley general de sanidad (LGS), Ley general de salud pública (LGSP), Ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP)–. Al hilo, la STC de 14 de julio de 2021, que ha declarado inconstitucionales los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Dicha resolución de la alta instancia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados del Congreso contra el Real Decreto 463 /2020, de 14 de marzo, que declaró el primer estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, sus prórrogas (RD 465/2020, de 27 de marzo; RD 487/2020, de 10 de abril, y RD 492/2020, de 24 de abril) y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo.

²⁴ Quizá convenga recordar al respecto que el vigente artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/1981 establece que una vez finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio, decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas con base en aquellas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.

fundamentales y libertades públicas no son viables sin seguridad, pues solo dentro de un marco de certeza jurídica adquieren sentido los mismos. La magnitud de la crisis sanitaria requería –claro está– prontas medidas de confinamiento, aislamiento social y algunas restricciones de derechos, pero no la exclusión de los mismos.

Reparemos en que el estado de alarma no se decreta para plantear una nueva legalidad, sino que plantea una excepcionalidad al derecho vigente, que además de estar limitada en el tiempo ha de interpretarse en sentido estricto, ya que la libertad de circulación y demás derechos continúan siendo la regla y, por tanto, solo pueden ser limitados de manera ponderada y en cuanto sea preciso para frenar la epidemia. Es decir, no hay desobediencia ni resistencia a la autoridad –en clave administrativa²⁵ sancionadora– si no concurre una voluntad resuelta de contradecir las indicaciones u órdenes de los agentes de la autoridad. Del mismo modo que no cabe deducir resistencia, desobediencia o atentado –en clave penal– contra dichos agentes si no media enfrentamiento directo y grave con la fuerza policial actuante. De manera que si el legislador considera necesarias nuevas sanciones (Cano Campos, 2020) o castigos específicos por conductas contrarias al estado de alarma, deberá aprobar la correspondiente legislación al respecto y no utilizar la normativa existente²⁶ de modo torticero.

5.3. Ulterior estado de alarma: Real Decreto 926/2020, de 25 de noviembre

El sucederse de acontecimientos pandémicos hizo que las autoridades políticas fueran adoptando decisiones al respecto. Así llegó la declaración de un nuevo estado de alarma y fue aprobado el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Nada cabía objetar a la decisión gubernamental, pues la segunda andanada de la covid-19 más que ola semejava tsunami. Pero, la cuestión no residía en si el estado de alarma era o no el instrumento constitucionalmente adecuado para hacer frente a una pandemia de gran calibre. La cuestión fue otra. Previo al 25 de octubre de 2020, diversos territorios autonómicos venían adoptando medidas limitativas del derecho fundamental a la libre circulación (cercos perimetrales y «toques de queda» que –no olvidemos– equivalen a prohibir o restringir derechos básicos). O sea, se estaban constriñendo o –en algunos casos– cercenando facultades constitucionales esenciales ante la convulsión de un motivo poderoso: la renovada virulencia de la pandemia; y ello bajo vigilancia policial o del Ejército. Hasta aquí nada que objetar si no fuera

²⁵ Sobre los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura, el trabajo de Álvarez García (2021a).

²⁶ Quizá no esté de más recordar el alegato de Hannah Arendt (2006) sobre la génesis del totalitarismo, su alianza con el miedo colectivo y la mentira institucional como instrumento expansivo del poder psicopático, sus perniciosas derivas, sus despropósitos jurídicos y los experimentos contrarios al orden constitucional de los que ya se ha dado muestras.

porque asistíamos a una indisimulada disparidad de criterios judiciales vertidos al respecto, una vez se sometía a los jueces la pertinencia de las decisiones territoriales. Así, algunos tribunales avalaron y otros no esas medidas autonómicas, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica que –insistimos– exige un Estado de derecho. De aquel modo se producía una quiebra de la seguridad jurídica que había que restablecer cuanto antes, y, claro, ello solo era posible mediante un nuevo decreto de alarma. Pero aún no repuestos de ese sobresalto constitucional, nos topamos con que el decreto de alarma, aprobado el 25 de octubre, es un dechado de defectos y lagunas en su articulado, quizá fruto de una precipitación, que ya no era tan disculpable, y que ponía en solfa el primado de las directrices técnicas y jurídicas. Procuraré sintetizar, pero aquel decreto de octubre erigía un nuevo estado de alarma que, curiosamente, delegaba en las comunidades autónomas facultades restrictivas de los derechos fundamentales para las que estas no tienen competencias y, además, tampoco les pueden ser transferidas.

En esta ocasión, y desde las instancias políticas, se apelaba a la denominada cogobernanza; evocador vocablo si no fuera porque, en España y en términos jurídicos, carece de contenido, y cuyo dudoso contorno conceptual resta efectividad a su acción frente a los estragos del virus. Aquí, la llamada cogobernanza es, hoy por hoy, una entelequia debido a la múltiple (y pujante) concurrencia etnoterritorial (últimamente también provincial y local). A ello se suman las deficiencias (si no completa ausencia) de una cultura cívica que esté basada en la lealtad constitucional de la que son tributarios los distintos territorios. Recordemos que en España falta el *foedus*, es decir, la expresión consagrada en la letra de la Constitución que anude el pacto territorial en términos de lealtad constitucional con la unidad del Estado dentro del reconocimiento de la diversidad territorial. No se olvide que el vocablo latino *foedus* significa precisamente eso: pacto. Y que en los países donde existe un pacto federal de los territorios que lo integran, resulta relativamente fácil la puesta en común intergubernamental orientada a esa cogobernanza que acabamos de referir. Pero España no es Alemania, donde la lealtad federal²⁷ (*Bundestreue*) resulta indiscutida. En un

²⁷ Este principio, como señala el profesor Eliseo Aja, se ha desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pese a que no se encuentra explícito en su Constitución, pero se entiende, especialmente a partir de 1952, que deriva del «principio federal» que recoge el artículo 20 de la Constitución alemana. Su sentido primero propugna que la federación y los *Länder* (Estados miembros) no solo deben cumplir sus obligaciones constitucionales, sino que deben hacerlo teniendo en cuenta el efecto de sus decisiones sobre los demás y también manteniendo en sus relaciones una actitud amistosa que sea favorable a los intereses de los Estados miembros y de la propia federación. Añade el profesor Aja que la importancia de esta actitud leal es tan grande en los sistemas federales que el principio de lealtad se ha extendido a otros ordenamientos jurídicos, en algunos casos acogido por la jurisprudencia, como en Canadá, en otros asumiéndolo en la propia Constitución, como Suiza (art. 44) y Bélgica (art. 143). En todos implica una actitud proactiva para facilitar el ejercicio de las competencias de los demás. El eco del principio de lealtad ha llegado también a España para orientar las relaciones entre las comunidades autónomas y el Estado. Como en su origen alemán, el principio no figura en la Constitución española, y aquí ha querido acogerse por el Tribunal Constitucional, pero con distinta suerte ya evidenciada por la

modelo federal como el germano no cabe poner en solfa la integridad del Estado, y ello ni desde dentro ni desde fuera de las instituciones territoriales, ya que existe cultura cívica sobre los cimientos del Estado, cultura cívica que proporciona a los germanos un elevado grado de homogeneidad interna. De ahí que los *Länder* tengan en Alemania amplias competencias respecto –por ejemplo– a la gestión de la salud pública, dado que allí la dinámica territorial no está encanallada como –por desgracia– pudiera ya estarlo aquí. De ahí que seguramente sea artificioso hablar en España de cogobernanza sin matizaciones²⁸.

A finales del año 2020, conforme avanzaba el desconcierto, la incertidumbre y el agravamiento de la pandemia, si algo quedaba claro es que todos los territorios –y el propio Ejecutivo central– se aplicaban tanto en remediar por su cuenta la crisis sanitaria, económica y social, como en eludir responsabilidades ante aquel avance de la pandemia. Y en dicha inercia se evidenció que la mejor salida podría ser la llamada cogobernanza²⁹. Quedando así siempre la pelota, de uno u otro modo, en tejado ajeno. Asistimos entonces a un giro de acontecimientos propiciado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y al hecho de que las comunidades autónomas activaran restricciones de derechos fundamentales, acordando incluso cercos perimetrales, cierres de fronteras territoriales y confinamientos autonómicos. Insisto, todas ellas medidas para las que, desde mi óptica, carecen de competencias ni les pueden ser transferidas³⁰.

Las mismas dudas generó entonces la actuación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, por no ser considerado foro para tal «cogobernanza» y, desde

procelosa realidad territorial española, reflejada en la propia terminología que emplea el tribunal: lealtad constitucional, colaboración leal, y otros eufemismos de corte literario (cfr. Observatorio de Derecho Público, <https://idpbarcelona.net/recordatorio-del-principio-lealtad-federal/>).

²⁸ En nuestro país es un hecho que los distintos líderes de las comunidades autónomas, erigidos en protagonistas de la política general, devienen en algunos territorios en soberanos de unas taifas ajenas a la lealtad federal o constitucional aludida. Estos líderes autonómicos (aunque –por fortuna– no todos) están interesados en diferenciarse entre sí y, de paso, rentabilizar su posición territorial en favor de las formaciones políticas de su militancia; y de ahí la beligerancia intergubernamental, pues son los partidos políticos los que canalizan sus segados intereses a través de las instituciones territoriales que ocupan sus dirigentes. Considero que poco se avanzará mientras este axioma de nuestro modelo autonómico heterogéneo no supere la contienda con el Estado y, además, desactive el conflicto múltiple de concurrencia etnoterritorial. Es decir, no cabe optimismo mientras los dirigentes autonómicos continúen tomando decisiones más orientadas a distinguirse entre sí que en pos del interés común. Sobre tales ambigüedades, incertidumbres y sus efectos, García Cuadrado (1994, pp. 85 y ss.).

²⁹ Cabe reseñar la aportación de Nader y Fuchs (2021, pp. 444 y ss.) en su estudio comparado sobre la respuesta de los países federales y no federales ante la pandemia, y las connotaciones sobre cogobernanza.

³⁰ Curiosamente, en el País Vasco se aprobó una «ley antipandemias», la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de Covid-19; ley que cabría calificar de audaz, pues si bien las autoridades autonómicas o, si se quiere, los gobiernos territoriales tienen capacidad jurídica y competencias sanitarias para gestionar una pandemia, no así pueden arrogarse facultades en sentido de restringir derechos fundamentales o libertades públicas.

luego, para la adopción de medidas restrictivas de derechos básicos. Otra cosa es que en su seno se puedan poner en común problemas compartidos. Pero las limitaciones de derechos fundamentales son decisiones que competen al Gobierno dentro de sus atribuciones constitucionales, competencias que vendrían avaladas, en su caso, por los instrumentos legales pertinentes, como el real decreto que declara el estado de alarma. En este sentido, el artículo 116 de la Constitución y el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora del estado de alarma, son por sí solos elocuentes. El segundo precepto citado prevé que el decreto de declaración o de prórroga podrá «limitar la circulación de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de determinados requisitos». De ahí la cobertura que en toda regla ofrece el aludido Real Decreto 926/2020, al establecer restricciones a la libre circulación en horario nocturno (art. 5), a la entrada y salida de municipios y comunidades autónomas (art. 6), y a la permanencia de grupos en espacios públicos y privados (art. 7). Restricciones todas ellas que así gozan de cobertura constitucional, aunque adolecen de las oportunas garantías a las que obliga la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución). Lo que no equivale a que las limitaciones de derechos han de ser iguales o idénticas en toda España, sino que, en paridad de condiciones relativas a la crisis sanitaria, la restricción de derechos sea de similar alcance. Faltaban, pues, en el Decreto 926/2020, algunos aspectos ineludibles referidos a los criterios científicos (hospitalarios, epidemiológicos, asistenciales, entre otros), de cuya objetividad se obtiene la conclusión de reducir o no franjas horarias del «toque de queda», o de los que depende acordar un confinamiento perimetral y su extensión geográfica. Efectos que podrían continuar reverberando en un futuro inmediato, sobre todo si la pandemia se agudiza puntual o episódicamente. Si el objetivo del estado de alarma es habilitar al Gobierno y a las Cortes para limitar excepcionalmente derechos fundamentales, no para extinguirlos, ni para confundir a la ciudadanía y, desde luego, no para delegar en los territorios autonómicos dicha facultad restrictiva saltándose la Constitución, que es lo que –según mi criterio– se ha hecho a ciencia y paciencia de los técnicos y de las comunidades afectadas, en un ejercicio inédito de evitación de ulteriores responsabilidades, tal delegación es abiertamente inconstitucional. Es contrario a la Constitución, dado que resulta inadmisibles que se atribuya a los gobiernos autonómicos la potestad discrecional de establecer los criterios que limiten, restrinjan o extiendan derechos fundamentales como la libertad de circulación (Durán Alba, 2021).

La declaración ajustada a derecho del estado de alarma no tiene por qué ir en perjuicio de las competencias propias de las comunidades autónomas. Más bien al contrario. En ejercicio de las competencias que les corresponden a los gobiernos autonómicos estos podrán continuar con la gestión de los respectivos sistemas sanitarios, además de implementar o ejecutar las medidas limitativas de derechos fijadas en el decreto que declara el estado de alarma. De otro modo, con criterios dispares dejados al albur de cada territorio, o, si la declaración del estado de alarma no incluye los criterios determinantes de las limitaciones de derechos, se produce una quiebra de la debida igualdad de trato jurídico que merece la ciudadanía más allá del territorio donde habite. Si se obvia la aplicación de criterios uniformes y se altera el régimen sancionador específico que tipifique cada uno de los posibles

incumplimientos, como ya señaló el profesor Javier Tajadura (2020)³¹, sin un decreto que regule con precisión la limitación del derecho a la libre circulación (y otros conexos), con un decreto que nos permita saber qué podemos hacer y qué no, y cuáles son las consecuencias de los eventuales incumplimientos, salta por los aires el principio de seguridad jurídica en el que se basa la confianza de los ciudadanos en el derecho.

Flaco favor se hace al orden constitucional si no constaban –como sucedió– en el propio decreto de alarma las pautas objetivas de las restricciones, o si persisten disparidades (discriminaciones) carentes de justificación en la regulación de las eventuales limitaciones de derechos fundamentales. La Constitución española y la Ley Orgánica 4/1981 habilitan al Gobierno para decretar la alarma, pero en el decreto se deben fijar expresamente los indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo, no siendo ello tarea que se pueda encomendar para que en un futuro –incierto– sea el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el encargado de fijarlos. En definitiva, no cabe delegar ni mucho menos deslegalizar un elemento crucial para la limitación de derechos básicos³².

6. Pronunciamientos de la justicia constitucional

Nos centramos seguidamente en la STC 148/2021, de 14 de julio, sobre la declaración del estado de alarma en marzo de 2020, y la STC 183/2021 que declara inconstitucional la prórroga de los seis meses del estado de alarma, así como el nombramiento de autoridades competentes delegadas, sin obviar el postulado de la STC 168/2021 relativo al recurso de amparo presentado contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 dentro de este mismo contexto. Y la tercera STC señala que la declaración del estado de alarma, como la de cualquiera de los otros dos estados, de excepción y de sitio, no puede en ningún caso interrumpir el funcionamiento de ninguno de los poderes constitucionales del Estado y, de modo particular, el Congreso de los Diputados.

6.1. La STC 148/2021, de 14 de julio, sobre el primer estado de alarma covid-19

Este primer pronunciamiento, adoptado por una estrecha mayoría de seis votos a favor y cinco en contra (posiciones contrarias traducidas en sus correlativos votos particulares,

³¹ Sobre la seguridad jurídica que vertebrata todo el ordenamiento jurídico y como principio consustancial al propio derecho, el libro de Cabello Fernández (2021, pp. 12 y ss.); e incidiendo en el criterio garantista Vidal Prado y Delgado Ramos (2011, pp. 264-265).

³² Sobre la entidad de tales derechos, el trabajo de Bilbao Ubillos (2020).

que analizamos después), declara inconstitucional parte del Real Decreto 463/2020 y los términos «modificar o ampliar» del apartado 6 del artículo 10, en la redacción resultante del artículo único, apartado 2, del Real Decreto 465/2020. La STC 148/2021, y en gran medida el sentido de los votos particulares que la acompañan, gira en torno a la adecuación constitucional de las restricciones impuestas por el primer estado de alarma covid-19, con la libertad ambulatoria establecida por el Real Decreto 463/2020, es decir, en si hubo o no suspensión de dicho derecho fundamental (Prieto Sanchís, 2003, pp. 106 y ss.). La resolución ha suscitado un debate que incide en la interpretación del derecho de excepción y el papel de las instituciones, pues el tribunal ha manifestado sus reparos –y se mostró dividido–³³ sobre la constitucionalidad del uso del estado de alarma para combatir y atajar al coronavirus. Esta resolución de la alta instancia y garante constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planeado y, en consecuencia, declara contrarios a la Constitución los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la pandemia. El Tribunal Constitucional considera que el confinamiento generalizado de la población –de toda la población y para todo el territorio nacional–, impuesto por el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, es inconstitucional por contrariar el artículo 55.2 de la CE *a contrario sensu*, y el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/1981, que no permite dicha restricción de la libertad de circulación, sino que se refiere solo a limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. La STC 148/2021 aprecia la exigencia de proporcionalidad en la triple vertiente consagrada por otros precedentes jurisprudenciales relacionados con el caso, es decir, atendiendo a que la medida constitucional fuese idónea para la finalidad perseguida, que además fuese necesaria para alcanzar los objetivos propuestos sin que existieran otras menos gravosas para el derecho fundamental (*v. gr.* una restricción menos intensa de la libertad, en la que la regla fuese la movilidad) y, en tercer lugar, el que se tratara de una medida proporcionada en sentido estricto (causando mayores beneficios –vida, salud– que los perjuicios que infligía); proporcionalidad esta última que es eje argumental para los magistrados disidentes³⁴ con la STC 148/2021.

La STC 148/2021 basa su razonamiento en que las restricciones acordadas constituían una suspensión de la libertad de circulación y no una mera limitación, y que ello las hacía incompatibles con el artículo 55 de la Constitución, precepto que establece que la

³³ Sobre la doctrina constitucional discrepante destilada por el propio Tribunal Constitucional, el trabajo de Ahumada Ruiz (2000).

³⁴ La STC 148/2021 fue aprobada por seis magistrados y tuvo cinco votos en contra, emitiendo cada uno de ellos votos particulares. Sobre la entidad de los votos discrepantes en el Tribunal Constitucional, Cámara Villar (1993). En el caso de la STC 148/2021, los votos discrepantes giran sobre dos hitos argumentales que justifican que el confinamiento total de la población decretado no supone una suspensión de la libertad de circulación *ex artículo 19* de la CE, por más que esta medida sea una restricción extrema de esta libertad; así lo registra en sus notas conclusivas el profesor Álvarez García (2021a, pp. 19-20).

suspensión de determinados derechos solo puede darse bajo los estados de excepción y sitio. Del tenor de la resolución destacamos algunos de sus pronunciamientos, que por su valor interpretativo adquieren un valor jurisprudencial singular, dada la eventual persistencia de los efectos de la pandemia hacia el futuro³⁵. Así, por un lado, declara la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no derivada del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad aceptada, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales³⁶. Por otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la suspensión afectó a la generalidad de la población, y partiendo de esas premisas considera que no pueden revisarse los procesos judiciales concluidos mediante sentencia con efecto de cosa juzgada, o las situaciones decididas por actuaciones administrativas firmes por la inconstitucionalidad declarada en la sentencia. Sin embargo, el juez de la Constitución sí que considera posible revisar los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la ineficacia de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. Al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta decisión del Tribunal Constitucional no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio para los casos de quienes «sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables». Creo que del citado pronunciamiento del Constitucional cabría destacar lo siguiente:

- 1.º Otorga valor normativo de ley al Real Decreto 463/2020, que declaró el primer estado de alarma como consecuencia de la pandemia. De modo que el juez constitucional incide en que la decisión del Consejo de Ministros reviste la forma de real decreto, si bien es «una norma revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables, cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma».

³⁵ De la exégesis de la STC 148/2021, gabinete Deloitte con ocasión de hacerse público el pronunciamiento: <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articulos/sentencia-tribunal-declara-inconstitucional-estado-de-alarma.html>

³⁶ Véase el trabajo de Garrido López (2017) y el más reciente de Muñoz Gómez (2021), en su análisis de la decisión del Alto Tribunal que declaró inconstitucionales algunas de las disposiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19; STC que apoya sus razonamientos en que dichas restricciones constituían una suspensión de la libertad de circulación y no una mera limitación, y ello las hacía incompatibles con el artículo 55 de la Constitución, en tanto que establece que la suspensión de determinados derechos solo puede darse bajo los estados de excepción y sitio; pronunciamiento que continúa suscitando controversia en torno a la interpretación del derecho de excepción y el papel de las instituciones.

- 2.º Sobre las restricciones y la posible limitación de derechos fundamentales en el estado de alarma, el Alto Tribunal declara que el estado de alarma no permite al Ejecutivo la suspensión de libertades públicas y derechos fundamentales, si bien es factible –añade el tribunal– la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio con modificación, por tanto, de su régimen ordinario. De modo que la limitación o restricción de derechos en el estado de alarma no puede privarlos de su contenido esencial, es decir, no puede llegar hasta la suspensión de derechos, entendiéndose por tal la «cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos».
- 3.º En relación con los derechos fundamentales que fueron suspendidos en el estado de alarma y en aplicación de la hermenéutica anterior, el juez constitucional concluye que fueron verdaderas suspensiones y no meras restricciones o limitaciones de su ejercicio las medidas que se acordaron respecto de la libertad de circulación y libertad de elección del lugar residencia. Así, el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, que declaró el estado de alarma, no delimitó el derecho a circular libremente en el territorio nacional a un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspendió de raíz, de forma generalizada, para todas las personas, y por cualquier medio. Y otro tanto afirma del derecho a elegir libremente el lugar de residencia que implica una genérica e indiferenciada facultad constitucional para determinar libremente el lugar en que se desee fijar la residencia habitual, lo que incluye como ineludible la facultad para trasladar, en cualquier momento, dicha residencia habitual a un lugar diferente. Incide el Tribunal Constitucional en que las limitaciones de estos derechos fueron drásticas, hasta el extremo de excepcionar durante un tiempo su contenido esencial para toda la ciudadanía y para todo el territorio nacional. Lo que comporta el juicio de inconstitucionalidad indicado.
- 4.º El Alto Tribunal tuvo también ocasión de pronunciarse en su Sentencia de 14 de julio de 2021, sobre los derechos fundamentales que fueron limitados, pero no suspendidos, en el estado de alarma. Así, el tribunal considera que fueron limitados en su ejercicio –pero no suspendidos– los siguientes derechos fundamentales:
 - Sobre el derecho de reunión o manifestación en vía pública: Estos derechos no quedaron suspendidos por la declaración del estado de alarma, aunque su ejercicio sí estaba condicionado por las circunstancias sanitarias.
 - Sobre el derecho a la educación: La prohibición de la enseñanza presencial supuso una limitación proporcionada del derecho a la educación pero que estuvo acompañada del mantenimiento de modalidades alternativas.
 - Sobre el derecho a la libertad de empresa: Este derecho garantiza «el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial». Para el juez constitucional: 1. Las normas generales, ordinarias o de carácter excep-

cional, que imponen exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los locales comerciales, o en el acceso a los mismos, no inciden en la libertad que la Constitución garantiza, aun cuando condicionen la apertura al público de dichos recintos. 2. Las medidas adoptadas durante el estado de alarma «constrañen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos» pero no pueden equipararse a la suspensión. Para ello el tribunal tiene en cuenta que la suspensión de actividades «está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad», las medidas adoptadas fueron «idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia» y no resultaron desproporcionadas.

- Sobre el derecho a la libertad religiosa³⁷: El tribunal entiende que el real decreto contemplaba expresamente la asistencia a lugares de culto y ceremonias religiosas y la imposición de medidas de seguridad, higiene o salubridad en lugares de pública concurrencia no incide propiamente en las libertades que en tales espacios se ejerciten.

En definitiva, el intérprete supremo de la Constitución enfatiza en su STC 148/2021 sobre la categoría jurídica del estado de alarma, la que considera que, siendo necesaria la declaración del mismo, lo era también acertar con las formas jurídicas empleadas en su aplicación (García Manzano, 2021)³⁸. De ahí que el tribunal concluyera en este caso que las medidas adoptadas, relativas a la libre circulación de las personas, supusieron –por más temporales que fueran– una auténtica suspensión de derechos fundamentales³⁹, y no una mera limitación o restricción propias del estado de alarma, quedando pues vedadas para el estado de alarma y solo siendo factibles, bajo el cumplimiento de otras premisas, mediante los estados de excepción y de sitio⁴⁰.

6.2. La STC 168/2021 sobre el Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020

El Acuerdo de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 que decidió suspender el cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraban en

³⁷ Cfr. el extenso trabajo de Gutiérrez del Moral (2021). También Barrero Ortega (2022).

