

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 273 | Octubre 2023

ISSN: 2697-1631

Derecho de seguros y ciberguerra

Ignacio Sánchez Gil

**Balance del recurso de casación autonómica
en el ámbito contencioso-administrativo**

Lucía Casado Casado

El tratamiento jurídico de los criptoactivos

Norberto Miras Marín



Cyber Attack

CEF.-

Consulta esta revista en <https://revistas.cef.udima.es>

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 Inclusiva y Personalizada - Educación y Recursos Digitales - Formación del Profesorado de Educación Secundaria - Gestión Sanitaria - Psicología General Sanitaria - Psicopedagogía - Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario - Auditoría de Cuentas - Dirección Comercial y Marketing - Dirección de Empresas Hoteleras - 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 - Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario - Práctica de la Abogacía y la Procura - Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe - Enseñanza del Español como Lengua Extranjera - Interuniversitario en Unión Europea y China - Mercado del Arte - Seguridad, Defensa y Geoestrategia



Si necesitas volar,
SOMOS TUS ALAS
Contigo, somos uno.

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 273 | Octubre 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. Catedrático de Derecho Constitucional. URJ y magistrado del Tribunal Constitucional

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

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

Ana Cremades Leguina. Socia de Pérez Llorca Abogados

Silvia Díaz Sastre. Profesora titular de Derecho Administrativo, acreditada a catedrática. UAM

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

Marlen Estévez Sanz. Socia en Roca Junyent. Área procesal, litigación y arbitraje

Esther de Félix Parrondo. Socia de Cuatrecasas Abogados

Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría. Socio en Ramón y Cajal Abogados

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

Rafael Fernández Valverde. Magistrado emérito del Tribunal Supremo y consejero de Montero-Aramburu Abogados

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

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

José Ramón Navarro Miranda. Presidente de la Audiencia Nacional

Luis Pérez de Ayala Becerril. Socio de Derecho Público en Cuatrecasas y abogado del Estado excedente

Pedro Portellano Díez. Catedrático de Derecho Mercantil. UAM y Of Counsel en Garrigues

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

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

La cobertura de los ciberataques patrocinados por Estados en el derecho de seguros español 5-42

The coverage of state-sponsored cyberattacks in Spanish insurance law

1.º Premio «Estudios Financieros» 2023

Ignacio Sánchez Gil

Constitucional-administrativo

Balance del recurso de casación autonómica en el ámbito contencioso-administrativo: la necesidad de una reforma urgente e inaplazable 43-84

Assessment of the ultimate appeals before the regional high courts: the necessity of an urgent and pressing reform

1.º Premio «Estudios Financieros» 2023

Lucía Casado Casado

El tratamiento jurídico de los criptoactivos: una mirada holística 85-116

The juridical regime of crypto-assets: a holistic view

Norberto Miras Marín

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

Fijación de la cuantía y tasación de las costas en préstamo multidivisa (Comentario de la STS de 25 de julio de 2023) 117-123

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- Abuso de poder y violencia de género en el trabajo: ¿Qué lección del «beso (robado) de rubiales»? 124-148
Cristóbal Molina Navarrete

Casos prácticos

Civil

- El acuerdo extrajudicial de pagos: supresión del requisito por el Tribunal Supremo 149-154
Adelaida Medrano Aranguren
- Alimentos del hijo menor de edad en proceso de regulación de las relaciones paterno-filiales de pareja de hecho. Progenitor en rebeldía 155-162
Casto Páramo de Santiago
- Defectos de transparencia en préstamo hipotecario con cláusulas multidivisa y de vencimiento anticipado por incumplimiento de garantías adicionales 163-183
Ana Miranda Anguita

Administrativo

- Expediente sancionador a presidente de comunidad autónoma por infracción electoral 184-200
Julio Galán Cáceres

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

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

La cobertura de los ciberataques patrocinados por Estados en el derecho de seguros español

Ignacio Sánchez Gil

Doctorando en Derecho Mercantil.

Universidad Complutense de Madrid (España)

isanchez.gil98@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-0130-1350>



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2023** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

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

Extracto

Desde mediados del siglo XX ha existido un rechazo generalizado por parte del sector asegurador hacia la cobertura de los daños derivados de conflictos armados. Los motivos principales radican en la teórica imprevisibilidad de estos sucesos, dificultando el desarrollo de modelos actuariales precisos; además de en su aptitud para provocar daños masivos en periodos de tiempo muy concentrados, lo que puede derivar en una presión desmedida sobre la solvencia de las aseguradoras. Como consecuencia, resulta común que ciertas pólizas exceptúen de su cobertura los daños provocados por conflictos armados. En los últimos años, determinados Estados han venido promoviendo ciberataques dirigidos contra objetivos externos como parte de sus estrategias geopolíticas. Esto ha suscitado el debate sobre la consideración de estos ataques como constitutivos de conflictos armados y, consecuentemente, sobre su cobertura por las aseguradoras. A lo largo del presente trabajo pretendemos analizar el tratamiento que los ciberataques patrocinados por Estados reciben en el derecho español, en el que, según discutiremos, la exclusión de los daños producidos por conflictos armados, y otros sucesos extraordinarios, tiene rango legal.

Palabras clave: seguros; ciberataque; guerra; conflicto armado; ciberguerra.

Recibido: 03-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-10-2023

Cómo citar: Sánchez Gil, I. (2023). La cobertura de los ciberataques patrocinados por Estados en el derecho de seguros español. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 273, 5-42. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19019>



The coverage of state-sponsored cyberattacks in Spanish insurance law

Ignacio Sánchez Gil

This paper has won the **1st Financial Studies 2023 Award** in the category of **Civil and Commercial Law**.

The jury members were: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñoz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity of the authors.

Abstract

The insurance industry has generally rejected the coverage of damage arising from armed conflicts since the mid-twentieth century. The main reasons lie in the theoretical unpredictability of these events, making it difficult to develop accurate actuarial models, as well as in their ability to cause massive damage in very concentrated periods of time, which can lead to excessive pressure on the solvency of insurers. As a result, it is common for certain policies to exclude damage caused by armed conflicts. In recent years, certain States have been sponsoring cyberattacks against foreign targets as part of their geopolitical strategies. This has given rise to the debate on the consideration of these attacks as constituting armed conflicts and, consequently, on their coverage by insurers. Throughout this paper, we intend to analyze the treatment that state-sponsored cyberattacks receive in Spanish law, where, as we will discuss, the exclusion of damages caused by armed conflicts, and other extraordinary events, is included in a legal norm.

Keywords: insurance; cyberattack; war, armed conflict; cyberwar.

Received: 03-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-10-2023

Citation: Sánchez Gil, I. (2023). La cobertura de los ciberataques patrocinados por Estados en el derecho de seguros español. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 273, 5-42. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19019>



Sumario

1. Introducción
 2. Ciberataques patrocinados como eventos extraordinarios
 - 2.1. El aseguramiento de los riesgos extraordinarios en el derecho español
 - 2.2. Sucesos cubiertos por el CCS
 - 2.3. Sobre la consideración de los ciberataques patrocinados como actos terroristas
 3. Ciberataques patrocinados como eventos excluidos
 - 3.1. De la guerra al conflicto armado
 - 3.2. Sobre la consideración de los ciberataques patrocinados como constitutivos de conflictos armados
 - 3.2.1. Requisito intensivo
 - 3.2.2. Requisito organizativo
 - 3.2.3. Requisito causal
 - 3.3. Breve apunte sobre la terminología empleada en las pólizas
 4. Conclusión
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El 27 de junio de 2017, un programa informático malicioso se propagó a través de equipos situados a lo largo de los cinco continentes a una velocidad que en aquel momento resultaba insólita. El *software* malicioso o *malware* –que se conocería posteriormente como NotPetya¹– hacía uso de una vulnerabilidad en el sistema operativo Windows para acceder a un equipo, bloquearlo y esparcirse a otros sistemas dentro de la misma red (Greenberg, 2018). En un primer momento se creyó que NotPetya era un tipo de *ransomware*, esto es, un programa informático malicioso que cifra los datos de un equipo informático, y exige un desembolso a su titular (típicamente en forma de criptomoneda) para restaurar la disponibilidad de los archivos. Sin embargo, los escasos pagos que se efectuaron siguiendo las indicaciones que mostraban las pantallas de los equipos infectados no surtieron efecto ninguno (Greenberg, 2018). NotPetya no tenía una finalidad económica, se trataba de un *malware* puramente destructivo.

A lo largo de las semanas siguientes este terrorista sin pólvora y sin rostro se expandió a la velocidad del dato, provocando daños que excedían los 10.000 millones de dólares a escala global, valiéndole el calificativo del ciberataque más costoso de la historia (Banerjee, 2018). El desconcierto inicial ante la aparente inexistencia de una motivación económica fue tornándose en certeza sobre la persecución de un propósito de índole política: algunos indicios, como el especial ensañamiento de NotPetya con los equipos situados en territorio ucraniano (de los que se estima que un 10 % se vio afectado por el *software* malicioso); o la coincidencia temporal del lanzamiento de NotPetya con el aniversario de la promulgación de la constitución de Ucrania (Greenberg, 2018) alineaban los intereses geopolíticos de Rusia con los de los desarrolladores del *malware*. Estos indicios resultaron ser lo suficientemente sólidos como para que Estados Unidos, Reino Unido y Australia, entre otros Estados (Kovacs, 2018), atribuyesen públicamente a la inteligencia rusa el desarrollo y la difusión de NotPetya.

De entre los innumerables casos de infecciones de NotPetya, dos son particularmente interesantes para nuestro trabajo. Aquel fatídico 27 de junio, copias del código malicioso se expandieron desde sistemas ucranianos hasta corromper 40.000 equipos de la farma-

¹ La denominación de NotPetya proviene a su vez de la similitud de este *malware* con otro programa malicioso que habría sido difundido un año antes, el Petya. Por su parte, se cree que este nombre constituye una referencia a un arma nuclear empleada por las fuerzas armadas soviéticas en una película de James Bond (Scherschel, 2016).

céutica alemana Merck²; además de otros 24.000 ordenadores portátiles, y 1.700 servidores internos de Mondelēz, conglomerado estadounidense de la alimentación que ostenta la titularidad de marcas como Oreo, Milka o Toblerone (Greenberg, 2018). Las dos entidades habían suscritos pólizas que aseguraban los daños derivados de ciberataques, por lo que no tardaron en ponerse en contacto con sus respectivas aseguradoras para solicitar que se les indemnizasen los menoscabos sufridos a raíz de la infección del NotPetya, que superaban los 1.000 millones de dólares en el caso de Merck y los 100 millones en el de Mondelēz (Perloth, 2019). Lo que en un primer momento parecía una predisposición favorable al pago se tornó en negativa al reconocimiento de la indemnización a la par que más Estados imputaban el ciberataque a las fuerzas armadas rusas (Perloth, 2019). El motivo residía en dos cláusulas de contenido prácticamente idéntico previstas en ambas pólizas y que excluían los daños resultantes de ataques hostiles o belicosos provenientes de Estados soberanos³.

Las discrepancias terminaron por judicializarse. Un tribunal de Nueva Jersey falló a favor de Merck al entender que los términos «acción hostil o belicosa» no podían referirse sino a formas «tradicionales» de violencia⁴, entendiendo como tales las hostilidades llevadas a cabo en los cuatro primeros dominios de la guerra (tierra, mar, aire y espacio), pero no así en el quinto (el ciberespacio). Mondelēz, por su parte, terminó por alcanzar un acuerdo con su aseguradora por una cantidad que no ha trascendido de manera pública (Martin, 2022).

Lejos de ser un acontecimiento aislado, el NotPetya no es sino uno de tantos ciberataques llevados a cabo por un Estado para promover sus intereses geopolíticos⁵. Resulta común asociar la cibercriminalidad con grupos relativamente organizados que persiguen una finalidad económica, y siendo cierto que el ánimo de lucro sigue motivando un porcentaje sustancial de las actividades ilícitas llevadas a cabo en el entorno digital⁶, la im-

² *Merck & Co., INC and International Indemnity, LTD., v. ACE American Insurance Company et al.* (Superior Court of New Jersey, UNN L 002682-18). https://www.bloomberglaw.com/public/desktop/document/MerckColncvsAceAmericanInsuranCeDocketNoL00268218NJSuperCtLawDivA/1?doc_id=X1Q6O0S1OD82

³ La redacción de la cláusula contenida en la póliza de Merck, que coincide sustancialmente con la de Mondelēz, excluía los daños dimanantes de: «acciones hostiles o belicosas (*warlike*) en tiempo de paz o de guerra, incluida la acción de obstaculizar, combatir o defenderse contra un ataque real, inminente o esperado por parte de cualquier (i) gobierno o poder soberano (*de iure* o *de facto*); (ii) fuerza militar, naval o aérea; o (iii) agente o autoridad de cualquiera de las partes especificadas en los puntos i o ii anteriores» (*Merck & Co., INC and International Indemnity, LTD., v. ACE American Insurance Company et al.*, p. 3).

⁴ *Merck & Co., INC and International Indemnity, LTD., v. ACE American Insurance Company et al.*, pp. 10-11. La resolución a la que nos referimos ha sido recurrida, no existiendo en el momento de redacción del presente trabajo pronunciamiento del tribunal *ad quem*.

⁵ A lo largo del presente trabajo, manejaremos una definición relativamente amplia de ciberataque, que comprende toda actividad maliciosa tendente a recopilar, interrumpir, denigrar, degradar o destruir recursos de un sistema informático, o de la información (National Institute of Standards and Technology, 2019).

⁶ De acuerdo con ENISA (Agencia Europea de Ciberseguridad), la principal motivación detrás de la mayoría de los ciberataques es la económica, seguida de cerca por la persecución de intereses geopolíticos (ENISA, 2022, p. 20).

portancia de los comúnmente conocidos como «ciberataques patrocinados por Estados» que persiguen intereses políticos no resulta en absoluto desdeñable⁷. A lo largo de las próximas páginas haremos uso del término de ciberataque patrocinado por un Estado para incluir tanto aquellos ataques llevados a cabo por grupos integrados en la estructura de un Estado, ejerciendo alguna forma de potestad pública (normalmente a través de sus fuerzas armadas o servicios de inteligencia); como a los ataques realizados por los denominados *proxies*, esto es, grupos que, sin representar *de iure* a un Estado, actúan bajo su dirección, ya sea a cambio de una contraprestación económica (cibermercenarios), o por una motivación ideológica.

Durante los últimos años se ha podido atestiguar un incremento drástico en la frecuencia y sofisticación de ataques patrocinados por Estados. La diversidad en la tipología de estos ciberataques patrocinados por Estados es tan amplia como lo permitan las posibles combinaciones de ceros y unos que componen el código subyacente y como lo requieran los intereses de los Estados patrocinadores. Esta heterogeneidad se vuelve manifiesta al estudiar las divergencias entre los medios y fines de los cuatro Estados más activos en lo que al patrocinio de ciberataques se refiere: China, Rusia, Irán y Corea del Norte⁸. China ha venido haciendo uso de incursiones a través del ciberespacio para llevar a cabo principalmente actividades de espionaje (Schwindt *et al.*, 2019, pp. 29 y ss.) tendentes a contribuir a sus esfuerzos para obtener la hegemonía tecnológica a nivel internacional, dirigidas tanto contra gobiernos extranjeros como contra empresas privadas (Microsoft, 2022, pp. 45 y ss.). También Rusia e Irán han recurrido a herramientas de ciberespionaje en los últimos años, si bien la diferencia principal con China radica en que estos regímenes han empleado de manera más habitual ataques con una finalidad netamente destructiva, cuyo objetivo es bloquear sistemas informáticos o, directamente, hacerlos inservibles⁹. En particular, Rusia ha dirigido múltiples ataques contra los gobiernos y las infraestructuras críticas de sus Estados vecinos (Georgia, Estonia y, especialmente, Ucrania) (Schwindt *et al.*, 2019, p. 9.), para así debilitar el funcionamiento de sus instituciones y crear una sensación de temor y caos en la población que, en último término, debilite la confianza en sus gobernantes (ENISA, 2022, pp. 25 y 26). Durante la invasión rusa a Ucrania en 2022, las operaciones

⁷ El Centro Criptológico Nacional considera los ataques patrocinados por Estados como el tipo de ciberamenaza más peligroso para nuestro país (Centro Criptológico Nacional, 2021, p. 7).

⁸ El Cyber Operations Tracker, base de datos gestionada por el Council on Foreign Relations (*think tank* estadounidense que registra ataques patrocinados por Estados que han trascendido de manera pública) imputa 222 ataques a China, 142 a Rusia, 84 a Irán y 62 a Corea del Norte. En un quinto puesto se encontraría Estados Unidos, con 18 ataques (Council on Foreign Relations, s. f.).

⁹ El caso iraní ejemplifica de manera paradigmática la relación que existe entre los intereses estratégicos de un Estado y sus campañas de ciberataques. Hasta 2015, grupos iraníes se ensañaron particularmente con instituciones financieras estadounidenses. La firma del Plan de Acción Conjunto (JPA) entre Irán y los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU coincidió con un cese súbito en los ataques iraníes con objetivo estadounidense (Schwindt *et al.*, 2019, p. 41). No obstante, los ataques se reintensificaron en 2021, a raíz del cambio de régimen en Irán (Microsoft, 2022, p. 47).

en el espacio cibernético se han empleado como un complemento a las hostilidades en el terreno físico, lo que explica que en el último año los ciberataques provenientes de Rusia y sus grupos afines hayan aumentado drásticamente, tanto en número como en potencial destructivo (Microsoft, 2022, p. 42). El ejército de Corea del Norte, además de atacar a sus rivales geopolíticos, como Estados Unidos o Corea del Sur (Schwindt *et al.*, 2019, pp. 45-47), presenta la peculiaridad de haber recurrido a la cibercriminalidad como una vía para obtener financiación. Así, se estima que, a lo largo de los últimos años, Corea del Norte habría recaudado más de 2.000 millones de dólares a través de campañas de ciberataques, habiendo destinado esos fondos a sufragar su programa nuclear¹⁰.

Como se puede ver, el entorno digital se presenta como una vía eficaz para que los Estados persigan los objetivos de sus respectivas agendas, a un coste relativamente bajo (Lilly y Cheravitch, 2020, p. 10), y lo que es más importante, disminuyendo de forma significativa el riesgo de que se descubra la verdadera autoría del ataque. Para esto último, según decíamos antes, resulta especialmente útil el uso de grupos que no se encuadran *de iure* dentro de la estructura estatal o *proxies*¹¹ (cuya vinculación con el Estado resulta, en muchas ocasiones, prácticamente indemostrable, dificultando así la imputación a este de las actuaciones de aquellos). Existen casos en los que la relación entre Estado y *proxy* resulta más o menos evidente, ya sea por la coincidencia entre los intereses del Estado y las actuaciones del grupo, o por las conexiones entre miembros del *proxy* y representantes estatales¹². Sin embargo, no son pocas las ocasiones en las que este vínculo se difumina. Conti fue uno de los grupos especializados en *ransomware* más importantes de los últimos años, hasta el punto de llevar al gobierno estadounidense a ofrecer una recompensa de hasta 10 millones de dólares a cambio de información sobre sus integrantes. Si bien se sabía que el grupo estaba alojado en Rusia, y que sus objetivos principales eran infraestructuras críticas de países mayoritariamente occidentales, se creía que actuaba persiguiendo fines exclusivamente económicos¹³. No obstante, en 2022 se hicieron públicas conversaciones

¹⁰ Véase el Informe S/2020/151, elaborado por el Panel de Expertos del Consejo de Seguridad de la ONU, establecido de acuerdo con la resolución 1874 (2009), párrafos 57 y ss. https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7d/S_2020_151.pdf

¹¹ Esto no quiere decir que, en paralelo al recurso a *proxies*, los Estados no hayan desarrollado las capacidades técnicas de sus fuerzas armadas y servicios de inteligencia. Este ha sido el caso de Rusia, que, a lo largo de la última década, ha venido dotando de una mayor importancia a los perfiles técnicos dentro de sus estructuras internas, como evidencia el nombramiento de un académico especializado en ciencia computacional como subdirector del GRU, principal servicio de inteligencia ruso, en 2015 (Lilly y Cheravitch, 2020, p. 145).