³⁸ Sobre el valor hermenéutico vinculado a ello, el trabajo de León Alonso (2016, p. 235).

³⁹ Sobre la afectación de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional sobre el significado de la limitación y de la suspensión de los derechos fundamentales, en recurso de amparo, donde se suscitaban límites del derecho de manifestación en tiempos de pandemia (ATC 40/2020, de 30 de abril; inadmisión Sala Primera).

⁴⁰ Cfr. Presno Linera (2020, pp. 25 y 26).

tramitación motivó la presentación de un recurso de amparo, que se resolvió en la tercera de las sentencias que estamos comentando. La mesa levantó la suspensión el 7 de abril de 2020 y comunicó que entendía que la suspensión que se había producido era «una medida adecuada y proporcionada a las circunstancias sanitarias y de salud pública concurrentes». El tribunal otorga el amparo a los recurrentes entendiendo que dicha suspensión vulneró el derecho fundamental de participación política de los recurrentes (art. 23 CE). A estos efectos recuerda el tribunal su doctrina sobre «el "ius in officium" del parlamentario, cualquiera que sea el órgano legislativo al que pertenezca», entendiendo «que el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, cuyo contenido se extiende al acceso y permanencia en el ejercicio del cargo público, así como a desempeñarlo de acuerdo con la ley, sin constricciones o perturbaciones ilegítimas, correspondiendo establecer su delimitación, sentido y alcance a los reglamentos parlamentarios» (FJ 3.º B). Y el tribunal relaciona ese derecho fundamental con la importantísima función parlamentaria que tienen las Cortes Generales: el control político del Gobierno y, en el caso concreto, del Congreso de los Diputados la función de exigencia de responsabilidad política. Así, indica el tribunal que «en el estado de alarma, el ejercicio del derecho de participación política de los diputados del Congreso debe estar, en todo caso, garantizado y, de modo especial, la función de controlar y, en su caso, exigir al Gobierno la responsabilidad política a que hubiera lugar, haciéndolo a través de los instrumentos que le reconoce el título V de la CE y mediante el procedimiento que establezca el Reglamento de la Cámara para cada caso» (FJ 3.º B). Esto es especialmente relevante. El sistema parlamentario que nuestra Constitución crea se asienta sobre la doble confianza Parlamento-Gobierno. Desde su origen, desde la investidura del presidente del Gobierno (art. 99 CE), el ejecutivo debe contar con la confianza del Congreso de los Diputados para existir como tal. Además, el Gobierno ha de seguir contando a lo largo de todo su mandato con la confianza parlamentaria, puesto que las Cortes controlan políticamente al Gobierno y garantizan, en su faceta de impulso político, que se respete el pluralismo. Y el ejercicio de esa función de control es esencial, incluso en los momentos extraordinarios que supone la declaración del estado de alarma. Así, indica el tribunal que «si la proclamación de alguno de los tres estados «no modifica» la responsabilidad política del Gobierno y corresponde al Congreso de los Diputados la exigencia de tal responsabilidad a aquel por la gestión de sus funciones, potestades o atribuciones, sin distinción de situaciones, los diputados, en el ejercicio de su derecho de participación política, tienen, como una de sus más caracterizadas funciones, la de controlar y, en su caso, exigir responsabilidad política al Gobierno por su gestión, porque la Constitución (art. 116.6 CE) no ha establecido modulaciones ni alteraciones en su configuración o intensidad a aquella responsabilidad» (FJ 3.º B). El incierto papel de las minorías en las Cortes, incluso de la oposición, y la rígida disciplina de los grupos parlamentarios están modificando la forma de ejercer las funciones parlamentarias, y de manera grave esa situación se ha modificado durante la vigencia del estado de alarma. Con carácter general, los grupos minoritarios en las cámaras no han sido alternativa de gobierno y, por ello, a veces ni siquiera se ha contado con ellos para establecer acuerdos, salvo que sea imprescindible su apoyo a la hora de formar Gobierno. Parece que ha primado exclusivamente la matemática, de tal forma que el objetivo del acuerdo no ha sido tanto el contenido, sino el número de votos necesario para que cualquier iniciativa fuera aprobada. Por ello, el tribunal recuerda que el funcionamiento

del Congreso de los Diputados, junto con el de los demás poderes constitucionales del Estado, «no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados excepcionales (arts. 116.5 CE y 1.4 LOAES) y, como hemos señalado anteriormente, la citada Cámara disponía de medios alternativos para asegurar la continuidad de su funcionamiento durante la vigencia del estado de alarma, por lo que aquel argumento no puede justificar la decisión de interrumpir temporalmente la actividad parlamentaria de la Cámara» (FJ 5.º B).

Aunque la Constitución solo se refiere al Congreso, la doctrina entiende que la esa imposibilidad de disolución alcanza también al Senado, puesto que el precepto continúa refiriéndose a que «las Cámaras quedarán automáticamente convocadas si no estuvieran en periodo de sesiones». Y así recordamos al hilo de esta situación que «las cláusulas tendentes a garantizar la existencia y la presencia del Parlamento tienen particular sentido en todos aquellos casos en los que el estado excepcional puede ser declarado, aunque sea provisionalmente, por el Gobierno (Cruz Villalón, 1984, p. 131). La finalidad de los instrumentos de control es conseguir que el pueblo tenga noticia de las actividades del Gobierno, y que se adquiera acerca de esas actividades una visión crítica. Y esa finalidad adquiere especial notabilidad en momentos graves, puesto que «la función constitucional de control que debe ser ejercitada con la máxima intensidad durante un estado excepcional, como en este caso el estado de alarma, para garantizar de ese modo los derechos de los ciudadanos y el propio Estado de Derecho» (FJ 5.º B). El pluralismo significa, en el ámbito parlamentario, garantía de participación en el control y en las restantes competencias parlamentarias de los grupos, al margen del número de miembros. En cierto sentido, las Cortes Generales se encargan de marcar los límites, condicionar y controlar la actuación del Gobierno.

6.3. La STC 183/2021 sobre el Real Decreto 926/2020

El segundo pronunciamiento del Alto Tribunal que comentamos estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró un ulterior estado de alarma; contra varios apartados de la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, y contra el artículo 2, la disposición transitoria única y disposición final primera del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma por el Real Decreto 926/2020. En esta STC 183/2021 se declara la inconstitucionalidad de la prórroga de los seis meses y el nombramiento de autoridades competentes delegadas fijado en la norma impugnada. Y un tercer pronunciamiento del Constitucional señala que la declaración del estado de alarma, como la de cualquiera de los otros dos estados, de excepción y de sitio, no puede en ningún caso interrumpir el funcionamiento de ninguno de los poderes constitucionales del Estado y, de modo particular, el Congreso de los Diputados⁴¹.

⁴¹ A mayor abundamiento, Álvarez Vélez (2021).

El Tribunal Constitucional estimó que, tras el primer estado de alarma, el ulterior se articuló de modo «inconsistente» y, por tanto, declara inconstitucional tanto dicha prórroga como el nombramiento de autoridades competentes delegadas. El fallo de la STC 183/2021 estima parcialmente el recurso⁴² de inconstitucionalidad promovido por más de 50 diputados contra varios preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por la covid-19; contra varios apartados de la Resolución de 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados y contra el artículo 2, la disposición transitoria única y disposición final primera del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma por el Real Decreto 926/2020. Bien es cierto que la sentencia que comentamos cuenta con los votos particulares del presidente del tribunal, Juan José González Rivas, y de los magistrados Juan Antonio Xiol, Cándido Conde-Pumpido y María Luisa Balaguer, de cuyas discrepancias nos ocuparemos más adelante.

Tras el precedente comentado en el epígrafe anterior relativo al primer estado de alarma pandémico, nos referiremos ahora al llamado segundo estado de alarma, que fue decretado en octubre de 2020. En esta ocasión el Ejecutivo intentaba atajar los rebrotes de la pandemia y sus consecuencias. En este envite el juez constitucional declara inconstitucional tanto la prórroga de seis meses acordada como el nombramiento de autoridades competentes delegadas que fijaba el Real Decreto 926/2020 del segundo estado de alarma.

La STC 183/2021 fue redactada por el magistrado Antonio Narváez, quien señala que lo que merece reprobación constitucional no es tanto la duración de la prórroga, por sí sola y sin más, sino el carácter no razonable o infundado, visto el acuerdo adoptado por el Congreso de los Diputados, de la decisión por la que se fijó tal plazo. Indica el ponente que la determinación temporal de aquella prórroga de seis meses se realizó de un modo por entero «inconsistente» con el sentido constitucional que es propio del acto de autorización, y sin coherencia alguna, incluso con las razones que el Gobierno hizo valer para instar la prórroga finalmente concedida. Y añade que la prórroga fue autorizada cuando las medidas limitativas de derechos incluidos en la solicitud no iban a ser aplicadas inmediatamente por el Gobierno, pues se supeditaba su puesta en práctica a lo que los presidentes de las comunidades autónomas decidieran. Subraya el magistrado Narváez que merece censura constitucional aquella autorización, pues se concedió sin saber qué medidas se iban a aplicar para combatir la pandemia.

⁴² El recurso de inconstitucionalidad promovido por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Vox planteaba que el segundo estado de alarma era contrario a los artículos 17, 19, 21 y 25 de la Constitución, relativos a los derechos a la libertad y a la seguridad, a la libre circulación, a la reunión y la manifestación pacíficas, y contra las sanciones administrativas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Junto a ello, el recurso sostenía la inconstitucionalidad de la decisión del presidente del Gobierno de comparecer solo cada dos meses ante el pleno de la Cámara para dar cuenta parlamentaria del devenir de la situación pandémica y de las medidas acordadas. Cfr. el trabajo de Cano Campos (2020, pp. 289 y ss.).

Un aspecto destacable en la STC 183/2021 es el relativo a la designación de autoridades competentes delegadas, pues la resolución de la alta instancia considera que, entre otros motivos, esta decisión contraviene lo dispuesto en la norma jurídica (ley orgánica), a la que el artículo 116.1 de la Constitución reserva la regulación de los estados anómalos o de crisis y las competencias y limitaciones correspondientes. Abunda dicha sentencia en que el Poder Ejecutivo se excedió en su cometido, pues acordó con carácter permanente la delegación sin reserva alguna de la supervisión efectiva, o de la eventual avocación al propio Gobierno, de lo que las autoridades delegadas pudieran actuar en sus respectivos ámbitos territoriales.

La estimación del recurso es parcial y declara nulos varios preceptos incluidos en el Real Decreto 926/2020, como los apartados 2 y 3 del artículo 2, en los que se decía que en los territorios autonómicos sería autoridad competente delegada quien ostentara la presidencia, y que quedaba habilitada para dictar, por delegación del Gobierno de la nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. En concreto, anula el apartado 2 del artículo 5, que dice que la autoridad competente delegada podrá determinar, en su ámbito territorial, que la hora de comienzo del confinamiento previsto sea entre las 22:00 horas y las 00:00 horas; y que la hora de finalización de dicha limitación sea entre las 5:00 y las 7:00 horas. Igualmente deja sin efecto el inciso «delegada que corresponda» del artículo 6.2, que hacía referencia a que la autoridad delegada, es decir, los presidentes de los entes autonómicos, podían limitar la entrada y salida de personas en territorios de carácter geográficamente inferior a la comunidad autónoma. También anula el que sean los presidentes quienes decidan, previa comunicación al Ministerio de Sanidad, que las reuniones de grupos en lugares públicos puedan ser menores a seis personas, y revoca que tenga que ser la autoridad delegada, los presidentes autonómicos, quienes decidan los aforos de lugares de culto. La STC 183/2021 declara también ilegal que las medidas adoptadas tengan una duración no inferior a siete días, ataca por tanto la durabilidad de las medidas restrictivas que planteaba el Ejecutivo nacional, y anula además que sea cada presidente autonómico quien tenga la capacidad de modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas. Además, tumba el criterio de que sean las autoridades competentes delegadas quienes puedan imponer en su ámbito territorial la realización de las prestaciones personales obligatorias que resulten imprescindibles, en el ámbito de sus sistemas sanitarios y sociosanitarios, para responder a la situación de emergencia sanitaria. La declaración de inconstitucionalidad se extiende a varios apartados del Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 29 de octubre de 2020, que autorizaba la prórroga del estado de alarma, declarado por el Real Decreto 926/2020. En concreto, indica que es inconstitucional el apartado segundo, que rezaba que la prórroga se extendería desde el día 9 de noviembre de 2020 hasta el día 9 de mayo de 2021. Y del mismo modo reprueba el contenido del apartado cuarto en cuanto ofrecía nueva redacción a dos artículos del real decreto referidos a las autoridades delegadas, y a que en caso de prórrogas el ministro de Sanidad comparecería quincenalmente ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados para dar cuenta de la aplicación de las medidas previstas.

Igual suerte corre el apartado quinto, que hacía mención a salvedades que incluía el real decreto para las horas de confinamiento.

En otro orden de cosas, con relación al Real Decreto 956/2020, por el que se prorrogó en octubre ese ulterior estado de alarma, el magistrado ponente deja constancia de que también es nulo el inciso primero del artículo 2, que dice que «la prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 del día 9 de mayo de 2021». Y declara inconstitucional, además, la disposición transitoria única relativa a la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, dos apartados de la disposición final primera y el apartado tercero de la disposición final primera relativa a que el presidente del Gobierno debía comparecer cada dos meses para dar cuenta ante el pleno de la gestión de la pandemia, mientras que el ministro de Sanidad lo haría mensualmente ante la comisión del ramo. Se declara, pues, la inconstitucionalidad de la prórroga de seis meses del segundo estado de alarma y, en el mismo sentido que ya expresamos más arriba, se formula un reproche constitucional a la denominada «cogobernanza» con las autonomías en la gestión de la crisis pandémica.

Pese a las sombras y polémicas, las sentencias comentadas arrojan luz sobre cuestiones cruciales en situaciones excepcionales o críticas. De modo que, a las declaraciones de constitucionalidad de algunas de las medidas adoptadas mediante la declaración del estado de alarma, se esclarece el horizonte futuro sobre el alcance de la limitación o suspensión. Al mismo tiempo, el juez de la Constitución alumbró en los fallos comentados aspectos relativos a la alteración del marco constitucional de distribución del poder entre las Cortes y el Ejecutivo, además del ámbito de las relaciones entre el Estado y las autonomías, ya que la excepcionalidad jurídica supone una fractura del marco competencial previsto en la Constitución. Considero relevante, pues, que en estas decisiones el Constitucional haya insistido en la proporcionalidad y la relevancia del control parlamentario sobre los actos gubernamentales, y ello es especialmente importante en situaciones excepcionales, es decir, cuando el ejercicio regular de los derechos básicos o el funcionamiento ordinario de las instituciones no es posible⁴³.

7. Síntesis de los votos particulares en las SSTC 148/2021, 168/2021 y 183/2021

En este epígrafe reseñamos las posibilidades efectivas de debate jurisprudencial que se ven propiciadas a través de las opiniones discrepantes relativas a las decisiones del Alto

⁴³ En este punto me permito llamar la atención sobre el denominado «derecho a tener derechos», en el sentido aludido por Arendt (2006, pp. 410-411). Así como las conclusiones alcanzadas por Álvarez Vélez (2021, pp. 571-574).

Tribunal que comentamos, tanto en la STC 148/2021, que fue aprobada por seis magistrados y tuvo cinco votos en contra, emitiendo cada uno de ellos votos particulares, como en la STC 183/2021, en que el juez constitucional estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado frente al Real Decreto 926/2020, contra varios apartados de la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados y contra el artículo 2, la disposición transitoria única y disposición final primera del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma por el Real Decreto 926/2020. En ambos casos se ahonda en la necesidad de análisis y sujeción de la ley a un control de validez jurídica como tema recurrente en materia constitucional y, también, como elemento básico de justificación de la existencia de un verdadero Estado de derecho. De modo que las opiniones discrepantes son, del mismo modo, presupuesto metodológico que debemos tener en cuenta en el análisis de la justicia constitucional⁴⁴.

Con distintos argumentos, todos los discrepantes coinciden en que las medidas decretadas deberían haber sido declaradas constitucionales, ya que no las consideran suspensiones, sino limitaciones de derechos fundamentales, y que por ello fueron adoptadas debidamente en el estado de alarma. Recordemos que la STC 148/2021 fue aprobada por seis magistrados y contó con cinco votos en contra y sus correlativos votos disidentes. En la decisión 148/2021, los votos particulares pivotan sobre el hito argumental que justifica que el confinamiento total de la población decretado no supone suspensión de la libertad de circulación ex artículo 19 de la CE, por más que esta medida sea una restricción extrema de esta libertad. A ello se suman las opiniones críticas (López Basaguren, 2022)⁴⁵ con la jurisprudencia constitucional dictada sobre la materia que se suceden en los posteriores pronunciamientos del Constitucional, y, naturalmente, contradicen la solución jurisprudencial final.

En cuanto a los votos particulares a la STC 168/2021, destaca el formulado por la magistrada Balaguer Callejón, al que se adhiere el juez Xiol Ríos. En él manifiesta su desacuerdo en el otorgamiento del amparo, ya que considera que la Mesa de Congreso actuó adoptando una medida proporcional, dado que –dice– la limitación del ejercicio del derecho a la participación política tiene una finalidad que no solo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los artículos 15 de la CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 de la CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en circunstancias pandémicas. Erige el segundo de los votos particulares el actual presidente del tribunal, el magistrado Conde-Pumpido, quien usa un argumento afín en cuanto al canon de proporcionalidad y entiende además que la función de control al Gobierno, por exigencia del artículo 116 de la CE es –a su juicio– la que debe ser salvaguardada con mayor intensidad durante la vigencia del estado de alarma, y esta función no decayó, ni sufrió interferencia grave, durante el breve periodo

⁴⁴ Cfr. Cámara Villar (1993, pp. 8 y ss.).

⁴⁵ Del mismo autor, aunque en clave más divulgativa (18 de marzo de 2020 y 25 de agosto de 2020).

de suspensión de los plazos de tramitación. Finalmente, el tercer voto particular lo plantea el entonces presidente, González Rivas, quien manifiesta que su inicial discrepancia se refiere a la metodología, ya que –dice– la sentencia reconoce explícitamente el análisis de inconstitucionalidad de la Decisión de la Mesa del Congreso de 19 de marzo de 2020 y la nulidad, lo que supone realizar un examen de tipo abstracto sobre la conformidad con la Constitución de la Decisión de 19 de marzo de 2020, y –añade– que esta constricción del derecho a la participación política, considerada en las condiciones de los meses de marzo y abril de 2020, aparece proporcionada al logro de los bienes jurídicos ya referidos, al configurarse como una regla general y no como una previsión absoluta.

Por su parte, la STC 183/2021, de 27 de octubre, cuenta con opiniones jurisprudenciales discrepantes en línea con lo señalado anteriormente. Así, se presentaron cuatro votos particulares. El primero de ellos, emitido por la magistrada María Luisa Balaguer, remitiéndose en parte al que ya formuló en relación con la STC 148/2021, justifica su discrepancia tanto sobre las autoridades delegadas como sobre la duración temporal de la prórroga. Sobre lo primero recuerda Balaguer Callejón que si la finalidad de la declaración de cualquier estado de urgencia es adoptar medias para recuperar lo antes posible el estado de normalidad constitucional, parece razonable sostener que tales medidas sean lo menos perturbadoras posible del modelo de distribución de poderes (horizontal, vertical y territorial) que se haya llegado a configurar en una situación de estabilidad constitucional. Y, sobre la extensión de la prórroga a seis meses, indica que debiera haber sido evaluada evitando toda consideración de oportunidad política y evitando la conexión del juicio de constitucionalidad con el contenido de las medidas adoptadas y su mayor o menor grado de delegación.

La segunda opinión disidente la formula el magistrado Conde-Pumpido mediante un voto particular, en el que interpreta que el plazo de duración de la prórroga previsto en el acuerdo parlamentario satisface el juicio de proporcionalidad al tratarse de un plazo cierto y ajustado a las circunstancias derivadas de la situación de emergencia provocada por la pandemia, explicitadas en la decisión del Congreso de los Diputados. Plazo de seis meses que, por otra parte, no ha de entenderse como rígido, puesto que, si la situación de crisis desapareciera, su desactivación debería ser automática en aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 1.2 LOAES), bajo el control parlamentario en todo caso. Disiente también de la inconstitucionalidad declarada en la sentencia sobre la delegación realizada, pues en un Estado autonómico –dice el magistrado– se permite la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas, tanto en el caso de estados de alarma territorializados como en el caso de estados de alarma que afecten a la totalidad del territorio. Por su parte, el magistrado Xiol Ríos emite el tercer voto particular al respecto, y se refiere también al voto particular que emitió en relación con la STC 148/2021, además de añadir su discrepancia tanto con el punto de partida dialéctico de la decisión del Constitucional, como con el contenido de la argumentación. Indica Xiol que las reglas del discurso dialéctico exigen, tal como plantea la demanda, resolver en primer término la cuestión relacionada con el alcance y la constitucionalidad del real decreto y de la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas; y solo después, en el caso de que se aceptase su constituciona-

lidad, examinar la constitucionalidad de las medidas desde el punto de vista de la legalidad constitucional y de su proporcionalidad; y, en último término, la procedencia o no de la prórroga desde el punto de vista constitucional en atención a las condiciones en que tuvo lugar.

Por último, también emite voto particular quien entonces presidía el tribunal, González Rivas, que disiente singularmente de la interpretación que en la decisión jurisprudencial se contiene de la prórroga del estado de alarma. Según parecer de González Rivas, sí existió una conexión razonable entre la duración prevista de seis meses y las circunstancias que concurrían en aquel momento histórico con la coyuntura de emergencia, y –añade– el Congreso de los Diputados no resultó privado de los instrumentos de fiscalización durante la vigencia del estado de alarma prorrogado. Desde su lógica interpretativa el decreto que autorizaba la prórroga no ejercitó una transferencia de titularidad atributiva de competencias, sino una mera delegación, manteniendo los controles propios de la autoridad delegante, que era el Gobierno, y que podía revocar en cualquier momento.

Luego, cuatro votos particulares objetaron el criterio final de la STC 183/2021, votos propicios a que el derecho a la salud justifica las medidas adoptadas entre octubre 2020 y mayo 2021. En concreto, los magistrados disidentes fueron los reseñados anteriormente, contando entre ellos al presidente. Así, los magistrados discrepantes sostenían que la decisión ejecutiva era constitucional y, del mismo modo, también lo fue el paraguas legal de la cobertura jurídica que empleó el Ejecutivo para amparar la declaración del segundo estado de alarma por seis meses. Si bien, la cuestión del plazo representó un escollo determinante de que se inclinara la balanza hacia la inconstitucionalidad, por considerar la mayoría del Tribunal Constitucional «plazo excesivo» del decreto; lejos de lo acontecido con el primer estado de alarma, que se prorrogaba cada quince días. Ello, sumado a la forma en que se adoptó, fue concluyente para que la alta instancia considerase inconstitucional la medida, al no haberse ejercido un control parlamentario eficaz ni periódico del Congreso sobre la misma. De ahí que el tribunal estimase que el Congreso quedó privado primero, y se despojó después, de su potestad para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga de seis meses. Se insiste en la STC 183/2021 en que «quedó así cancelado el régimen de control que, en garantía de los derechos de todos, corresponde al Congreso de los Diputados bajo el estado de alarma. Control parlamentario que está al servicio, también, de la formación de una opinión pública activa y vigilante y que no puede en modo alguno soslayarse durante un estado constitucional en crisis». De entre los votos particulares aludidos cabe destacar el emitido por el presidente del tribunal, el magistrado González Rivas, quien se aparta de la decisión del Constitucional por considerar razonable la conexión que existió entre la duración de la prórroga del estado de alarma de seis meses, explicitada en el Real Decreto 926/2020, y las circunstancias que concurrían en ese momento de la emergencia sanitaria. A juicio del magistrado González Rivas, el Congreso de los Diputados no resultó privado de los instrumentos de fiscalización durante la vigencia del estado de alarma prorrogado. Además, el decreto que autorizaba la prórroga no ejercitó una transferencia de titularidad atributiva de competencias, sino una mera delegación, manteniendo los controles propios de la autoridad delegante –el Gobierno– y

que podía revocar en cualquier momento. La coincidencia de los magistrados disidentes gira en torno a una postura similar, y concluye que tanto la prórroga de seis meses como la delegación de competencias a favor de las comunidades autónomas fueron constitucionales. No obstante, el criterio discrepante de González Rivas podríamos sintetizarlo en los siguientes postulados: «Existió una conexión razonable entre la duración prevista de seis meses y las circunstancias que concurrían en aquel momento histórico con la coyuntura de emergencia». «La duración de seis meses estaba explicitada en el decreto de declaración del estado de alarma prorrogado y, en mi opinión, era razonable». «El Congreso de los Diputados no resultó privado de los instrumentos de fiscalización durante la vigencia del estado de alarma prorrogado». «El decreto autorizador de la prórroga no ejercitó una transferencia de titularidad atributiva de competencias, sino una mera delegación, manteniendo los controles propios de la autoridad delegante, que era el Gobierno, y que podía revocar en cualquier momento». «El marco general fijado en los textos normativos aplicables, sujetos a constante variabilidad (índices y estadísticas diarias) ofrecieron suficiente certeza».

Tras la síntesis de los votos particulares reseñados se llega a colegir que en la labor interpretativa de los mismos se utilizan una serie de principios como parámetros de control que no necesariamente figuran en los textos constitucionales y que crean *ex novo*, reinterpretando, innovando y, a veces, escapando a las constricciones que marcan los contenidos del texto constitucional. Incluso se hace uso de técnicas y reglas hermenéuticas que mutan o alteran la aplicación normativa conforme a un «deseable equilibrio de poderes» o la hipotética vinculación de los mismos. Así, por ejemplo, la magistrada Balaguer Callejón, cuando discrepa no solo del fallo de la sentencia, sino también de todo el proceso lógico y de la argumentación desarrollada por el pleno. De hecho, en su discrepancia expone por qué razón el desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional de excepción, formulado por el tribunal, carece de conexión con el diseño actual del Estado autonómico, y pretende una interpretación «originalista» e incoherente de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad, que no es posible explicar desde una visión actual de nuestra normativa constitucional.

8. Conclusiones: Reformulación del derecho de crisis a la luz constitucional

La irrupción de la pandemia de la covid-19 favoreció la aceptación de medidas restrictivas de derechos y ciertas desviaciones de poder. La pandemia ha suscitado una serie de dilemas jurídicos para los sistemas democráticos. Dilemas referidos a las medidas restrictivas de las libertades y de concentración de poder que tensionan la lógica tecnocrática en la toma de decisiones y la política (Álvarez García, 1996)⁴⁶. Por eso, y tras lo antes expuesto, planteamos las siguientes conclusiones:

⁴⁶ Y del mismo autor (2021a y 2021b).

A) Si ha ocurrido una vez, puede suceder más veces. Por ello, ya que conocemos de rebrotes, de futuribles pandemias, de sus efectos y de las decisiones álicas adoptadas al respecto, la pregunta gira sobre qué medidas adoptar, qué instrumentos jurídicos emplear y cómo abordar tales situaciones sin pagar un precio elevado en términos jurídicos⁴⁷. Nuestra propuesta parte de los criterios sentados al efecto por el Tribunal Constitucional español y la doctrina especializada. Compartimos pues el parecer del profesor Álvarez García (2021a) cuando insiste en que se hace necesaria una norma frente a las pandemias, ya que solo contamos con un escueto precepto a tal efecto. El sistema jurídico ha mostrado fallas y lagunas, con el consabido perjuicio para los derechos fundamentales. Deficiencias que –como hemos visto– pueden ser utilizadas de modo equívoco o torticero por el poder establecido. Siguiendo el atinado planteamiento del profesor Álvarez García, proponemos una reordenación del derecho de crisis español y la mejora de la normativa específica para la lucha contra las grandes epidemias que eventualmente puedan presentarse. De ahí que se deba regular un estado constitucional de pandemia, y articular una autoridad administrativa independiente, es decir, ajena a los vaivenes gubernamentales capaz de gestionar las crisis más extremas y, en particular, para hacer frente a las grandes crisis de salud pública⁴⁸. Respecto de la conveniencia de erigir una autoridad administrativa independiente ante coyunturas como la descrita, cabe indicar que son escasos los países que regulan o plantean en sus agendas de políticas públicas la inclusión de esta cuestión a través de reformas constitucionales, legislativas o reglamentarias. Y ello se nos antoja poco alentador, porque impide contar con un cuerpo funcional solvente, estable y con experiencia en un campo tan preciso⁴⁹. No cabe duda de que adoptar medidas sanitarias para combatir una pandemia comporta indefectiblemente afectar a derechos fundamentales. Pero no tienen por qué verse empañadas la movilidad y las costuras jurídicas de otros derechos básicos concernidos por la libertad de circulación de las personas del artículo 19 de la Constitución. Constatamos como las medidas tendentes a evitar aglomeraciones afectaban al derecho citado y también a la intimidad familiar del artículo 18.1, a los derechos de reunión y de manifestación del artículo 21, a la libertad religiosa del artículo 16, al derecho a la educación del artículo 27 o a la libertad de empresa, entre otros. En primer término, las coyunturas críticas provocadas por epidemias dan lugar a medidas sanitarias que regula la legislación ordinaria, y así, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (cláusula general del art. 3 de la citada LOMESP), determina que las autoridades podrán adoptar las medidas sanitarias que consideren necesarias ante eventualidades epidemiológicas o en caso de riesgo de carácter transmisible. Junto a ello, el derecho constitucional excepcional se articula también como mecanismo jurídico para la adopción de tales medidas sanitarias. En dichas situaciones están previstas restricciones, sin duda. Sobre ello no hay discusión.

⁴⁷ Cfr. Faramiñán Gilbert (2020a, pp. 1 y ss.) y las conclusiones en (2020b, pp. 18-21).

⁴⁸ En la introducción argumental de Álvarez García (2021a, p. 1).

⁴⁹ Cfr. con la obra de Martínez Puón (2013, pp. 24-30).

En términos constitucionales la cuestión crucial está en los límites y afectación de los derechos fundamentales puestos en juego. Planteamos, en definitiva, la insuficiencia del vigente derecho de crisis, ordinario o constitucional, pues permite la adopción de medidas sanitarias como el confinamiento total de la ciudadanía durante periodos prolongados, y dicha medida incide directamente en el contenido esencial de derechos fundamentales. Y no ocultaré mis dudas sobre si pueden tomarse medidas sanitarias apoyadas en el derecho excepcional o de crisis ahora vigente, por ejemplo, para evitar las aglomeraciones sociales. No deja de ser curioso que las cuestiones relevantes ligadas a la declaración de los estados de emergencia no se regulan en nuestra Constitución, sino mediante norma orgánica a la que se remite el texto constitucional. Resulta llamativo que lo mollar de las cuestiones ligadas a la declaración de los estados excepcionales o de emergencia no se condensen en la Carta Magna; diríamos que la Ley Orgánica 4/1981 detalla lo sustancial de los estados de alarma, excepción y sitio, mientras que la Constitución se ciñe a algunas generalidades del derecho de excepción⁵⁰ y sus medidas específicas para atajar –por ejemplo– una epidemia⁵¹. Y en tal sentido debió operar la limitación de la circulación o permanencia de personas y de vehículos durante la pandemia de la covid-19, no así la suspensión de la libertad circulatoria y de movimientos, y, por supuesto, no considera en ningún momento la suspensión de la libertad religiosa, del derecho a la intimidad personal o del derecho a la educación, entre otros. Luego, hemos de poner reparos a la cláusula general señalada, pues la misma permite, de entrada, adoptar las medidas necesarias para hacer frente a cualquier crisis de salud pública de gran alcance, si bien cuenta con el límite determinado por el principio de proporcionalidad. Límite que atañe a las «facultades de necesidad» aplicadas por el Gobierno y que controla la justicia ordinaria tomando como referencia jurídica que en ningún caso puede alcanzar a una suspensión o supresión de los derechos fundamentales, ya que para ello habría de ser declarado el estado de excepción.

B) En la lucha pandémica, el estado constitucional de alarma, tal y como lo regula la Ley Orgánica 4/1981, tiene como límite el artículo 55.1 de nuestra Constitución. Es indubitada la evidencia de que el estado de alarma no es el instrumento adecuado para combatir una

⁵⁰ Entre las medidas específicas citaremos las reguladas en el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que prevé la inmovilización o incautación, la suspensión del ejercicio de ciertas actividades, la clausura de empresas, de sus dependencias o instalaciones, y también la intervención de medios materiales y personales. Igualmente, el artículo 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, concreta un listado de medidas sanitarias específicas como son la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias; la intervención de medios materiales o personales; el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; la suspensión del ejercicio de actividades; la determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.

⁵¹ Entre las medidas generales destacamos las previstas en caso de riesgo de carácter transmisible del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP).

crisis de salud pública de tanto calado, pues impide la adopción de medidas sanitarias intensas, como el confinamiento de toda la población, ya que ello comporta la suspensión de un derecho fundamental que el artículo 55.1 de la Constitución no admite. Luego si con el estado de alarma no cabe la suspensión de libertades públicas y derechos fundamentales, tampoco cabría –por razones obvias– la adopción de tales medidas a través de la legislación ordinaria de menor rango normativo. En todo caso, la regulación ordinaria sería hábil para hacer frente a emergencias menos extremas que las comprendidas en el derecho constitucional de excepción. En el mismo sentido, cabría objetar que los límites marcados por el artículo 55.1 de la Constitución sean solo aplicables a las emergencias o crisis de orden público, y no al combate frente a emergencias sanitarias de calibre. Y se ha constatado que, en términos jurídicos, los poderes públicos abordan de modo defectuoso el problema, quizá porque en la actualidad el derecho positivo es inapropiado o insuficiente para atender el interés general ante envites de naturaleza extrema⁵² por sus efectos o duración.

C) Dado que resultan palmarias las carencias de la actual regulación del derecho de crisis, y no existe en el horizonte cercano ninguna «ley antipandemias» que pueda calificarse como tal, consideramos más que oportuno abordar su sentido jurídico; más aún cuando disponemos de precursores en los modelos jurídicos comparados del entorno occidental⁵³. De lo que se trataría es de procurar mejoras ante eventuales rebrotes y, desde luego, para la gestión de futuras crisis sanitarias de alcance global con efectos perdurables y lesivos. En tal sentido reseñamos que durante la primera acometida de la pandemia covid-19, los países de la Unión Europea no emplearon solo medidas extraordinarias como el estado de alarma para hacer frente al virus. Francia o Alemania usaron con distinta suerte su legislación ordinaria. De hecho, entre los países miembros del concierto europeo hubo 19 que declararon estados de emergencia para contener la pandemia; 10 de ellos lo tenían ya contemplado en su respectiva Norma Básica, y otros 14 recurrieron a normativa de rango menor u ordinaria, y de los indicados hubo 5 que emplearon ambos mecanismos jurídicos. Los restantes miembros de la Unión Europea carecían de un espectro normativo específico o marco legal previsto ante tales eventualidades, y, en consecuencia, adoptaron medidas *ad hoc* o concretas por vía legislativa de urgencia, como decretos-leyes o figuras normativas análogas. Ello evidencia una preocupante ausencia de patrones jurídicos sobre la cuestión en los países de nuestro entorno más cercano, con los que compartimos valores y principios, cultura y modos ciudadanos. Luego, las diferencias ahondan en la brecha de la Unión, pues

⁵² Para no ser reiterativos baste aludir a que el confinamiento domiciliario para toda la población, quizá necesario o indispensable para atajar la pandemia, ha sido declarado inconstitucional y sin base jurídica homologable con nuestro ordenamiento jurídico (*vid.* la jurisprudencia constitucional antes analizada).

⁵³ Cfr. Garrido López (2021a), en cuanto al análisis de la diversidad, la naturaleza y el régimen jurídico de las decisiones excepcionales previstas en los modelos de derecho comparado, y, desde luego, en lo que respecta –como indica su reseña bibliográfica– al proceso de racionalización del poder en el modelo europeo de estado de excepción, desde la garantía de la doble reserva de ley hasta el logro de la sumisión, en ciertos países, de las decisiones excepcionales a la justicia constitucional.

no existe unidad de criterio sobre las medidas legales a emplear para combatir pandemias o emergencias similares. La coincidencia que cabe reseñar es que la mayor parte de los países miembros de la Unión se apoyaron en normativa previa a la pandemia⁵⁴, siendo ejemplo paradigmático y excesivo de la «legislación motorizada» los casos de Italia y España, países que emplearon con profusión los decretos-leyes que, en el ámbito gubernamental, cabe adoptar, al amparo de los artículos 77 y 86, respectivamente, de sus constituciones; mientras que Francia o Alemania utilizaron su normativa ordinaria, dado que la constitución de ninguno de ellos contiene declaración de un estado de alarma por crisis sanitarias. Por su proximidad citaremos también el caso de Portugal, que empleó el estado de emergencia combinado con la legislación ordinaria. Esta misma alternativa fue la acordada por 13 países más, ya que se consideraba de carácter menos grave que el estado de alarma o de emergencia. Por el contrario, países como Austria, Suecia, Irlanda o Dinamarca optaron en exclusiva por adoptar medidas habilitadoras a través de su legislación ordinaria. Consideramos que hacer frente a una situación de crisis tan grave como una pandemia es compatible con ofrecer seguridad jurídica y respetar nuestra Constitución.

El vigente derecho de crisis se ordena según el rango de las normas que lo regulan, y esta ordenación tiene su correlato en el conjunto de medidas que con arreglo a ello cabe adoptar. De modo que en el plano superior se sitúa el derecho constitucional de excepción, que a su vez está ordenado según su incidencia y efectos sobre las libertades públicas y derechos fundamentales. Y así contamos, por un lado, con el estado de alarma, que hemos visto que no permite la suspensión de derechos fundamentales; por otro, con el estado de excepción, que permite la suspensión de ciertos derechos fundamentales previstos en el artículo 55.1 de la Constitución; y, por último, el estado de sitio, que comporta una gradación mayor en dichas restricciones, es decir, supone la suspensión de libertades y derechos fundamentales. Mientras que, en plano subordinado o inferior se sitúa la legislación ordinaria, que según la naturaleza de la crisis está conformada por la normativa de salud pública, de protección civil y de seguridad nacional. Normativa que en cualquier caso está impedida para suspender las libertades públicas y derechos fundamentales. Luego, la elección del estado de alarma para atajar la pandemia de la covid-19 fue inapropiada en términos constitucionales. Quizá hubo premura o precipitación –no lo dudamos–, pero la opción no

⁵⁴ Así, Alemania, Chipre, Chequia, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia y España. En otros casos adaptaron legislación preexistente a la emergencia sobrevenida: Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Hungría, Luxemburgo, Malta, Polonia y Rumanía. Sobre este extremo comparativo interesa destacar la aportación del profesor Ruiz Robledo (2019, p. 84), en cuya primera anotación indica textualmente que, en el Reino Unido, «la *Coronavirus Act 2020* se tramitó en menos de una semana (del 19 al 25 de marzo de 2020), incluido el *Royal Assent* (United Kingdom, 2020). Por su parte, la irlandesa *Health (Preservation and Protection and other Emergency Measures in the Public Interest) Act 2020* solo necesitó dos días de tramitación, el 19 y 20 de marzo (Ireland, 2020)». Y como el propio Ruiz Robledo indica, para una panorámica completa del derecho de crisis adoptado por los distintos Estados es muy útil consultar la recopilación del Centre for Civil and Political Rights de Ginebra (CCPR, 2020).

fue la adecuada para dicha situación de emergencia. Y aunque hubiera, como lo hay, un estado previsto para abordar epidemias y crisis sanitarias, el resorte correcto no es el estado de alarma, sino el previsto para hacer frente a contingencias graves de orden público, dado que el alcance de la crisis sanitaria descrita comporta una crisis de orden público. De ahí que estimamos que lo procedente hubiera sido acordar el estado de excepción, toda vez que, según se ha dicho, debió hacerse una interpretación extensa de la noción orden público, sin la cual no cabría un confinamiento total de la población, con la consiguiente suspensión de la libertad de circulación de las personas. Más aún cuando el instrumento normativo empleado también imposibilita suspender o prohibir las reuniones privadas por razones amistosas o familiares, es decir, no cabe suspender o neutralizar el ejercicio del artículo 18.1 de la Constitución, ya que su artículo 55.1 permite suspender el artículo 19 de la Norma Básica, mas no otros derechos fundamentales, que en todo caso hay que cercenar para poner coto a una pandemia de amplio espectro y prolongada en el tiempo. No cabe, pues, suspender derechos durante el estado de alarma, y las restricciones más severas que pudiera aconsejar la entidad de la pandemia solo serían posibles durante el estado de excepción y de manera todavía más contundente en el estado de sitio⁵⁵. Particular esmero exigiría una regulación –integral– del derecho constitucional de emergencias en lo tocante a los límites temporales y, sobre todo, la duración temporal máxima de las eventuales prórrogas del estado de emergencia. Difícilmente cabría mejorar la normativa antipandemias sin tales previsiones, pues nunca se sabe con antelación cuáles serán las necesidades futuras para combatir enfermedades –quizá– todavía ignoradas.

Ya que no contamos con una regulación europea sobre pandemias⁵⁶, ni tampoco existe en el ámbito global sobre el que actúa la Organización Mundial de la Salud⁵⁷, y puesto que carecemos de una apuesta trasnacional al respecto, debemos aquietarnos a la normativa de nivel interno y a su orden de prelación jurídico estatal para combatir tales contingencias. En este sentido el profesor Álvarez García⁵⁸ realiza una aportación de interés, que por su valor técnico intrínseco y su visión en perspectiva podríamos hacer nuestra. Indica el administrativista reseñado que «serían necesarios dos tipos de acciones: una primera

⁵⁵ Cfr. Álvarez García (2021a), *in fine*.

⁵⁶ Se vislumbra en el horizonte cercano la creación de la Agencia de Salud Pública Europea. Sobre este argumento –diríamos– europeísta sanitario, acudo a la opinión de Aldecoa Luzárraga (2020, pp. 1-3).

⁵⁷ Hasta el momento la OMS se ha limitado a actualizar sus directrices sobre planificación operacional para equilibrar las exigencias de la respuesta directa a la pandemia de la covid-19, con la necesidad de seguir prestando servicios sanitarios esenciales y mitigar el riesgo de colapso del sistema. Esto abarca una serie de medidas inmediatas específicas que los países deberán considerar a escala nacional, regional y local para reorganizar y mantener el acceso a unos servicios sanitarios esenciales de calidad para toda la población; directrices en: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/maintaining-essential-health-services-and-systems>

⁵⁸ Criterio fundado del profesor Álvarez García (2021a), *in fine*. Y en sintonía argumental el criterio conclusivo del trabajo de Sieira Mucientes (2018, pp. 392-393).

de naturaleza organizativa⁵⁹; y otra segunda, relativa a la adaptación de nuestro derecho de emergencias sanitarias». De modo que, ante la ineficiencia de nuestro vigente derecho constitucional para luchar contra las grandes pandemias, cabría plantearse la conveniencia de mantener los estados de alarma, excepción y sitio para lo que fueron diseñados, es decir, para abordar con garantías jurídicas crisis de orden público, y –quizá– permitiendo que el estado de alarma sirviese para luchar contra catástrofes de etiología natural, como terremotos, inundaciones, estragos o grandes incendios; e incluyendo en la anterior categoría aquellas otras calamidades públicas provocadas por acción u omisión del humana, entre las que estarían los accidentes de entidad causados por fugas nucleares o siniestros de plantas químicas, mientras que reservaríamos una legislación *ad hoc* para regular aquellas cuestiones de alcance en materia de protección civil, sin que fuera preciso el recurso a los estados de emergencia⁶⁰; en el bien entendido de que una ley orgánica debería contemplar las grandes restricciones de derechos fundamentales y libertades públicas que las grandes catástrofes exigen en materia de protección civil. De ahí la conveniencia de reformar⁶¹ la Constitución en el sentido de incorporar una nueva categoría de emergencia, que bien podría denominarse «estado constitucional de pandemias», y a su amparo desarrollar legislativamente una ley antipandemias en el sentido antes expuesto, con el fin de que sea posible y ajustada a derecho la limitación máxima de derechos fundamentales, incluyendo la suspensión temporal del artículo 55 de la Constitución, cuando concurren crisis sanitarias extremas que hagan necesarias medidas radicales.

⁵⁹ La cuestión gira sobre la reorganización del aparato administrativo para la lucha contra las pandemias, habida cuenta de que en la pandemia de la covid-19, la Administración General del Estado se vio abocada a recuperar competencias sanitarias que ya no tenía por estar transferidas a la comunidades autónomas, y para las que no estaba preparada ni en recursos materiales ni humanos (*v. gr.* el dudoso ejemplo de la adquisición de material clínico y de protección de los sanitarios). Dicha reorganización plantea no pocas dificultades en la actual situación territorial española, y exige una despolitización de la gestión de las crisis de salud pública en favor de un órgano gestor técnico e independiente en esta materia, con el objetivo de evitar la desconfianza ciudadana y los sesgos partidistas en asunto tan sensible.

⁶⁰ Con toda justeza el profesor Álvarez García (2021a) ejemplifica con la evacuación masiva de ciudadanos en la isla de La Palma debido a la erupción volcánica de septiembre de 2021, donde no fue necesaria la declaración del estado de alarma.

⁶¹ Ante las prevenciones que suscita la sola mención a la reforma constitucional, acudamos a la obra conjunta de Ugartemendía Uceizabarrena y Donaire Villa (2020); texto que además de valor jurídico y comparativo añade garantías en el caso de una reforma constitucional opuesta a algún principio democrático fundamental, o una incompatible con los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Ahumada Ruiz, M. A. (2000). La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional. Rationes decidendi en la Sentencia 136/1999. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 155-188.
- Aldecoa Luzárraga, F. (2020). El coronavirus está exigiendo más federación europea. *Newsletter CFEME*. https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/ecdc_es
- Álvarez García, V. (1996). *El concepto de necesidad en Derecho Público*. Civitas.
- Álvarez García, V. (2021a). Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su ordenación futura. *Revista General de Derecho Administrativo*, 58.
- Álvarez García, V. (2021b). Los fundamentos del derecho de necesidad en tiempos de la Covid-19. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 297-314.
- Álvarez Vélez, M.^a I. (2021). Alarma y pandemia: Problemática jurídico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. Comentarios a la STC 148/2021, de 14 de julio; a la STC 183/2021, de 27 de octubre; y a la STC 168/2021, de 9 de octubre. *Revista de las Cortes Generales*, 111, 547-574.
- Arendt, H. (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Alianza.
- Balaguer Callejón, F. (2008). Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea. En *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba* (vol. II, pp. 133-157). Dykinson.
- Barrero Ortega, A. (2022). Estado de alarma y libertad religiosa. *Constitución y pandemia: el Estado ante la crisis sanitaria* (pp. 279-297). Tirant lo Blanch.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Siglo XXI Editores.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2020). Derechos sustantivos. En *Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional. Los retos* (pp. 13-134). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cabello Fernández, M. D. (2021). *La seguridad jurídica*. Aranzadi - Universidad de Málaga.
- Cámara Villar, G. (1993). *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*. Ministerio de Justicia.
- Canals i Ametller, D. (2022). La crisis de credibilidad y de confianza en la ley ¿es la crisis del estado de derecho? *Revista Catalana de Dret Públic*, 65.
- Cano Campos, T. (2020). La potestad sancionadora local ante la crisis del Covid-19. *Anuario del Gobierno Local*, 1, 289-310.
- Carmona Contreras, A. y Rodríguez Ruiz, B. (2022). *Constitución y pandemia. El Estado ante la crisis sanitaria*. Tirant lo Blanch.
- Carro Martínez, A. (1987). Artículo 116. Situaciones de anomalía constitucional. En *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IX, artículos 113 a 127 (pp. 208-261). Cortes Generales - Editoriales de Derecho Reunidas.
- Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo derecho de excepción. (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 93-128.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos.
- Díaz Revorio, F. J. (2021). Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales. En

- Garrido López, C. (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España* (pp. 119-158). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0003>
- Durán Alba, J. F. (2021). Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis Covid-19. En P. Biglino Campos y F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0010>
- Eslava Galán, J. (2021). *Enciclopedia nazi: contada para escépticos*. Planeta.
- Faramiñán Gilbert, J. M. (2002). Democracia y tentación totalitaria en Europa. En *La Democracia a Debate*. Dykinson.
- Faramiñán Gilbert, J. M. (2020a). Europa ante el desafío global de la pandemia Covid-19. *Boletín de la Academia de Yuste*, 4.
- Faramiñán Gilbert, J. M. (2020b). La protección de la salud pública y el respeto a las libertades individuales ante la Covid-19. *Freedoom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2.
- Fernández Segado, F. (1981). La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de Derecho Político*, 11, 83-116.
- García Cuadrado, A. M. (1994). El estado de alarma y su ambigua naturaleza. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 8.
- García Manzano, P. (2021). Las dos lógicas del estado de alarma (comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio). *Almacén de Derecho*, 10.
- Garrido López, C. (2021a). *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*. Marcial Pons.
- Garrido López, C. (Coord.). (2021b). *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*. Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0000>
- Garrido López, C. (2021c). Las limitaciones como derecho del derecho constitucional de excepción. En *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España* (págs. 13-34). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.9999>
- Garrido López, C. (2017). Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 43-73.
- Gómez Sánchez, Y. (2018). *Constitucionalismo multinivel*. Sanz y Torres - UNED.
- Guerrero Vázquez, P. (2021). El impacto territorial de la crisis sanitaria. En J. Tudela Aranda (Coord.), *Estado autonómico y covid-19* (pp. 121-143). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0207>
- Gutiérrez del Moral, M.^a J. (2021). Libertad religiosa en época de Covid-19 en España: normativa estatal y normativa autonómica. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXVII, 101-197.
- Harari, Y. N. (2015). *Sapiens. De animales a dioses*. Debate - Penguin Random House.
- Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta.
- Jiménez Ruiz, J. L. y Marín Gámez, J. A. (2014). Problemática práctica del constitucionalismo multinivel: ¿caos normativo, desconocimiento práctico o divergencia teórica? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 160, 113-146.
- Lafuente Balle, J. M. (1990). Los estados de alarma, excepción y sitio (II). *Revista de Derecho Político*, 31, 27-56.