¹² Un ejemplo sería el Ashiyane Digital Security Team, grupo contratado en múltiples ocasiones por la milicia iraní para llevar a cabo ciberataques (Insikt Group, 2019).

¹³ Normalmente Conti cifraba los archivos (incluyendo información confidencial) de sus objetivos y exigía un rescate a cambio de desbloquearlos, y de no hacer la información pública. En la medida en que las actividades de Conti beneficiaban al gobierno ruso, sus integrantes no eran perseguidos activamente, pero no se conocía la existencia de una relación formal entre Rusia y el grupo (Peralta, 2022).

entre miembros de la inteligencia rusa y representantes de Conti que evidenciaban injerencias gubernamentales en la determinación de los objetivos del grupo (ENISA, 2022, p. 35).

El panorama dibujado por los ciberataques patrocinados es uno de hostilidades continuadas entre Estados, que en muchas ocasiones recurren a grupos interpuestos cuyo grado real de autonomía es un misterio. Esta situación se sitúa a medio camino entre las categorías paradigmáticas empleadas por los instrumentos de derecho internacional público que lidian con la violencia interestatal (guerra o conflicto armado)¹⁴ y las meras actuaciones terroristas efectuadas por grupos motivados políticamente. No obstante, la cuestión sobre el encaje de la ciberviolencia dentro de las categorías clásicas de hostilidades interestatales no se puede circunscribir en exclusiva al derecho internacional público, en la medida en que existen normas legales y convencionales de naturaleza jurídico-privada que también atribuyen significación jurídica a estos conceptos.

Dentro del campo del derecho de los seguros existe una clara reticencia, especialmente pronunciada a raíz de la segunda mitad del siglo XX¹⁵, hacia la cobertura de los daños producidos por eventos bélicos y similares¹⁶. Ello se justifica por el potencial de estos sucesos para producir daños colosales en periodos muy concentrados de tiempo, lo que puede generar una presión desmesurada sobre el sistema asegurador en su conjunto; además de su baja frecuencia y relativa imprevisibilidad, con lo que resulta muy complejo desarrollar modelos actuariales que estimen de forma precisa el potencial de los daños y, consecuentemente, el importe de las primas necesarias para cubrir el riesgo (OECD, 2021, p. 7). La yuxtaposición de estos factores explica que, por un lado, sea relativamente común que los daños producidos por conflictos armados y otros eventos similares se excluyan de manera expresa de la cobertura de las pólizas y, por otro, que en muchos sistemas legales se desarrollen sistemas públicos de aseguramiento que compensen el vacío que dejan las aseguradoras privadas (OECD, 2021).

¹⁴ Han sido muchos los esfuerzos académicos dedicados a determinar si, y bajo qué circunstancias, un ciberataque podía constituir un recurso al uso de la fuerza, un ataque armado o, incluso, un conflicto armado. El documento más exhaustivo publicado al respecto en la fecha de redacción del presente trabajo es el conocido como «Manual de Tallín», publicado en 2013 por el Centro de Excelencia en Defensa Cibernética Cooperativa de la OTAN, disponible en <https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2021/05/2017-Tallinn-Manual-2.0.pdf>

¹⁵ En 1938, considerando los daños catastróficos causados por la Guerra Civil española, la Lloyd's Underwriters Association y la Association of British Insurers llegaron a un acuerdo para excluir los eventos bélicos de la cobertura de las pólizas de seguros emitidas en el Lloyd's of London (con la excepción de los seguros *marine*), mediante la cláusula conocida como NMA 464 (Cooper, 2022). Dicha cláusula fue adoptada como un estándar a nivel internacional, hasta los atentados del 11 de septiembre de 2001, que propiciaron la exclusión de los daños producidos por actos terroristas, juntamente por los ocasionados por eventos bélicos (Caamaño Malagón, 2022).

¹⁶ Quizás la principal excepción serían los seguros de transporte internacional de mercancías (los seguros *marine*), en los que la cobertura de los eventos bélicos sigue siendo relativamente común (Caamaño Malagón, 2022).

La exclusión de eventos bélicos y belicosos ha dado lugar a un gran número de disputas a nivel internacional, relativas su extensión y límites¹⁷, siendo las contiendas de Merck y Mondelēz las últimas representantes. A lo largo de las próximas páginas llevaremos a cabo un análisis sobre el tratamiento de esta cuestión en el derecho español, tratando de esbozar las circunstancias que podrían determinar que un ciberataque patrocinado por un Estado quede cubierto por una póliza privada, sea indemnizado por el consorcio de compensación de seguros (entidad pública que en España asegura determinados eventos extraordinarios) o no sea resarcible por ninguno de los dos. La relevancia de esta cuestión es manifiesta a la luz del notable incremento en los ataques patrocinados por Estados, además de la proliferación de pólizas de seguros que cubren los costes derivados de un ciberataque¹⁸, que en los últimos años han atravesado un proceso de democratización, pasando de ser un producto exclusivo para clientes dotados de una relativa sofisticación tecnológica, a ser suscrito por entidades de dimensión más reducida (Giménez, 2020).

A tal fin, nos centraremos primeramente en examinar la consideración de un ciberataque patrocinado como un evento extraordinario, lo que condicionará su cobertura por parte de la aseguradora privada, o del consorcio de compensación de seguros. Aclarado lo anterior, analizaremos la posibilidad de la aplicación de la exclusión legal que en nuestro sistema se prevé para los daños producidos a consecuencia de conflictos armados.

2. Ciberataques patrocinados como eventos extraordinarios

2.1. El aseguramiento de los riesgos extraordinarios en el derecho español

El modelo español de cobertura de eventos bélicos y demás sucesos catastróficos se caracteriza por el papel preponderante del sector público. En este sentido, el primer párrafo

¹⁷ Un resumen de los principales pronunciamientos jurisdiccionales al respecto en Estados Unidos puede encontrarse en Wolff (2022).

¹⁸ Los daños producidos por un ciberataque pueden cubrirse por una póliza genérica, que no lidie de forma particular con los ciberriesgos, pero que no los excluya de manera expresa (por ejemplo, un contrato de seguro que cubra toda forma de lucro cesante), o por una póliza que lidie de manera expresa con los daños derivados de un ciberataque (los denominados ciberseguros). El origen de estos últimos se remonta al inicio del milenio y, más concretamente, a la progresiva aprobación de normas que venían exigiendo que las entidades que tratan datos personales notifiquen a las autoridades o a los interesados en caso de que se vean afectados por un ataque que comprometa sus datos (Jimeno Muñoz, 2019, p. 149). Las pólizas de ciberseguros pueden cubrir los daños en el *software* o *hardware* de los equipos afectados, los costes de recuperación del servicio, la pérdida de beneficio derivada de la paralización de la actividad, los costes de notificaciones exigidos *ex lege* e, incluso, el importe de los «rescates» pagados a los criminales en ataques de *ransomware* (Jimeno Muñoz, 2019, p. 249), si bien la industria es cada vez más proclive a extender la cobertura por este último concepto.

del artículo 44 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro (LCS) dispone expresamente que «el asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya precedido o no declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, salvo pacto en contrario». Esta exclusión que, lejos de ser novedosa, entronca con la tradición de nuestro derecho¹⁹, no aparecía en el texto original del proyecto de la LCS, sino que se introdujo a través de dos enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria de la norma (Sánchez Calero, 2010, p. 983). *Prima facie*, se observa cómo la norma diferencia entre dos clases de daños que quedan excluidos: los que resulten de la materialización de riesgos extraordinarios, por un lado, y los que sean consecuencia de conflictos armados, por otro. Ninguno de los dos conceptos aparece definido en el texto legal. Adicionalmente, el final del precepto nos indica que la exclusión no tiene carácter imperativo; así, el asegurador sí que respondería por los daños referidos siempre y cuando así se disponga en el contrato.

La ausencia del aseguramiento privado se suple en parte por la función que lleva a cabo el sector público, y que se instrumentaliza a través del Consorcio de Compensación de Seguros (CCS)²⁰. El CCS es una entidad pública empresarial, adscrita actualmente al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y que desempeña, entre otras, funciones relativas al seguro agrario combinado, al seguro obligatorio de automóviles, a la liquidación de entidades aseguradoras y al aseguramiento de riesgos extraordinarios²¹. Para comprender de forma adecuada la significación del CCS resulta imprescindible referirnos, siquiera de manera sucinta, a la historia de la institución.

En 1941, los estragos ocasionados por la Guerra Civil española derivaron en disputas sobre su causa (motín o guerra), lo que resultaba determinante a la hora de decidir sobre su cobertura por parte de las pólizas privadas. La solución que se terminó implementando fue una de compromiso por la cual el Estado adelantaría parte del importe del que teóricamente eran deudoras las entidades privadas. El importe de los daños asegurados que excedía de dicha cantidad fue aportado por el Estado, a través de la emisión de deuda suscrita por las propias aseguradoras. Para amortizar esta deuda, se establecieron recargos obligatorios sobre las primas de seguro de diferentes ramos, que fueron recaudados por las aseguradoras (García Barona, 1997, pp. 403- 404)²², encomendándose la administración

¹⁹ Como señala Tirado Suárez (1995, p. 3774), el antiguo artículo 396 de nuestro Código de Comercio, en materia del seguro de incendios, excluía de la responsabilidad del asegurador aquellos daños ocasionados por fuerzas militares en contextos bélicos, así como aquellos derivados de tumultos populares.

²⁰ A nivel internacional, la intervención pública en la cobertura de los riesgos extraordinarios es enormemente común. No obstante, el modelo español destaca por el monopolio *de facto* que ostenta el CCS (OECD, 2021, pp. 20 y ss.).

²¹ Véanse los artículos 6 y siguientes del Real Decreto Legislativo 7/2004, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

²² Sobre las normas jurídicas creadas como respuesta a las incertidumbres sobre la cobertura de los daños causados por la Guerra Civil, véase Hernando de Larramendi y Caballero García (1972, pp. 13 y ss.).

de estos fondos a tres instituciones públicas que se establecieron con carácter temporal: el Consorcio de Compensación de Riesgos de Motín, el Consorcio de Compensación de Accidentes Individuales y el Consorcio de Seguros Ramo Vida (Bonhome González, 2010, pp. 213-214). Si bien la cobertura pública de los riesgos catastróficos se instauró como una solución *ad hoc* para los daños acaecidos durante la Guerra Civil, este mismo sistema siguió operando de forma proactiva, extendiéndose su cobertura a los daños ocasionados en el siniestro de Santander de 1941, y en las catástrofes de Camfranc y Cádiz, en 1944 (Tirado Suárez, 1995, p. 3.775). A través de la Ley de 16 de diciembre de 1954, el Consorcio de Riesgos de Motín y el de Compensación de Accidentes Individuales se integrarían en el CCS, establecido con carácter permanente para la cobertura de los riesgos extraordinarios que afectasen a personas o cosas aseguradas en virtud de una póliza privada, que cubriría, pues, los riesgos «no extraordinarios»²³.

La cobertura del CCS se extendía a los daños originados por determinados sucesos de carácter extraordinario, incluyendo tanto fenómenos de origen natural (inundaciones, erupciones volcánicas, huracanes, etc.) como de origen humano (motines, alborotos, tumultos populares, etc.)²⁴. Los daños producidos por conflictos armados quedaban excluidos en los ramos de cosas en virtud del artículo 5 b) de la Ley de 1954.

Inicialmente, la financiación del CCS provenía de un recargo obligatorio establecido *ex lege* sobre las primas comerciales derivadas de las pólizas privadas. No obstante, dicho sistema cambió a raíz del acceso de España a las Comunidades Europeas: el monopolio del consorcio sobre la cobertura de los riesgos extraordinarios, financiado mediante un recargo que tenía la naturaleza de prima obligatoria, parecía colisionar con las exigencias de liberalización del derecho europeo. Sin embargo, el relevante papel del consorcio dentro del ecosistema español no propiciaba una desaparición radical del mismo. Finalmente, con la aprobación de la Directiva 88/357/CEE, y su posterior transposición mediante la Ley 21/1990²⁵, se alcanzó una solución intermedia: se permitió que la iniciativa privada concu-

²³ Siendo cierto que la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre refundición de los Consorcios de Compensación de Riesgos Catastróficos sobre las Cosas y de Accidente Individuales en un solo «consorcio de compensación de seguros», e integrando en el mismo los seguros agrícolas, forestales y pecuarios, dotaba al consorcio de una vocación de permanencia, también se debe reconocer que la norma eludía la aceptación sin reservas del carácter permanente del CCS, afirmando que la institución se crea «sin perjuicio de que cuando la experiencia lo aconseje sean cubiertos por el Seguro privado los riesgos que ahora asume dicho Consorcio».

²⁴ La enumeración completa de los riesgos objeto de cobertura por el CCS se encontraba inicialmente en el artículo 8 del Decreto de 13 de abril de 1956, cuyo artículo 6 impedía que se asegurasen dichos riesgos mediante póliza privada.

²⁵ Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados. A través de esta norma, de carácter heterogéneo, se adecuan distintos preceptos relativos a la regulación del seguro a las exigencias europeas, y se dota de un nuevo estatuto legal al CCS, entre otros puntos.

riese con el CCS en el aseguramiento de los riesgos extraordinarios, terminando con su carácter monopolístico. A pesar de ello, el recargo obligatorio se mantuvo, pero ya no como una prima de seguro, sino como un ingreso de naturaleza pública²⁶.

Aunque el monopolio sobre la cobertura de los riesgos extraordinarios hubiese desaparecido *de iure*, en la práctica el CCS sigue siendo el actor más relevante, por no decir el único²⁷, en lo que atañe al aseguramiento de los riesgos catastróficos. Tanto es así que la pretendida liberalización se ha tildado de «más ficticia que real» (Barrero Rodríguez, 2000, p. 223), ya que, aun cuando una póliza privada cubra los daños derivados de riesgos extraordinarios (en cuyo caso será la aseguradora privada, y no el CCS quien indemnice tales daños), el recargo obligatorio al CCS debe seguir satisfaciéndose. En otras palabras, la obligación de pagar el recargo del CCS es independiente de la cobertura del riesgo extraordinario en una póliza privada, por lo que no existe incentivo ninguno en pagar una sobreprima al asegurador privado para que cubra un riesgo ya cubierto por el CCS²⁸.

Desde la aprobación de la Ley 21/1990, y hasta la fecha de elaboración del presente trabajo, las innovaciones normativas más relevantes en lo que atañe al aseguramiento de los riesgos extraordinarios en España se producen en el año 2004 mediante la aprobación de un nuevo estatuto legal del CCS (TRECOS)²⁹ y del Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios (RSRE)³⁰. Son estas normas, juntamente con la LCS, las que esbozan los principales elementos del sistema español de aseguramiento de riesgos catastróficos.

²⁶ El carácter parafiscal del recargo obligatorio no contrariaba las exigencias del derecho europeo en virtud del artículo 25 de la Directiva 88/357/CEE, según la cual «todo contrato de seguro celebrado en régimen de prestación de servicios estará exclusivamente sometido a los impuestos indirectos y a las exacciones parafiscales que graven las primas de seguros en el Estado miembro en que se sitúa el riesgo [...], así como, por lo que respecta a España, a los recargos legalmente establecidos en favor del organismo español "Consortio de Compensación de Seguros"....». Esta salvedad a favor del CCS seguiría apareciendo en ulteriores normas europeas en materia de seguros, hasta llegar a la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II), en su artículo 157.

²⁷ Véase OECD (2021, p. 23, nota 17).

²⁸ Los motivos a favor del mantenimiento del sistema actual se basan, principalmente, en la defensa de la solidaridad interterritorial en España. Dada la asimetría en la exposición a eventos catastróficos a través de nuestro territorio nacional (así, la experiencia empírica demostraría que los atentados terroristas habrían estado desproporcionadamente concentrados en el País Vasco; mientras que las catástrofes naturales harían lo propio en el área del Levante [García Barona, 1997, p. 412]). Justifican estos autores que, en caso de darse una liberalización plena, el coste del aseguramiento de la cobertura de los riesgos catastróficos sería asumido de forma mayoritaria por los territorios que están especialmente expuestos a los mismos.

²⁹ Real Decreto Legislativo 7/2004, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

³⁰ Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios.

2.2. Sucesos cubiertos por el CCS

El panorama actual, pues, se caracteriza por la ausencia de una prohibición expresa de aseguramiento de los riesgos catastróficos a través de pólizas privadas. En el infrecuente caso de que una aseguradora privada se obligue a indemnizar los daños producidos por eventos extraordinarios, la cobertura será asumida por dicha entidad en virtud de un contrato de seguro perfectamente lícito, y el CCS no se comprometerá de modo ninguno (siempre que la aseguradora no se haya declarado en concurso, ni esté sujeta a un procedimiento de liquidación)³¹. No obstante, será mucho más frecuente que sea el CCS quien responda por los daños resultantes de los riesgos catastróficos.

El requisito fundamental para que el consorcio asuma la cobertura de los riesgos extraordinarios sobre determinados bienes o personas es que los mismos se encuentren asegurados en lo que respecta a los riesgos ordinarios, de acuerdo con el llamado principio de complementariedad adhesiva. El CCS opera como una suerte de «asegurador complementario»³², ya que su cobertura se condiciona a la existencia de un contrato de seguro cuyo objeto sean determinados riesgos ordinarios³³. Dado este contrato, el asegurador privado responderá por los daños causados por eventos ordinarios, mientras que el CCS hará lo propio con los derivados de sucesos extraordinarios.

La retribución del CCS proviene de los recargos obligatorios que los asegurados deben satisfacer al abonar las primas de sus pólizas para la cobertura de riesgos ordinarios. Precisamente por ello, el asegurado que no se encuentre al corriente del pago de la prima pierde su derecho a la cobertura del consorcio. Los recargos son recaudados por las aseguradoras privadas por cuenta del CCS (percibiendo por ello una comisión de cobro, ex art. 18.5 del TRECCS). Como ya vimos, hasta la aprobación de la Ley 21/1990 estos recargos tenían la auténtica consideración de primas de un contrato de seguro. A partir de entonces, pasan a categorizarse como una forma de ingreso de derecho público de carácter no tributario³⁴.

³¹ Véase, a este respecto, el artículo 8.1 b) del TRECCS. Adicionalmente, resulta razonable pensar que, en aquellas situaciones en las que se asegure mediante una póliza privada el riesgo extraordinario en condiciones menos favorables para el asegurado que las que disfrutaría en caso de cobertura por el CCS, este último seguirá asumiendo los daños producidos por eventos catastróficos. En este mismo sentido se pronuncia González de Frutos (1993, pp. 9-10).

³² Véanse las SSTS núm. 4343/1991, de 22 de julio, y núm. 4762/1996, de 9 de septiembre.

³³ Y solamente riesgos ordinarios, ya que la cobertura de riesgos extraordinarios por el asegurador privado excluye la cobertura del CCS.

³⁴ En este sentido, González de Frutos (1993, pp. 5 y ss.). El carácter no tributario se puede inferir de la redacción del TRECCS, cuyo artículo 23.1 enumera los recursos económicos del consorcio. Posteriormente, el artículo 23.4 establece que «el recargo destinado a financiar las funciones de liquidación de entidades aseguradoras es un tributo que grava los contratos de seguro», detallándose a continuación el hecho imponible, sujeto pasivo, etc. *Sensu contrario*, se deduce que el resto de los recargos a favor del CCS no tienen naturaleza tributaria.

No todo contrato de seguro determina la existencia de la cobertura del CCS. Al contrario, esta solo se produce en caso de que la póliza pueda encuadrarse dentro de algunos ramos a los que se refiere el artículo 7 del TRECCS³⁵. En este caso, el texto de la póliza deberá incluir, de acuerdo con el artículo 8.3 de la misma norma, una cláusula en la que se haga referencia a la cobertura de los riesgos extraordinarios por parte del CCS³⁶.

Ratione loci, el aseguramiento por parte del CCS se condiciona a que el riesgo cubierto a través de la póliza se encuentre situado en España, conforme a los criterios enumerados en el artículo 6.2 del TRECCS³⁷.

Concurriendo los requisitos anteriores, y transcurrido el plazo de carencia (como regla general, de siete días naturales), el interés quedará asegurado ante los sucesos extraordinarios enumerados en el artículo 6.1 del TRECCS. Para que se reconozca el derecho a la indemnización, este suceso extraordinario deberá resultar en un daño directo sobre el interés asegurado. Estatuto y reglamento parecen circunscribir la resarcibilidad del daño a la existencia de un nexo de causalidad directa entre este y el suceso catastrófico, quedando excluidos los daños indirectos. Como excepción, el artículo 3 del RSRE prevé que, en determinadas circunstancias, y siempre que así se prevea mediante la póliza ordinaria, el consorcio indemnizará la pérdida de beneficios derivada de alguno de los acontecimientos catastróficos.

La pérdida de beneficios representa uno de los supuestos en los que el contenido de la póliza suscrita con la aseguradora privada afecta a la extensión de la cobertura por el CCS, pero no es el único. Esta cuestión enlaza con la pregunta sobre la concreta naturaleza de la relación que se establece entre consorcio y asegurado, y en qué medida se ve afectada por la póliza privada. La aprobación de la Ley 21/1990 (y el reconocimiento de la prima del CCS como ingreso de derecho público) suscitó un debate doctrinal entre aquellos que calificaban el vínculo entre consorcio y asegurado como una relación *ex lege*, condicionada

³⁵ Actualmente, se establece la obligatoriedad del recargo para los ramos de vida, en los contratos que garanticen exclusiva o principalmente el riesgo de fallecimiento, incluidos los que prevean, además, indemnizaciones pecuniarias por invalidez permanente o incapacidad temporal, en los términos y modalidades que reglamentariamente se determinen; el ramo de accidentes, en los contratos que garanticen el riesgo de fallecimiento o prevean indemnizaciones pecuniarias por invalidez permanente o incapacidad temporal; el de vehículos terrestres; vehículos ferroviarios; incendio y elementos naturales; otros daños a los bienes; y pérdidas pecuniarias diversas; así como las modalidades combinadas de estos, o cuando se contraten de forma complementaria; también el ramo de responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles.

³⁶ En la actualidad, el texto de dichas cláusulas se encuentra en la Resolución de 28 de marzo de 2018 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

³⁷ Se considera que un riesgo se sitúa en España cuando afecta a: vehículos con matrícula española; bienes inmuebles situados en el territorio nacional; bienes muebles que se encuentren en un inmueble situado en España, estén o no cubiertos por la misma póliza de seguro, excepto aquellos que se encuentren en tránsito comercial; en el caso de seguros de personas, cuando el asegurado tenga su residencia habitual en España; y, en los demás casos, cuando el tomador del seguro tenga su residencia habitual en España o, si fuera una persona jurídica, tenga en España su domicilio social o la sucursal a que se refiere el contrato.

al perfeccionamiento de un contrato entre el asegurado y un asegurador privado (y que por lo tanto debería regirse exclusivamente por la normativa legal), y los que seguían apelando a la existencia de un auténtico contrato de seguro entre el CCS y el asegurado, nacido en virtud de la cláusula que debe incluirse obligatoriamente en el texto de la póliza ordinaria, y cuyo objeto serían los mismos intereses que los cubiertos por la aseguradora privada. La jurisprudencia se inclina por la segunda postura. En este sentido, la STS de 9 de septiembre de 1996³⁸ reconoció que entre CCS y asegurado surge un auténtico contrato de seguro autónomo, con la principal particularidad de que al mismo le serán de aplicación las normas especiales contenidas en su estatuto legal y, solo en su defecto, la LCS. Sin embargo, el Alto Tribunal matizó que la autonomía entre ambos contratos no alcanza el extremo de la total abstracción, ya que diversos elementos de la relación entre el CCS y el asegurado dependerán a su vez de la relación entre este último y la aseguradora privada³⁹.

Concurriendo los demás requisitos expuestos, el elemento clave para delimitar la cobertura de un daño por parte del CCS vis a vis con la aseguradora privada reside, pues, en su causa. En otras palabras, el hecho de que el daño se derive de un suceso extraordinario, o no, será el que determine si el mismo se encuadra en el ámbito de la póliza ordinaria, del contrato de seguro entre CCS y asegurado o en ninguno de los dos.

Los eventos extraordinarios se enumeran en el TRECCS y se definen en el RSRE⁴⁰. Estatuto y reglamento cumplen, de esta forma, una doble función: por un lado, desarrollan el concepto de riesgo extraordinario del artículo 44.1 de la LCS, de cara a su no inclusión en las pólizas privadas, y por otro, delimitan los eventos que sí dan lugar a una indemnización por parte del consorcio.

³⁸ STS núm. 4762/1996, de 9 de septiembre. La contienda que dio lugar a esta resolución se relaciona con los denominados «pactos de inclusión facultativa», esto es, determinadas cláusulas que se podían incluir en el contrato de seguro ordinario y que resultaban favorables para el asegurado. El CCS alegó que estas cláusulas le eran inoponibles, por no estar específicamente prevista en su normativa reguladora, tesis que terminó siendo rechazada por el Alto Tribunal. Este mismo criterio ha sido mantenido tras la aprobación del Estatuto y el Reglamento de 2004 (véase la SAP de Barcelona núm. 647/2012, de 5 de diciembre).

³⁹ La cuestión de la oponibilidad de las cláusulas de inclusión facultativa quedó parcialmente zanjada mediante el artículo 5.2 del RSRE, que cita de manera expresa determinadas cláusulas que, de estar incluidas en la póliza ordinaria, vinculan al CCS. No obstante, sigue sin quedar claro si aquellas cláusulas que no aparecen en el RSRE les son o no oponibles al CCS.

⁴⁰ Como recuerda la STS núm. 1102/1998, de 23 de noviembre, el desarrollo reglamentario del concepto legal de riesgos extraordinarios está sujeto al control de los tribunales, de tal forma que dicho desarrollo no puede resultar arbitrariamente restrictivo. Así, se afirma que «han de ser siempre los Tribunales [...] los que han de decidir si la interpretación dada por la Administración al concepto jurídico indeterminado empleado por la norma con rango de ley se adapta a esta y agota su contenido o, por el contrario, la contradice por limitar expresamente su ámbito, excluyendo una parcela de la realidad a través del Reglamento, cuando dicha realidad está abarcada por la Ley». A la luz de la normativa actual, entendemos que dicho control solo podría extenderse a la definición de los acontecimientos catastróficos del RSRE, pero no así a la enumeración que efectúa el TRECCS, dado el rango de ley de este último (a menos que dicha enumeración hubiese excedido la delegación operada en su ley de bases).

La enumeración de los eventos catastróficos recoge un conjunto de supuestos heterogéneos, incluyendo fenómenos de origen natural (terremotos, maremotos, inundaciones extraordinarias, erupciones volcánicas, tempestad ciclónica atípica y caídas de cuerpos siderales y aerolitos), así como sucesos derivados de la acción humana (terrorismo, motín, tumulto popular, hechos y actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz, rebelión y sedición)⁴¹. En relación con la sedición, cabría plantearse si la reciente aprobación de la Ley Orgánica 14/2022, mediante la que se derogan los preceptos que tipificaban las distintas modalidades de sedición, lleva aparejada la pérdida del carácter extraordinario de los hechos previamente constitutivos de este delito, máxime si tenemos en cuenta que el RSRE, en lugar de prever una definición propia para la sedición, se remite a los tipos penales pertinentes. Esta interpretación, sin embargo, nos llevaría a que la definición contenida en un reglamento (el RSRE) excluyese el carácter extraordinario de unos eventos que el TRECCS (norma con rango de ley) sí enumera como tales. Precisamente por ello, y en la medida en que la mención a la secesión no se suprime del texto del estatuto del CCS, entendemos que los hechos anteriormente constitutivos de tal delito, aunque haya sido destipificado, han de seguir considerándose sucesos catastróficos a efectos de la cobertura del CCS.

La delimitación de los eventos extraordinarios termina de perfilarse, en un sentido negativo, mediante la exclusión de una serie de supuestos. La técnica normativa es semejante: los supuestos excluidos se definen en el RSRE, pero se enumeran en el TRECCS⁴². Algunos de los supuestos excluidos obedecen a la naturaleza asegurativa del CCS (así, se exceptúa la resarcibilidad de los siniestros que no den lugar a indemnización de acuerdo con la LCS); otros se explican por la inexistencia de un auténtico supuesto extraordinario (por ejemplo, el CCS no indemniza los daños producidos por vicio propio de la cosa asegurada); finalmente, existen otros sucesos cuya exclusión solo puede entenderse por cuanto son susceptibles de generar daños tan grandes que trascienden los de un mero suceso catastrófico: así, los daños derivados de la energía nuclear, los que sean calificados por el Gobierno como «catástrofe o calamidad nacional»⁴³ y los producidos por conflictos armados. Así, la presencia

⁴¹ Las estadísticas del CCS revelan que, en los últimos 25 años, el 95 % de las indemnizaciones se han debido a sucesos de origen natural, frente al 5 % derivado de causas antrópicas. En términos de sucesos concretos, los más significativos son las inundaciones (69 % del total) dentro de los fenómenos naturales, y el terrorismo (4 % del total) dentro de las causas de origen humano (Horrillo Muñoz *et al.*, 2020, p. 2).

⁴² Los eventos excluidos por el Estatuto son: los que no den lugar a indemnización de acuerdo con la LCS; los ocasionados en intereses asegurados por contrato de seguro distinto a aquellos en que es obligatorio el recargo; los debidos a vicio o defecto propio de la cosa asegurada; los producidos por conflictos armados, aunque no exista una declaración oficial de guerra; los que por su magnitud y gravedad sean calificados por el Gobierno como «catástrofe o calamidad nacional»; los derivados de la energía nuclear; los debidos a la mera acción del tiempo; o a agentes atmosféricos distintos a los señalados como sucesos catastróficos.

⁴³ La referencia a la declaración de «catástrofe o calamidad nacional» (que es distinta a la declaración de «zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil», comúnmente conocida como «de-

de un elemento bélico excluye la resarcibilidad de los daños producidos tanto por eventos ordinarios (art. 44.1 LSC) como extraordinarios.

Resulta común entre la doctrina, al analizar el sistema de cobertura del CCS, señalar que este opera de forma «cualitativa» (Barrero Rodríguez, 2000, pp. 183 y ss.; García Barona, 1997, p. 406.), es decir, que para delimitar los daños que son resarcibles se tiene en consideración su causa, pero sin exigir que dicha causa se materialice en unos daños especialmente significativos. A la hora de acotar los acontecimientos extraordinarios, la normativa recoge una serie de supuestos que se asume que típicamente son poco frecuentes, y llevan aparejados daños especialmente graves. No obstante, no se tiene en cuenta si efectivamente los supuestos han llevado aparejados daños especialmente graves o no. Los daños consecuencia de un terremoto no necesitan alcanzar un umbral mínimo para ser tildados de catastróficos, sino que llevan aparejada esa condición en la medida en que son consecuencia de un terremoto. La denominación de cualitativo proviene de contrastar el funcionamiento del CCS con otros sistemas de cobertura de riesgos extraordinarios, que exigen que los daños alcancen una determinada entidad para tildar de catástrofe a su causa. Estos últimos serían, pues, denominados como «cuantitativos»⁴⁴.

A nuestro entender, sin embargo, lo realmente peculiar del sistema español reside, no en su carácter cualitativo, sino en el momento en que se produce la calificación de un suceso como catastrófico o anormal. Imaginando una sucesión temporal ideal en la que (1) se produce una causa y (2) esa causa lleva a un efecto, algunos sistemas (los que la doctrina denomina «cuantitativos») llevan a cabo la determinación del siniestro como extraordinario en el momento 2, una vez producido el efecto dañoso. El sistema del CCS, no obstante, ya delimita la cobertura del CCS desde el momento de la causa, *ex ante damni*, y con independencia de la entidad del resultado dañoso⁴⁵.

claración de zona catastrófica» y que en la actualidad se regula mediante la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil) se regula en el Reglamento sobre seguros agrarios combinados que, a través de su artículo 20, dispone que el Gobierno podrá calificar como tales, siniestros de especial gravedad, teniendo en cuenta su «extensión e importancia». En los casi 70 años de historia del CCS, el Gobierno jamás ha llegado a hacer uso de este instrumento (Consortio de Compensación de Seguros, 2018, p. 11).

⁴⁴ Barrero Rodríguez (2000, pp. 183 y ss.) y García Barona (1997, p. 406). Nótese que el primer sistema del CCS, contenido en la Ley de 16 de diciembre de 1954, operaría en términos cuantitativos, ya que, para la cobertura de la mayoría de los acontecimientos catastróficos, resultaba preceptiva una declaración administrativa previa.

⁴⁵ La única excepción a este funcionamiento *ex ante damni* (y también al carácter cualitativo del CCS) es la declaración como catástrofe o calamidad nacional. No obstante, creemos que su valor reside precisamente en que, por ser una excepción, permite corregir las «deficiencias» del sistema; es decir, un evento que *ex ante* no parece que pueda comportar un riesgo sistémico, para el CCS termina adquiriendo esta entidad *ex post damni*. Así, la declaración permite evitar que el CCS quede expuesto a la cobertura de este riesgo desmesurado.

2.3. Sobre la consideración de los ciberataques patrocinados como actos terroristas

Expuestas las principales características del sistema español de cobertura de los eventos extraordinarios, podemos pasar a discutir si, y bajo qué circunstancias, un ciberataque patrocinado por un Estado puede ser calificado como un suceso catastrófico. Evidentemente, deberemos trabajar con la premisa de que el ciberataque en cuestión ocasiona un daño (por ejemplo, por destrucción o inutilización de los sistemas informáticos, o por la pérdida de beneficio derivada de la parálisis de la actividad) que sea indemnizable de acuerdo con la LCS, sobre un interés ya asegurado por una póliza ordinaria que lleva aparejado el recargo obligatorio a favor del CCS, de acuerdo con el principio de complementariedad adhesiva.

De entre los eventos catastróficos de origen antrópico (terrorismo, motín, tumulto popular, hechos y actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz, rebelión y sedición), entendemos que el terrorismo es el único supuesto en el que cabe discutir la subsumibilidad de los ataques patrocinados. Las actuaciones de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se refieren exclusivamente a hechos efectuados por las fuerzas españolas⁴⁶. Por otro lado, resulta artificioso pensar en un ciberataque patrocinado que, por sí mismo, pueda ser calificado como un motín o tumulto popular. Esta conclusión se ve reforzada teniendo en cuenta que el RSRE prevé estas figuras como residuales respecto del terrorismo⁴⁷. Con respecto a los dos últimos fenómenos, la tipificación tanto de la rebelión (art. 544 del Código Penal) como la de la sedición (art. 472, previo a su derogación) requieren la existencia de un alzamiento público (en el sentido de «abierto, exteriorizado, perceptible, patente y manifiesto»)⁴⁸ que sea tumultuario y tendente a obstaculizar el normal funcionamiento de las instituciones estatales, en el caso de la sedición; o violento y encaminado a la subversión del orden constitucional, en el de la rebelión. A nuestro parecer, el requisito de una actuación pública es difícilmente conciliable con el *modus operandi* típico del Estado patrocinador de ciberatacantes, que busca actuar de forma insidiosa, aprovechando el anonimato estructural de internet, operando, incluso, a través de un *proxy* para dificultar aún más el proceso de atribución. Por ello, consideramos

⁴⁶ Ya sean estatales, autonómicas o locales. Véase el artículo 2.1 l) del RSRE.

⁴⁷ El RSRE define el motín como «todo movimiento acompañado de violencia dirigido contra la autoridad para obtener satisfacción de ciertas reivindicaciones de orden político, económico o social, *siempre que el hecho no tuviese carácter terrorista o fuese considerado tumulto popular*»; y al tumulto como «toda actuación en grupo y con la finalidad de atentar contra la paz pública que produzca una alteración del orden, causando lesiones a las personas o daños a las propiedades, *siempre que el hecho no tuviese carácter terrorista o fuese considerado motín*» (los resaltados son nuestros). La definición de terrorismo, sin embargo, no contempla ninguna salvedad como la que se encuentra al final de las definiciones transcritas («salvo que el hecho tuviese carácter terrorista o fuese considerado motín/tumulto popular»), lo que parece indicar que el terrorismo ejerce una suerte de *vis attractiva* frente a las otras dos figuras, de tal forma que si un mismo hecho es constitutivo de terrorismo, y de motín o tumulto, deberá considerarse como terrorista.

⁴⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 1049/1980, de 10 de octubre.

difícil pensar en un supuesto de ciberataque patrocinado que pueda revestir dicho elemento de publicidad, esencial tanto para la rebelión como para la sedición.