- Lecumberri Beascoa, G. (2020). *El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado. España: estado de alarma*. (2.ª ed.). EPRS-Servicio de Estudios del Parlamento Europeo - Unidad Biblioteca de Derecho Comparado PE 652.005
- León Alonso, M. (2016). Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril de 2016. Control jurisdiccional exclusivo del TC de los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los estados de alarma. *Ars Iuris Salmanticensis*, 4, 234-237.
- López Basaguren, A. (18 de marzo de 2020). El revuelo de la alarma. *El Correo y El Diario Vasco*, <https://bit.ly/3zaTjUc>
- López Basaguren, A. (25 de agosto de 2020). Emergencia sanitaria: apariencia y realidad. *El Correo y El Diario Vasco*. <https://bit.ly/3LVI98o>
- López Basaguren, A. (2022). El Tribunal Constitucional frente a la emergencia pandémica (comentario a las SSTC 148, 163 y 183/2021). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 237-282. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.08>
- Marín Gámez, J. A. (2020). Estado de alarma 2020: Antígenos y derechos. *Bajo Estraños. Revista del Colegio de Abogados de Jaén*, 51, 4-7.
- Martínez Puón, R. (2013). *Profesionalización de la Función Pública: ideal para Latinoamérica*. Colecciones de Gobierno y Administración Pública del Gipep.
- Matia Portilla, J. (2021). Ensayo de aproximación a las cuestiones planteadas por la crisis sanitaria en relación con el Estado autonómico. En *Estado autonómico y covid-19* (pp. 157-176). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0209>
- Melero de la Torre, M. C. (2020). *Legalidad como razón pública: Una teoría del constitucionalismo desde el modelo Commonwealth*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Muñoz Gómez, A. (2021). El control de constitucionalidad del estado de alarma. Comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 112.
- Nader, E. y Fuchs, M. C. (Eds.). (2021). *Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*. Fundación Konrad Adenauer.
- Nogueira López, A. (2020). Confinar el coronavirus: entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 22-31.
- Presno Linera, M. A. (2020). Estado de alarma y sociedad del riesgo global. *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública* (pp. 15-28). Dykinson.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Ruiz Robledo, A. (2019). Problemas constitucionales del estado de alarma por la Covid-19 en España. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 38. <https://doi.org/10.22171/rej.v23i38.3353>
- Salamero Teixidó, L. (2020). *Los retos del derecho a la salud y de la salud pública en el s. XXI*. Aranzadi-Thomson Reuters.
- Sánchez Barrilao, J. F. (2020). Crisis sanitaria y estado de alarma en España. *Revista Estudios Institucionales*, 6(3). <https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.566>
- Sánchez Barroso, B. (2021). *El principio de precaución en España. Precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado constitucional*. Congreso de los Diputados.
- Sieira Mucientes, S. (2018). Los estados excepcionales. *Revista de Las Cortes*



Generales, 104, 361-393. <https://doi.org/10.33426/rcg/2018/104/66>

Tajadura Tejada, J. (2020). Estado de alarma y seguridad jurídica. *Revista Iustel*. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1203960

Tomás Villarroya, J. (2012). *Breve historia del constitucionalismo español*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ugartemendía Uceizabarrena, J. I. y Donaire Villa, F. J. (2020). *La triple justiciabilidad*

de las reformas constitucionales. Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales. Aranzadi-Thomson Reuters.

Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D. (2011). Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 92, 243-265.

José Ángel Marín Gámez. Doctor en Derecho y estudios en Historia del Arte. Actualmente ejerce como profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Jaén, donde fue vicedecano, director de publicaciones y fundaciones culturales, director de proyección institucional y coordinador de programa «Universidad Abierta». Ha escrito libros, monografías y numerosos estudios sobre su especialidad jurídico-constitucional. Ha ejercido como juez y magistrado en las localidades de Martos y Jaén. Ha sido árbitro de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad. Es autor de textos sobre crítica de arte. Ejerció como profesor-tutor en la UNED de Úbeda y Jaén, e investigador en la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna (Italia). Dirige tesis doctorales. Y así continúa en la labor cervantina de «cambiar el mundo», convencido de que ello no es locura ni utopía, sino justicia. En ese empeño despliega su labor profesional en distintos másteres universitarios nacionales e internacionales, escribe columnas en prensa y compone versos. <https://orcid.org/0000-0001-8132-1786>

Divorcio contencioso e interés del menor

Comentario a la STS de 20 de junio de 2023

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

1. La sentencia seleccionada para comentar desarrolla cuestiones interesantes en relación con los procedimientos de familia, divorcio, separación, relaciones paternofiliales, modificación de medidas, referidas a la guarda y custodia de un menor, régimen de visitas del progenitor no custodio, el padre, en cuya decisión siempre tiene que estar presente el interés del menor afectado, que es prioritario y que prevalece frente al interés de los progenitores.

En resumen, las cuestiones que se han suscitado son las siguientes:

Ambos progenitores, respectivamente, presentan ante el juzgado de primera instancia solicitud de medidas provisionales y previas, acumuladas. El padre solicita que se le atribuya el ejercicio de la patria potestad en exclusiva al impedir la madre todo contacto con su hija. Por su parte, la madre solicita que no se fijen visitas de la niña con su padre, al hallarse incurso en un procedimiento penal por abusos sexuales a la pequeña. El juzgado dictó auto que atribuyó a la madre la custodia de la menor, en atención a la corta edad de la niña y dado que fue la demandada quien se había venido ocupado principalmente del cuidado de la menor antes de la separación, y estableció un régimen normalizado con la hija menor a favor del padre y ello al no apreciar riesgos para la menor al no acreditarse en el juzgado de instrucción los posibles abusos sexuales en dos ocasiones y desestimar la prohibición del padre de acercarse a la menor.

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

Posteriormente, el padre presentó demanda de divorcio en la que se indicaba no solo la negativa a la orden de protección por no apreciar situación de riesgo y que la esposa le había denunciado por violencia de género ante el juzgado de violencia que acordó la prohibición de aproximación y comunicación del demandante con su esposa y estableciendo un régimen de visitas, no obstante, la madre impedía que el padre viera a su hija.

A pesar de todo, ambas partes en la vista del procedimiento estuvieron conformes con la patria potestad compartida instando la madre la guarda y custodia en exclusiva y la suspensión del régimen de visita hasta la conclusión de los procedimientos penales abiertos contra el padre. La juez acordó la atribución de la guarda y custodia al padre, patria potestad compartida y un régimen de visitas progresivo a favor de la madre supervisado por Punto de Encuentro Familiar y todo ello sobre la base del comportamiento obstaculizador de la madre para que el padre pudiera comunicarse con su hija, lo que impidió el contacto de esta con su padre.

Frente a la sentencia de la Audiencia, la madre interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, a lo que se opuso el padre aportando el auto de sobreesimiento del Juzgado de Instrucción por los delitos sexuales de los que había sido denunciado por la madre de la menor.

Por otro lado, consta la existencia de dos procedimientos penales en el Juzgado de Instrucción n.º 2, un procedimiento abierto contra el padre de la menor y otro en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de n.º 2 de Alicante por amenazas leves en el ámbito de la violencia de género.

La madre tiene abiertas diligencias penales por sustracción de menores, con orden de búsqueda y detención y presentación, y se encuentra en paradero desconocido, ausentándose con su hija, pudiendo incluso estar fuera de España.

Como puede observarse, existe una situación conflictiva entre los progenitores e implicados en procedimientos penales que, en ningún caso, debe perjudicar a la hija menor, y ello al margen de la decisión que se adopte en aquellos procesos pendientes de resolución o sentencia, y si ninguno de los progenitores está en la actualidad en condiciones de asumir la guarda y custodia, deberán arbitrarse las condiciones necesarias para que algún familiar pueda asumir el cuidado de la menor.

2. En los procedimientos de familia en los que hay menores que pudieran estar en situación de riesgo, se han de arbitrar los mecanismos de protección correspondientes, siendo esa la razón por la que el artículo 752 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), establece que en los procedimientos con menores:

1. Los procesos a que se refiere este título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento

en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

Este precepto ofrece una posibilidad amplia para realizar alegaciones, aportar documentos o justificar sin el rigor que se establece en otros procedimientos para atender al superior interés del menor y eso puede ocurrir tanto en primera instancia como en segunda instancia como en casación, sin que pueda regir el principio de litispendencia y valorar aquellos elementos de nuevo conocimiento que concurren y que puedan incidir en el interés del menor.

En los procesos de familia han de citarse aquellos preceptos que inciden en la resolución de la sentencia referidos al interés del menor, como ocurre con la exploración o audiencia de los menores.

En primer lugar, se ha de mencionar el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que dispone que:

1. Los Estados Parte, garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez de este. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La falta de exploración o audiencia de los menores puede dar lugar a la nulidad de las actuaciones para que puedan ser oídos en relación con las medidas que les afecten personalmente.

La propia LEC, en el artículo 770.4.^a, dice que

si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de 12 años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad.

El Código Civil se refiere a la audiencia del menor cuando dispone que

en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor.

No puede dejar de mencionarse el artículo 777.5 de la LEC, referido a los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo o de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, que dispone que:

5. Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de 5 días.

Asimismo, la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, en su artículo 9.2, dispone que

se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho a ser oído por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente [...]. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor.

Obsérvese que el interés del menor es un elemento esencial en aquellos procedimientos donde sus intereses se encuentran sujetos a una resolución judicial interpuesta por uno de los progenitores o por ambos y para ello en muchas ocasiones deberá efectuarse la exploración o audiencia del menor afectado, si fuere posible por sus condiciones de madurez o edad, con la presencia exclusiva del menor, el magistrado y el fiscal para que, teniendo en consideración sus comentarios, expresiones o manifestaciones y el resto de pruebas, acordar las medidas que exijan su interés prevalente.

Se observa cómo la regulación existente exige la audiencia de los menores en los procedimientos contenciosos siempre a partir de los 12 años cumplidos, pero también a los menores de dicha edad, fundamentalmente en los procedimientos contenciosos en los que se ha de decidir sobre la guarda y custodia o sobre el régimen de visitas o aquellos aspectos que puedan afectar a su situación o a la realización de aquellos actos del tipo que sean en que pudieran estar interesados, pero también en los procedimientos de mutuo acuerdo si se estima necesario.

3. La decisión sobre la guarda y custodia en los procedimientos de familia exige, por tanto, que los menores sean oídos en relación con las medidas que se pudieran articular, entre ellas la guarda y custodia, el régimen de visitas y comunicaciones o cualquier otra de carácter personal que afecte al menor, teniendo en cuenta el interés del menor, que es prevalente, siempre ponderándolo en relación con el de los progenitores.

La exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este para su debida protección y, por ende, no es propiamente una prueba, de forma que el interés del menor no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. En atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor, es posible que se deniegue su exploración, si bien de forma motivada. Es el supuesto que contempla la Sentencia 578/2017, de 25 de octubre (NCJ062853). Se trata de evitar que la audiencia directa del menor no le produzca un perjuicio peor que el que se pretende conjurar. Pero para ello será preciso que el tribunal lo motive o que, en su caso, en atención a ese interés, considere más adecuado que la exploración se lleve a cabo a través de un experto o estar a la ya realizada a cabo por este medio. A veces se confunde la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si esta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables.

Por tanto, es esencial que la exploración se realice en un clima de serenidad, con ausencia de influencias externas, y que el menor se exprese libremente al margen de la influencia de sus progenitores y manifieste lo que le estime oportuno.

En el presente caso nos encontramos con una menor cuyos progenitores se encuentran implicados en procedimientos penales y además la actitud de la madre ha sido la de obstaculizar la relación del padre con su hija, hasta el punto de encontrarse en paradero desconocido con su hija, incumpliendo las resoluciones judiciales. Es decir, vincula el interés de la niña con el suyo propio.

En los procedimientos de familia no ha de considerarse que el interés del menor es el que tiene el padre o la madre, de manera que se superpongan de manera que el del menor desaparezca al confundirse con el de su madre o su padre. Siempre debe plasmarse el interés real del menor acudiendo a su exploración o audiencia o a la emisión de informes técnicos de equipos psicosociales del juzgado u otros de naturaleza pública. Por eso, si se omitiere la exploración o el informe correspondiente por entender el juzgado que el interés del menor lo ha expuesto la madre o el padre, sin acudir a una audiencia directa con el menor o a la emisión de informes periciales si fuere necesario, se habría vulnerado la legalidad vigente que considera que el menor debe ser escuchado o examinado por el juez y el fiscal o en su caso por peritos de los equipos del juzgado y podría declararse la nulidad de la resolución por la infracción de los preceptos legales mencionados.

En ocasiones, la situación familiar exige la intervención de los organismos públicos de protección de menores para adoptar las medidas correspondientes, si bien no siempre debe ser así si el menor tiene familiares cercanos con los que la relación es buena para, en ese caso, acordar una medida provisional de custodia de ese pariente, sin necesidad de que actúen los órganos de protección de la Comunidad de Madrid o de otra diferente para proteger al menor. Parece evidente que lo mejor para el menor es estar con sus familiares, no

perder esa relación familiar, sino mantenerla de manera provisional, hasta que las situaciones transitorias y temporales permitan adoptar las medidas más convenientes para el menor.

En el supuesto de la sentencia, el padre se encuentra inmerso en procedimientos penales por violencia, con apertura de juicio oral, que impide que al padre le pueda ser atribuida la guarda y custodia, aunque eso no puede significar siempre no adoptar un régimen de visitas con su hija. En este sentido, la Sentencia de 28 de junio de 2023, recurso 6356/2022, establece

que en la STS 126/2019 (NCJ063998), en relación con la medida de visitas dice: «2.- Ese derecho de visitas y comunicación, como el de guarda y custodia, y en general cuantas medidas de carácter personal afecten a los menores, viene informado por el principio *favor filii* o, lo que es más frecuente últimamente, por el denominado interés del menor. Este interés, según doctrina de la sala (Sentencias 566/2017, de 19 de octubre (NCJ062727) y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver, no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor. 3.- [...] El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea solo aparente, puramente formalista o estereotipada. Por el contrario, si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cuál sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación».

En el supuesto de la sentencia comentada, el padre siempre ha querido tener visitas y comunicación con su hija, pero ha sido la madre la que ha impedido el cumplimiento de las resoluciones judiciales hasta el punto de estar en paradero desconocido con la menor. La hija no es patrimonio de la madre, a la que ha separado del padre, ignorando dónde se encuentra, separándoles como si fuera patrimonio suyo, decidiendo cuál sea su interés con desconocimiento y descalificación de las resoluciones judiciales.

Aunque sea el padre el único progenitor cuyo domicilio y paradero son conocidos, no puede serle otorgada la guarda y custodia ante su situación procesal derivada de los procedimientos penales pendientes, como tampoco a la madre que se encuentra con la menor en lugar desconocido.

La solución es en interés de la menor y teniendo en cuenta que es preferible mantener los lazos familiares que romperlos, siendo preferible que sea una tía paterna la que asuma la custodia temporal y provisionalmente hasta que se decida sobre la guarda de la menor de acuerdo con las causas penales que tienen pendientes ambos progenitores. Esta solución no está prevista en el artículo 92 del Código Civil, pero puede tener apoyo legal en los artículos 103.1, 158 y 160 del Código Civil y ello en interés de la menor.

El artículo 103 dice que

admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estos, las medidas siguientes:

1.^a Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por estos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

El artículo 158 dice que

el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

En caso de posible desamparo del menor, el juzgado comunicará las medidas a la entidad pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma.

El artículo 160 establece que:

1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la entidad pública en los casos establecidos en el artículo 161.

[...]

2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

Es decir, la ley no impide que los hijos, respecto de los parientes mencionados, puedan excepcionalmente ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren.

La legislación considera que el interés del menor exige que, en primer lugar, aunque sea de manera excepcional, a algún pariente pueda serle encomendada la custodia de un menor con la vigilancia del juzgado que lo acordó.

En el caso del supuesto de la sentencia el Tribunal Supremo, valora el interés del menor y considera de acuerdo con la legislación que un familiar, tía paterna, asuma la custodia de la hija de los progenitores como forma de salvaguardar su interés hasta la decisión final sobre la guarda y custodia.

A «volteretas» con el fraccionamiento del objeto del contrato público

Jaime Pintos Santiago (autor de contacto)

Socio-director. Jaime Pintos Abogados & Consultores
Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo. UDIMA (España)
jpintos@jaimepintos.com | <https://orcid.org/0000-0002-1622-5162>

José Luis Franco Pintos

Graduado en Derecho
Estudiante del Máster en Práctica de la Abogacía
y del título de Especialista en Contratos Públicos de la UDIMA (España)

1. Introducción

El Informe 7/2023, de 25 de mayo de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado tiene origen en la solicitud formulada por el Ayuntamiento de Alcalá del Valle (Cádiz) acerca de la posibilidad de hacer uso de diversos contratos menores para la compra de alimentos para una residencia de mayores, cuya gestión directa es competencia de dicho ayuntamiento.

Los motivos, para el ayuntamiento, en los que se funda la posibilidad de realizar las compras de alimentos a través de la utilización de los contratos menores son las características de dichas compras, en particular, que son escalonadas en el tiempo, deben adaptarse a la temporada de los productos u observar la calidad de los mismos.

2. El sentido del informe

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado resuelve, como era de esperar, la solicitud del Ayuntamiento de Alcalá del Valle estableciendo que no se puede efectuar un fraccionamiento del contrato con la finalidad de eludir la aplicación de ciertas normas en materia de contratación pública, disponiendo también que corresponde al órgano de contratación fijar en los pliegos las condiciones necesarias para que el contrato sea adjudicado en un procedimiento de licitación de carácter abierto y competitivo, si bien la misma podría haber orientado, por ejemplo, como solución al problema, la utilización de los sistemas dinámicos de adquisición.

En definitiva, lo que en otras palabras le dice la junta al ayuntamiento es que debe dirimir por sí solo si cada prestación (compra de alimentos) constituye un objeto propio y completo, de modo que no necesite de las restantes para su funcionamiento operativo. En ese caso

podrá sostenerse que su contratación separada no implica el fraccionamiento del contrato. La determinación de estos aspectos exige una labor individualizada de cada órgano de contratación atendiendo a los diferentes aspectos que conforman las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, de modo que la separación operativa y funcional de aquellas puede permitir un tratamiento independiente, mientras que un fraccionamiento cuyo único objeto fuese separar contratos que debieran estar unidos con el fin de burlar las reglas de publicidad o de procedimiento será ilícito. La determinación de esta circunstancia depende de diversos factores que pueden variar en cada caso (factores que debe conocer bien el órgano de contratación). Por eso debe ser el órgano de contratación el que, en cada caso concreto y atendiendo a las particularidades propias de cada contrato, habrá de pronunciarse sobre la existencia de un fraccionamiento del contrato¹. A todas luces resulta obvio que, para la compra de alimentos para una residencia de mayores, cuya gestión directa es competencia de dicho ayuntamiento, no es aplicable el criterio de separación operativa y funcional.

3. La argumentación

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para la solución de la cuestión planteada por el ayuntamiento alude en primer lugar al artículo 99.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), que dispone lo siguiente: «2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

La junta complementa la argumentación con lo establecido en el artículo 101.4 de la LCSP: «La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan».

Estos dos artículos de la LCSP hacen referencia a la imposibilidad de utilizar la técnica de fraccionar un contrato con la finalidad de eludir las normas o requisitos legales y procedimentales que correspondan. Este supuesto de fraccionamiento indebido con la finalidad de utilizar normas de contratación menos rígidas es un caso que se puede dar en los contratos menores debido a las características de los mismos.

Cabe señalar que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria

¹ Véase Expediente 90/2018, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la interpretación de la disposición adicional novena de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana del Gobierno del Principado de Asturias.

para realizar la prestación, tal y como establece el artículo 131.3 de la LCSP. Parece desprenderse de este precepto que no es necesario exigir más requisitos que los de tener capacidad de obrar y título habilitante. Quedarían excluidos por tanto los relativos a la solvencia económica o financiera y técnica o profesional, por una parte, y por otra la exigencia de no estar incurso en prohibición de contratar.

Sin embargo, esta afirmación debe considerarse incompatible con la rotundidad empleada por el artículo 65.1 de la LCSP, al señalar cuáles son los requisitos de aptitud para contratar. De conformidad con él,

solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras,

- que tengan plena capacidad de obrar,
- no estén incurso en alguna prohibición de contratar,
- y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional
- o, en los casos en que así lo exija esta ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Para que el supuesto contemplado en el artículo 131.3 del TRLCSP pudiera considerarse exceptuado de los términos tajantes de este precepto sería preciso, cuando menos, que lo dijera expresamente. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que la finalidad del artículo 131.3 no es establecer los requisitos que debe reunir el adjudicatario de los contratos menores, sino el hecho de que estos pueden adjudicarse directamente sin necesidad de observar los requisitos formales establecidos para los restantes procedimientos de adjudicación, que este mismo artículo contempla en sus otros apartados².

La limitación de exigencia de requisitos de aptitud a la capacidad de obrar y al título habilitante ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente más que la una y el otro. Sin embargo, evidentemente, si la empresa adjudicataria se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación, debe ser tenida en cuenta.

En conclusión, la LCSP confiere preponderancia a la necesidad de simplificar el procedimiento administrativo de los contratos menores, en virtud de la finalidad que persiguen, y que constituye su razón de ser, primando tal simplificación sobre la acreditación formal del cumplimiento del conjunto diverso de requisitos que en todo caso resultarían exigibles, tanto para contratar con el sector público como para dar cumplimiento a todo el conjunto

² Véase Informe 1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

normativo regulador de los distintos aspectos de la actividad empresarial (normativa laboral y de seguridad social, normativa fiscal, normativa reguladora de determinadas actividades empresariales o profesionales, etc.), cumplimiento cuya constatación, no resultando adecuada al expediente simplificado de un contrato menor al que se exige de las fases de preparación y adjudicación, compete, no obstante, a los órganos que, en cada uno de los correspondientes sectores normativos, tengan atribuidas las funciones de vigilancia y control de la materia de que se trate³.

Esta modalidad de adjudicación directa solo se admite en el contrato menor, lo que hace que esta sea una de las razones claras para que se produzca el fraccionamiento en diversos contratos menores con la finalidad de evitar procedimientos de adjudicación más rígidos. En consecuencia, la entrada en vigor de la LCSP de 2017 no elimina la posibilidad de utilización de la contratación menor, pero la somete a nuevos requerimientos. La nueva regulación del contrato menor conserva todas las reglas existentes en la normativa precedente. La principal novedad es la que afecta a los cambios en la tramitación del expediente.

De hecho, también es una ventaja del contrato menor respecto a otros tipos contractuales la simplicidad de su expediente, donde según lo recogido en el artículo 118.3 de la LCSP, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, criterios más flexibles que los exigidos en otros tipos contractuales.

Sin embargo, en la LCSP se imponen ciertos límites a los contratos menores, que son de relevancia para el estudio de este supuesto. En el artículo 29.8 de la LCSP se exige un límite temporal al contrato menor, no pudiendo este ser superior a un año de duración ni pudiendo ser objeto de prórroga (más allá de ese año). Respecto del cómputo interesa destacar que la fecha de inicio del cómputo del plazo de duración del contrato menor es la de la aprobación del gasto o la que indique el documento de formalización, si lo hay⁴.

A su vez podemos observar en el artículo 118.1 de la LCSP un límite cuantitativo para los contratos menores, muy por debajo de la media europea⁵.

³ Véase Informe 6/2009, de 30 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias.

⁴ Véase el comentario al Informe 17/2022, de 10 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en el que aborda varias cuestiones relacionadas con el plazo de duración de los contratos menores, con motivo de la consulta formulada por la Dirección General de Financiación y Fondos Europeos a través de la Secretaría General de la Vicepresidencia Primera y Consejería de Hacienda y Administración Pública. Disponible en <https://derecholocal.es/noticia/fecha-de-inicio-del-computo-del-plazo-de-duracion-del-contrato-menor-la-aprobacion-del-gasto-o-la-que-indique-el-documento-de-formalizacion>

⁵ Véase «La contratación menor en la Unión Europea: ¿dónde estamos con respecto a nuestros vecinos?», en el blog de Jaime Pintos, disponible en <https://www.jaimepintos.com/la-contratacion-menor-en-la-union-europea-donde-estamos-con-respecto-a-nuestros-vecinos/>

Por las características anteriormente señaladas sería recurrente el uso del fraccionamiento de contratos menores dentro de los límites anteriormente citados con la finalidad de sustraerse de normas de contratación más rígidas. Recordemos que la viabilidad jurídica de cualquier operación de esta naturaleza no puede eludir las normas de publicidad y concurrencia con la limitación del objeto contractual a través de su fraccionamiento, de tal modo que ha de estarse a la finalidad técnica y económica a que responde la licitación, debiendo valorarse cada supuesto en función de su contexto y de sus propias particularidades. En definitiva, si el objeto del contrato es único y se divide en diversos expedientes, habrá fraccionamiento indebido (aplicable al caso objeto de consulta que nos ocupa), no existiendo el mismo cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica⁶.

Pero evidentemente esta técnica del fraccionamiento está totalmente prohibida, tal y como señala reiteradamente la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en los diversos informes emitidos sobre esta cuestión:

1. En el informe 41/2017, cuya cuestión principal es la interpretación del artículo 118.3 de la LCSP, si bien es cierto que con su anterior redacción (previa a la modificación por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero), la Junta Consultiva de Contratación ya se pronuncia sobre la técnica del fraccionamiento de contratos menores:
 - Señala que el fraccionamiento indebido de contratos menores queda prohibido en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.
 - Establece que es posible celebrar sucesivos contratos menores con una misma persona si «el objeto de los contratos es cualitativamente distinto, o siendo los objetos equivalentes no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico».
 - También alerta de una posibilidad de fraude en el ámbito temporal, ya que tal y como hemos señalado, los contratos menores no pueden exceder de un año ni ser objeto de prórroga (más allá del año). Asimismo, establece que no será necesario realizar la justificación de que no se quiere eludir el límite temporal cuando entre los contratos menores medie más de un año duración.
2. Otro informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que sienta doctrina sobre el fraccionamiento de los contratos menores es el Informe 42/2017, del que cabe resaltar las dos siguientes conclusiones:
 - Que la ley no establece un modo para comprobar los límites del contrato menor ni un sistema de constancia documental en el expediente, aunque el mismo es recomendable.

⁶ Este aporte es quizás lo único positivo que aportó a la contratación pública en España la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, así como su posterior «nota aclaratoria».

- El informe de necesidad del contrato que se recoge en el artículo 118.3 de la LCSP debe ir firmado por el titular del órgano de contratación sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio, algo que puede parecer de muy dudosa eficiencia y lógica administrativo-práctica.

Por último, para resolver la solicitud formulada por el Ayuntamiento de Alcalá del Valle, en el Informe 7/2023 que nos ocupa la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado hace referencia al artículo 28.4 de la LCSP, que dispone lo siguiente:

Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada.

En este artículo se establece la obligatoriedad de que la entidad en cuestión programe la actividad de contratación pública, lo que, aplicado al caso concreto, establece la obligación del Ayuntamiento de Alcalá del Valle de tener en cuenta la necesidad de dotar de alimentos a la residencia de mayores por un periodo de tiempo superior a un año. Por lo que, a la par, no sería aplicable la realización de diversos contratos menores para cubrir esta necesidad.

Por todos los motivos señalados anteriormente, la junta resuelve que no existen motivos para acudir a la contratación menor en este supuesto, siendo obligatoria por parte del ayuntamiento realizar la contratación de alimentos para la residencia a través de un procedimiento abierto sometido al principio de libre concurrencia.

Sobre el contrato menor se han escrito ríos de tinta⁷, no siendo objeto de este breve comentario jurisprudencial analizar todo el régimen jurídico aplicable al mismo, no pudiendo no obstante por ello evitar terminar el mismo aportando como sugerencia, para casos como el del Ayuntamiento de Alcalá del Valle, acudir a los sistemas dinámicos de adquisición, y para informes como el de la junta consultiva el incorporar y aconsejar su utilización, dado que todavía hoy siguen siendo en gran medida los grandes olvidados de la contratación pública en España⁸.

⁷ Entre otros, Pintos Santiago, J. (Dir.). (2020). *Todo sobre el contrato menor*. (2.ª ed.). El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer-La Ley, cuya 1.ª edición en el año 2019 fue el primer libro monográfico en España que se escribió sobre el contrato menor.

⁸ Véase Pintos Santiago, J. (Dir.). (2021). *Planificación y racionalización de la compra pública* (DUO). Aranzadi.

La presunción de exactitud del catastro. Georreferenciación

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid (España)
an.medrano@poderjudicial.es | <https://orcid.org/0000-0003-4740-6836>

Enunciado

Mediante escritura pública de herencia y segregación otorgada el día 26 de abril de 2022 ante el notario de Oviedo, don Luis Ignacio Fernández Posada, con el número 1.609 de protocolo, las hermanas doña M. P. y doña M. B. R. G. S., los hermanos don V. A., don M. A. S. G. y doña M. J. F. G., «en su propio nombre, y además [...] en nombre representación de su hija [...] doña C. S. F.», completando su representación, como defensora judicial, doña M. A. C., procedieron a inventariar, aceptar y adjudicar la herencia de don V. G. G. Entre otras operaciones particionales, los comparecientes, como acto necesario para completar la partición y poder adjudicar la finca en la forma ordenada por el causante, procedieron a segregar la finca registral número 6.962 del archivo común del Registro de la Propiedad de Gijón número 1.

La finca se describía como

trozo de terreno procedente de la finca llamada [...] en Gijón; que mide dos mil ochocientos sesenta metros cuadrados aproximadamente. Linda: al norte, con camino de servicio y con la carrera [...] al oeste, en línea de dieciocho metros cincuenta centímetros, con resto de la finca de origen; al este, en líneas de setenta metros sesenta centímetros, un metro setenta y cinco centímetros, y ocho metros doce centímetros, con resto de la finca de origen; y al sur, en líneas de cuarenta y un metros doce centímetros y cuatro metros con otra finca propiedad de Don F. S. B. y Doña M. D. S. M, de la que está separada por un regato de agua. Forma la parcela diez del polígono ciento dieciocho. Sobre dicho terreno existe una casa unifamiliar compuesta de una sola planta destinada a vivienda, que consta de vestíbulo, pasillo, comedor-estar, tres dormitorios, dos cuartos de baño y despensa; y ocupa una superficie cubierta de ciento cuarenta y nueve metros ochenta y tres decímetros cuadrados aproximadamente, y linda por todos lados con la finca donde se halla enclavada teniendo su frente al sur, y destinándose el resto de dicha finca a labor.

Para poder practicar la segregación conforme a la realidad física, se actualizaba su descripción, aportando una georreferenciación alternativa a la catastral con el correspondiente informe catastral de validación técnica de resultado positivo, en el que se decía que la finca tenía una medición de 3.021 metros cuadrados, con arreglo a los cuales se practicaría la segregación.

De ella se segregaba, con la correspondiente licencia de segregación, la siguiente porción:

Parcela 2: Sita en [...] en Gijón. Tiene una superficie de parcela neta de 998 metros cuadrados. Sus linderos son los siguientes: Norte: resto de la parcela matriz de la que procede. Sur y suroeste: Parcela 07, 7117007TP8271N0001PQ. Noroeste: Camino [...].

Y quedando la finca resto, tras la segregación practicada, y habida cuenta la medición topográfica efectuada, descrita así:

Trozo de terreno procedente de la finca llamada [...] en Gijón; que mide 2.023 metros cuadrados aproximadamente. Linda: Norte: Camino [...]. Suroeste: Parcela 2 segregada de esta. Este: Parcela 39, 7117039TP8271N0001PQ. Parcela 06, 7117006TP8271N0001QQ. Parcela 46, 7117046TP8271N0000XM. Y oeste: Camino [...]. Sobre dicho terreno existe una casa unifamiliar compuesta de una sola planta destinada a vivienda, que consta de vestíbulo, pasillo, comedor-estar, tres dormitorios, dos cuartos de baño y despensa; y ocupa una superficie cubierta de ciento cuarenta y nueve metros ochenta y tres décímetros cuadrados aproximadamente, y linda por todos lados con la finca donde se halla enclavada teniendo su frente al sur, y destinándose el resto de dicha finca a labor.

Según el registro, la finca 6.962 del archivo común, código de la finca registral: 3302600044368, inscrita en el folio 226 del libro 1151 del archivo común, adquirida por compra por los causantes, que procedía por segregación de otra mayor, tiene una superficie de 2.860 metros cuadrados, determinándose sus linderos con referencia a metros lineales, tal y como así se describe en la propia escritura respecto de las fincas colindantes. Sobre dicha finca, los esposos causantes declararon en construcción una casa unifamiliar compuesta de una sola planta destinada a vivienda.

Ahora de la medición topográfica que se tuvo en cuenta para la parcelación que se dirá, resulta que actualmente su superficie es de 3.021 metros cuadrados.

En la escritura comparecen los herederos de los citados causantes, quienes aceptan las citadas herencias, y como acto necesario para adjudicar la finca inventariada como n.º 7, única radicante en esta demarcación hipotecaria, manifiestan que han solicitado, previa medición topográfica de la finca, la pertinente licencia del Ayuntamiento de Gijón, la cual les fue concedida por Resolución de 5 de enero de 2021, y en virtud de la misma proceden

a parcelar la finca en dos independientes, mediante la segregación de la finca registral n.º 6.962 de una porción de terreno de 998 metros cuadrados –parcela 2–, quedando por tanto, después de tal segregación, un resto de finca matriz, la cual, habida cuenta la reciente medición topográfica efectuada, mide 2.023 metros cuadrados.

La necesidad de tal operación de modificación hipotecaria viene dada porque la causante, doña M. A., en su testamento había legado a una de sus hijas, M. P., previa división o segregación, una porción de la finca citada, equivalente al 66,95 % de la total superficie de la finca, que deberá incluir sobre sí la vivienda unifamiliar allí edificada, y en comunidad con sus hermanos M. B., V. A. y M. A., una cuarta parte indivisa a cada uno de ellos sobre la restante superficie de la referida finca, sin inclusión de edificación alguna.

Puesto que se precisaba la previa rectificación de la superficie de la finca matriz, para acomodarla a la que consta en la licencia, para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados, ya que la notificación a los colindantes es un trámite esencial en los procedimientos de acreditación de un exceso de cabida para evitar que se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, se inició la tramitación del procedimiento registral previsto en el artículo 199 de la LH, con notificación a los titulares colindantes catastrales, que también son registrales en la forma y con el resultado que se indica en el apartado siguiente. Asimismo, se practicó la anotación preventiva por imposibilidad, prevista en el artículo 42-9 de la LH, a los efectos oportunos.

Tres de los cuatro colindantes han presentado sus alegaciones en el Registro de la Propiedad, oponiéndose a la pretensión del titular de la finca, que pretende la inscripción de la segregación en trámite de aceptación y adjudicación de la herencia, por entender que se invaden sus fincas.

¿Debe accederse a la inscripción registral promovida por los aceptantes de la herencia?

Cuestiones planteadas:

- Discrepancias catastro-registro en materia de georreferenciación.
- La preponderancia registral frente a las certificaciones catastrales.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Examinado el supuesto de hecho y las alegaciones y los documentos con ellas aportados, se observa que tres de los colindantes registrales/catastrales que alegan manifiestan su oposición basándose en una invasión de sus fincas, lo que ratifican con los levantamien-

tos topográficos aportados, cumpliendo la doctrina derivada de varias resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, según las cuales:

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, pues tal y como dispone el artículo 9 b) de la Ley Hipotecaria (LH), la representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del 10 % de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

Por tanto, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 199 y 201 de la LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016).

Además, dispone el precepto que a los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación, para lo que podrá acudir a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la resolución de esta dirección general de 2 de agosto de 2016.

Pues bien, efectuada tal comprobación mediante la representación de las coordenadas en la aplicación registral homologada citada, superponiendo los archivos GML tanto de las referentes a las parcelas segregada y resto aportadas por los promotores del expediente, como los de las coordenadas correspondientes a las fincas de los colindantes oponentes aportadas con sus informes topográficos, se observa que los recintos de las fincas se solapan entre ellas o bien en algún caso dejan huecos entre ellas, supuesto no posible, ya que además todos ellos son colindantes catastrales entre sí y así: la finca matriz con referencia catastral 7117004TP8271N0001YQ solapa con la parcela catastral 7117039TP8271N0001PQ, en un área de 41,56 metros cuadrados; con la parcela catastral 7117006TP8271N0001Q, en un área de 14,83 metros cuadrados; con la parcela catastral 7117046TP8271N0000XM, en un área de 4,10 metros cuadrados; y con la parcela 7117007TP8271N0001PQ colindante; según su representación gráfica aportada implica un desplazamiento del lindero catastral y existe un hueco entre ellas lo que no es posible por razón de su colindancia.

En el presente caso resultan fundadas las dudas en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes inscritas, con posible invasión de las mismas. Dudas que quedan

corroboradas con los datos y documentos que obran en el expediente, considerando especialmente las siguientes circunstancias:

- a) Si bien el conjunto de todas las fincas representadas respeta el perímetro catastral, ello se hace a costa de atribuir una representación gráfica a las fincas colindantes sin consentimiento de sus titulares (cfr. artículo 20 de la LH): la representación gráfica alternativa aportada comprende no solo la finca objeto del documento, sino también, a tenor de los informes técnicos aportados, las colindantes.
- b) La existencia de diferentes y contradictorios informes técnicos justificativos, tanto de la representación gráfica del promotor como de las alegaciones de los titulares colindantes, que evidencian que no es pacífica la delimitación gráfica de las fincas propuesta por el recurrente. Aunque, como señala el artículo 199, la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción, ello no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador, más aún cuando tales alegaciones se fundamentan en informe técnico.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de 19 de julio de 2016, que el objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y, en todo caso, que se produzcan situaciones de indefensión, asegurando, además, que puedan tener acceso al registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial. Aplicando la doctrina de la Resolución de 5 de marzo de 2012, la notificación a los colindantes constituye un trámite esencial en este tipo de procedimientos: la participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por eso constituye un requisito capital que se les brinde de un modo efectivo esa posibilidad de intervenir en el expediente. En caso contrario se podría producir un supuesto de indefensión.

El registrador no está obligado a denegar el procedimiento por la mera oposición de los colindantes, y puede, tras valorarlo debidamente, proceder a la inscripción solicitada, pero cuando lo que se alega es una posible invasión de fincas ya inmatriculadas, y puesto que hay que rectificar previamente la superficie de la finca matriz, para proceder a la inscripción de las fincas resultantes de la segregación, el registrador ha de rechazar la inscripción, si bien, le cabe al promovente del expediente la posibilidad de instar el deslinde conforme al artículo 200 de la LH, bien en escritura pública o bien por la vía de los tribunales de justicia.

Para la inscripción de las operaciones de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación de las fincas, resulta imprescindible la inscripción de la representación gráfica georreferenciada complementaria o alternativa a la certificación catastral gráfica y des-

criptiva cuando el acto inscribible consista en una de esas operaciones, por lo que procede también rechazar la inscripción de la segregación y adjudicación hereditaria en la forma expresada en las escrituras.

Por ello, previa valoración y ponderación de las alegaciones presentadas y la comprobación efectuada en la aplicación registral homologada, se denegó la inscripción de la base gráfica alternativa solicitada respecto de las parcelas afectadas y, en consecuencia, siendo un supuesto de los obligatorios previsto en el artículo 9 de la LH, la inscripción de la operación de parcelación vía segregación solicitada y de su identificación gráfica por posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, y como consecuencia de ello la inscripción de la adjudicación de la parcela segregada y del resto a favor de legataria y herederos respectivamente en la forma realizada en la escritura.

El artículo 9 de la LH, en su redacción otorgada por la Ley 13/2015, configura la incorporación de la representación gráfica con carácter preceptivo siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de... segregación.

El apartado 2 del artículo 199 remite en estos casos a la misma tramitación de su apartado 1, con la particularidad de que han de ser notificados los titulares catastrales colindantes afectados. Según el precepto, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio.

Y conforme a la doctrina derivada de las diferentes resoluciones reseñadas:

Resulta destacable que la oposición del colindante se encuentra debidamente sustentada con informe y representación gráfica georreferenciada elaborada por técnico, contradictorios a los presentados por el recurrente, lo que pone de manifiesto de forma evidente el conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas. Ha reiterado este centro directivo que no basta con efectuar una simple comparación aritmética, sino que es precisa una comparación geométrica espacial, por ello en el presente caso debe valorarse la existencia de una georreferenciación contradictoria aportada sobre la delimitación de las fincas. Por tanto, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica alternativa a la catastral propuesta que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos, no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Cuando la delimitación gráfica de la finca no es pacífica, ni el registrador en el momento de calificar, ni mucho menos la dirección general en sede de recurso, puede resolver el conflicto entre los colindantes, pues dicho conflicto, en su caso, deberá ser resuelto por los tribunales. Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de 19 de julio de 2016 (reiterada en otras posteriores), que el objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión, asegurando, además,

que puedan tener acceso al registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial. Aplicando la doctrina de la Resolución de 5 de marzo de 2012, la notificación a los colindantes constituye un trámite esencial en este tipo de procedimientos: la participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por eso constituye un requisito capital que se les brinde de un modo efectivo esa posibilidad de intervenir en el expediente. En caso contrario se podría producir un supuesto de indefensión. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudir al deslinde de fincas, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. artículo 198 de la LH).

Ciertamente, los datos del catastro se presumen exactos, en los términos de la legislación del catastro, pero ello debe entenderse sin perjuicio de los pronunciamientos registrales, que en cualquier caso tienen preferencia (cfr. artículo 2 del texto refundido de la Ley de catastro inmobiliario), los cuales hablan de la existencia de un regato delimitador de la finca objeto del expediente con las colindantes por el este, que no se aprecia en la georreferenciación aportada.

La propia reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 junio, parte de la posible inexactitud de los datos catastrales, permitiendo el uso de georreferenciaciones alternativas a la catastral, en caso de inexactitud de esta. Es decir, para destruir esa presunción de exactitud basta la alegación del colindante en la que declare que hay perturbación en la delimitación de su finca o parcela.

Por otro lado, el alta de la alteración catastral no produce ningún efecto jurídico, al carecer el catastro de la función de control de legalidad, que en el campo inmobiliario corresponde a los registradores de la propiedad, al ejercer su función de calificación registral.

Por lo que, para destruir esa presunción de exactitud basta, a efectos catastrales, la oposición de colindante, a diferencia de lo que ocurre en ámbito registral, donde la oposición de los colindantes ha de ser valorada, por el registrador, al ejercer su función registral, como reiteradamente ha declarado esta dirección general.

Ello implica que el alta en el catastro de una subsanación de discrepancias, al amparo del artículo 18 del texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario, no produce efecto registral alguno si presentado el correspondiente título en el registro, no se produce la inscripción, al calificar negativamente el registrador la rectificación de la descripción y la inscripción de la georreferenciación, una vez valoradas las alegaciones de los colindantes notificados.

Solo esa inscripción produciría el efecto de la legitimación registral, a la que se refiere el artículo 10.5 de la LH, único principio que determina la inversión de la carga de la prueba en juicio, a diferencia de lo que afirma el recurrente en su escrito de interposición del recurso.

Debe recordarse que la certificación catastral no constituye un título de propiedad.

Y como indicó la Resolución de 19 de julio de 2016, el objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos, y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión, asegurando, además, que puedan tener acceso al registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial. Por ello, es inexacta la afirmación del recurrente cuando afirma que la notificación a los colindantes no era necesaria en el presente caso. Lo era en la medida en que la registradora, al observar en la aplicación homologada ciertas incoherencias al superponer la georreferenciación alternativa aportada con la ortofoto del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea vigente, decide notificar a los colindantes.

Aplicando la doctrina de la Resolución de 5 de marzo de 2012, la notificación a los colindantes constituye un trámite esencial en este tipo de procedimientos:

La participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por eso constituye un requisito capital que se les brinde de un modo efectivo esa posibilidad de intervenir en el expediente. En caso contrario se podría producir un supuesto de indefensión.

Y sin que proceda, como pretende el recurrente, que la registradora en su calificación o esta dirección general en sede de recurso pueda resolver el conflicto entre colindantes que se pone de manifiesto, cuestión que, a falta de acuerdo entre los interesados, estará reservada a los tribunales de justicia.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, arts. 9, 10.5, 20, 198, 199, 200 y 201.
- Real Decreto legislativo 1/2004 (TR Ley de catastro inmobiliario), arts. 2 y 18.
- Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de noviembre de 2021, 1 de marzo de 2022, 5 de abril de 2022 y 29 de junio de 2022.

Impugnación de testamento

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Enunciado

Durante más de 20 años el testador, Felipe, ha sido maltratado de obra e injuriado gravemente de palabra por sus hijos Manuel y Rafael, y durante ese tiempo ha sido maltratado psicológicamente, no ha mantenido relación alguna con ellos, sin haber recibido ninguna atención ni material ni moral, ni cuidados por su precaria salud. Y, por ello, procede a desheredarlos por las causas establecidas en el artículo 853.2.^a del Código Civil, instituyendo heredera universal a su amiga Julia. El hijo, Manuel, en su nombre y en el de su hermano Rafael, impugna judicialmente el testamento, negando el comportamiento descrito por el testador, exclusivamente en cuanto al maltrato psicológico, pero admitiendo la falta de relación con su padre, y solicita que se declare la inexistencia de causa de desheredación y la nulidad de la institución de heredera universal de Julia, declarada en rebeldía procesal tras un emplazamiento sin que conste la citación personal. También por vicios en el consentimiento del testador.

Cuestiones planteadas:

1. Trascendencia de la declaración de rebeldía.
2. ¿Es correcta la desheredación? ¿Todo lo descrito es causa de desheredación?
3. ¿Es correcta la representación que asume Manuel en nombre de su hermano?

Solución

1. Trascendencia de la declaración de rebeldía

En el caso de traslado de la demanda sin recibir contestación, y tampoco comparece, a pesar de haber sido declarada en rebeldía procesal, no se puede pensar que la pasividad es equivalente a falta de prueba, y sería un error, porque no puede beneficiarse de ello quien impugna el testamento, como si la razón viniera asistida de la falta de intervención procesal. Los hechos, salvo que exista acuerdo o transacción o reconocimiento expreso, requieren ser probados. Como sucede en todo juicio ordinario, existe un momento procesal para admitir hechos o aceptar los presupuestos de la demanda (art. 414 LEC). Una vez contestada la demanda (que no es el caso), se convoca a las partes a una audiencia donde las partes pueden negociar con el fin de ponerlo de manifiesto en esa audiencia («al efecto del intento de arreglo o transacción»). Pero sucede en este supuesto que la rebeldía procesal va a impedir evidentemente cumplir con ese trámite –porque no olvidemos que la impugnación del testamento se ha de realizar por el juicio ordinario–. La transacción mediante renuncia, cuando el demandante unilateralmente no quiera seguir con el pleito, encuentra el problema del emplazamiento a la otra parte (art. 17 LEC), pero podría ser una hipotética forma anormal de concluir el pleito. Sin embargo, como se ha dicho, se plantea desde el punto de vista teórico, porque solo nos queda analizar hasta qué punto la rebeldía procesal facilita la estimación o no de la demanda.

Ahora bien, el caso alude a problemas en el emplazamiento, o sugiere que la falta de emplazamiento impide contestar la demanda y la comparecencia de la heredera en el acto del juicio. Se deduce, en su consecuencia, que no se trata de una rebeldía voluntaria. La rebeldía puede ser voluntaria o involuntaria y puede afectar a la tutela judicial efectiva, pues como dice la STS (Civil), Sec. 1.ª, núm. 134/2010, de 10 de marzo de 2010, rec. núm. 1063/2005 –sentencia que seguimos para la resolución de la cuestión– la doctrina constitucional «ha declarado con reiteración que el cumplimiento por los órganos judiciales de las normas reguladoras de los actos de comunicación con las partes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (SSTC núm. 77/1997, de 21 de abril y núm. 216/2002, de 25 de noviembre [NCJ047797]).

La falta de emplazamiento, por consiguiente, impide a la otra parte (Julia) ejercer su defensa por falta de conocimiento de la demanda, y de su contenido. Esta situación anómala la ubica en un estado potencial de indefensión, que le impide ejercer su derecho fundamental. No puede comparecer, no puede contestar a la demanda y la sentencia no puede alegar su pasividad, sino que la pasividad no querida le impide resolver con la sola petición de una de las partes. Y no basta con que haya emplazamiento, sino que el derecho de defensa se satisface cuando el acto procesal es efectivo, o como dice la jurisprudencia «el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real» (STC núm. 275/1993, de 20 de septiembre). Por lo que se deben extremar las precauciones o prevenciones al efecto de conseguir un acto procesal regular, para evitar la alternancia a través de otras personas que pueden suplir esta función.