Centrándonos, pues, en el terrorismo, este se enumera como un fenómeno extraordinario en el artículo 6.1 del TRECCS, y se define en el RSRE como «toda acción violenta efectuada con la finalidad de desestabilizar el sistema político establecido, o causar temor e inseguridad en el medio social en que se produce». El terrorismo constituye un objeto de estudio típico de la disciplina penal, pese a lo cual el RSRE opta por desarrollar este concepto de manera autónoma, en lugar de remitirse a los tipos penales pertinentes. La definición contenida en el reglamento se integra por dos elementos: uno que podríamos tildar de objetivo (que se lleve a cabo una actividad violenta) y otro subjetivo-teleológico (que se persiga la finalidad de «desestabilizar el sistema político establecido, o causar temor e inseguridad en el medio social en que se produce»). De esta manera, el RSRE no condiciona la existencia del terrorismo a las características del sujeto terrorista. Al contrario, la persecución de las finalidades mencionadas basta para hacer de una acción violenta un suceso catastrófico a efectos de su cobertura por el CCS⁴⁹.

El elemento objetivo de la definición requiere que la actuación terrorista sea una acción (con lo que parece descartarse la posibilidad de un «terrorismo omisivo»), y que sea violenta. La violencia, entendemos, está asociada al uso de una fuerza susceptible de provocar un resultado dañoso⁵⁰. Esta caracterización de lo violento como aquello que es idóneo para generar daños en el contexto del derecho de seguros ya la propone Sánchez Calero (2010, p. 2.611) en el comentario de la definición de accidente contenida en el artículo 100 de la LCS.

La segunda parte de la definición se refiere a la persecución de una finalidad terrorista concreta. A nuestro juicio, este elemento subjetivo no puede interpretarse como completamente aislado del tipo de acción violenta escogida. Lo que diferencia a los acontecimientos catastróficos, como hemos visto, es principalmente su imprevisibilidad y su capacidad de causar grandes daños. Por ello, creemos que el hecho de que una acción violenta se efectúe, en el fuero interno de su autor, con una finalidad terrorista no basta para categorizarla como tal. Así, entendemos que la finalidad última debe tener un cierto reflejo en el tipo de

⁴⁹ A pesar de la autonomía de la acepción de terrorismo empleada por el RSRE respecto a la penal, existen similitudes evidentes entre ambas, particularmente a raíz de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2015. Nuestra doctrina penalista (por todos, Pastrana Sánchez [2020, p. 51]) afirmaba que clásicamente el terrorismo (que en el Código Penal de 1995 no se abordaba como un único delito, sino como una modalidad de otras figuras delictivas) se caracterizaba por la presencia de dos elementos: por un lado, la existencia de una organización, una estructura relativamente duradera, estable y jerárquica (el denominado elemento estructural; a pesar de que, de forma marginal, se contemplasen modalidades de terrorismo individual [Mosquera Blanco, 2022, pp. 10-11]), y la persecución de unos fines de índole política (el elemento finalista o teleológico). Sin embargo, a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2015, el requisito del elemento estructural desaparece casi por completo (Pastrana Sánchez, 2020, p. 205), con lo que la calificación de la actividad terrorista como tal pasa a depender de que a través de la misma se persiga alguno de los fines de índole política referidos en el artículo 573 del CP.

⁵⁰ *Violentus* deriva directamente de *vis* (fuerza).

acción violenta por la que se ha optado, en el sentido de que esta debe ser, al menos, mínimamente idónea como para poner de manifiesto el objeto perseguido. Por ejemplo, un ciberataque de tipo *ransomware*, mediante el que se exige un rescate a una empresa de tamaño mediano, sin que el incidente se revele ni se reivindique públicamente, aunque se efectúe con la finalidad de desestabilizar el sistema político, tendrá menos posibilidades de ser considerado terrorista que un ataque que paraliza el funcionamiento de una infraestructura esencial y se reivindica públicamente por un grupo posicionado políticamente. A nuestro parecer, el elemento subjetivo debe tener una influencia, siquiera tangencial, en el elemento objetivo; dicho de otra forma, el fin último debe verse reflejado en los medios empleados.

Visto lo anterior, podemos pasar a discutir si un ciberataque patrocinado por un Estado puede considerarse un acto terrorista a efectos del RSRE. Nuestra respuesta es, en principio, afirmativa. Para comenzar, un ciberataque puede ser considerado, sin mayor problema, una «acción violenta». Como hemos justificado, la violencia debe entenderse como idoneidad para provocar daños. A este respecto, la doctrina moderna reconoce la posibilidad de expresiones violentas no corpóreas⁵¹. En la medida en que un ciberataque puede provocar resultados dañinos sobre activos digitales o físicos (por ejemplo, inutilizando o destruyendo un equipo informático), creemos que puede ser considerado como una acción violenta.

En cuanto al elemento subjetivo-teleológico, también entendemos que podría concurrir sin mayores problemas. Según apuntamos en la introducción, una gran parte de los ciberataques patrocinados tienen efectos puramente destructivos, y se emplean de forma instrumental para minar la estabilidad social y la confianza en los líderes políticos, siendo el NotPetya un ejemplo paradigmático: un *malware* dirigido contra equipos ucranianos que acaba provocando una auténtica crisis política e institucional⁵².

La conclusión anterior no se ve afectada por el hecho de que el ciberataque sea atribuible a un Estado. En la medida en que la definición del RSRE no contiene exigencia alguna con respecto al sujeto activo, pudiendo este ser, en teoría, un solo individuo, o un grupo organizado, no creemos que el hecho de que la acción terrorista sea llevada a cabo por un Estado impida categorizar un ciberataque como terrorista.

En suma, la consideración de un ciberataque como evento extraordinario a efectos de su cobertura por el CCS dependerá en la gran mayoría de casos de su consideración como

⁵¹ Véase la interpretación del concepto que hace la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 615/2019, de 11 de diciembre, FJ 3.º. A pesar de pertenecer al orden penal, dicha resolución es pertinente, ya que interpreta el concepto de violencia contenido en el Diccionario de la RAE. Por otro lado, Sánchez Calero (2010) menciona como sucesos que pueden ser violentos (en cuanto potencialmente dañinos) la asfixia por gases o agua, o el envenenamiento.

⁵² La entidad de la desestabilización a la que es capaz de dar lugar un ciberataque patrocinado se hace patente en las declaraciones del ministro de infraestructura ucraniano Volodymyr Omelya, que, en el contexto de los efectos del NotPetya, llegó a afirmar que «fue un bombardeo masivo sobre todos nuestros sistemas [...] el gobierno estaba muerto» (Greenberg, 2018).

acto terrorista, según se desarrolla en el RSRE. Decíamos que, en la práctica totalidad de situaciones, un ciberataque causante de un daño conllevará la comisión de un ilícito civil o penal, con lo que será constitutivo de acciones violentas (elemento objetivo de la definición). La cuestión sobre el carácter (extra)ordinario del ataque pasa entonces a pivotar sobre el elemento subjetivo, esto es, sobre la concurrencia de una «finalidad de desestabilizar el sistema político establecido, o causar temor e inseguridad en el medio social». Justificábamos antes que la finalidad con la que obra el cibercriminal no debe ser relevante a efectos de la trascendencia aseguradora del ataque, a menos que dicha finalidad tenga un reflejo mínimo en el tipo de acción violenta escogida.

La trascendencia que otorga la ley al elemento subjetivo de la acción terrorista colisiona con la realidad de la cibercriminalidad, en la que, según advertíamos en la introducción, las líneas que separan las acciones de los Estados y de los grupos independientes son tan etéreas como las que delimitan las finalidades económicas y políticas. Esta cuestión es paradigmática en los ataques de tipo *ransomware*, en los que se bloquean los equipos informáticos del sujeto afectado, exigiendo un rescate por la liberación de los mismos. Si bien su funcionamiento parecería evidenciar un ánimo económico y, por ende, no político, los antecedentes nos muestran múltiples casos de *ransomware* dirigidos contra infraestructuras críticas o directamente gubernamentales, que han provocado situaciones de gran inestabilidad política y social en los Estados afectados, y en los que resulta más que razonable sospechar que el ánimo de lucro es secundario, o directamente una tapadera⁵³.

Sería iluso, pues, tratar de establecer un único criterio que permitiese diferenciar los ataques motivados política y económicamente. Al contrario, lo que aquí proponemos es que dicha evaluación debe realizarse *in casu*, atendiendo a todas las circunstancias relacionadas con cada ataque en cuestión y el contexto en que se produce. Algunos de los elementos a considerar podrían ser, *inter alia*, la idoneidad del ataque para generar inestabilidad política o temor social, o para beneficiar económicamente al atacante; la situación geopolítica en que se produce; si el ataque se ha atribuido a algún grupo concreto (y, en caso afirmativo, los antecedentes del mismo); o el tipo de entidad(es) afectada(s).

Como paradigma de un ataque motivado políticamente podríamos pensar en el NotPetya, con efectos netamente destructivos sobre los equipos afectados y susceptible de perturbar la situación política y social de todo un Estado, produciéndose, además en un contexto diplomático hostil entre el Estado patrocinador (Rusia) y el Estado afectado (Ucrania). Al contrario, un ejemplo ideal de ciberataque con una motivación económica sería uno en el que se accede a los sistemas informáticos de una entidad de dimensión reducida para llevar a cabo una disposición patrimonial a favor de los atacantes, sin mayores repercusiones. Entre estos dos extremos existe un continuo de situaciones posibles que revisten con mayor o menor intensidad las características de un ciberataque terrorista. Aquellos casos

⁵³ De nuevo nos referimos al caso del grupo criminal Conti y a las injerencias del gobierno ruso en su proceso de selección de objetivos.

«grises» en los que no pueda deducirse de forma suficientemente clara la persecución de una finalidad terrorista deberían ser considerados, a nuestro parecer, como eventos ordinarios. La excepcional intervención del CCS se determina *ex ante damni*, atendiendo a la causa de los daños y con independencia de la frecuencia de los eventos y la cuantía de los perjuicios. Por ello, una interpretación laxa de los supuestos extraordinarios podría implicar que el consorcio desplazase a las aseguradoras privadas en supuestos que distan demasiado de aquellos que fundamentaron su creación.

Que el ataque se lleve a cabo por un Estado o no resulta irrelevante para la determinación de su naturaleza extraordinaria, en la medida en que la definición de terrorismo no depende de la identidad del sujeto terrorista. Dado el elemento objetivo de la acción violenta, será el elemento subjetivo-teleológico el que determine si el evento es extraordinario (recayendo, en caso de que concurren los demás requisitos –previo pago del recargo, transcurso del periodo de carencia, etc.– en el ámbito del CCS) u ordinario (correspondiendo su cobertura a la póliza privada). Sin embargo, podría discutirse si la identidad del atacante podría tener relevancia, en caso de que determine la consideración del ataque como derivado de un conflicto armado.

3. Ciberataques patrocinados como eventos excluidos

3.1. De la guerra al conflicto armado

En el apartado anterior hemos tratado de discernir las circunstancias que determinan que la cobertura de un ciberataque sea asumida por la aseguradora privada o por el CCS. No obstante, nuestro análisis no se detiene ahí. Los daños producidos por conflictos armados vienen excluidos de la cobertura tanto de las pólizas privadas (art. 44 LCS, salvo pacto en contrario) como del consorcio (art. 6.3.d TRECCS). Determinado el carácter (extra)ordinario de un ciberataque patrocinado, todavía debemos responder a la cuestión sobre si se puede considerar que el mismo ha sido producido por un conflicto armado, lo que eximirá de responsabilidad a la aseguradora privada o al consorcio, según sea el caso.

A lo largo de las páginas siguientes nos referiremos a las exclusiones de los daños derivados de conflictos armados contenidas en la LCS y en el TRECCS como *exceptio belli*. Antes apuntábamos que la exclusión bélica es tradicional en nuestro derecho, y también lo es la ausencia de una definición concisa de los fenómenos cubiertos por dicha exclusión⁵⁴. En este sentido, e incluso excediendo el campo del derecho de los seguros, no existen en nuestro ordenamiento interno pautas para diferenciar de forma clara qué se entiende por

⁵⁴ El Decreto de 13 de abril de 1956 sí incluía una suerte de definición sobre el fenómeno del conflicto armado, en su artículo 9 b): «entendiendo por tal la guerra civil o internacional, haya o no mediado declaración oficial». Como se podrá constatar, más allá de la mención a la posibilidad de que se dé un conflicto armado, aún sin mediar una declaración oficial, el valor interpretativo de la definición es escaso.

conflicto armado⁵⁵. Esta ausencia se explica en parte por la dificultad que comporta delimitar conceptualmente el fenómeno bélico. Así, la experiencia empírica demuestra que la calificación de un suceso violento como conflicto armado depende en múltiples ocasiones de factores culturales, así como de intereses estratégicos y geopolíticos por parte de los distintos integrantes de la comunidad internacional (Geneva Association, 2020, p. 12).

Lo primero que debemos señalar es que el concepto empleado por el TRECCS, así como por la LCS en su redacción actual, es el de «conflicto armado». Esto contrasta con la dicción de la LCS anterior a 1990, que excluía los daños «por hechos de guerra civil o internacional»⁵⁶. La opción del legislador español, lejos de ser casual, refleja una tendencia del derecho internacional público hacia la utilización del término de conflicto armado en detrimento del de guerra, típicamente asociado a la existencia de una declaración formal por parte de los combatientes y que, hasta la primera mitad del siglo XX, era considerada la forma paradigmática de violencia interestatal. El desuso del concepto de guerra coincide, para la mayoría de los autores, con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, y la prohibición del uso de la fuerza que, como regla general, establece el artículo 2(4) de dicho texto (O'Connell y Gardam, 2010, p. 7). La Carta de las Naciones Unidas no logró erradicar las hostilidades entre Estados, pero existe evidencia empírica de que, a raíz de su aprobación, las declaraciones formales de guerra se volvieron cada vez menos frecuentes (O'Connell y Gardam, 2010).

Esa evolución comportaba un desafío para la aplicación de una serie de normas que se supeditaban a la existencia de una declaración de guerra, tales como las de derecho internacional humanitario contenidas en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, o en los convenios de Ginebra de 1864, 1906 y 1929⁵⁷. La solución pasó por acuñar un término que describiese la existencia de fenómenos de naturaleza bélica, pero cuya existencia no dependiese de una previa declaración formal de guerra: el conflicto armado.

Resulta común referirse al primero de los cuatro convenios de Ginebra⁵⁸, de 1949, como el primer instrumento de derecho internacional público en hacer uso del concepto de conflicto armado. Estos convenios, junto con sus protocolos adicionales, constituyen las principales fuentes de derecho internacional humanitario, y persiguen dos objetivos principales:

⁵⁵ Otras normas de nuestro ordenamiento que dan relevancia jurídica a fenómenos bélicos sin llegar a definirlos son la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, o el Real Decreto-ley 14/2001, de 28 de septiembre, por el que se establece el régimen del reaseguro por cuenta del Estado de los riesgos de guerra y terrorismo que puedan afectar a la navegación aérea.

⁵⁶ Si bien la normativa reguladora del CCS (Ley de 16 de diciembre de 1954 y su reglamento de desarrollo) ya utilizaban el término de conflicto armado.

⁵⁷ Los instrumentos citados incluían una serie de normas de *ius in bello*, pero sin determinar bajo qué criterios devenían aplicables. No obstante, se entendía que su aplicabilidad dependía de la existencia de una declaración oficial de guerra (Henckaerts y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016, par. 192).

⁵⁸ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>

la prohibición del uso de determinados métodos o medios de hacer la guerra y la protección de los individuos que, a pesar de verse envueltos en un conflicto armado, no participan en las hostilidades (Kaczorowska, 2015, p. 762). Los convenios de Ginebra han sido ratificados por 196 Estados (esto es, son de aplicación prácticamente universal)⁵⁹.

El Primer Convenio de Ginebra distingue entre dos grandes clases de conflictos armados, según estos sean internacionales (art. 2 del convenio) o no (art. 3). Esta diferenciación es muy relevante, ya que las normas de derecho internacional humanitario aplicables varían según nos encontremos ante un tipo de conflicto u otro⁶⁰.

El artículo 3 del primer convenio establece una serie de disposiciones que resultan aplicables a los conflictos armados que enfrentan a un Estado con un grupo no estatal, o incluso a varios grupos no estatales entre sí. No cualquier expresión violenta dentro del territorio de un Estado basta para dar inicio a un conflicto armado intraestatal. En este sentido, una interpretación extensiva de este concepto llevaría a una aplicación sistemática del derecho internacional humanitario a hechos puramente internos. Así, las situaciones de meras «tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos»⁶¹ no constituyen conflictos armados a efectos de la aplicación artículo 3, con lo que quedan sujetos al derecho interno de cada Estado. Para diferenciar los conflictos armados no internacionales de estas otras formas menos graves de violencia, el criterio mayoritario señala que las hostilidades deben alcanzar una cierta intensidad, así como involucrar a actores dotados de un determinado grado de organización (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, pp. 3-4).

La intensidad se refiere al grado de violencia que deben alcanzar las disputas. Conforme a la jurisprudencia, esta se determina de acuerdo con factores como la dispersión temporal y geográfica de los enfrentamientos, el tipo de armamento empleado, o el número de civiles desplazados, entre otros⁶². El requisito de la organización, a su vez, alude a la estructura

⁵⁹ Lista completa en <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/state-parties>. Adicionalmente, un gran número de las provisiones contenidas en los Convenios de Ginebra han venido siendo consideradas como normas de derecho internacional consuetudinario, por lo que su obligatoriedad no depende de su ratificación por parte de un Estado (Kaczorowska, 2015, p. 762).

⁶⁰ Así, las provisiones establecidas para los conflictos internacionales son mucho más extensas y detalladas que para los conflictos no internacionales, hasta el punto de que el artículo 3 del primer convenio (que contiene las normas aplicables a estos últimos, sin perjuicio de las normas especiales contenidas en el Protocolo Adicional II) se ha llegado a denominar de forma coloquial como un «convenio en miniatura» (Henckaerts y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016, par. 356). Esta diferencia se debe a la reticencia de los Estados a que el derecho internacional humanitario regule con demasiado detalle situaciones puramente internas.

⁶¹ Artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. A pesar de que esta exclusión no está contenida dentro del texto del artículo 3 del Primer Convenio de Ginebra, la opinión mayoritaria es que también le resulta aplicable (Henckaerts y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016, par. 386).

⁶² *Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski* (Trial Judgment), IT-04-82-T, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), 10 de julio de 2008. <https://www.refworld.org/cases,ICTY,48ac30e22.html>, par. 177.

de las partes, y a su capacidad para llevar a cabo actividades militares de forma sostenida en el tiempo, atendiendo, entre otros elementos, a la existencia de una estructura jerárquica, o a la capacidad de coaccionar a los miembros del grupo en caso de desobediencia⁶³.

En contraposición con los conflictos internos, los conflictos armados internacionales son los que enfrentan a dos o más Estados. Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, la existencia de un conflicto armado internacional se ha venido determinando mediante unos criterios relativamente amplios. Así, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR, principal promotor de las convenciones de Ginebra, y al que las mismas asignan expresamente múltiples funciones en su condición de guardián del derecho internacional humanitario)⁶⁴, al igual que varios autores, entiende que cualquier forma de confrontación armada entre Estados constituye un conflicto armado, sin que exista un requisito mínimo de violencia o intensidad en las hostilidades⁶⁵. Este criterio parece ser consecuente con la definición generalmente aceptada de conflicto armado internacional, que fue la que utilizó el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso Tadic, determinando que «un conflicto armado existe siempre que hay un recurso a la violencia armada entre Estados»⁶⁶. La existencia del conflicto no depende de que concurra una declaración de guerra, ni siquiera de que sea reconocido por los combatientes, sino de las circunstancias fácticas realmente existentes⁶⁷. La violencia puede proyectarse sobre las instalaciones militares del Estado atacado, pero también sobre su infraestructura civil o población en general.