Hemos dicho en el caso que el emplazamiento se produjo «sin que conste la citación personal». La norma exige que sea personal, que todo acto de comunicación sea personal, y solo en caso de imposibilidad se puede hacer a través de un tercero con especial relación (un familiar, un empleado, etc.). Por ello, si no se ha cuidado razonablemente el cumplimiento de los requisitos para que el emplazamiento esté bien hecho, las SSTC núm. 195/1990, de 29 de noviembre, y núm. 326/1993, de 8 de noviembre, nos recuerdan la relevancia constitucional del emplazamiento y la garantía de que tiene que llegar al destinatario. En definitiva, si se ha usado la vía de un tercero y no se han respetado las garantías de la comunicación, quedará afectada la tutela judicial de Julia y el acto de comunicación no será válido. Y esa rebeldía no voluntaria afectará al juicio de impugnación de testamento, a su posible revocación; a falta de constancia, claro está, de que el comportamiento pasivo de Julia haya sido consciente y voluntario. Pero este hecho no podrá fundarse en meras sospechas, sino ante la certeza de que pudo tener conocimiento de la existencia del proceso por otros medios (SSTC núm. 219/1999, de 29 de noviembre; núm. 128/2000, de 16 de mayo [NCJ052030]; núm. 268/2000, de 13 de noviembre [NCJ051799]; núm. 87/2003, de 19 de mayo [NCJ042534]; núm. 102/2003, de 2 de junio [NCJ042477], y núm. 128/2005, de 23 de mayo [NCJ040492]).

2. ¿Es correcta la desheredación? ¿Todo lo descrito es causa de desheredación?

Partimos del artículo 852 del CC: «Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos ochocientos cincuenta y tres, ochocientos cincuenta y cuatro y ochocientos cincuenta y cinco, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo setecientos cincuenta y seis con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º». La STS núm. 419/2022, de 24 de mayo, dijo: «En el diseño legal actualmente vigente la legítima es configurada como un derecho del que solo puede privarse al legitimario de manera excepcional cuando concurra causa de desheredación. El testador debe expresar alguna de las causas que de manera tasada ha fijado el legislador en los arts. 852 y ss. CC y al legitimario le basta negar su veracidad para que se desplace la carga de la prueba al heredero», por tanto, la prueba de que sea cierta la causa de la desheredación corresponde al heredero si el legitimario lo niega (art. 850 CC). Por consiguiente, si Manuel niega la causa de la desheredación, se invierte la carga de la prueba y su certeza le corresponde probarla a Julia.

Si observamos el tenor literal del artículo 853.2.^a del CC, y nos fijamos en lo primero que se dice en el caso como causa de desheredación, el maltrato psicológico: haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre, atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, y tratando de dar respuesta a las situaciones de menosprecio y abandono a las que pueden verse expuestas las personas vulnerables de edad avanzada, el Tribunal Supremo ha declarado que «el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2.^a CC» (SSTS núm. 267/2019, de

13 de mayo, con cita de las sentencias núm. 258/2014, de 3 de junio [NFJ054831], y núm. 59/2015, de 30 de enero [NCJ059468]).

Por otro lado, se afirma en el caso que existió una desatención material y moral y que no hubo contacto alguno entre el padre y los hijos. La jurisprudencia viene entendiendo que, analizadas las circunstancias de cada supuesto, estas pueden ser valoradas también como daños psicológicos (STS núm. 401/2018, de 27 de junio [NCJ063484]), que podrían privar del derecho legitimario a Manuel y Rafael. Ahora bien, hay que analizar si ese distanciamiento es imputable a ellos y ha causado el daño psicológico con suficiente entidad como para colmar e integrar el supuesto del artículo 853.2.^a del CC. Porque como señala la jurisprudencia, «en el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del "maltrato de obra" prevista en el art. 853.2.^a CC»

El hijo está facultado para demandar o impugnar el testamento porque es legitimario y esta cualificación es de derecho necesario. En este supuesto fáctico hemos dicho que el hijo Manuel impugna el testamento porque niega que sean ciertas las imputaciones del padre sobre el maltrato psicológico. Por consiguiente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 858 del CC se ha invertido la carga de la prueba y es a Julia a quien corresponde probar que las afirmaciones del padre son ciertas. Téngase en cuenta, además, como complemento, que según dispone el artículo 851 del CC, «la desheredación sin expresión de causa o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado», aun cuando se mantengan las disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima. Si resultara que la rebeldía declarada de Julia fue la correcta, si se pudiera tildar de voluntaria, entonces se anularía el testamento y se conservarían todos los derechos del legitimario, a falta de prueba de la veracidad de las imputaciones que se hacen constar en el testamento por el padre fallecido. No habría, por tanto, más afirmación que la del testador.

Pero todavía hay otro dato esencial: el hijo reconoce el abandono del padre, la falta de relación con él. Solo niega el maltrato psicológico. Como hemos dicho más arriba, una manera de maltratar psicológicamente al padre es mediante el abandono, la ausencia del hijo en la vida del padre. Pero esto hay que probarlo, pues depende de las circunstancias de cada caso. El Tribunal Supremo lo admite como causa integrada de desheredación, al equipararlo al maltrato de obra del artículo 853.2.^a del CC. Una cosa es admitir que no ha visto al padre y otra que este abandono por falta de relación con él suponga un maltrato de obra. Hay que probarlo y no especular, aun aceptando la causa de desheredación, debiendo ser justificada; es decir, que el testador, como única obligación, debe motivar la causa, la falta de relación entre un padre y un hijo no siempre constituye daño psicológico (STS

núm. 401/2018, de 27 de junio [NCJ063484]); porque la indiferencia no lo es. La desaparición de los hijos de la vida del padre, que puede dar lugar a un reproche por la indiferencia, no es causa de desheredación, pues lo contrario sería tanto como admitir que la norma permita algo no expresamente contemplado. Lo que la jurisprudencia nos da a entender es que el abandono profundo y maltratador no es lo mismo que la falta de relación, y esta no siempre una causa de desheredación. Los motivos por los que un hijo deja de relacionarse con el padre pueden ser múltiples y no son siempre la razón del maltrato de obra relevante.

3. ¿Es correcta la representación que asume Manuel en nombre de su hermano?

Hemos dicho en la contestación a la segunda pregunta que Manuel está legitimado para demandar e impugnar el testamento, pero ahora la cuestión radica en si puede actuar en nombre de su hermano. Y que la carga de la prueba de la falta de la verdad de las imputaciones de abandono corresponde a la designada como heredera por el padre. Sin embargo, lo que no queda claro en el texto del caso práctico es la posición procesal del hermano a quien su otro hermano dice representar. Esta representación debe ser procesal y estar acreditada para que la carga de la prueba, todo el proceso en su conjunto, le pueda beneficiar o no, según su resultado.

Por la importancia que tiene sobre la cuestión de fondo, aunque la falta de legitimación *ad causam* no entre a conocer del mismo, sino que es un presupuesto anterior, hacemos una breve mención a la relación jurídica que existen entre el derecho de Manuel (que también los sería de Rafael) y el objeto jurídico (la impugnación). Desde la promulgación de la LEC 1/2000, desapareció la clásica distinción entre legitimación *ad procesum* y legitimación *ad causam*. Actualmente solo se habla de capacidad procesal y legitimación. La relación entre las cualidades objetivas del sujeto, entre su condición objetiva y la relación material que es objeto del pleito, es lo que puede determinar la idoneidad para ser parte procesal. Rafael está legitimado para ser parte en ese proceso de impugnación del testamento de su padre, y sin embargo no parece que haya otorgado representación en su hermano Manuel. Como dice nuestro Tribunal Supremo: «La legitimación activa, como presupuesto de la acción que se ejercita, implica que el demandante o los demandantes se encuentren en una determinada relación jurídica, como titulares o con interés legítimo. Por tanto, la legitimación es atinente al fondo de la cuestión jurídica planteada, viniendo determinada por el Derecho material aplicable al derecho o interés discutido en el proceso y que faculta para obtener la tutela judicial efectiva –proclamada por el artículo 24 de la Constitución Española– al titular del derecho o del interés legítimo». (STS núm. 340/2005, 4 de mayo de 2005, rec. núm. 4463/1998). Por consiguiente, la legitimación que ostentan es una *questo iuris* que se puede resolver, de no existir, en la sentencia; el fondo de la cuestión es otra cosa. Las razones de orden público permiten además al tribunal apreciar de oficio su concurrencia o no; por ello, debe acreditarse la representación con que actúa Manuel en nombre de su hermano, y, a falta de esta, queda excluido de la relación jurídica procesal.

De otro lado, si nos fijamos en el contenido del artículo 10 de la LEC, observamos lo siguiente: «Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso». Es evidente que ambos hermanos, Rafael y Manuel, son titulares del objeto litigioso, porque ambos son legitimarios y su derecho es personalísimo e indelegable sin representación procesal. Precisamente por ello es por lo que uno no puede actuar en el nombre de otro, de ahí que no sea de aplicación el párrafo segundo del artículo citado, en tanto que la ley no atribuye legitimación a persona distinta de su titular. Cada hermano debe accionar por separado u otorgarse poderes recíprocos.

Manuel, en definitiva, será el único actor en este asunto porque ejercita un derecho personalísimo, y sin que se deduzca que Rafael ha renunciado al mismo (cosa que podría hacer), y la consecuencia inmediata es que el pronunciamiento judicial, de ser favorable, solo le afectará a él, a sus derechos hereditarios, y no al hermano, que se vería privado del reconocimiento de la impugnación testamentaria. Manuel recupera su posición, pasa a ser heredero de su padre, pero Rafael, no.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 850, 851, 852, 853 y 858.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 10, 17 y 414.
- STS núm. 267/2019, de 13 de mayo, con cita de las sentencias núm. 258/2014, de 3 de junio (NFJ054831); núm. 59/2015, de 30 de enero (NCJ059468), y núm. 401/2018, de 27 de junio (NCJ063484).
- SSTC núm. 195/1990, de 29 de noviembre; núm. 326/1993, de 8 de noviembre; núm. 219/1999, de 29 de noviembre; núm. 128/2000, de 16 de mayo (NCJ052030); núm. 268/2000, de 13 de noviembre (NCJ051799); núm. 87/2003, de 19 de mayo (NCJ042534); núm. 102/2003, de 2 de junio (NCJ042477), y núm. 128/2005, de 23 de mayo (NCJ040492).

Contrato administrativo de concesión de servicios y responsabilidad patrimonial del Estado-legislador. Devolución de lo pagado

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

juliogalancaeres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

1. Con fecha 4 de mayo de 2010, un ayuntamiento de régimen común suscribió contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión administrativa para la explotación del servicio municipal de cementerios y tanatorio-crematorio en el municipio de Almería con la mercantil XX, SRL, con un plazo de duración de 30 años, pudiendo prorrogarse, por acuerdo de las partes, por un periodo máximo, considerando el plazo inicial de la concesión y las prórrogas, de 50 años. La citada contratación se rige por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

La sentencia dictada por la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia anuló el acuerdo de la junta de gobierno local, que había actuado por delegación del pleno, de 5 de abril de 2010, por el que se adjudicaba definitivamente a la mercantil XX, SL el contrato antes referido, ya que en el procedimiento de adjudicación no se observaron los trámites esenciales previstos en los artículos 86 de la Ley 7/1985 y 97.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprobó el texto refundido del régimen local, para que una corporación local pueda ejercer actividades económicas, teniendo en cuenta que en el contrato antes referido a la prestación del servicio municipal de cementerio se añadía la prestación de los servicios de tanatorio crematorio, que no se prestaban con anterioridad por el ayuntamiento.

En cumplimiento de aquella sentencia, la junta de gobierno local acordó el inicio del expediente de liquidación del contrato de gestión del servicio público en la modalidad de concesión para la explotación del servicio municipal de cementerios, tanatorio-crematorio. En la parte dispositiva del referido acuerdo se indica que el expediente de liquidación del contrato tiene por objeto determinar la restitución de los bienes y derechos que corresponden a cada parte y demás efectos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, norma legal aplicable a dicho contrato.

Nota: Los supuestos fueron planteados en el concurso-oposición (fase de oposición) para el ingreso, por promoción interna, entre secretarios-interventores, en la subescala de Secretaría de Entrada, en la prueba realizada en el mes de marzo de 2023, con la excepción de la pregunta número 1 del caso 1, que se ha añadido.

Independientemente de lo anterior, se están realizando los trámites administrativos que resultan preceptivos para la adjudicación de un nuevo contrato de concesión de servicios, que tiene por objeto la prestación de los servicios de cementerio y tanatorio crematorio en el referido municipio.

En concreto, hasta el día de la fecha se han realizado los siguientes trámites:

- Tramitación del expediente, previsto en el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, relativo al ejercicio de actividades económicas y determinación de la forma de gestión de los servicios de cementerios, tanatorio y crematorio, que culminó con la aprobación definitiva de la memoria reguladora de los aspectos social, jurídico, técnico y financiero para el ejercicio de actividades económicas por el ayuntamiento, mediante acuerdo del pleno del ayuntamiento de fecha 26 de marzo de 2018.
- Tramitación del expediente relativo a la redacción y aprobación de la Ordenanza Reguladora de los Servicios Municipales de Cementerio, Tanatorio y Crematorio de Almería, que finalizó con la aprobación definitiva de la ordenanza mediante acuerdo del pleno municipal de fecha 26 de junio de 2018.
- Consulta a siete operadores económicos del sector funerario sobre la estructura de costes, a fin de determinar la fórmula de revisión de precios aplicable al nuevo contrato, en virtud de lo preceptuado en Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

La concesionaria SS, SRL, en virtud del vigente contrato, estaba obligada a la realización de obras y demás inversiones en diferentes activos destinados a la gestión del servicio y que deberían haber sido amortizados a lo largo del plazo previsto de duración del contrato.

Dichas inversiones actualmente se encuentran realizadas en su totalidad y solo parcialmente amortizadas. Será necesario, por tanto, y a la vista de la sentencia judicial, la liquidación del contrato teniendo en cuenta dicha circunstancia.

El valor neto contable aproximado de las inversiones pendientes de amortizar a 31 de diciembre de 2018 es de 4.500.000 euros.

2. El citado ayuntamiento se está planteando exigir responsabilidad patrimonial a la Administración General del Estado tras la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 59/2017, de 11 de mayo (publicada en el BOE el 15 de junio de 2017 [NCJ062411]), en relación con el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, por los daños y perjuicios derivados de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLRHL (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo).

La cuantía que se plantea reclamar, como indemnización de los citados daños, asciende a 300.000 euros, más los intereses de demora devengados, y su cálculo se ha determi-

nado atendiendo a la cuantía global hasta la fecha de las liquidaciones declaradas nulas por diversos juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo como consecuencia de la STC antes aludida.

Téngase en cuenta que todas las sentencias firmes condenatorias de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo contra el ayuntamiento han sido dictadas desde el mes de septiembre del año 2022 hasta el día de hoy.

El Estado deniega el pago al ayuntamiento aduciendo que el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana es facultativo para los ayuntamientos y no preceptivo. Por tanto, la culpa es del ayuntamiento, al imponer dicho impuesto.

Cuestiones planteadas:

Caso 1

1. ¿Podrían plantearse las preguntas 2, 3 y 4 como cuestiones a consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado?
2. Régimen jurídico del nuevo contrato y tramitación del procedimiento.
3. Situación jurídica en la que se encuentra el ayuntamiento una vez declarada judicialmente la nulidad de la adjudicación.
4. ¿Sería ajustado a derecho establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del nuevo contrato de concesión de servicios una cláusula que estableciera la obligación del futuro adjudicatario de abonar al Ayuntamiento de Almería, en el momento de la formalización del contrato en documento administrativo, un canon o aportación inicial, que tendrá carácter de ingreso afectado en la contabilidad pública para hacer frente a operaciones de capital, por un importe equivalente al valor de los activos que están pendientes de amortizar, y que este ayuntamiento pondría a disposición del nuevo adjudicatario? Todo ello sin perjuicio del canon o participación en la explotación que pudiera establecerse entre los criterios de adjudicación.

Dicha obligación se configuraría en el pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la nueva contratación bajo las siguientes condiciones:

- a) Las inversiones ya realizadas, que permitirán desarrollar el normal funcionamiento del servicio, podrán alcanzar una cifra aproximada de 4.800.000 euros. Esta cifra determinaría el importe de dicho canon inicial.
- b) El canon inicial lo abonaría el adjudicatario de la nueva contratación al ayuntamiento en concepto de compensación de activos, que pone a su disposición esta Administración municipal para la prestación de los servi-

cios objeto del contrato y que se consideran indispensables para su normal funcionamiento. En ningún caso existiría relación financiera entre el anterior concesionario y el licitador que resulte adjudicatario de la nueva contratación.

- c) El canon inicial abonado por el adjudicatario se amortizaría durante el periodo de duración de la nueva concesión.
- d) Si XX, SRL se presentara a la licitación de la nueva contratación, de resultar nuevamente adjudicatario, tendría que abonar el canon inicial; si bien recuperaría posteriormente el monto de la liquidación del anterior contrato.
- e) Esta obligación se introduciría en los nuevos pliegos por razones de interés público, pues, por los motivos expuestos anteriormente, de no establecer esta aportación inicial, que resulta de la imprevista interrupción del contrato sin haber transcurrido un tercio de su duración, se vería necesariamente afectada la capacidad inversora de esta Administración municipal para ejercicios futuros, dado el montante pendiente de amortizar. Podría verse también afectado el equilibrio en términos de estabilidad presupuestaria, salvo que se adopten importantes medidas de reequilibrio.

Caso 2

De cara a conocer la viabilidad y fundamento jurídico de tal decisión, se le solicita informe al respecto y, en concreto, sobre los siguientes extremos de manera sucinta y justificada:

1. Marco jurídico constitucional y legal en el que sustentaría la reclamación.
2. Legitimación activa de los particulares y del ayuntamiento.
3. Prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial para los particulares y para el ayuntamiento.
4. Requisitos que debieron cumplir los particulares que pudieran reclamar en concepto de responsabilidad del Estado-legislador. ¿Era preceptivo haber alegado la inconstitucionalidad del precepto en el primer recurso que plantearon ante los órganos jurisdiccionales contenciosos-administrativos para que prosperara, posteriormente, la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial?
5. Órgano encargado de resolver y recursos posteriores en el caso de la acción ejercitada por el ayuntamiento, en su caso.
6. Cumplimiento del resto de requisitos (antijuridicidad, individualización del daño, relación de causalidad y otros que se considere necesario resaltar conforme a la normativa de aplicación) en el caso del procedimiento de reclamación de responsabilidad por el ayuntamiento.

Solución

Caso 1

1. ¿Podrían plantearse las cuestiones 2, 3 y 4, que se enumeran a continuación, en consulta, a la Junta Consultiva de Contratación?

El artículo 328.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) señala que «la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal», y, en su apartado 3.º, letra c) señala que es competente para «informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración y, con carácter preceptivo, sobre todas las disposiciones normativas de rango legal y reglamentario en materia de contratación pública de competencia estatal».

El artículo 1 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, que regula la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, señala que «la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, tiene el carácter de órgano consultivo de la Administración del Estado de sus organismos autónomos y demás entes públicos estatales, en materia de contratación administrativa y ejerce, además, las funciones que la legislación vigente le atribuye en orden a la clasificación de los contratistas, a la elaboración de los índices oficiales a efectos de la revisión de precios en los contratos y respecto del Registro de Contratos». En concreto en el artículo 2 se concretan estas funciones.

Por su parte, el artículo 17 del mencionado texto legal determina que «la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor general de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

Igualmente podrán solicitar informes de la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales [este es el caso en que nos encontramos, por tanto, en principio, la alcaldesa está legitimada para la solicitud de informes en materia de contratación].

Los informes se trasladarán a los órganos que los hubieren solicitado, por conducto del Presidente de la Junta. Cuando este considere que revisten interés general, los pondrá también en conocimiento de los órganos de contratación.

Sin perjuicio de ello, los órganos de contratación y las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores de la contratación administrativa podrán elevar a

la Junta mociones en materia de su específica competencia, que serán informadas por la Secretaría de la Junta y sometidas al Presidente de la Comisión Permanente, por si estima que el interés del tema planteado justifica su consideración por el órgano correspondiente de la Junta. En caso contrario, la Secretaría trasladará su informe al órgano remitente».

El ayuntamiento plantea, además de lo que consta en las preguntas números 2 (Régimen jurídico del nuevo contrato y referencia a la tramitación del procedimiento, especialmente, a las especialidades del contrato en cuestión) y 3 (Situación jurídica en la que se encuentra el ayuntamiento una vez declarada judicialmente la nulidad de la adjudicación), la 4, consistente es si, tras la liquidación de una concesión de servicios anterior, resulta ajustado a derecho establecer en los nuevos pliegos de cláusulas administrativas particulares una cláusula que obligue al futuro adjudicatario a abonar al ayuntamiento un canon o aportación inicial por un importe equivalente al valor de los activos no amortizados durante el anterior contrato.

Se indica que el ayuntamiento pondría dichos activos a disposición del nuevo adjudicatario para su explotación. También especifican los hechos la forma jurídica que tomaría el ingreso y las condiciones en que la cláusula se establecería.

Antes de analizar las distintas cuestiones, debe recordarse que la Junta Consultiva solo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de la LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, como es el planteado en las cuestiones 2 (Régimen jurídico del nuevo contrato y referencia a la tramitación del procedimiento, especialmente, a las especialidades del contrato en cuestión) y 3 (Situación jurídica en la que se encuentra el ayuntamiento una vez declarada judicialmente la nulidad de la adjudicación).

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta junta expuestos, por ejemplo, en su informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados o el informe preceptivo de los pliegos.

Por tanto, los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronunciarán declarando los criterios de aplicación general en relación con las cuestiones sometidas a su consulta, correspondiendo a los servicios jurídicos del ayuntamiento o los servicios jurídicos correspondientes, informar sobre los aspectos concretos del caso.

Por lo expuesto, atendiendo a las competencias específicas de la Junta Consultiva, el informe se pronunciará respecto a la pregunta 4, en relación con la compatibilidad de la cláusula propuesta con la legislación en materia de contratación pública, excediendo de su

competencia el análisis de las cuestiones relacionadas con la interpretación de la normativa de régimen local o de otras cuestiones administrativas concretas. Por tanto, previo informe de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la comisión permanente desestimaré el planteamiento de estas cuestiones a la junta y la secretaria trasladará este informe al órgano remitente de la consulta.

Por ello, en relación con las preguntas 2 y 3 no es competencia, en principio, de la Junta de Contratación pronunciarse sobre ellas, al no ser de carácter general sino concretas, pero, sin duda, parece que sí lo sería para respecto a lo planteado en la pregunta 4 (sobre si sería ajustado a derecho establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del nuevo contrato de concesión de servicios una cláusula que estableciera la obligación del futuro adjudicatario de abonar al ayuntamiento, en el momento de la formalización del contrato en documento administrativo, un canon o aportación inicial, que tendrá carácter de ingreso afectado en la contabilidad pública para hacer frente a operaciones de capital, por un importe equivalente al valor de los activos que están pendientes de amortizar, y que este ayuntamiento pondría a disposición del nuevo adjudicatario), porque es de carácter general y podría tener una influencia esencial en futuros contratos donde se pudiera establecer dicha cláusula, y es conveniente, entre otros principios, por el de seguridad jurídica y certeza.

2. Régimen jurídico del nuevo contrato y referencia a la tramitación del procedimiento, especialmente, a las especialidades del contrato en cuestión

a) Régimen jurídico

El régimen jurídico del contrato de concesión de servicios se contiene en el capítulo III del título II del libro segundo de la ley (arts. 284 a 297 LCSP). Pues bien, como se deduce de los artículos 285.2 y 287 de la LCSP, la prestación objeto de este contrato va a suponer la explotación de obras e instalaciones afectas al servicio (puesto que la obras ya fueron ejecutadas por la anterior contratista) y supone la transferencia del riesgo financiero del contrato a la contratista. Este es el caso que nos ocupa en esta situación. Estará sujeto a regulación armonizada si el valor estimado es igual o superior a 5.382.000 euros.

b) Tramitación del procedimiento

Expediente de contratación

Con independencia de los trámites generales comprendidos en los artículos 115 (consultas preliminares del mercado), 116 a 130 (tramitación del expediente de contratación) y 131 a 176 (normas sobre la adjudicación), y las específicas del contrato de concesión de servicios contenidas en los artículos 284 a 297: pliegos y anteproyecto de obra y explotación, ejecución del contrato de concesión de servicios, obligaciones generales, prestacio-

nes económicas, modificación y mantenimiento del equilibrio económico, cumplimiento y efecto, resolución y aplicación de las causas y subcontratación, podemos señalar algunas peculiaridades del caso que comentamos.

- **Objeto del contrato:** Prestación de los servicios de cementerio y tanatorio-crematorio en el referido municipio. Respecto del primero (el servicio de cementerio) es una competencia propia del ayuntamiento, a tenor de lo establecido en el artículo 25.2 k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, pero respecto al segundo (servicios de tanatorios) implica una actividad económica, que puede ejercitar, pero precisa que, con carácter previo, se tramite el expediente de municipalización previsto en el artículo 97 del Real Decreto-Ley 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, puesto que, en principio, no se trata de un servicio reservado al ayuntamiento, conforme al artículo 86 de la Ley 7/1985 (abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios).
- **Publicidad:** En estos contratos no existe anuncio de información previa. Por lo tanto, solo existe el anuncio de licitación, que denomina de concesión, y el de adjudicación (art. 31.1 directiva comunitaria). El plazo para enviar el anuncio de adjudicación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea es de 48 días (art. 32.1 directiva comunitaria), en lugar de los 30 días que figura en la directiva clásica para los contratos de obras, suministros y servicios.
- **Plazo para presentación de proposiciones:** Los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquellas, en función de la complejidad del contrato, y respetando los plazos mínimos fijados por la ley.

En procedimientos abiertos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 35 días, para los contratos de obras, suministros y servicios, y a 30 días para las concesiones de obras y servicios.

En los contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo no será inferior a 15 días. En los contratos de obras y de concesión de obras y concesión de servicios, el plazo será, como mínimo, de 26 días.

En el procedimiento abierto simplificado, el plazo no podrá ser inferior a 15 días. En los contratos de obras el plazo será como mínimo de 20 días. En el procedimiento abierto supersimplificado, no podrá ser inferior a 10 días hábiles. Cuando

se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles.

En el procedimiento restringido de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de las solicitudes de participación no podrá ser inferior a 30 días. En los contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo no será inferior a 10 días.

En el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento de diálogo competitivo, los plazos serán los mismos que en el procedimiento restringido.

- **Procedimiento de adjudicación:** Parece que el más indicado es el restringido. Pero puede ser el abierto o el negociado si estamos ante alguno de los supuestos de los artículos 167 o 168 de la LCSP, porque es cierto que el objeto del contrato es especial y técnico.
- **Tipo de tramitación:** Ordinaria justificación, en su caso, de la urgencia de la tramitación.
- **No procede lotes:** Es preciso la justificación de la no división en lotes (art 93. 3 LCSP). Se trata de la concesión de servicios de cementerio y tanatorio-crematorio, por lo que, por la propia naturaleza del contrato, existe una evidente conexión que justificaría su no división en lotes.
- **Necesidades a satisfacer:** Se concretan.
- **Publicidad en el perfil del contratante:** Poner localización.
- **Órgano de contratación:** Puede ser, dependiendo del valor estimado, el alcalde o el pleno (disp. adic. 2.^a LCSP).
- **Regulación armonizada:** Según que el valor estimado sea igual o superior a 5.382.000 euros o no. Parece que sí, teniendo en cuenta que las inversiones realizadas hasta la declaración de nulidad judicial del anterior contrato se elevaron a la cantidad de 4.800.000 euros.
- **Plazo de ejecución:** Con arreglo al artículo 29.6 de la LCSP.
- **Prórroga:** Artículo 29 de la LCSP.
- **Garantía provisional:** No, generalmente.
- **Garantía definitiva:** Se fijará en cada caso por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en función de la naturaleza, importancia y duración de la concesión de que se trate (art. 107.4).
- **Seguros:** Sí. Descripción de las coberturas mínimas del seguro: El contratista deberá suscribir, además de las pólizas que correspondan a la actividad desarrollada, una póliza de seguro que cubra las posibles responsabilidades de todo tipo en las que pudiera incurrir como consecuencia de la prestación del servicio, incluyendo la responsabilidad civil por daños a terceros, tanto a personas como

a cosas, los incendios y cualquier otro daño de naturaleza análoga que pudiera producirse en las instalaciones, mobiliario, maquinarias o utillaje.

- **Prestaciones económicas:** Mediante este contrato se efectúa transferencia del riesgo operacional al concesionario (art. 15.2 LCSP). El contrato se compone de las siguientes prestaciones económicas, al menos: a) canon. Se establece un canon a abonar por el concesionario al ayuntamiento. Y b) tarifas. El concesionario gestionará el servicio a su riesgo y ventura, y su explotación económica la llevará a fin de manera diligente y optimizando los recursos disponibles. Percibirá como retribución las tarifas a abonar por los usuarios del servicio que hubieran sido autorizadas.
- **Presupuesto base de licitación:** A tenor del artículo 100.1 de la LCSP, se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, salvo disposición en contrario.
- **Valor estimado del contrato:** Anualidad media del contrato: XXX euros. El valor estimado del contrato es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.1 b) de la LCSP, el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido, que, según estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios. Se incluyen en el mismo los importes correspondientes a las posibles prórrogas y modificaciones previstas, en su caso.
- **Solicitud de participación y documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.**
- **Plazo de presentación de solicitudes de participación:** 15 días naturales.
- **Número mínimo y máximo de empresarios a los que se le invitará a participar:** En este procedimiento no hay limitación de participación, se invitará a todos los candidatos que cumplan los requisitos previos para participar.
- **Lugar de presentación de solicitudes de participación:** La presente licitación tendrá carácter electrónico, por lo que los licitadores deberán preparar y presentar obligatoriamente sus solicitudes de participación de forma electrónica a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.
- **Documentación a presentar:** Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. Contenido del sobre n.º 1: a) Solicitud de participación (anexo). b) Documento europeo único de contratación (DEUC). c) Acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional en la forma establecida en el punto ... de este anexo. d) Acreditación de solvencia con medios externos. Sobre 2: Oferta económica.
- **Presentación de proposiciones por los candidatos previamente seleccionados:** Forma, plazo y lugar de presentación de ofertas.

- **Documentación a presentar en la fase 2 por los candidatos seleccionados:** La presentación de proposiciones.
- **Modificaciones del contrato previstas:** (Art. 204 LCSP). No procede, si procedieran, se determinan.
- **Persona responsable del contrato:** A los efectos del artículo 62 de la LCSP, se designa como persona responsable del contrato, al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, a ...
- **Subcontratación:** Solo podrán subcontratarse las prestaciones accesorias del contrato. La celebración de subcontratos estará sometida al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 215 de la LCSP y en el PCAP. Los licitadores deben indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.
- **Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo:** En el caso de que el servicio revierta a la Administración. El artículo 130 del citado texto normativo dispone que la subrogación deberá operar siempre y cuando le venga impuesta al adjudicatario de forma obligatoria, ya sea en virtud de una norma legal, por disponerlo un convenio colectivo o por un acuerdo de negociación colectiva que tenga eficacia general.
- **Deberes y obligaciones de la empresa contratista:** Las establecidas en la cláusula XXX del pliego de prescripciones técnicas (PPT).
- **Derechos y facultades de la empresa concesionaria:** Las establecidas en la cláusula XXX del PPT.
- **Derechos y facultades de la Administración:** Las establecidas en la cláusula XXX del PPT.
- **Penalidades:** Se concretarán los supuestos y, en su caso, la cuantía. Así, por ejemplo, 1) Por incumplimiento del horario de funcionamiento: XXX euros. 2) Por incumplimiento de disponer de hojas de reclamaciones para los usuarios y colocar en lugar visible cartel anunciador de la existencia de aquellas: XXX euros. 3) Por no mantener los aseos en las condiciones de limpieza e higiene exigibles: XXX euros, por cada día de incumplimiento.

Reglas especiales al tratarse de cementerio y crematorio

Por supuesto, habrá que cumplir con la normativa específica para estas actividades, aunque en España, todos los aspectos relacionados con la sanidad mortuoria, a excepción del traslado internacional de cadáveres, entran dentro del marco competencial de las co-

munidades autónomas. Esto ha generado multitud de normas que, para evitar confusión, se han armonizado en una Guía de Consenso sobre Sanidad Mortuoria, aprobada por el Consejo Interterritorial de Salud (en la Comisión de Salud Pública de 24 de julio de 2018).

Entre los requisitos para hornos crematorios, los prestadores de servicios funerarios podrán ejercer la actividad siempre que cumplan los servicios ofertados, para lo cual deberán:

- Estar registrados en el registro/censo de empresas funerarias de cada comunidad autónoma.
- Informar a los destinatarios de los servicios sobre la tramitación administrativa que sea preceptiva.
- Disponer de los medios materiales necesarios y suficientes para atender los servicios ofertados y mantenerlos en buenas condiciones higiénico-sanitarias.
- Mantener las instalaciones y los servicios prestados en condiciones higiénico-sanitarias de limpieza y desinfección adecuadas.
- Contar con personal debidamente formado en la materia.
- Cumplir con la normativa de sanidad mortuoria correspondiente de cada comunidad autónoma y disponer de un registro de los servicios prestados.

Finalmente señalar que otras normas relativas a la protección del medio ambiente, urbanismo, contaminación, ruidos y, en general, actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, que son, casi siempre, competencias compartidas por el Estado y comunidades autónomas deberán ser respetadas y unidas al expediente de contratación para que los pliegos de cláusulas particulares o de prescripciones técnicas particulares las recojan como de obligado cumplimiento, bien de forma general o por remisión a las respectivas normativas, o bien de forma más específica.

3. Situación jurídica en la que se encuentra el ayuntamiento una vez declarada judicialmente la nulidad de la adjudicación

En los supuestos de extinción del contrato por transcurso del plazo o cualquier otra causa de resolución, lo normal es que el servicio revierta a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Pero, como indica los hechos, en este caso no fue posible cumplir íntegramente el plazo descrito en la concesión, pues fue anulada la adjudicación mediante una resolución judicial que declaraba la existencia de una causa de nulidad insubsanable (en la actualidad, estas causas de nulidad se contemplan en el art. 39 de la LCSP, en relación con el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común –LPAC–).

Esta resolución produjo el efecto de que, conforme al artículo 42.1 de la LCSP, y por un elemental principio del derecho, el contrato entrase en liquidación, surgiendo la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo. Si esto no fuese posible, como ocurre en el presente caso, porque existe la obligación de reversión, se devolverá su valor. En este caso, por lo realizado por el concesionario anterior respecto a la totalidad de las obras que debían ser amortizadas a lo largo del periodo de vigencia previsto contractualmente para la concesión, la ruptura de este periodo de amortización le supone un perjuicio evidente, perjuicio que ha de ser debidamente indemnizado, conforme al citado artículo 42 de la LCSP.

También es de resaltar que la Administración pudo hacer uso de lo previsto en el artículo 42.3 de la LCSP: «Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio».

4. ¿Sería ajustado a derecho establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del nuevo contrato de concesión de servicios una cláusula que estableciera la obligación del futuro adjudicatario de abonar al Ayuntamiento de Almería, en el momento de formalización del contrato en documento administrativo, un canon o aportación inicial, que tendrá carácter de ingreso afectado en la contabilidad pública para hacer frente a operaciones de capital, por un importe equivalente al valor de los activos que están pendientes de amortizar y que el ayuntamiento pondría a disposición del nuevo adjudicatario? Todo ello sin perjuicio del canon o participación en la explotación que pudiera establecerse entre los criterios de adjudicación

Estos activos van a estar afectos a la nueva explotación, minorando una de las obligaciones incluidas en la anterior concesión, la construcción de las instalaciones, y todo ello en beneficio del nuevo concesionario.

Por ello, en la configuración del nuevo contrato de concesión de servicios pueden tenerse en cuenta las consecuencias que derivan de la extinción del primer contrato, especialmente en lo que se refiere a la situación de las obras e instalaciones necesarias para la prestación del servicio.

Como es lógico, la situación común en la extinción de este tipo de contratos consiste en su terminación normal por el transcurso del plazo, lo que implica, respecto de la realización y explotación de obras, lo siguiente:

- La construcción íntegra de las obras conforme al proyecto de construcción (art. 287.1 LCSP).

- La amortización sucesiva durante el periodo de ejecución del contrato.
- La reversión de las obras a la Administración debidamente terminadas y completamente amortizadas.
- Si se va a celebrar un nuevo contrato de similar objeto, la inclusión de estos activos, ya amortizados, en la futura concesión.

En casos como el que se nos ha planteado se produce, por el contrario, la terminación anticipada del primer contrato por causa imputable a la Administración, ocurriendo que las obras, aun estando concluidas, no están completamente amortizadas. Pues bien, en caso de culpa de la Administración contratante, como es el caso, puesto que se declaró la nulidad del contrato por la omisión del procedimiento previo de municipalización del servicio, conforme al artículo 97 del TRRL, la reversión se ha de realizar, conforme al artículo 295 de la LCSP, con la obligación de abonar al concesionario, en todo caso, el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos si se hubiera producido y, en su caso, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización.

Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión. (La amortización lineal es el método más utilizado y el que permite calcular de forma sencilla el valor de un activo a lo largo de su vida útil. Con esta fórmula de amortización, se puede conocer el importe anual que se va amortizando del activo, lo que se conoce como la cuota de amortización anual). Si la Administración va a tener que abonar una cantidad como consecuencia de la asunción de unas obras que formaban parte de la concesión inicial, y si el nuevo concesionario se va a ver beneficiado por la explotación de las nuevas obras durante la vida de la concesión, reduciendo la carga que para el mismo representa con respecto al primer contrato, resulta razonable que se repercuta al nuevo concesionario el valor de los activos que le aporta y que no ha tenido que ejecutar como parte del objeto de la prestación.

Lógicamente, corresponde valorar al órgano de contratación la forma en que se complete la financiación de la amortización pendiente de las obras con arreglo a los criterios de eficiencia en la utilización de los fondos públicos y dentro de los límites establecidos en la normativa de estabilidad presupuestaria.

En este caso, resulta posible su integración dentro del nuevo contrato de concesión de servicios del que formen parte.

En efecto, al amparo del principio de libertad de pactos (nuestro Código Civil regula la teoría general de los contratos en el título II «De los contratos», dentro de su libro IV «De las obligaciones y contratos» (del art. 1254 al art. 1314), siendo la base de la teoría general de los contratos en nuestro Derecho el principio de la autonomía de la voluntad.

El principio de libertad contractual, o ejercicio de la autonomía de la voluntad, implica el reconocimiento de un poder de autorregular los propios objetivos e intereses que las par-

tes desean establecer en sus relaciones contractuales. Pero es preciso señalar que esta libertad contractual no es plena e ilimitada, sino que tiene unos límites que deben ser respetados en todo caso. Así, el artículo 1.255 del CC señala 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».

Pues bien, adentrándonos ya en la propia normativa de contratos del sector público (Ley 9/2017, de contratos del sector público), el artículo 34 regula la libertad de pactos como sigue: «1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración».

Por ello, es posible que en pliego se prevea que las obras no amortizadas completamente se integren en el contrato de concesión a cambio de su valor, estableciendo como compensación un canon o aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante por una cantidad equivalente a dicho valor.

Si las obras o instalaciones mencionadas constituyen un activo indispensable para la prestación del servicio, y teniendo las mismas un valor residual derivado de su grado de amortización parcial, cabe establecer una cantidad a favor de la Administración o poder adjudicador correspondiente como compensación de su puesta a disposición del nuevo concesionario.

Cabe recordar, en este punto, que el artículo 285.1 b) de la LCSP permite que el concesionario asuma, entre las obligaciones establecidas en el pliego de la concesión, la de pagar un canon o participación a la Administración concedente. Por otro lado, hay que tener en cuenta también que, de no procederse del modo que se ha descrito, habría que considerar las obras puestas a disposición del nuevo concesionario como una aportación no dineraria del órgano de contratación por el citado valor (art. 266.2 LCSP), con las consecuencias que en cada caso pudiera aparejar esta circunstancia. Señala el citado precepto:

Las aportaciones públicas a que se refiere el apartado anterior podrán consistir en aportaciones no dinerarias del órgano de contratación o de cualquier otra Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de las obras, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse, en todo caso, lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten.

De conformidad con lo anteriormente expuesto cabe concluir que, en un caso como el presente, resulta completamente razonable que el nuevo concesionario asuma la financiación parcial de las obras integradas en la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en el ar-

título 265.1 de la LCSP, que señala que «las obras objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo operacional en los términos definidos en el apartado cuarto del artículo 14».

Lógicamente, su valor debe computarse a los efectos de la determinación de la contraprestación económica a percibir por el concesionario y, en su caso, en el cálculo de las tarifas a abonar por los usuarios del servicio (art. 289 LCSP), de acuerdo con los estudios de viabilidad o económico-financieros que procedan.

Por todo ello, podemos concluir señalando:

- De acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, cabe la posibilidad de que en los pliegos de una nueva concesión de servicios se prevea que las obras no amortizadas completamente como consecuencia de la extinción anticipada de una concesión anterior, y que se pongan a disposición del nuevo concesionario como activo necesario para la explotación del servicio, se integren en el nuevo contrato de concesión a cambio de su valor, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante.
- Dicha aportación inicial deberá ser tenida en cuenta a los efectos de la determinación de la contraprestación económica a percibir por el concesionario y, en su caso, en el cálculo de las tarifas a abonar por los usuarios del servicio.

Caso 2

De cara a conocer la viabilidad y fundamento jurídico de tal decisión, se le solicita informe al respecto y, en concreto, sobre los siguientes extremos de manera sucinta y justificada:

1. Marco jurídico constitucional y legal en el que sustentaría la reclamación

Con respecto al marco jurídico constitucional de la reclamación, se encontraría en varios preceptos, de forma directa e indirecta. Así:

- a) El artículo 1.1 de la CE, que proclama el Estado democrático de derecho. Este modelo de Estado presupone el respeto a unos principios básicos, como es el de legalidad y responsabilidad de los poderes públicos (y las diversas Administraciones lo son), y la posibilidad de control, tanto político como, especialmente, jurídico a través de los diversos tribunales de justicia y, en su caso, del propio Tribunal Constitucional, cuando vulneren algunos de esos principios básicos.

- b) El artículo 164 de la CE, que señala que «las [sentencias] que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos». Esto significa que la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional produce efectos *erga omnes*, frente a todos. No hay que olvidar que toda esta cuestión surge por la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del TRLHL, que se señalan en el relato de hechos, que, en su momento, habría supuesto un pago al ayuntamiento por parte de terceras personas por el impuesto de incremento de valor del terreno de naturaleza urbana, y que tal declaración obligó al ayuntamiento a la devolución de dichas cantidades con los intereses correspondientes. A partir de ese momento es cuando se producen las reclamaciones al ayuntamiento y, abonadas las cantidades por parte de este, no cabe duda de que puede reclamarse por responsabilidad del Estado-legislador, que fue el que redactó los preceptos que, con posterioridad, fueron anulados por parte del Tribunal Constitucional.
- c) El artículo 9 de la CE, que señala:
1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
 2. [...]
 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El principio de la responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial, y menos aún el formidable tema de la responsabilidad patrimonial del legislador, sino que es una alusión inequívoca al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual, como ejercientes de un poder de otro, deben «dar cuenta» a este de su gestión y responder de la objetividad de la misma. Es, en este sentido, como vamos a ver, un principio que apareció en los primeros documentos estrictamente constitucionales de la historia, en la Revolución americana y en la Revolución francesa, y que recogerá luego nuestra primera Constitución, la de Cádiz de 1812. La responsabilidad a que el precepto alude es, pues, la general de los gobernantes y titulares de cualquier poder público, y se manifestará en múltiples aspectos: responsabilidad política, ante las cámaras y ante los electores, responsabilidad criminal, responsabilidad contable, también, eventualmente, responsabilidad civil por los daños que los titulares de los oficios puedan causar ejercitando estos, y responsabilidad moral por los aciertos y los desaciertos de la gestión.

d) El artículo 106 de la CE, que determina:

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.
2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Es este el tipo de responsabilidad posible a que se refiere el caso y, por tanto, en la que se va a profundizar en los artículos siguientes.

El marco jurídico legal vendrá constituido, de forma especial, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público (LRJSP), en cuanto a los aspectos materiales, y por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, respecto al procedimiento.

e) El artículo 149.1.18.^a de la CE: Es competencia exclusiva del Estado «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas».

Podemos destacar, en este caso, los siguientes preceptos:

a) Artículos 32.1, 2, 3, 4, 8 y 9 y 34 de la LRJSP:

- Artículo 32: Principio de la responsabilidad (supuesto generador, requisitos del daño, responsabilidad del Estado-legislador y lesión por declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, órgano competente y procedimiento).
- Artículo 34.1, 2, 3 y 4: La indemnización (daños indemnizables, plazo para el ejercicio de la acción por inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, criterios para el cálculo, día a tener en cuenta para la indemnización y posibilidad de sustitución por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos).

b) Las normas de procedimiento de la Ley 39/2015, LPAC, especialmente los artículos 54 y siguientes, con carácter general, y de forma específica, para este tipo de procedimientos, los artículos:

- 65, referido a las especialidades en el inicio de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial;
- 67, referido a las solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial;

- 86, referido a la posibilidad de terminación convencional;
- 91, referido a las especialidades de la resolución en los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial; y
- 92, referido a la competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

c) Derecho comunitario y Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El derecho comunitario tiene primacía sobre el derecho nacional para poder garantizar su uniformidad en todos los Estados miembros. Por otra parte, el derecho comunitario tiene autonomía con respecto al derecho interno de los Estados. En este caso, existe la Sentencia de 28 de junio de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que afecta a los requisitos exigidos por la legislación española para exigir este tipo de responsabilidad del Estado-legislador.

El artículo 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial señala que «los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

El principio de primacía del derecho de la Unión se ha desarrollado con el paso del tiempo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aunque no esté consagrado en los tratados de la UE, existe una breve declaración anexa al Tratado de Lisboa a este respecto.

En *Van Gend en Loos/Administración Tributaria neerlandesa* (asunto 26/62), el tribunal sentenció que el derecho adoptado por las instituciones de la Unión Europea genera derechos jurídicos que pueden ser exigidos tanto por personas físicas como jurídicas ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Por lo tanto, el derecho de la Unión tiene un efecto directo.

En *Costa/ENEL* (asunto 6/64), el tribunal se basó además en el principio del efecto directo y señaló que los tratados se verían socavados si el derecho de la Unión pudiera subordinarse al derecho interno.

2. Legitimación activa del ayuntamiento

En relación con esta cuestión, lo primero que debe señalarse es que los artículos 106.2 y 32 de la LRJSP reconocen ese derecho a ser indemnizado a «los particulares», por lo que cabría cuestionar si la Administración local puede tener la consideración de «particular» a estos efectos. La respuesta a esta primera pregunta debe ser afirmativa, porque una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que la referencia legal a «los particulares» no se realiza para contraponer a las personas privadas frente a las jurídico-públicas, y «la condición de perjudicado puede concurrir en una relación interadministrativa, por lo cual nada impide que pueda entrar en juego la necesidad de restitución del perjuicio ocasiona-

do, cuando no exista, por parte de una Administración pública, la obligación de soportarlo y los demás presupuestos de la institución».

Por otro lado, no cabe duda de que el ayuntamiento tiene la condición de interesado, conforme al artículo 4.1 a) de la LPAC, para el recurso administrativo, y 19.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues es titular de un derecho legítimo, al haber sufrido un perjuicio económico derivado de la devolución que ha debido efectuar respecto a los que le pagaron en concepto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional los artículos mencionados en el relato de hechos.

Por si no fuera suficiente, el interés legítimo a que se refieren los citados preceptos, como fundamento de la legitimación activa, es la condición que reúne la persona para ser parte en el proceso, consistente en tener interés personal, individual o colectivo, distinto de la situación jurídica que otros ciudadanos puedan tener respecto de la misma cuestión.

3. Prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial para los particulares y para el ayuntamiento

a) Particulares

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

El artículo 32 de la LRJSP señala que:

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

[...]

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

[...].

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

También es importante destacar lo establecido en el artículo 34.1, segundo párrafo, en el sentido de que

en los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

Lo primero que debemos significar es que la STJUE de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20 (NFJ086708), declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad, al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la LRJSP, al suponer una excesiva carga y dificultad para exigir este tipo de responsabilidad. Por ello, aunque los preceptos no se han modificado, los tribunales de justicia, con base en esta sentencia están aligerando los requisitos o cargas exigidos para la exigencia de esta responsabilidad.

Precepto que sirvió de base a las reclamaciones de los particulares es el citado artículo 32, en sus párrafos 3 a), 4 y 6, y con base en ellos solicitaron la devolución de lo pagado al ayuntamiento, en concepto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU), cuyos artículos del TRLHL, que sirvieron de fundamento, fueron declarados inconstitucionales.

En cuanto al plazo de reclamación, habrá que acudir a la Ley 39/2015, LPAC, que en su artículo 67, apartado 1, señala:

El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

Siguiendo lo establecido en el citado artículo 67, apartado 1 de la LPAC, en los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.

El artículo 67.1, párrafo tercero, de la LPAC dispone que

en los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

El plazo para la exigencia de la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador se inició al día siguiente de la publicación de la STC en el BOE, esto es, el día 16 de junio de 2017, pues aquella se publicó el día 15 de junio de dicho año y prescribía dicho plazo el día 15 de junio de 2017 –fecha en que se publicó la STC en el BOE–.

Pero, conviene precisar, en primer lugar, que la limitación de efectos de la declaración de inconstitucionalidad incluida en la STC 182/2021 (NCJ065794) –que fue la que, en realidad, declaró inconstitucional dichos preceptos del TRLHL– o cualquier otra en el mismo sentido, no puede suponer condicionante alguno a la hora de obtener una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial. Y ello, teniendo en cuenta que dicha declaración de inconstitucionalidad tan solo impide revisar las liquidaciones firmes del IIVTNU, y que lo que se pretende con la responsabilidad patrimonial no es la revisión de la liquidación, sino la obtención de una indemnización.