De acuerdo con el criterio del CICR, cualquier forma de violencia da lugar a la aplicabilidad del convenio, aunque se trate de meras escaramuzas o enfrentamientos puntuales entre las fuerzas armadas de dos Estados (David, 2008, p. 109). No es necesario que la violencia se

⁶³ *Ibidem*, par. 195-197.

⁶⁴ Una mención a estas funciones se puede encontrar en Mazzuoli (2017, pp. 374 y ss.).

⁶⁵ En un documento de opinión de 2008, el CICR sostenía que «un [conflicto armado internacional] ocurre cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento. Las normas pertinentes del [derecho internacional humanitario] pueden ser aplicables incluso si no hay hostilidades abiertas» (2008, p. 1).

⁶⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadic alias «Dule»* (Decisión sobre la petición de la defensa de apelación interlocutoria sobre la jurisdicción), IT-94-1, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), 2 de octubre de 1995. <https://www.refworld.org/cases,ICTY,47dfb520.html>, párr. 70. Sin embargo, dentro del mismo párrafo, el tribunal parece insinuar que sí existe un requisito de intensidad en las hostilidades para declarar la existencia de un conflicto armado internacional. Así, al referirse a los enfrentamientos que tuvieron lugar en la antigua Yugoslavia, se dice que «estas hostilidades excedieron los requisitos de intensidad aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los internos» (destacados y traducción nuestros).

⁶⁷ Esto no quiere decir que la existencia de una declaración sea totalmente irrelevante a efectos de la aplicación del Convenio de Ginebra, ya que una declaración formal de guerra basta para provocar la aplicabilidad del convenio, aunque no vaya seguida de violencia armada (Henckaerts y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016, par. 206). En otras palabras, el convenio es aplicable tanto si existe violencia armada entre Estados como si un Estado declara la guerra.

materialice a través de ningún medio o método de guerra específico. Esto es muy relevante para nuestro análisis ya que, de acuerdo con el CICR, un ciberataque imputable a un Estado podría bastar para entender iniciado un conflicto armado siempre que provoque daños en otro Estado análogos a los que se podrían ocasionar a través de medios o métodos de guerra tradicionales. Según el Comentario de 2016 al artículo 2 del Primer Convenio de Ginebra, elaborado por el CICR,

las ciberoperaciones con efectos similares a las operaciones cinéticas clásicas pueden constituir un conflicto armado internacional. De hecho, si estas operaciones provocan la destrucción de activos civiles o militares, o causan la muerte o lesiones a soldados o civiles, no habría razón para tratar la situación de forma diferente a los ataques equivalentes realizados con medios y métodos de guerra más tradicionales⁶⁸.

¿Quiere esto decir que, en todo caso, cualquier expresión de violencia armada dirigida de un Estado a otro basta para entender iniciado un conflicto armado? No tiene por qué. El criterio del CICR es enormemente ilustrativo, en la medida en que no deja de ser el organismo promotor del principal cuerpo de normas de *ius in bello*, y pionero en hacer un uso sistemático del concepto de conflicto armado. No obstante, existe evidencia empírica robusta que vendría a señalar que, en la práctica, no toda forma de violencia interestatal recibe el calificativo de conflicto armado internacional.

En 2010, la International Law Association hizo público uno de los trabajos de sistematización más exhaustivos en lo que al concepto de conflicto armado se refiere (O'Connell y Gardam (2010). Motivado por las dudas sobre el empleo del término «guerra al terror» (*war on terror*) por parte de Estados Unidos, el informe recopila múltiples tratados, decisiones judiciales y de otros organismos internacionales, además de opiniones doctrinales, para tratar de discernir la esencia común que subyace a los distintos conflictos armados, concluyendo que, en la práctica, la noción de conflicto armado no se emplea para designar toda forma de hostilidad intraestatal ni interestatal. Al contrario, los conflictos armados internacionales también están sometidos a unos requisitos de organización e intensidad mínima (pp. 32-33). Prácticamente todo Estado, por el hecho de tener tal condición, estará dotado de la organización necesaria para llevar a cabo violencia armada de forma sostenida (p. 29); precisamente por ello, es la intensidad de la violencia (concretada en factores como el número de soldados involucrados, el tipo de armas empleadas, los daños personales y materiales ocasionados, la extensión geográfica y temporal, etc.) (p. 30) la que diferencia a los conflictos armados de otras formas de violencia entre Estados de naturaleza menos severa.

Posiblemente, el argumento más contundente a favor de la tesis defendida por el informe es el gran número de intercambios de violencia armada entre Estados acontecidos tras

⁶⁸ Traducción propia (Henckaerts y Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016, par. 255). A esta misma conclusión llegaron los expertos que elaboraron el *Manual de Tallín sobre el derecho internacional aplicable a la ciberguerra* (véase la regla 20).

1945 y que no recibieron el tratamiento propio de un conflicto armado, por no alcanzar un umbral de violencia mínimo, recibiendo calificativos como el de «enfrentamientos fronterizos» o «incidentes navales» (O'Connell y Gardam, 2010, pp. 13-14, 18 y 26-27)⁶⁹.

¿A qué se debe esta diferencia entre el criterio del CICR y los hallazgos de la International Law Association? El objetivo de las normas de derecho internacional humanitario (y, consecuentemente, el del CICR) no es otro que el de maximizar la protección de los sujetos que se ven envueltos en situaciones de hostilidad, lo que justifica el uso de una acepción amplia de conflicto armado interestatal, que no requiere un nivel mínimo de violencia. Al fin y al cabo, establecer un umbral de violencia que condicione la aplicabilidad de las normas de derecho internacional humanitario implicaría diferenciar de manera injustificada entre las víctimas de unos conflictos y de otros (o, incluso, dentro de un mismo conflicto, entre las víctimas que se ven afectadas antes y después de que el nivel de violencia alcance el propio del conflicto armado)⁷⁰. La persecución de dicho objetivo justifica, pues, que el CICR emplee una noción de conflicto armado que comprenda toda forma de violencia armada interestatal.

En cualquier caso, para que una situación de hostilidad dé lugar a un conflicto armado internacional es necesario que involucre, al menos, a dos Estados, por lo que resulta necesario poder imputar las actuaciones violentas a los Estados participantes. Para tal atribución, las normas de derecho internacional no exigen que las actividades sean obra de sus fuerzas militares, bastando que se efectúen por parte de cualquier sujeto o entidad a la que se reconozca un estatus en el derecho interno del Estado atacante o que, de cualquier otra manera, venga facultado jurídicamente para ejercitar alguna forma de poder público⁷¹. Adicionalmente, también se puede imputar a un Estado la actuación de un grupo que no ejerce poder público *de iure*, siempre que este actúe bajo su control fáctico⁷². El grado de control que el Estado debe ostentar sobre su agente *de facto*, no obstante, no es una cuestión pacífica doctrinal ni jurisprudencialmente. Existe un debate entre aquellos que requieren que el control sea «efectivo» y los que estimarían que un mero «control global»

⁶⁹ El tratamiento como conflicto armado (o su ausencia) se deduce de resoluciones judiciales, resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de comentarios doctrinales, o de la respuesta de los propios Estados afectados, entre otras fuentes.

⁷⁰ Este argumento se puede resumir con el siguiente extracto del Comentario de 1952 al artículo 2 del Primer Convenio de Ginebra, elaborado por Jean Pictet: «Resulta irrelevante cuánto dure el conflicto, o cuántas matanzas tengan lugar. El respeto por la personalidad humana no se mide a través del número de víctimas» (traducción propia) (par. 1).

⁷¹ Véanse los artículos 4.2 y 5 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Las convenciones de Ginebra no incluyen reglas relativas a la imputabilidad de los Estados, es por ello que debemos acudir al Proyecto de Artículos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y considerada la principal compilación de derecho consuetudinario en lo relativo a atribución de responsabilidad a los Estados.

⁷² Artículo 8 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos.

basta para atribuir al Estado las acciones del agente. El control global se alcanzaría cuando el Estado ofrece financiación y equipamiento al grupo, además de asistir en la planificación general de sus actividades, mientras que el control efectivo, además de lo anterior, requiere que el Estado supervise o intervenga en todas y cada una de las operaciones del grupo para que estas le sean imputadas. Entre los que han abogado por el criterio del control global se encuentran el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia o la Corte Penal Internacional⁷³. La Corte Internacional de Justicia, por su parte, se ha posicionado como el principal defensor del criterio del control efectivo para determinar la responsabilidad de un Estado⁷⁴. Sin embargo, a efectos exclusivamente de discernir si una situación puede ser considerada un conflicto armado o no (sin que ello determine la responsabilidad estatal), la propia Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el test del control global puede ser adecuado⁷⁵.

Este punto es vital en la discusión sobre la atribución de ciberataques, dada la tendencia de los Estados a llevar a cabo estas actividades mediante *proxies*. Usando el criterio del control global, bastaría con que un Estado financie y equipe a un grupo, además de orientarle de forma general sobre el tipo de actividades que debe llevar a cabo, para que se le considere un agente estatal *de facto*. Sin embargo, el estándar del control efectivo es más estricto, ya que requiere que el Estado participe en la preparación de cada uno de los ataques llevados a cabo por el grupo para que estos se le pudiesen atribuir.

3.2. Sobre la consideración de los ciberataques patrocinados como constitutivos de conflictos armados

Una vez estudiado el origen y la aplicación del concepto de conflicto armado, podemos pasar a dar respuesta a la pregunta sobre si, y en qué condiciones, la *exceptio belli* puede resultar de aplicación a un ciberataque patrocinado por un Estado. En este sentido, queremos adelantar que, desde nuestra perspectiva, consideramos altamente improbable que un ciberataque patrocinado por un Estado –según las características que estos revisten en la actualidad– quede excluido por considerarse como derivado de un conflicto armado.

⁷³ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (Appeal Judgement), IT-94-1-A, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), 15 de julio de 1999. <https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html>, par. 131; *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on Confirmation of Charges), ICC-01/04-01/06, Corte Penal Internacional (CPI), 29 de enero de 2007, par. 211.

⁷⁴ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America); Merits, Corte Internacional de Justicia (CIJ), 27 de junio de 1986. <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4023a44d2.html>, par. 115; *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), Corte Internacional de Justicia (CIJ), 11 de julio de 1996. <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4040ba0c4.html>, par. 392–393

⁷⁵ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), par. 404.

A la luz del apartado anterior, consideramos que las exclusiones derivadas de la existencia de conflictos armados contenidas en la LCS y en el TRECCS solo deben aplicarse en casos de conflictos armados, internacionales o no, que reúnan los requisitos de intensidad de las hostilidades y organización de las partes (para lo cual será necesario imputar el conflicto a un sujeto agente).

Evidentemente, tal postura implica apartarnos del criterio del CICR. Reconocer la importancia que en el campo del derecho internacional humanitario tiene el comité no implica asumir sus posturas de manera acrítica. Las conclusiones del comité persiguen un objetivo: el de maximizar la protección que ofrecen las normas de *ius in bello*; finalidad ajena a las normas que disciplinan el derecho de seguros, en las que de la calificación de una situación como conflicto armado no se desprenden consecuencias a nivel humanitario. Acoger sin matices el criterio del CICR implicaría afirmar que cualquier ciberataque llevado a cabo por un Estado extranjero que provoca daños en España supone el inicio de un conflicto armado.

El artículo 3.1 de nuestro Código Civil nos obliga, a la hora de interpretar una norma jurídica, a acudir en primer lugar a su sentido literal, es decir, a examinar los fenómenos a los que comúnmente se alude empleando el concepto controvertido. El enfoque del informe de la International Law Association opera de forma positiva en lugar de normativa; dicho de otra manera, se centra en averiguar lo que un conflicto armado es (a través de las situaciones que comúnmente se califican como tal) en lugar de lo que debería ser. Si, de acuerdo con sus conclusiones, los distintos conflictos armados presentan ciertos elementos de intensidad y organización, creemos que es precisamente la concurrencia de dichos elementos la que debe ser considerada para valorar si estamos o no ante un conflicto armado.

Esta conclusión se apoya en otros argumentos. En lo que atañe a la cobertura del CCS, el texto del TRECCS, a la hora de enumerar los acontecimientos extraordinarios que sí dan lugar a indemnización se refiere, en su artículo 6.1 c), a los «hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz». Este último matiz («en tiempo de paz») parece una referencia a la exclusión por conflictos armados, en el sentido de que los daños producidos por las Fuerzas Armadas, o por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dejan de ser indemnizables en caso de concurrir *exceptio belli*. De lo anterior se deduce una nueva característica (negativa) de la noción de conflicto armado manejada por el legislador: una situación de tiempo de no-paz. El conflicto armado revela así una cierta dimensión temporal, una suerte de aptitud para interrumpir un tiempo de paz e iniciar un tiempo de conflicto. Un ataque esporádico no parece ajustarse a esta noción de conflicto armado.

Parece, pues, que los que defiendan una interpretación que considere todo supuesto de violencia interestatal como conflicto armado deberán abogar por una interpretación extensiva de dicho concepto jurídico indeterminado. Dicho de otra manera, se estaría proponiendo incluir en una norma de naturaleza restrictiva para los derechos del asegurado supuestos que no parecen cubiertos por la literalidad del precepto. Esto atenta contra principios ver-

tebradores de nuestro ordenamiento como son el de la reparación íntegra del daño, y más concretamente el de *in dubio pro damnato*⁷⁶.

3.2.1. Requisito intensivo

No existe consenso acerca del nivel concreto de intensidad que distingue al conflicto armado de otras formas de enfrentamientos violentos. En el derecho internacional público, los distintos tribunales y autores coinciden en que la apreciación debe efectuarse *in casu*, atendiendo a todas las circunstancias relevantes que envuelven a las hostilidades. No obstante, no creemos que un ciberataque (o una campaña de ciberataques) patrocinado por un Estado pueda, por sí mismo, alcanzar dicho umbral, al menos basándonos en aquellos ataques de los que tenemos constancia en el momento presente.

No cabe duda de que en los últimos años han existido ciberataques con consecuencias muy severas. Más allá del NotPetya, en 2010, el *malware* Stuxnet provocó daños físicos en centrifugadoras nucleares de Irán, que se estima que retrasaron hasta dos años su programa nuclear (Sanger, 2012). En 2017, un *ransomware* paralizó durante una semana las actividades de Colonial Pipeline, que gestiona la mayor red de oleoductos de petróleo refinado en Estados Unidos, provocando escasez y subidas de precio generalizadas (Bing y Kelly, 2021). Los efectos de estos ataques (y de muchos otros) no son para nada desdeñables, pero no parecen aproximarse a la entidad de las consecuencias de un conflicto armado.

Para tener una idea aproximada del grado de violencia propio de un conflicto armado, el informe de la International Law Commission se refiere (O'Connell y Gardam, 2010, p. 23) a los enfrentamientos entre integrantes del Movimiento Todos por la Patria y las fuerzas del ejército argentino, que tuvieron lugar en el cuartel de La Tablada en 1989, como el conflicto armado de menor intensidad en ser calificado como tal por un organismo internacional o tribunal⁷⁷. A pesar de que las hostilidades no se prolongaron más de 30 horas, requirieron la intervención directa de personal militar, y provocaron la muerte de más de 29 personas, además de múltiples heridos y daños materiales significativos⁷⁸.

Lo anterior no debe ser tomado como un límite absoluto, en el sentido de que las hostilidades que involucren un grado de violencia menor que los acontecimientos de La Tablada

⁷⁶ En tanto el concepto de conflicto armado tiene su origen en disposiciones legales (arts. 44 de la LCS y 6.3.d del TRECCS), y no contractuales, debe atenderse al principio de *in dubio pro damnato* y no el de *in dubio pro asegurado*, que dimana de los artículos 3 de la LCS y 1.288 del Código Civil y exige una interpretación favorable de las disposiciones contractuales (véase la STS 347/2009, de 18 de mayo, FJ 7.º). Otra cosa será la interpretación de las cláusulas limitativas de las pólizas privadas que excluyan eventos bélicos y similares más allá del tenor del artículo 44 de la LCS, como discutiremos más adelante.

⁷⁷ En este caso, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Juan Carlos Abella v. Argentina*, caso 11.137, informe 55/97. https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm#_ftn2

⁷⁸ *Juan Carlos Abella v. Argentina*, par 1, 152-156.

no puedan ser calificadas como conflictos armados, pero permite ilustrar la diferencia entre la intensidad que típicamente caracteriza a las campañas de ciberataques patrocinados por Estados y la violencia propia de los conflictos armados⁷⁹.

Distinto sería el caso de que, en el curso de un enfrentamiento que efectivamente presente el nivel de violencia de un conflicto armado, se haga uso de herramientas cibernéticas para atacar a la otra parte, tal y como ocurrió en el conflicto entre Georgia y Rusia en 2008 (Schmitt, 2013, pp. 68-69), o en la más reciente invasión rusa sobre Ucrania⁸⁰. Este supuesto, sin embargo, se aleja del objeto del presente trabajo, relativo al impacto sobre el contrato de seguro de las campañas de ciberataques patrocinadas por Estados, valoradas por sí mismas, y no como complemento de otras hostilidades que determinen la existencia de un conflicto armado.

3.2.2. Requisito organizativo

Juntamente con la intensidad, el otro requisito predicable de los conflictos armados alude a la existencia de un grado de organización suficiente como para llevar a cabo acciones violentas de forma continuada por parte de los contendientes. En línea con lo que indicábamos antes, en el caso de las actividades llevadas a cabo por Estados el requisito de la organización se verá satisfecho en la práctica totalidad de los casos. La dificultad principal, pues, residirá en la imputación de un concreto ciberataque a un Estado, especialmente cuando el ataque no sea obra de agentes *de iure* del Estado. Según se ha expuesto, los tribunales emplean alternativamente dos criterios para imputar a un Estado la responsabilidad de una acción ilícita efectuada por sus agentes *de facto*: el del control global y el del control efectivo. Aunque el control efectivo exige un esfuerzo probatorio mayor, en lo que atañe a la determinación de la aplicabilidad de la *exceptio belli* consideramos que el criterio del control global es más apropiado. Según decíamos, la discrepancia entre tribunales se circunscribe al grado de control exigible para imputar responsabilidad a un Estado. Sin embargo, a efectos exclusivamente de determinar la existencia de un conflicto armado (que es precisamente lo aquí nos ocupa), la Corte Internacional de Justicia –principal defensor del requisito del control efectivo– ha reconocido la adecuación del criterio del control global⁸¹.

Por ende, la aplicabilidad de la *exceptio belli* a un ciberataque patrocinado se condiciona a que este se haya llevado a cabo por agentes estatales *de iure* (normalmente personal militar o de inteligencia) o *de facto*. La prueba sobre la asociación entre el Estado y sus agentes

⁷⁹ Aunque el número de víctimas mortales no es *per se* un elemento determinante de la existencia de un conflicto armado, y esta valoración se debe realizar atendiendo a todas las circunstancias que envuelven a los enfrentamientos, debemos recordar que, en la fecha en la que escribimos estas páginas, solo se conoce un único deceso directamente atribuible a un ciberataque, que interrumpió el funcionamiento de un hospital en Alemania (O'Neill y Milutinovic, 2009).

⁸⁰ Véase el informe elaborado al respecto por Microsoft en 2022. <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RE4Vwwd>

⁸¹ Véase *supra* nota 75.

de facto exigirá la demostración de una asistencia (normalmente financiera, de equipamiento, e incluso de recursos de inteligencia) estatal, además de un control general sobre las actividades del grupo⁸².

La dificultad de superar este *onus probatorio* constituye el principal obstáculo para la aplicabilidad de la *exceptio belli*. La experiencia práctica⁸³ demuestra que la identificación de los autores de un ciberataque supone una tarea costosa y compleja, normalmente solo al alcance de las agencias de inteligencia de los Estados afectados que, en el mejor de los casos, suelen hacer valoraciones probabilísticas, estimando un relativo grado de certeza sobre la influencia de un determinado Estado sobre el ciberataque (Banks, 2021, p. 1.052)⁸⁴.

En la gran mayoría de los casos, quien pretenda la aplicación de la *exceptio belli* no contará más que con indicios de la asociación entre un Estado y un grupo criminal. La prueba de circunstancias que revelen la existencia de un control global por parte del Estado (tales como el origen de la financiación del grupo o la existencia de comunicaciones que evidencien la intervención del Estado en la planificación de las actividades) se torna, pues, en prácticamente imposible. No obstante, aligerar el *onus probandi* exigiría, como ya se ha discutido, interpretar extensivamente un concepto con efectos restrictivos sobre los derechos del asegurado. En definitiva, el uso de un estándar de atribución más laxo que el del control global implicaría dar la consideración de conflictos armados a situaciones que no serían calificadas como tales de acuerdo con las normas de derecho internacional, sin que existan fundamentos que justifiquen esta divergencia.

3.2.3. Requisito causal

Para la aplicación de la *exceptio belli* no basta con probar la existencia de un conflicto armado. Adicionalmente, los daños cuya exclusión se pretende deben haberse producido por hechos derivados (art. 44 LCS) o producidos (art. 6 TRECCS) por el conflicto armado en cuestión, es decir, debe mediar un nexo causal entre el conflicto y el hecho generador del daño. La relevancia de este requisito se pone de manifiesto por el carácter potencialmente ubicuo de los ciberataques y, más concretamente, por la posibilidad de que los efectos de un conflicto armado se extiendan a terceros Estados que no participan en las hostilidades. Estamos refiriéndonos concretamente al caso del conflicto armado existente a raíz de la invasión rusa sobre Ucrania⁸⁵ ya que, coincidiendo con el comienzo de las hostilidades, los

⁸² *Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgement)*, IT-94-1-A, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), 15 de julio de 1999. <https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html>, para. 130.

⁸³ Véase Banks (2021, p. 1048).

⁸⁴ Además, en muchas ocasiones, las fuentes de prueba que permiten a un Estado atribuir un ciberataque son secretas, con lo que no pueden ser reveladas al público general.

⁸⁵ La caracterización de las hostilidades como conflicto armado ha sido reconocida por la gran mayoría de la comunidad internacional. Véase la <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N23/048/62/PDF/N2304862.pdf?OpenElement> de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

ciberataques contra Estados miembros de la OTAN provenientes de grupos asociados a Rusia habrían aumentado de forma drástica⁸⁶. ¿Debe considerarse, pues, que dichos daños han sido provocados por el conflicto armado?

Hay motivos para pensar que, más allá de una correlación, existe una causalidad entre estos ciberataques y el conflicto armado. Sin embargo, no creemos que este nexo posea la intensidad suficiente. El fundamento de la *exceptio belli* reside en que los actos violentos efectuados por grupos dotados la organización suficiente como para llevar a cabo hostilidades de manera relativamente sostenida provocan daños muy extensos en periodos de tiempo concentrados, lo que supone una amenaza de dimensión sistémica para las aseguradoras. Entendiendo el conflicto armado como el conjunto de las hostilidades entre los distintos grupos beligerantes, creemos que la *exceptio belli* no debe amparar más que aquellos siniestros que son resultado directo e inmediato de dichas hostilidades. Esta tesis se ve reforzada por el uso de una interpretación restrictiva de la *exceptio belli* que venimos defendiendo en el presente trabajo. Llevado al caso citado en el párrafo anterior, el hecho de que Rusia participe en un conflicto armado, y que ello le incentive a llevar a cabo ciberataques contra terceros países, no basta para considerar que estos ciberataques hayan sido causados por el conflicto armado, a efectos de la LCS y del estatuto del CCS⁸⁷.

Esta conclusión viene respaldada por una de las pocas resoluciones en las que nuestro Alto Tribunal se pronunció sobre las consecuencias de un enfrentamiento bélico sobre el contrato de seguro. En la Sentencia de 10 de enero de 1944, el Tribunal Supremo se pronunció sobre si los actos de robo y saqueo acontecidos en el contexto de la Guerra Civil podían considerarse como siniestros de guerra, entendiéndose que no, toda vez que «solo pueden ser considerados siniestros de guerra los que procedan o sean consecuencia directa de operaciones típicamente militares de ataque o defensa»⁸⁸. *Mutatis mutandis*, creemos que la *ratio* de la resolución citada sigue siendo plenamente aplicable; esto es, que los siniestros relacionados con conflictos armados, pero que no son producidos directamente por agresiones entre los partícipes del conflicto no deben quedar amparados por la *exceptio belli*.

En suma, resulta imposible negar de forma categórica la posibilidad de que un ciberataque patrocinado por un Estado pueda ser considerado un evento derivado de un conflicto armado a efectos de su trascendencia sobre un contrato de seguro. Cada ataque es distinto, y podría darse el caso de que, en un futuro, uno o varios ciberataques provocasen los efectos catastróficos propios de un conflicto armado. Sin embargo, en la enorme mayoría de situaciones este no será el caso. Los principales motivos se encuentran en la intensidad de los daños provoca-

⁸⁶ Véase, en este sentido, las conclusiones del informe elaborado por Google en 2023. https://services.google.com/fh/files/blogs/google_fog_of_war_research_report.pdf

⁸⁷ A menos, claro está, que estos ciberataques, por sí mismos o juntamente con otras agresiones, alcancen la entidad necesaria para entender que existe un nuevo conflicto armado.

⁸⁸ Cita extraída de Hernando de Larramendi y Caballero García (1972, p. 12).

dos por los ciberataques, que suelen encontrarse (de forma deliberada) por debajo del umbral característico de los conflictos armados, y en la dificultad para atribuir un ciberataque a un Estado concreto. Para los ciberataques que *lato sensu* pueden considerarse como motivados en último término por la existencia un conflicto armado, pero que se dirigen a Estados o grupos que no participan en dicho conflicto (tales como los ciberataques rusos dirigidos contra países distintos de Ucrania), la debilidad del nexo causal entre conflicto y daño constituye, a nuestro parecer, el principal obstáculo para la incluir los siniestros en el ámbito de la *exceptio belli*.

3.3. Breve apunte sobre la terminología empleada en las pólizas

A lo largo de estas páginas hemos estudiado la que nos hemos permitido denominar como *exceptio belli*, tal y como se establece en la LCS y en el TRECCS. Como se ha expuesto, esta exclusión se circunscribe a los daños resultantes de conflictos armados. Sin embargo, dentro del respeto a los límites legales, las aseguradoras privadas son libres de establecer exclusiones distintas, incluidas las relativas a actividades hostiles provenientes de terceros Estados con los que no existe una situación de conflicto armado. A nivel internacional, en noviembre de 2021 el Lloyd's of London hizo públicas cuatro posibles cláusulas⁸⁹ a incluir en las pólizas de ciberseguros suscritas por sus sindicatos, en las que se excluían los daños causados por «ciberoperaciones»⁹⁰. La Asociación de Ginebra, *think tank* que reúne a las principales (re) aseguradoras del mundo, hizo públicos en 2020 tres informes en los que se proponía el uso del término de «ciberactividad hostil» (Geneva Association, 2020, pp. 14 y ss.) precisamente para tratar de solventar las fricciones que se producen al tratar de subsumir los ciberataques patrocinados por Estados dentro de las categorías clásicas de violencia interestatal. En nuestro país, resulta común que en las pólizas de ciberseguros se excluyan los daños causados por «actos de enemigos extranjeros», «hostilidades» u «operaciones de guerra».

Cada una de estas categorías tendrá sus propios límites y problemáticas, que trascienden el objeto de este trabajo. Bástenos con añadir dos breves notas interpretativas: la primera, que para los contratos de seguro celebrados entre partes que no se sitúen en un plano de igualdad⁹¹, las exclusiones de hostilidades distintas de los conflictos armados tendrán carácter limitativo sobre los derechos del asegurado, con lo que deberán destacarse de modo especial, de acuerdo con el mandato del artículo 3 de la LCS, no pudiendo beneficiar las ambigüedades en las exclusiones a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. La segunda

⁸⁹ Disponibles en https://www.lmalloyds.com/LMA/News/LMA_bulletins/LMA_Bulletins/LMA21-042-PD.aspx

⁹⁰ Definidas como «el uso de un sistema informático por o por cuenta de un Estado para interrumpir, denegar, degradar, manipular o destruir información en un sistema informático de otro Estado, o localizado en otro Estado» (traducción propia).

⁹¹ Con esto nos estamos refiriendo a la exclusión del carácter imperativo de la LCS que efectúa el artículo 44.2 para los seguros de grandes riesgos, tal y como se definen en el artículo 11 de la Ley 20/2015, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

es que, en contraste con lo anterior, la defensa de una interpretación estricta de las cláusulas que limiten la resarcibilidad de los siniestros encuentra como límite necesario el respeto a la literalidad de lo pactado de forma lícita, ya que *in claritas non fit interpretatio*.

4. Conclusión

Mediante este trabajo hemos pretendido examinar el posible impacto de los ciberataques patrocinados por Estados sobre el contrato de seguro. Dado un ciberataque patrocinado del que se deriven efectos dañosos sobre intereses asegurados mediante póliza privada, y siempre que concurren los demás requisitos a los que la ley condiciona la cobertura del CCS (aseguramiento mediante una póliza de un ramo para el que se exija el pago del recargo pertinente, transcurso del periodo de carencia, etc.), serán los indicios sobre la finalidad perseguida mediante el ataque (y, particularmente, si dicha finalidad es o no terrorista) los que determinen si por los daños debe responder la aseguradora privada o el Consorcio de Compensación de Seguros, en los términos descritos en su normativa reguladora. En cualquiera de los dos casos, la concurrencia de un elemento bélico puede eximir de responsabilidad a la aseguradora privada o al CCS.

No obstante, no creemos que las exclusiones de los daños producidos por conflictos armados contempladas en la LCS y en el TRECCS sean aplicables a la inmensa mayoría de ciberataques patrocinados. De una parte, porque no resulta sencillo que estos ataques alcancen por sí mismos el nivel de intensidad en la violencia que caracteriza a los fenómenos que típicamente se designan como conflictos armados. De otra, porque la dificultad de probar la autoría del Estado patrocinador complica aún más la aplicación de la excepción a la que nos venimos refiriendo.

De acuerdo con nuestro estudio, resulta imposible ofrecer una respuesta categórica sobre la cobertura de los ciberataques patrocinados por Estados. Dicha simplificación obviaría las diferencias entre una estafa a un particular perpetrada por un grupo que opera impunemente en fronteras chinas y los ataques llevados a cabo por Rusia contra infraestructuras ucranianas como parte de su campaña militar. Así, será la evaluación conjunta de los elementos que caracterizan cada ciberataque patrocinado la que determinará su calificación jurídica.

Sin embargo, dicha calificación puede encontrar dificultades infranqueables en no pocos casos. Esto se debe a que elementos relevantes a la hora de subsumir un ataque dentro de una categoría jurídica u otra (tales como la motivación perseguida o el nexo que vincula al grupo agente con el Estado patrocinador) pueden llegar a ser imposibles de probar, por motivos geográficos o tecnológicos. Quizás este trabajo permita iniciar un debate sobre la necesidad de replantear el sistema español de cobertura de los eventos extraordinarios, incorporando nuevas categorías que se adecuen a un nuevo paradigma que supere la separación tajante de guerra y paz, y en el que las hostilidades cibernéticas no sean sino otro elemento integrante de la diplomacia internacional.

Referencias bibliográficas

- Banerjea, A. (2018). NotPetya: How a Russian malware created the world's worst cyber-attack ever. *Business Standard*. https://www.business-standard.com/article/technology/notpetya-how-a-russian-malware-created-the-world-s-worst-cyberattack-ever-118082700261_1.html
- Banks, W. (2021). Cyber Attribution and State Responsibility. *International Law Studies*, 97. <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2980&context=ils>
- Barrero Rodríguez, E. (2000). *El Consorcio de Compensación de Seguros*. Tirant lo Blanch.
- Bing, C. y Kelly, S. (2021). Cyber attack shuts down U.S. fuel pipeline 'jugular,' Biden briefed. *Reuters*. <https://www.reuters.com/technology/colonial-pipeline-halts-all-pipeline-operations-after-cybersecurity-attack-2021-05-08/>
- Bonhome González, C. (2010). El Consorcio de Compensación de Seguros. En P. Blanco-Morales (Ed.), *Estudio sobre el sector asegurador en España* (pp. 213-235). Fundación de Estudios Financieros.
- Caamaño Malagón, J. (2022). ¿Cómo funcionan los seguros en caso de guerra? Un recorrido por la Historia. *Mapfre*. <https://www.mapfre.com/actualidad/segueros/como-funcionan-segueros-en-caso-de-guerra/>
- Centro Criptológico Nacional. (2021). Principios y recomendaciones básicas en Ciberseguridad. CCN-CERT. <https://www.ccn-cert.cni.es/informes/informes-de-buenas-practicas-bp/2473-ccn-cert-bp-01-principios-y-recomendaciones-basicas-en-ciberseguridad/file.html>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2008). ¿Cuál es la definición de «conflicto armado» según el derecho internacional humanitario? Comité Internacional de la Cruz Roja. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>
- Consorcio de Compensación de Seguros. (2018). La cobertura de los riesgos extraordinarios en España. https://www.consorseguros.es/web/documents/10184/35211/CoBERTURA_Riesgos_Extraordinarios/7c2721bf-890b-435c-8ffa-8c2a58fc664d
- Cooper, J. (2022). Demystifying Common Clauses. *Marsh*. <https://www.marsh.com/na/industries/energy-and-power/insights/energy-power-newsletter-q4-2021/demystifying-common-clauses-q4-2021.html>
- Council on Foreign Relations. (s. f.). Cyber Operations Tracker. <https://www.cfr.org/cyber-operations/#Map>
- David, E. (2008). *Principes de droit des conflits armés*. Bruylant.
- ENISA. (2022). ENISA Threat Landscape 2022. <https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-threat-landscape-2022>
- García Barona, A. (1997). El Consorcio de Compensación de Seguros y los Riesgos Catastróficos. *V Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros* (tomo 2, pp. 401-411).
- Geneva Association. (2020). Cyber War and Terrorism: Towards a common language to promote insurability. The Geneva Association. https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/cyber_war_terrorism_commonlanguage_final.pdf
- Giménez, Ó. (2020). La banca impulsa la venta de ciberseguros a las pymes con la crisis del coronavirus. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/empresas/2020-05-11/banca-ciberseguros-pymes-teletrabajo-hackers-coronavirus_2586599/

- González de Frutos, P. (1993). El Reglamento de Riesgos Extraordinarios. <https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/media/group/1030644.do>
- Greenberg, A. (2018). The Untold Story of NotPetya, the Most Devastating Cyberattack in History. WIRED. <https://www.wired.com/story/notpetya-cyberattack-ukraine-russia-code-crashed-the-world/>
- Henckaerts, J. M. y Comité Internacional de la Cruz Roja. (2016). Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (L. Lijnzaad, M. Sassòli, J.-M. Henckaerts, P. Spoerri, & K. Dörmann, Eds.). Cambridge University Press.
- Hernando de Larramendi, I. y Caballero García, A. I. (1972). El Seguro y los actos de violencia cometidos contra una comunidad y que causan lesiones a personas y daños materiales: ponencia de la Sección Española de la A.I.D.A. *IV Congreso Mundial de Derecho de Seguros*.
- Horrillo Muñoz, M. Á., Soriano Caverro, B. y Espejo Gil, F. (2020). Análisis de la siniestralidad de los riesgos extraordinarios del Consorcio de Compensación de Seguros 1995-2019. *Consorseguros*, 13, 4-18.
- Insikt Group. (2019). The History of Ashiyane: Iran's First Security Forum. Recorded Future. <https://www.recordedfuture.com/ashiyane-forum-history>
- Jimeno Muñoz, J. (2019). Los ciber seguros y los efectos de los ciber riesgos en los seguros de responsabilidad civil. En *Derecho de daños tecnológicos, ciberseguridad e insurtech* (pp. 125-267). Dykinson.
- Kaczorowska, A. (2015). *Public International Law*. Routledge.
- Kovacs, E. (2018). U.S., Canada, Australia Attribute NotPetya Attack to Russia. *SecurityWeek*. <https://www.securityweek.com/us-canada-australia-attribute-notpetya-attack-russia/>
- Lilly, B. y Cheravitch, J. (2020). The Past, Present, and Future of Russia's Cyber Strategy and Forces. *International Conference on Cyber Conflict (CyCon)*, 12, 129-155.
- Martin, A. (2022). Mondelez and Zurich reach settlement in NotPetya cyberattack insurance suit. *The Record by Recorded Future*. <https://therecord.media/mondelez-and-zurich-reach-settlement-in-notpetya-cyberattack-insurance-suit>
- Mazzuoli, V. d. O. (2017). *Derecho internacional público contemporáneo* (H. T. Baires Flores, trad.). Editorial Cuscatleca.
- Microsoft. (2022). Microsoft Digital Defense Report 2022. Microsoft. <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RE5bUv?culture=en-us&country=us>
- Mosquera Blanco, A. J. (2022). La definición de terrorismo tras la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo. *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, 138, 199-243.
- National Institute of Standards and Technology. (2019). Cyber Attack - Glossary | CSRC. NIST Computer Security Resource Center. https://csrc.nist.gov/glossary/term/cyber_attack
- O'Connell, M. E. y Gardam, J. (2010). Final Report on the Definition of Armed Conflict in International Law. https://www.rulac.org/assets/downloads/ILA_report_armed_conflict_2010.pdf
- O'Neill, P. H. y Milutinovic, A. (2009). Tecnología y Sociedad. Una persona fallece a causa de un ciberataque por primera vez en la historia. *MIT Technology Review*. <https://www.technologyreview.es/12647/una-persona-fallece-causa-de-un-ciberataque-por-primera-vez-en-la-historia>
- OECD. (2021). Enhancing financial protection against catastrophe risks: the role of catas-