Así lo declaró el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 5.^a, en sentencia de 16 de junio de 2021 (rec. núm. 8368/2019), afirmando que

el principio de seguridad jurídica no puede invocarse para exonerar al Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa. En efecto, dicha actuación es ajena y de naturaleza distinta a la actividad administrativa tributaria sobre la que aquel principio se proyecta en su formulación por el Tribunal Constitucional. El resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente.

En conclusión, el plazo de prescripción de un año para los particulares, conforme al artículo 67.1 de la LPAC, computaría desde la notificación de las sentencias firmes condenatorias al ayuntamiento para que devuelva lo cobrado en virtud del IIVTNU, cuyos artículos fueron declarados inconstitucionales, o sea, desde el mes de septiembre de 2022, y se extinguiría en el mes de septiembre de 2023.

b) Ayuntamiento

Con respecto a si se había producido el plazo de prescripción para que el ayuntamiento reclamara a la Administración General del Estado los 300.000 euros más los intereses de demora devengados devueltos a los sujetos activos o sustitutos que pagaron el IIVTNU, hemos de tener en cuenta que el plazo del año para reclamar no se iniciaba en este caso con la publicación de la STC en el BOE (15 de junio de 2017), sino que se iniciaría tras el pago a aquellos sujetos pasivos del impuesto ordenados por sentencias de los distintos juzgados y tribunales, que declararon nulas las liquidaciones realizadas en su momento, aplicando la sentencia de declaración de inconstitucionalidad (*actio nata* o iniciación del plazo para reclamar) .

Por tanto, en conclusión, el pago del año para reclamar esa indemnización por parte del ayuntamiento contaría a partir de la firmeza de aquellas sentencias que anularon el pago de los sujetos pasivos del impuesto. De otra forma, computar el plazo del año desde la publicación de la sentencia en el BOE (15 de junio de 2017) haría imposible la reclamación del ayuntamiento a la Administración General del Estado por responsabilidad patrimonial, toda vez que el relato de hechos nos indica literalmente: «Téngase que todas las sentencias condenatorias firmes contra el ayuntamiento han sido dictadas desde septiembre del año 2022 hasta el día de hoy» –junio de 2023–. Por tanto, la interpretación en sentido estricto produciría que el plazo para exigir la responsabilidad haría inviable al ayuntamiento la exigencia de la misma.

En resumen, el ayuntamiento disponía desde el mes de septiembre del año 2022 hasta el mes de setiembre del año 2023 para reclamar a la Administración General del Estado en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, porque era preciso que las sentencias estimatorias de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de los que pagaron en concepto de IIVTNU fueran firmes y, a partir de ahí, disponía del plazo de un año para reclamar la responsabilidad al Estado.

4. Requisitos que debieron cumplir los particulares pudieran reclamar en concepto de responsabilidad del Estado-legislador. En concreto, ¿deberían haber alegado la inconstitucionalidad de esos artículos del texto refundido de la Ley de haciendas locales de 2004 cuando recurrieron las correspondientes liquidaciones del IIVTNU?

En principio, debe acreditar los requisitos generales contemplados en el artículo 32 de la LRJSP, es decir, el daño, su antijuricidad, la inconstitucionalidad de los artículos del texto

refundido 2/2004 (TRLHL), la relación de causalidad y la ausencia de fuerza mayor o culpa de un tercero o de la víctima en la producción del daño. En este caso, todos ellos son de fácil acreditación.

Pero a nadie se le escapa que el principal hándicap con el que cuentan los contribuyentes, a la hora de reclamar la responsabilidad patrimonial, son algunos de los exigentes requisitos previstos en el artículo 32.4 de la LRJSP.

En primer lugar, haber reaccionado frente al daño, recurriendo la liquidación de la plusvalía municipal o rectificando la autoliquidación, hasta obtener una sentencia judicial firme desestimatoria. En segundo lugar, haber alegado en su recurso la inconstitucionalidad finalmente declarada.

El cumplimiento del primer requisito es relativamente sencillo. Y es que son muchos los contribuyentes que impugnaron la plusvalía municipal llegando a obtener una sentencia judicial firme desestimatoria.

Sin embargo, son pocos los que, en un momento tan temprano (hablamos normalmente de 2018, 2019, 2020... y, finalmente, la sentencias que anulaban las liquidaciones se dictaron desde el mes de septiembre de 2022 hasta este momento, 12 de junio de 2023), alegaron la inconstitucionalidad del impuesto finalmente declarada. Por ello, considero que la exigencia de tal requisito, en el caso concreto del impuesto de plusvalía municipal, es contrario a la STJUE de 28 de junio de 2022.

Finalmente, en cuanto a la función del tribunal, el tribunal declarada la nulidad del acto o constatado que ha habido una omisión, en cuyo caso la institución imputada estará obligada a adoptar las medidas necesarias para acatar la sentencia del tribunal (art. 266 TFUE).

Como la Comisión Europea ha afirmado que todos los Estados miembros deben «respetar» las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque son «vinculantes, si se ha desestimado o no admitido la reclamación, incumpliendo lo dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnerando los principios de fiabilidad y efectividad proclamados en la STJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20 [NFJ086708])», sometiendo al recurrente a una carga excesiva para poder recurrir, se podría interponer ante ese tribunal un recurso contra el Estado español por incumplimiento de una obligación. Este tribunal tiene por misión «garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» (art. 19 TUE).

El TJUE se puede pronunciar al haber resuelto un recurso por incumplimiento (arts. 260, 263, 265 y 267): mediante este recurso el TJUE controla el respeto por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho de la Unión Europea. Este recurso puede interponerlo, bien la Comisión Europea, bien otro Estado miembro, que deberá someter el asunto previamente a la Comisión. Si el Tribunal de Justicia declara que

se ha producido un incumplimiento, el Estado de que se trate está obligado a adoptar las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento y, en caso de que la Comisión estime que no las ha llevado a cabo, podrá someter el asunto de nuevo al tribunal a fin de imponer al Estado incumplidor el pago de una sanción pecuniaria.

Estos recursos son interpuestos, bien por la Comisión, tras un procedimiento previo (art. 258 TFUE) –oportunidad de que el Estado presente sus observaciones y dictamen motivado–, o bien por un Estado miembro contra otro, después de haber sometido el asunto a la Comisión (art. 259 TFUE).

Si bien no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los jueces nacionales al derecho de la Unión Europea (STC 75/2017, FJ 2.º), el Tribunal Constitucional ha afirmado que

le corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (FJ 5.º c); el desconocimiento y preterición de una norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, «puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5.º y 6.º)» (FJ 5.º c), y, finalmente, prescindir por «propia, autónoma y exclusiva decisión» del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (FJ 6.º b) (STC 31/2019, FJ 4.º, reproduciendo la doctrina sentada en la STC 232/2015).

Vulneración del principio de efectividad

En este punto conviene hacer referencia a la STJUE de 28 de junio de 2022, que se ha pronunciado sobre este mismo requisito (previsto en el artículo 32.5 de la LRJSP), en su reciente sentencia de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20 [NFJ086708]), pronunciándose sobre el artículo 32.5 de la LRJSP.

Y ello, como ha indicado algún sector doctrinal, declarando que

sin embargo, debe señalarse, a todos los efectos, que el hecho de exigir que el particular perjudicado haya invocado, desde la fase previa del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y que tiene por objeto evitar dicho daño o limitarlo, la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada, so pena de no poder obtener la indemnización del perjuicio sufrido, puede suponer una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad. En

efecto, en esa fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prevenir qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia.

Dicha vulneración del principio de efectividad cobra especial trascendencia en materia de plusvalía municipal, teniendo en cuenta que sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (sentencias núms. 59/2017 [NCJ062411] y 126/2019 [NFJ075398]) y del Tribunal Supremo (a partir de la sentencia de 27 de marzo de 2019, rec. núm. 4924/2017 [NFJ073056]), habían declarado la legalidad y constitucionalidad de la fórmula de cálculo del impuesto.

STC 59/2017, de 11 de mayo (NCJ062411)

Así, el Tribunal Constitucional, respecto a la inconstitucionalidad de esos preceptos reguladores del impuesto, en Sentencia 59/2017, de 11 de mayo, declaró que

siendo constitucionalmente admisible que «el legislador establezca impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica, estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza», bastando con que «dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo», ello debe hacerse sin que en ningún caso pueda «establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, o lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia» (SSTC 26/2017, FJ 3.º [NCJ062176]; y 37/2017, FJ 3.º [NFJ066091]).

Por esta razón precisamos a renglón seguido que, aun cuando «es plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto», sin embargo, «una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal» (STC 26/2017, FJ 3.º [NCJ062176]).

STC 126/2019, de 31 de octubre (NFJ075398)

Y la sentencia núm. 126/2019 (NFJ075398), de 31 de octubre, declaró que

la misma STC 59/2017 declaró también plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas

potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto por el contribuyente (fundamento jurídico 3). El fundamento del tributo no es, entonces, gravar el incremento «real» provocado por el titular del terreno por diferencia entre unos precios de venta y compra, sino gravar el incremento de valor del terreno derivado de la acción urbanística del municipio (art. 47 CE, informe de la Dirección General de Tributos de fecha 16 de abril de 2019 y sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 2001).

No se trata de gravar la «capacidad de pago» exteriorizada con la ganancia patrimonial por diferencia entre un precio de venta y un precio de compra (capacidad económica real), sino el beneficio recibido por el contribuyente durante un período de tiempo por la actuación de la corporación local calculado de forma objetiva; esto es, sin atender al efecto mercantil de obtención de renta (capacidad económica potencial). En definitiva, la regulación general del tributo no somete a tributación *per se* a situaciones de hecho inexpressivas de capacidad económica.

STS, Sala 3.^a, de 27 de marzo de 2019

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de marzo de 2019 ya había declarado que

no hay que olvidar que esta fórmula ya estuvo vigente en la legislación anterior, y fue sustituida por la actual, no habiéndose declarado inconstitucional, salvo que se pruebe la inexistencia de incremento del valor de los terrenos con su aplicación, lo que aquí no ocurre, y ni siquiera se intenta, y aunque la fórmula propuesta por la sentencia recurrida pueda ser una opción legislativa válida constitucionalmente, no puede sustituir a la establecida legalmente, por lo que el recurso ha de ser estimado, y anulada la sentencia por otra que desestime el recurso contencioso-administrativo.

Por tanto, cabe plantearse si realmente, con esos precedentes, tiene algún sentido que los contribuyentes, al presentar la demanda, o el día de la vista judicial (procedimientos abreviados), tuvieran que alegar la inconstitucionalidad del sistema objetivo de cálculo del IIVTNU. Ello, teniendo en cuenta que su adecuación a derecho, y a nuestra Constitución, había sido confirmada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

Vulneración del principio de fiabilidad

Ello nos lleva a invocar el principio de fiabilidad, en virtud del cual no se puede imponer a los administrados la obligación de dudar y cuestionar la legalidad y constitucionalidad de las leyes emitidas por el legislador. Máxime, en materia de plusvalía, cuando estas han sido confirmadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, como se ha indicado.

En relación con el principio de fiabilidad el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de junio de 2021 (rec. núm. 8368/2019), ha declarado que

no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que esta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo.

Y en la sentencia más antigua de 14 de julio de 2010 (rec. núm. 21/2008 [NFJ055241]), que

No era exigible a la recurrente, tal cual pretende el Abogado del Estado, que hubiere impugnado la autoliquidación del IVA en el momento de su realización, ya que aquella se llevó a cabo conforme a la legalidad interna entonces vigente.

Teniendo en cuenta lo anterior, y por aplicación directa de los principios de efectividad y fiabilidad, parece que no puede imponerse a los contribuyentes la obligación de haber alegado la inconstitucionalidad del sistema objetivo de cálculo finalmente declarada, teniendo en cuenta que la legalidad y constitucionalidad de la fórmula de cálculo había sido confirmada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo.

Antes de la STJUE, cuando el Tribunal Constitucional declaraba inconstitucionales artículos de una norma legal que imponía pagos, en concepto tributarios, lo que hacía el interesado era instar la revisión de oficio –que se puede hacer en cualquier momento– para actos nulos prevista en el artículo 106.1, y ahí ya expresaba la inconstitucionalidad del acto administrativo. Posteriormente, revisado el acto, solicitaba la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

5. Órganos encargado de resolver y recursos posteriores, en su caso

En el caso de los particulares, como la normativa local nada dice al respecto hay que acudir a la cláusula residual del artículo 21.1 s), que señala que corresponden al alcalde «las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales». Siempre que no se exija una intervención del pleno para disponer de la cantidad que se deba indemnizar por razón de su cuantía o porque no haya crédito disponible, en cuyo caso, hay que afrontar una modificación presupuestaria, competencia del pleno para su aprobación.

Posteriormente, puede interponerse recurso de reposición potestativo o directamente recurso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso-administrativo (arts. 123 y 124 LPAC y 8 LJCA).

La presente reclamación debe interponerse ante el órgano competente para su resolución, que es el Consejo de Ministros. Ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 92 de la LPAC, cuando dispone que

en el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga.

En este punto, hay que tener en cuenta que la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha sido cedida al Ministerio de Hacienda. De hecho, la presentación telemática de estas reclamaciones debe hacerse a través de la web del Ministerio de Hacienda.

Además, y como se ha indicado al principio de esta exposición, la reclamación debe interponerse dentro del plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 67.1, párrafo tercero, de la LPAC. Y es que, dispone dicho precepto que

en los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

Pero, en este caso, para el ayuntamiento, el plazo se computa desde la firmeza de las sentencias que obligaron a devolver las cantidades recibidas de los sujetos pasivos de II-VTNU, que es cuando se manifestó el daño para aquella corporación, o sea, desde septiembre de 2022, y vencía el plazo en el mes de septiembre de 2023.

Respecto a los recursos pertinentes:

- a) Respecto de los particulares podrían interponer, potestativamente, bien el recurso de reposición en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial (arts. 123 y 124 LPAC) y, resuelto este, expresa o presuntamente, recurso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso administrativo (art. 8 LJCA), en el primer caso, en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución (art. 46 LJCA), o bien, directamente recurso contencioso-administrativo. Contra la sentencia del juzgado cabría recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, si excede la cuantía de 30.000 euros (art. 81.1 LJCA) o si declarara la inadmisión del recurso en el supuesto de que la cuantía excediera de 30.000 euros (art. 81.2.a LJCA). Contra la sentencia cabría recurso de casación si se dieran los requisitos exigidos en los artículos 86 y siguientes de la LJCA. Fi-

nalmente, cabría la revisión de la sentencia si concurriera algún supuesto de los contemplados en el artículo 102 de la LJCA.

- b) En cuanto a los recursos procedentes contra la decisión del Consejo de Ministros cabría recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución desestimatoria, en su caso (art. 12 LJCA). Finalmente, cabría la revisión de la sentencia si concurriera algún supuesto de los contemplados en el artículo 102 de la LJCA.

6. Cumplimiento del resto de requisitos para la exigencia y procedencia, en su caso, de la responsabilidad patrimonial

Aclarado ya lo relativo al plazo para el ejercicio de la acción por parte del ayuntamiento para ejercer la acción en concepto de responsabilidad patrimonial, analizamos el resto de los requisitos.

a) Antijuricidad

El artículo 34.1 de la LRJSP establece, en su primer párrafo, que «solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Son antijurídicos los daños sufridos por los interesados (en este caso, el ayuntamiento) que no tienen la obligación de soportar y que pueden dar derecho a una indemnización. Por el contrario, existen otros daños, ocasionados como consecuencia de la prestación de un servicio o del desarrollo de una actividad pública, que los ciudadanos tienen la obligación de soportar, por tratarse de cargas inherentes a la propia prestación del servicio, y que no dan derecho a indemnización.

El daño o perjuicio sufrido por el particular solo será indemnizable si se trata de una lesión auténtica, esto es, un daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, conforme a lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LRJSP, como es el caso que nos ocupa.

Cuando se habla de antijuricidad del daño no se refiere a que derive de una actuación ilegal, es decir, la antijuricidad no se predica de la actuación que da lugar a la responsabilidad –ya que además la responsabilidad se da tanto por el funcionamiento normal como anormal del servicio público, no siendo por ello preciso que la actuación sea incorrecta o contraria a la legalidad–, sino del daño en el sentido de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar tales, al margen de la legalidad o de la corrección o no de la actuación causante de los mismos. Como se dice en la STS de 5 de febrero de 2007, con cita de otras muchas anteriores, «lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuricidad del resultado o lesión».

Como sabemos, es inusual el caso en que las normas estipulen de forma expresa los perjuicios que las personas tienen el deber jurídico de soportar, por lo que fuera de los casos en que las leyes permiten imponer una carga u obligación (impuestos, expropiación, etc.), la ausencia de antijuridicidad debe suponerse en general del ordenamiento legal.

Pero en realidad tenemos tres situaciones que deben ser diferenciadas y que obligan a soportar el daño:

- a) Cuando una norma establece una carga de cuenta del ciudadano. Se suele mencionar el ejemplo de los tributos. Aquí no estamos ante un «daño» antijurídico, pues es el propio ordenamiento jurídico el que lo autoriza o da pie a él. No hay un sujeto activo del daño, sino agentes del sistema jurídico que cumplen con las estipulaciones de este. No podemos perder de vista que una Administración no puede sentar ese tipo de cargas para los ciudadanos sin una norma legal que la habilite.
- b) Cuando una norma establece la obligación de la Administración de reparar ciertos perjuicios o daños padecidos por los ciudadanos. Puede tratarse de daños debidos a comportamientos antijurídicos de terceros (por ejemplo, delitos de terrorismo, ciertos delitos sexuales, etc.) o de daños no debidos a conductas antijurídicas de nadie, sino al azar o a fenómenos naturales, como terremotos, sequías, inundaciones, etc.

También aquí o bien falta el agente productor del daño antijurídico (caso de una inundación, un terremoto...) o no es el agente productor el que carga con esta compensación por el daño, sino que lo hace la Administración sin haberlo «causado» o al margen completamente de toda disquisición sobre causación.

- c) En determinados supuestos no existe una norma que atribuya de modo directo a un ciudadano el deber de soportar una carga o perjuicio, pero sí hay una que descarga de ello a la Administración, pese a que una actuación de esta se inserta de modo relevante en la cadena causal, tal como suele este concepto ser entendido en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un ejemplo evidente es el del artículo 34.1 de la LRJSP:

No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

- b) Daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas

Está fuera de toda duda, puesto que el relato de hechos nos indica que el ayuntamiento, como consecuencia de la STC que anuló diversos preceptos del TRLHL sobre el IIVTUV,

tuvo que devolver a los sujetos pasivos o sustitutos que abonaron este impuesto un total de 300.000 euros, que, previamente, había recibido.

Este daño es fácilmente acreditable mediante la aportación al procedimiento puesto en marcha de las liquidaciones correspondientes al citado impuesto, que demostrarán la cuantía que recibió el ayuntamiento en virtud del citado impuesto y que, actualmente, debe devolver.

c) Título de imputación: funcionamiento anormal del servicio público

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad objetiva, ya que supone que no es estrictamente necesario que el daño a indemnizar sea realizado con culpa o ilegalidad; únicamente será necesario que el perjudicado no esté obligado por norma alguna a soportar el daño.

El funcionamiento normal del servicio público se produce cuando la Administración actúa de forma adecuada, es decir, conforme a los estándares exigibles al servicio público, sin que se le pueda imputar ningún incumplimiento de deberes, pese a lo cual pueden producirse daños como consecuencia de los riesgos inherentes a la prestación del servicio o actividad desarrollada. Sin embargo, en este caso, es evidente que se produjo un funcionamiento anormal de los servicios públicos, pues la STC puso de manifiesto que la regulación legislativa del impuesto a que nos venimos refiriendo, en los artículos declarados, fue contra la Constitución y, por ello, fue anulada, de manera que la actuación legislativa, de la redacción de dichos preceptos, debió producirse con un contenido ajustado a aquel texto legal, cuya supremacía material y formal sobre el resto del ordenamiento jurídico se deduce, en primer lugar, claramente del artículo 9.1, que señala que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y, en segundo lugar, el especial procedimiento de reforma contemplado en el título X de la misma, que la hace diferente respecto a cualquier otra ley.

A los fines del artículo 106.2 de la Constitución, la jurisprudencia (STS de 5 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995) ha homologado, como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función de cualquier tipo que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

d) Relación de causalidad

No cabe duda alguna de que fue la actuación indebida del Estado-legislador, al regular el impuesto con un contenido, en los artículos referidos a la sentencia, contrarios a la Constitución, lo que provocó que los sujetos pasivos o sustitutos del tantas veces citado impuesto debieran abonar al ayuntamiento el importe de las liquidaciones correspondientes. Con la declaración de inconstitucionalidad de esos preceptos surgió la obligación de este de devolver lo recibido por aquellos. Existe una relación directa entre aquella actuación y las consecuencias perjudiciales para la entidad local.

No existe, por otra parte, circunstancia ninguna que rompa ese nexo causal, tal como fuerza mayor, culpa de la víctima o culpa de un tercero.

¿Tiene razón el Estado negando su responsabilidad porque el IIVTNU tienen carácter potestativo y, por tanto, era facultativo y no preceptivo u obligatorio para el ayuntamiento establecer dicho impuesto?

Lo primero a comentar es que si el hecho de que el IIVTNU tenga naturaleza potestativa tiene relevancia para la estimación de una pretensión de responsabilidad patrimonial del Estado. En opinión generalizada de la doctrina, aunque es cierto que los ayuntamientos no están obligados a exigir el IIVTNU, no es menos cierto que la naturaleza potestativa del impuesto debería ser irrelevante a estos efectos, porque el Estado exige a los ayuntamientos el equilibrio presupuestario y les dota de los recursos financieros necesarios para su consecución, por lo que la decisión municipal sobre el establecimiento del impuesto no es totalmente libre, sino que está fuertemente condicionada por la necesidad de financiar el gasto público y cumplir los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Finalmente, podría cuestionarse la relevancia de que los porcentajes de cuantificación de incremento de valor previstos en la ley constituyeran un límite máximo que, en su caso, podría ser reducido en la ordenanza fiscal para acomodar la base imponible al incremento de valor real. Esta circunstancia creemos que resulta claramente irrelevante, porque la declaración de inconstitucionalidad deriva de la regulación legal del impuesto y proyecta sus efectos en todas las liquidaciones y autoliquidaciones tributarias basadas en el artículo 107 del TRLRHL, con independencia de que la ordenanza fiscal hubiera reducido con mayor o menor intensidad esos porcentajes máximos.

Por todo ello se considera razonable entender que el ayuntamiento que estuviera obligado a devolver las cuotas ingresadas por el IIVTNU podrá solicitar y obtener una indemnización a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, porque es evidente que habrá sufrido una lesión económica que no tenía el deber jurídico de soportar.

Es necesario señalar que existe algún precedente muy interesante que guarda una cierta similitud con el ahora planteado, como fue el reconocimiento del derecho del ayuntamiento a ser indemnizado por responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia del daño patrimonial soportado por la anulación de las liquidaciones de impuesto sobre bienes inmuebles de un BICE (bien inmueble de característica especial), debida a un error en la notificación del valor catastral realizada por la dirección general.

Por todo ello creemos que el daño patrimonial derivado de la devolución de las cuotas ingresadas en concepto de IIVTNU constituirá una lesión patrimonial que el ayuntamiento no estaba obligado a soportar, que podrá ser evaluado económicamente, acreditado e individualizado, existiendo una indudable relación de causa a efecto entre la actuación negligente del Estado-legislador y el dicho daño, por lo que concurrirían todos los requisitos legalmente establecidos para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 1, 9, 106. 149 y 164.
- Tratado de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957, art. 19.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957, arts. 258, 259, 362, 365 y 366.
- Ley Orgánica 2/2012 (de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera), arts. 3 y 4.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 85 y 86.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 19.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 54, 65, 67, 86, 91 y 92.
- Ley 40/2015 (régimen jurídico del sector público), arts. 32 y 34.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 35, 42, 265, 284 y ss., 287, 289, 295 y 328.
- Real Decreto Legislativo 2/2004 (TRLHL), arts. 107 y 110.
- STJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20 [NFJ086708]).
- SSTC núms. 39/2017 (NCJ062350), 59/2017 (NCJ062411), 145/2012 (NCJ057234), 232/2015 (NSJ052723), 75/2017 (NCJ062513), 31/2019 (NCJ063894), 126/2019 (NFJ075398) y 182/2021 (NCJ065794).
- SSTS, Sala 3.^a, de 5 de junio de 1989; 22 de marzo de 1995; 14 de julio de 2010; 27 de marzo de 2019, rec. núm. 4924/2017 (NFJ073056), y 16 de junio de 2021, rec. núm. 8368/2019.
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 28 de octubre de 2011 y de 20 de diciembre de 2019.

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)

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 y descubre el #MétodoCEF.-