- trophe. OECD. <https://www.oecd.org/daf/fin/insurance/Enhancing-financial-protection-against-catastrophe-risks.pdf>
- Pastrana Sánchez, M. A. (2020). *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Peralta, L. A. (2022). Así es Conti, la banda de hackers que extorsiona países enteros. *Retina*. <https://retinatendencias.com/tech-society/asi-es-conti-la-banda-de-hackers-que-extorsiona-paises-enteros/>
- Perloth, N. (2019). Big Companies Thought Insurance Covered a Cyberattack. They May Be Wrong. (Published 2019). *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/04/15/technology/cyberinsurance-notpetya-attack.html>
- Pictet, J. (1952). Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, vol. 1. *Geneva Convention for the Amelioration of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*.
- Sánchez Calero, F. (Dir.). (2010). *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Aranzadi.
- Sanger, D. E. (2012). Obama Ordered Wave of Cyberattacks Against Iran. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-ordered-wave-of-cyberattacks-against-iran.html>
- Scherschel, F. A. (2016). Petya, Mischa, Goldeneye: Die Erpresser sind Nerds. *Heise*. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Petya-Mischa-Goldeneye-Die-Erpresser-sind-Nerds-3571937.html>
- Schmitt, M. N. (Ed.). (2013). *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge University Press.
- Schwindt, K., Ma, L., Marcinek, K. y Hodgson, Q. E. (2019). Fighting Shadows in the Dark: Understanding and Countering Coercion in Cyberspace. RAND Corporation.
- Tirado Suárez, F. J. (1995). El seguro privado y los actos terroristas en Derecho Español. En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pons* (tomo III, pp. 3.767-3.803). Tirant lo Blanch.
- Wolff, J. (2022). Who Will Pay the Price for Cyberattacks? *The Wall Street Journal*. <https://www.wsj.com/articles/who-will-pay-the-price-for-cyberattacks-11662645501>

Ignacio Sánchez Gil. Graduado en Derecho y ADE por el Instituto de Empresa, y doctorando en el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, donde trabaja en su tesis relativa a los vicios de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ignacio ha publicado trabajos sobre distintos temas tales como la responsabilidad de las plataformas *online* o la aplicabilidad de la normativa financiera a los criptoactivos en revistas como la *Revista de las Cortes Generales*, la *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados* o *Telos*. En cuanto a su trayectoria profesional, ha trabajado en el despacho de abogados Andersen, especializándose en protección de datos y ciberseguridad. <https://orcid.org/0000-0003-0130-1350>

Balance del recurso de casación autonómica en el ámbito contencioso-administrativo: la necesidad de una reforma urgente e inaplazable

Lucía Casado Casado

*Profesora titular (acreditada como catedrática) de Derecho Administrativo.
Universidad Rovira i Virgili (España)*

lucia.casado@urv.cat | <https://orcid.org/0000-0001-5603-3264>



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio «Estudios Financieros» 2023** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Raúl Leopoldo Canosa Usera, doña Ana Cremades Leguina, doña Silvia Díaz Sastre, don Rafael Fernández Valverde y don Luis Pérez de Ayala Beceril.

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

Extracto

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, modificó la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), instaurando un nuevo modelo casacional que gravita sobre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Este nuevo modelo se materializa en un único recurso de casación con dos modalidades, una estatal –ante el Tribunal Supremo– y otra autonómica –ante los tribunales superiores de justicia–. Esta segunda modalidad, en la que se centra este estudio, fundada en la infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma, ha originado divergencias importantes en los tribunales superiores de justicia, que, ante la parca regulación existente y la necesidad de realizar una integración normativa de las lagunas existentes, han desarrollado soluciones interpretativas dispares. Cumplidos siete años desde la entrada en vigor del recurso de casación autonómica, este trabajo realiza un balance de su aplicación, teniendo en cuenta la situación existente en los diferentes tribunales superiores de justicia y los datos obtenidos de la estadística judicial. La finalidad no es otra que detectar los puntos débiles de este recurso y ofrecer una reflexión jurídica –con inclusión de propuestas de mejora–, que sirva como guía para enfocar una futura reforma de la LJCA que aborde la regulación de la casación autonómica, una asignatura todavía pendiente y que debe afrontarse de forma inmediata.

Palabras clave: jurisdicción contencioso-administrativa; recurso de casación autonómica; interés casacional objetivo; tribunal superior de justicia; tutela judicial efectiva.

Recibido: 03-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-10-2023

Cómo citar: Casado Casado, L. (2023). Balance del recurso de casación autonómica en el ámbito contencioso-administrativo: la necesidad de una reforma urgente e inaplazable. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 273, 43-84. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19141>



Assessment of the ultimate appeals before the regional high courts: the necessity of an urgent and pressing reform

Lucía Casado Casado

This paper has won the 1st **Financial Studies 2023** Award in the category of **Constitutional and Administrative Law**.

The jury members were: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Raúl Leopoldo Canosa Usera, Mrs. Ana Cremades Leguina, Mrs. Silvia Díaz Sastre, Mr. Rafael Fernández Valverde and Mr. Luis Pérez de Ayala Becerril.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity of the authors.

Abstract

The Constitutional Law 7/2015, of 21 July, amended Law 29/1998, of 13 July, governing the administrative justice (LGAJ), by establishing a new ultimate appeal model that gravitates towards the objective interest of the ultimate appeal to consolidate divergent court rulings and opinions. This new model fleshes out just one ultimate appeal with two forms, nationwide –held before the Supreme Court– and regional –held before the High Courts of Justice of the autonomous regions–. This second form, the main focus of this study, founded in the breach of laws emanated from each autonomous region, is the origin of serious divergences between different high courts, whom, facing the scarcity of statutory provisions and the need to fulfil legal vacuums, have developed dissimilar interpretative solutions. Seven years after the entry into force of the ultimate appeal before the regional high court, this paper assesses its implementation, regarding the existing situation in the different high courts and data obtained from judiciary statistics. Its purpose is none other than detecting weak points in this appeal and offering a legal reflection on the subject –including amendment proposals–, serving as a guide to approach future legal amendments of the LGAJ addressing the regional ultimate appeal, a pending issue which must be confronted immediately.

Keywords: administrative justice; ultimate appeal before the regional high court; objective interest of the ultimate appeal; regional high court of justice; due process.

Received: 03-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-10-2023

Citation: Casado Casado, L. (2023). Balance del recurso de casación autonómica en el ámbito contencioso-administrativo: la necesidad de una reforma urgente e inaplazable. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 273, 43-84. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19141>

Sumario

1. Introducción
2. Marco jurídico del recurso de casación autonómica
 - 2.1. Marco jurídico vigente del recurso de casación autonómica tras la reforma de la LJCA de 2015: déficit normativo, pocas certezas y muchas incertidumbres
 - 2.2. El respaldo del Tribunal Constitucional a la regulación del recurso de casación autonómica y su renuncia implícita a fijar un modelo único de casación autonómica
3. La competencia sobre el recurso de casación autonómica: los obstáculos para la constitución de la sección especial de casación
 - 3.1. La sección especial de casación: composición y funciones
 - 3.2. Las principales dificultades para constitución de la sección especial de casación autonómica. El caos desatado: diversidad de situaciones en los tribunales superiores de justicia
 - 3.3. La necesidad de garantizar la aplicación del recurso de casación autonómica. Algunas propuestas para la composición de la sección especial de casación
4. El objeto del recurso de casación autonómica
 - 4.1. La infracción de las normas emanadas de la comunidad autónoma como fundamento
 - 4.2. Las resoluciones recurribles: las incertidumbres existentes y la disparidad de criterios interpretativos de los tribunales superiores de justicia
 - 4.2.1. Las distintas posiciones de los tribunales superiores de justicia sobre las sentencias que pueden ser objeto de recurso: discrepancia, asimetría y gran desconcierto
 - 4.2.1.1. La disparidad de las posturas iniciales y su modulación tras las sentencias del Tribunal Constitucional 98/2020 y 99/2020
 - 4.2.1.2. Las distintas posiciones en la actualidad
 - 4.2.2. ¿Y qué sucede con los autos? Acerca de la recurribilidad de los autos de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia y de los juzgados
5. El interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: la asimetría reinante en los tribunales superiores de justicia
 - 5.1. La posición mayoritaria: una interpretación restrictiva del recurso de casación autonómica
 - 5.2. La posición minoritaria: una interpretación expansiva del recurso de casación autonómica
6. Realidad empírica del recurso de casación autonómica (2016-2022): valoración a partir de la experiencia práctica acumulada



7. Una reforma necesaria e inaplazable: algunas propuestas
 - 7.1. Propuesta de reforma formulada por el Tribunal Supremo
 - 7.2. Propuesta de reforma proveniente del Consejo General del Poder Judicial
 - 7.3. Algunas reflexiones en orden a una futura reforma
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de I+D+i «El nuevo rol de la ciudadanía ante la justicia administrativa: la regulación y la implementación de la mediación como sistema de prevención y resolución de conflictos» (referencia PID2020-112688GB-100), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033; y dentro del Grupo de investigación de la Universitat Rovira i Virgili, del cual la autora es la coordinadora, «Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad», reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

1. Introducción

La reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha imprimido un nuevo rumbo al recurso de casación en el ámbito contencioso-administrativo, regulado actualmente en los artículos 86 a 93 de la LJCA, llamado a superar las dificultades que ofrecía el sistema anterior en cuanto al acceso al propio recurso¹ y a reforzar su papel como «instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho»². Esta modificación supone la introducción de un nuevo sistema casacional, en el que el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia «se erige como la piedra angular»³ y la formación de jurisprudencia constituye la finalidad principal.

El nuevo modelo supone una simplificación del anterior. Frente a las modalidades previamente existentes (común u ordinario, para la unificación de doctrina –con una variante estatal y otra autonómica– y en interés de la ley –también con variante estatal y autonómica–), ahora solo se incluye un único recurso de casación, con un régimen jurídico unitario. Este nuevo recurso cuenta con dos modalidades: una ante la Sala de lo Contencioso-Adminis-

¹ Sobre las razones de la reforma, *vid.* Casado Casado (2019, pp. 152-156).

² *Vid.* el apartado XII del preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015.

³ Auto del TS de 5 de octubre de 2022 (rec. núm. 4261/2022), FJ 3.º.

trativo del Tribunal Supremo (TS), si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado; y otra ante los tribunales superiores de justicia (TSJ), cuando se fundare en infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma. Es esta última, orientada, como ha señalado el Tribunal Constitucional (TC) en la Sentencia 98/2020, de 22 de julio, a «asegurar la uniformidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico» (FJ 2.º), la que va a centrar nuestra atención.

A pesar de la inclusión de ambas modalidades en la LJCA, el legislador solo regula la primera de forma completa y detallada y arrincona claramente la segunda. De este modo, hallamos, para la casación ante el TS, amplias previsiones sobre el objeto del recurso, la configuración del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la tramitación y la resolución del mismo. En cambio, solo localizamos, para la casación ante los TSJ, dos párrafos de un apartado de un precepto (el art. 86.3), que olvida por completo la regulación de los aspectos fundamentales del recurso y abre la caja de Pandora de la incertidumbre en torno a un recurso incluido en la ley y que, por tanto, integra el derecho a la tutela judicial efectiva de la ciudadanía, pero que no dispone de un mínimo marco jurídico que aporte seguridad jurídica.

A pesar de esta omisión clamorosa del legislador, la casación autonómica no ha sido ajena a los cambios introducidos en el recurso de casación. Es más, como advierte Trias Prats (2021, p. 67), «se ha visto arrastrada por esos cambios, por unos cambios que el legislador ha introducido *por* y *para* el recurso de casación común, pero que por descontado han acabado repercutiendo sobre la casación autonómica». En efecto, el eje de la reforma ha sido la casación ante el TS y la ley apenas presta atención a la casación autonómica. Sin embargo, ello no ha impedido que este recurso inicie su rodaje en los TSJ que, con mayor o menor acierto, han ido dando pasos para articularlo y llenar el vacío existente, llegando, en muchos casos, a interpretaciones y soluciones radicalmente diferentes en torno a aspectos nucleares del recurso (por ejemplo, la composición de la sección especial de casación, la delimitación de las resoluciones recurribles o la configuración del interés casacional objetivo) en las diversas comunidades autónomas.

En este contexto, el presente trabajo, transcurridos casi siete años desde la entrada en vigor –el 22 de julio de 2016– del nuevo recurso de casación autonómica⁴, pretende hacer un análisis en profundidad de este recurso, con especial atención a los principales problemas que ha planteado su puesta en práctica, y realizar un balance de su aplicación, a la vista de los datos que arroja su propio funcionamiento y teniendo en cuenta la esta-

⁴ Optamos por utilizar la expresión «recurso de casación autonómica» y no «recurso de casación autonómico» porque, como advierten Quintana Carretero *et al.* (2019, p. 540), «el carácter autonómico se predica no del recurso sino de la casación, por constituir una modalidad casacional de tal carácter».

dística judicial. La finalidad no es otra que detectar los puntos débiles de este recurso y ofrecer una reflexión jurídica sobre el mismo –con inclusión de propuestas de mejora–, que sirva como guía para enfocar una futura reforma de la LJCA que aborde la regulación de la casación autonómica, una asignatura todavía pendiente y que debiera acometerse de forma inmediata. Para ello, se expone, en primer lugar, el marco jurídico del recurso de casación autonómica a la luz de la jurisprudencia constitucional. En segundo lugar, se analiza minuciosamente la configuración de la sección especial de casación, poniendo de manifiesto los principales obstáculos a que se ha enfrentado. En tercer lugar, se atiende al objeto del recurso y las disfuncionalidades detectadas en cuanto a las resoluciones recurribles, aspecto sobre el que reina la incertidumbre y las interpretaciones dispares de los TSJ (Álvarez Menéndez, 2019, p. 77); así como a la configuración del interés casacional objetivo, evidenciando la diversidad de criterios interpretativos manejados por los diferentes TSJ. En cuarto lugar, se ofrece una radiografía de la realidad empírica de este recurso en los años que lleva de rodaje y se efectúa una valoración a partir de la experiencia práctica acumulada. Finalmente, se aportan algunas propuestas *de lege ferenda* que pueden contribuir a mejorar el marco jurídico actual; y se formulan algunas conclusiones al hilo del estudio realizado.

Estamos, sin duda, ante un tema de extraordinaria importancia, dadas las numerosas dudas que suscita la aplicación de este recurso y la necesidad de dotarlo de operatividad en aras de reforzar el derecho a la tutela judicial efectiva de la ciudadanía. De ahí la conveniencia de una reflexión profunda sobre todas estas cuestiones, objetivo que guía las páginas siguientes.

2. Marco jurídico del recurso de casación autonómica

Con anterioridad a la reforma de 2015, la LJCA incluía dos modalidades especiales de recurso de casación ante los TSJ (para la unificación de doctrina y en interés ley), que suponían la atribución de funciones casacionales en materia contencioso-administrativa a los TSJ, con el fin de garantizar la correcta interpretación y aplicación de las normas emanadas de la comunidad autónoma. Mediante estas dos modalidades de casación autonómica se pretendía «favorecer una jurisprudencia uniforme en aras de la seguridad jurídica» (Tornos Mas y Rodríguez Florido, 2019, p. 216) y no se incluía previsión alguna sobre la posibilidad de una casación autonómica «ordinaria» por infracción del derecho autonómico, reservando la casación ordinaria al TS. Sin embargo, las limitaciones de estas modalidades casacionales eran evidentes y, como pone de manifiesto Cudero Blas (2016, apartado II), se revelaron poco útiles, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, «desde el punto de la necesaria unificación de criterios que se pretendía con su regulación legal o desde la perspectiva de la imprescindible o deseable corrección de doctrinas o decisiones que puedan reputarse, por su relevancia, gravemente dañosas para los intereses generales». La Ley Orgánica 7/2015 realiza, a través de su disposición final 3.^a, una reforma de la LJCA, que introduce

un nuevo modelo casacional y, por lo que aquí nos interesa, una nueva regulación del recurso de casación ante los TSJ.

2.1. Marco jurídico vigente del recurso de casación autonómica tras la reforma de la LJCA de 2015: déficit normativo, pocas certezas y muchas incertidumbres

Tras la reforma de la LJCA de 2015, se suprimen el recurso de casación para unificación de doctrina y el recurso de casación en interés de la ley, tanto en su modalidad estatal como autonómica. En su lugar, se define un nuevo modelo de casación autonómica, que sigue un modelo monista y que se caracteriza por la existencia de un único tipo de recurso y por la universalización de su objeto (Trias Prats, 2021, pp. 68 y 241). Se introduce, así, un recurso de casación común, fundado en la infracción de las normas de la comunidad autónoma, cuya única regulación se localiza en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 86.3 de la LJCA⁵. La novedad es sustancial y se materializa en la introducción *ex novo* de una casación ordinaria o común ante los TSJ.

Esta regulación, acorde con la posición asignada a los TSJ por el artículo 152.1 de la CE como órganos jurisdiccionales que culminan la organización judicial en el ámbito territorial de la comunidad autónoma (Quintana Carretero *et al.*, 2019, p. 539), es de una parquedad extrema y resulta claramente insuficiente. De hecho, se limita a regular dos aspectos concretos de este recurso: el tipo de infracción en que debe fundarse (debe tratarse de normas emanadas de la comunidad autónoma, a diferencia del recurso de casación estatal, fundado en la infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea); y la composición del órgano de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ competente sobre el mismo. Más allá de estas previsiones, no hay referencia alguna a este recurso en la LJCA, de modo que cuestiones tan relevantes como las resoluciones recurribles, los supuestos en que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia o el procedimiento están desnudas de regulación, lo que conlleva la existencia de numerosas lagunas (Quintana Carretero *et al.*, 2019, p. 539). Tampoco se palían estas carencias con la remisión a otros preceptos –por ejemplo, los que regulan la casación ante el TS–. De ahí que los déficits en la regulación de este recurso sean grandes y también sean numerosos los problemas suscitados en su aplicación práctica, que han llevado, incluso, a una enor-

⁵ Muestra de la deficiente técnica legislativa empleada es el hecho de que el artículo 10 de la LJCA (y también el art. 74 de la LOPJ), que recoge las competencias de las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, no se refiere a la competencia para conocer del recurso de casación común, fundado en infracción de la normativa autonómica. Y lo que es peor, tanto el artículo 10 de la LJCA como el artículo 74 de la LOPJ continúan incluyendo la competencia para conocer del recurso de casación para la unificación de doctrina y del recurso de casación en interés de la ley, aunque ambos han sido suprimidos por la Ley Orgánica 7/2015.

me disparidad de criterios interpretativos entre los diferentes TSJ, con la consiguiente inseguridad jurídica desatada.

Ante este incierto panorama normativo, la aplicación analógica de la regulación propia del recurso de casación ante el TS –con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y finalidad de la casación autonómica y a la configuración orgánica y funcional de las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ– se ha planteado como una opción posible para poner algo de luz en la aplicación de este recurso, carente de un marco jurídico sólido y completo, hasta que se proceda a una modificación de su regulación en la LJCA y a la construcción de un régimen jurídico completo. Esta opción, que había encontrado voces contrarias en algunos TSJ⁶, cuenta con el respaldo doctrinal (entre otros, Hinojosa Martínez, 2018, p. 487) y ha recibido el aval del TC en la Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre, en la que se aboga por una interpretación armónica de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 86 con la regulación contenida en los artículos 87 a 93 del recurso de casación ante el TS, «preceptos que podrán aplicarse *mutatis mutandis* al recurso de casación, sin alterar su naturaleza, cuando la norma infringida sea autonómica» (FJ 5.º). El TC afirma, incluso, que hay una remisión implícita a la regulación más objetivada del recurso de casación ante el TS, «a cuyas normas se remite implícitamente el recurso de casación autonómico y que debe considerarse que integran también su regulación» (FJ 5.º).

Sin embargo, esta aplicación analógica del recurso de casación estatal no ha solventado todos los problemas de un recurso que «queda así huérfano de toda regulación»⁷, ni ha evitado la existencia de resultados dispares en las diferentes salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, a la hora delimitar las resoluciones recurribles y la configuración del interés casacional objetivo, tal y como pone de manifiesto Casado Casado (2019, p. 266). Resulta evidente, por tanto, que la regulación actual de la casación autonómica es totalmente insuficiente e insatisfactoria (Huerta Garicano, 2018, p. 64). Incluso la propia Sala Tercera del TS ha puesto de manifiesto que «los párrafos segundo y tercero del art. 86.3, referidos al recurso de casación autonómico, contienen unas previsiones inadecuadas e incluso en algunos aspectos inviables»⁸, y ha sugerido una propuesta de reforma legislativa⁹. Y es esta parquedad del marco jurídico actual, que, en palabras de Chaves García (2017), aparece «como un inmenso cráter» en el que «parece haber poco oxígeno»

⁶ Por ejemplo, el TSJ de Castilla La-Mancha, en su Auto de 3 de mayo de 2018 (rec. núm. 279/2015). Sin embargo, otros TSJ sí habían defendido la aplicación analógica del recurso de casación ante el TS. *Vid.*, por ejemplo, los de los TSJ de Galicia de 17 de marzo de 2017 (rec. núm. 4105/2017); de Madrid, de 17 de mayo de 2017 (rec. núm. 10/2017); y del País Vasco, de 12 de febrero de 2018 (rec. núm. 1/2018).

⁷ Tal y como pone de manifiesto el propio TC. *Vid.* el Auto 41/2018, de 21 de abril, FJ 5.º.

⁸ *Vid.* el documento «Problemas interpretativos de la nueva regulación de la casación contencioso-administrativa. Documento de trabajo de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo», p. 6.

⁹ *Vid. infra* el apartado 7 de este trabajo.

(apartado 10), la que explica buena parte de los problemas que suscita la configuración actual de este recurso.

2.2. El respaldo del Tribunal Constitucional a la regulación del recurso de casación autonómica y su renuncia implícita a fijar un modelo único de casación autonómica

En su corta trayectoria, el recurso de casación autonómica ya ha sido objeto de análisis por el TC en un auto y trece sentencias, con motivo de la interposición de varios recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad¹⁰.

La regulación del recurso de casación autonómica contenida en el artículo 86.3 de la LJCA suscitó, desde sus inicios, algunas dudas de constitucionalidad, que motivaron el planteamiento de tres cuestiones de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha, por considerar que la regulación podía ser contraria a los artículos 122.1 –por la insuficiencia de rango de la norma–, 9.3 –por la inseguridad jurídica y los problemas interpretativos suscitados, con la consiguiente disparidad de criterios existente en los diversos TSJ, tanto en relación con la configuración de la sección especial de casación como con extremos del propio recurso, tales como el objeto, la configuración del interés casacional objetivo y el procedimiento–, 14 –en tanto que la ciudadanía, ante un mismo supuesto de hecho, en algunas comunidades autónomas va a poder plantear el recurso y en otras no, en función de los criterios interpretativos adoptado por el TSJ– y 24 de la CE –en la medida en que la ausencia de un desarrollo de la regulación del recurso podría suponer la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva–. Estas cuestiones de constitucionalidad fueron resueltas por las sentencias 128/2018, de 29 de noviembre, 18/2019, de 11 de febrero, y 26/2019, de 25 de febrero, que avalan la constitucionalidad del recurso de casación autonómica y consideran que no se ha producido la vulneración de los preceptos mencionados¹¹.

¹⁰ Auto 41/2018, de 16 de abril y sentencias 128/2018, de 29 de noviembre (ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 18/2019, de 11 de febrero (ponente: Ricardo Enríquez Sancho); 26/2019, de 25 de febrero (ponente: Alfredo Montoya Melgar); 98/2020, de 22 de julio (ponente: Antonio Narváez Rodríguez); 99/2020, de 22 de julio (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos); 106/2020, de 21 de septiembre (ponente: Juan José González Rivas); 107/2020, de 21 de septiembre (ponente: Antonio Narváez Rodríguez); 108/2020, de 21 de septiembre (ponente: Ricardo Enríquez Sancho); 109/2020, de 21 de septiembre (ponente: Alfredo Montoya Melgar); 136/2020, de 6 de octubre (ponente: Encarnación Roca Trías); 144/2020, de 19 de octubre (ponente: José González-Trevijano Sánchez); 11/2021, de 25 de enero (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos); y 146/2021, de 12 de julio (ponente: Andrés Ollero Tassara).

¹¹ Estas sentencias cuentan con dos votos particulares de los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y Ricardo Enríquez Sancho, que entienden que se vulnera la reserva de ley orgánica del artículo 122.1 de la CE.

Aunque no puede abordarse en el contexto de este trabajo un examen detallado de esta jurisprudencia¹², sí queremos poner énfasis en una cuestión que nos parece relevante: la renuncia tácita del TC a fijar un modelo único de casación autonómica¹³. Esta opción se evidencia claramente en dos elementos resultantes de esa jurisprudencia. Por una parte, el propio tribunal, en el Auto 41/2018¹⁴ admite que son posibles diversas interpretaciones judiciales del artículo 86.3 de la LJCA. En efecto, considera, conforme con la CE, con independencia del mayor o menor acierto de los argumentos empleados, la interpretación realizada por el TSJ de Extremadura conforme a la cual no cabe el recurso de casación por infracción de normas autonómicas contra sentencias dictadas en única instancia por el pleno de la Sala, única, de lo Contencioso-Administrativo de este TSJ, al tomar como punto de partida unos presupuestos ciertos y estar sustentada en una argumentación lógica y coherente. Sin embargo, aun cuando dicha interpretación es producto de una exégesis racional de los preceptos legales aplicables, que es lo que demanda el artículo 24.1 de la CE, ello

no obsta a que, en el marco de las incertidumbres que ha ocasionado la regulación de la casación autonómica tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, otras interpretaciones judiciales dirigidas a darles respuesta puedan a su vez ser perfectamente razonables.

Por otra, al considerar que la indeterminación del artículo 86.3 de la LJCA no conlleva una quiebra de la seguridad jurídica y que una interpretación sistemática del mismo, atendiendo especialmente a la configuración más objetivada del recurso estatal, puede permitir salvar las incertidumbres suscitadas, deja en manos de los TSJ llamados a aplicar este recurso la confección de soluciones interpretativas. Ello, inevitablemente, conduce a un mosaico complejo en el que cada TSJ, para salvar la parquedad regulatoria y garantizar la operatividad del recurso, ha ido hilvanando sus propias interpretaciones del precepto legal, con el fin de colmar las lagunas existentes y resolver las disfunciones detectadas. El resultado es evidente: la fragmentación del recurso de casación autonómica que, en estos momentos, tiene como señas de identidad la asimetría y la diversidad.

¹² Remitimos, para ello, a los trabajos de Álvarez Menéndez (2019, pp. 75-95) y Fuentes i Gasó (2019, pp. 665-676).

¹³ Así se pone de manifiesto en el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias, de 15 de julio de 2021, de unificación de criterios sobre el recurso de casación autonómica. *Vid.* el apartado II, epígrafe 2.3, p. 3.

¹⁴ Este auto inadmite el recurso de amparo presentado por la Junta de Extremadura contra el Auto de 22 de junio de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura, que acordó inadmitir el recurso de casación por infracción de normativa autonómica interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de 16 de febrero de 2017 (procedimiento ordinario núm. 462-2015).

3. La competencia sobre el recurso de casación autonómica: los obstáculos para la constitución de la sección especial de casación

La competencia sobre el recurso de casación autonómica recae en las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, «últimos garantes del derecho autonómico» (Álvarez Menéndez, 2019, p. 78). La LJCA, en relación con la casación autonómica, regula la composición de la sección especial de casación. Sin embargo, a pesar de ser una de las pocas cuestiones de esta modalidad casacional que cuenta con regulación específica, ha sido una de las que más problemas ha planteado –y continúa planteando–, lo cual no deja de resultar paradójico. Veremos, a continuación, algunas de las disfunciones que presenta la regulación de esta materia y algunos de los aspectos conflictivos suscitados, que se han erigido en un serio obstáculo para la efectividad y operatividad de este recurso.

3.1. La sección especial de casación: composición y funciones

Con arreglo al artículo 86.3, párrafos 2.º y 3.º, de la LJCA la competencia sobre el recurso de casación autonómica recae en una sección de la sala de lo contencioso-administrativo que tenga su sede en el TSJ, compuesta por

el presidente de dicha sala, que la presidirá, por el presidente o presidentes de las demás salas de lo contencioso-administrativo y, en su caso, de las secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los magistrados de la referida sala o salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros.

En el caso de que la sala o salas de lo contencioso-administrativo tuviesen más de una sección,

la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los presidentes de sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los magistrados que presten servicio en la sala o salas.

En cuanto a las funciones de esta sección, debe destacarse una cuestión relevante que introduce un claro elemento diferenciador entre la modalidad estatal del nuevo recurso de casación y la autonómica. En tanto que, en el primer caso, las competencias sobre la admisión del recurso y sobre su resolución recaen en órganos diferentes (la sección de admisión¹⁵

¹⁵ La composición de esta sección está regulada en el artículo 90.2 de la LJCA.

y la sección competente por razón de la materia o, en su caso, el pleno –si así lo decide su presidente–¹⁶, respectivamente), en el segundo, ambas competencias se atribuyen a un mismo órgano, que es la sección especial a que venimos haciendo referencia¹⁷. En consecuencia, esta sección se pronuncia tanto sobre la admisión como sobre el enjuiciamiento del recurso, sin olvidar la resolución de los eventuales recursos de queja contra los autos que no hayan tenido por preparado el recurso de casación autonómica¹⁸.

3.2. Las principales dificultades para constitución de la sección especial de casación autonómica. El caos desatado: diversidad de situaciones en los tribunales superiores de justicia

Más allá de los problemas de constitucionalidad suscitados por el rango normativo de la norma a través de la cual se ha regulado la sección especial de casación –ley ordinaria en lugar de ley orgánica–, la formación de esta sección en los diferentes TSJ ha planteado numerosos problemas y dificultades de tipo organizativo, entre los cuales destacamos especialmente cuatro.

En primer lugar, deben mencionarse los serios inconvenientes que presenta su constitución en los TSJ que cuentan con una única sala de lo contencioso-administrativo y una única sección (los de Cantabria, Extremadura, Islas Baleares, Navarra y La Rioja), habida cuenta de que la LJCA únicamente contempla su constitución en TSJ en que la sala de lo contencioso-administrativo cuente con varias salas territoriales o secciones. Por una parte, la conformación de esta sección resulta del todo imposible en el ámbito de los TSJ cuyas salas de lo contencioso-administrativo cuenten con un número de magistrados inferior a cinco y que, por lo tanto, no tengan efectivos suficientes para completar los cinco magistrados necesarios para formar la sección, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 86.3. Así sucede, actualmente, en los TSJ de Cantabria (4 magistrados), Islas Balears (4) y La Rioja

¹⁶ Vid. el artículo 92 de la LJCA.

¹⁷ En cambio, el recurso de casación autonómica sí que ha mantenido, por aplicación analógica de la normativa reguladora del recurso de casación ante el TS, el esquema procedimental bifásico de la casación estatal, separando entre la fase de preparación del recurso, cuya competencia recae en el juzgado de lo contencioso-administrativo o en la sala o sección del TSJ que dictó la sentencia objeto de recurso; y la fase de admisión y resolución, atribuidas, como hemos señalado en el texto, a la sección especial de casación.

¹⁸ Así se derivaría de la aplicación analógica de la normativa reguladora del recurso de casación ante el TS y así lo recogen expresamente algunos TSJ. Vid., por ejemplo, los criterios de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia sobre los recursos de casación por infracción de normativa autonómica, aprobados por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sesión celebrada el día 19 de abril de 2022, y aprobados por la Sala de Gobierno, en sesión celebrada el día 22 de abril de 2022.

(2). Por otra, las dificultades también son grandes en los TSJ de Navarra y Extremadura, aunque cuentan, respectivamente, con 5 y 6 magistrados en la actualidad, dada la imposibilidad de constituir la sección especial y de garantizar, al mismo tiempo, que quienes hayan firmado la resolución recurrida no formen parte de la misma. Ante esta situación, la actuación de los diferentes TSJ que se hallan en esta situación ha sido muy diversa. En algunos casos, la imposibilidad de constituir la sección ha llevado directamente a no poder aplicar en dicha comunidad autónoma el recurso de casación autonómica (es el caso de La Rioja, a pesar de los intentos realizados a través de diferentes vías)¹⁹ o a negar la propia existencia de este recurso frente a las sentencias dictadas por la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ (Extremadura²⁰ y La Rioja²¹ y, más recientemente, también Cantabria)²². En otros, se han buscado soluciones imaginativas con el fin de poder constituir dicha sección –por ejemplo, previendo la incorporación de magistrados de otros órdenes jurisdiccionales, por sustitución, con arreglo al art. 199 de la LOPJ– y garantizar la operatividad de este recurso (Islas Baleares y Navarra –y también, inicialmente, Cantabria–)²³.

En segundo lugar, una cuestión muy discutida ha sido la de la posibilidad de que puedan integrar esta sección los magistrados que participaron en la adopción de la sentencia objeto de casación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 219.11 de la LOPJ. Este precepto incluye entre las causas de abstención y, en su caso, de recusación, «haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia». La cuestión que se plantea es clara: ¿es posible que los magistrados firmantes de la resolución recurrida puedan integrar la sección especial de casación, sobre la que recae la competencia para la admisión y la resolución del recurso planteado contra la misma? Sin duda, se trata de una cuestión relevante, especialmente al hilo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 22 de marzo de 2016, dictada

¹⁹ En este TSJ se intentó constituir la sección especial de casación con los presidentes de las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ de Aragón y Navarra en comisión de servicios. Sin embargo, el Gabinete Técnico del CGPJ, en un informe emitido el 30 de mayo de 2017, rechazó tal posibilidad (*vid.* el apartado III, epígrafes 17 y 18).

²⁰ *Vid.* el Auto del TSJ de Extremadura, de 22 de junio de 2017, FJ 1.º.

²¹ *Vid.* el Auto del TSJ de La Rioja, de 9 de febrero de 2018 (FJ 1.º y 2.º), que comparte íntegramente los argumentos formulados por el TSJ de Extremadura y remite expresamente a su Auto de 22 de junio de 2017.

²² *Vid. infra*, el apartado 4.2.1.2 de este trabajo.

²³ Por ejemplo, en Navarra, el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJ de Navarra, de 27 de junio de 2016, prevé que «en caso de resultar insuficientes, por cualquier causa, los magistrados de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo para integrar la Sección de Casación, esta se completará, y a los solos efectos de completar dicha sección, por otros magistrados de otras salas de este Tribunal Superior de Justicia que por el turno ordinario de sustitución corresponda, sin que se les asigne turno de ponencia alguno al respecto» (apartado 21.º 1, párrafo 2.º). Esta opción, sin embargo, choca con la jurisprudencia constitucional, ya que el TC, en la Sentencia 128/2018 ha afirmado que «los magistrados de distintas salas que se integran en la sección a la que se refiere el artículo 86.3 LJCA pertenecen siempre al mismo orden jurisdiccional» (FJ 4.º).

en el asunto *Pereira da Silva v. Portugal*, en la que se considera lesionado el derecho a un juez imparcial en la composición del pleno del Tribunal Supremo Administrativo de Portugal, por el hecho de integrarse en el mismo cuatro magistrados que con anterioridad habían analizado el caso en otra sección de dicho tribunal. Se trata, además, de un problema que afecta no solo a los TSJ con una única sala y sección, sino también a los TSJ con varias salas territoriales (los de Andalucía –las de Granada, Málaga y Sevilla–, Canarias –las de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife– y Castilla y León –las de Burgos y Valladolid–) y secciones (los de Andalucía –con 38 magistrados–, Aragón –con 7–, Asturias –con 9–, Canarias –con 11–, Castilla-La Mancha –con 7–, Castilla y León –con 15–, Cataluña –con 23–, Comunidad Valenciana –con 22–, Galicia –con 18–, Madrid –con 50–, Murcia –con 8– y País Vasco –con 11–), especialmente a los que tienen un número de magistrados de lo contencioso-administrativo inferior a 10, en la medida en que una aplicación estricta del artículo 219.11 de la LOPJ, con la consiguiente imposibilidad de participación de los magistrados que intervinieron en la sentencia recurrida, puede hacer que devenga imposible la conformación de la sección, sin acudir a fórmulas de sustitución por magistrados de otros órdenes jurisdiccionales²⁴. Aun tratándose de salas con un número amplio de magistrados, dicha aplicación estricta también va a obligar a cambios constantes en la composición de la sección –aunque no exista la necesidad de acudir a magistrados de otros órdenes jurisdiccionales–, lo que puede conllevar cambios continuos en los criterios interpretativos sobre la casación autonómica (Casado Casado, 2019, pp. 295-296).

Con relación a la cuestión analizada, no han faltado voces contrarias a la admisión de que los magistrados que intervinieron en la adopción de la resolución impugnada integren posteriormente la sección especial de casación (entre otros, Cudero Blas [2016, apartado V] y Quintana Carretero *et al.* [2019, pp. 569- 570]). También la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha considerado que no es posible integrar la sección de casación con magistrados que hubieran firmado la resolución casacionable²⁵,

²⁴ Por ejemplo, en el caso del TSJ de Aragón, que cuenta con 7 magistrados, si bien la sección de casación puede formarse íntegramente con magistrados de la propia sala (el presidente de la sala, el presidente de la Sección Segunda y tres magistrados de la sala), se prevé que la sustitución de los tres magistrados se hará, «comenzando por el más moderno en el escalafón: en primer lugar por los magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo; en segundo lugar por los magistrados del Tribunal Superior de Justicia adscritos a la Sala Civil y Penal; en tercer lugar por los magistrados de la Sala Civil y Penal, y en cuarto lugar por los magistrados de la Sala de lo Social». *Vid.* la Propuesta formulada por la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón, de 24 de noviembre de 2017, sobre las normas de composición de la Sección de Casación, aprobada por la Sala de Gobierno del TSJ de Aragón, en sesión celebrada el 22 de diciembre de 2017.

²⁵ *Vid.* el Acuerdo de 31 de octubre de 2019, que realiza el control de legalidad del acuerdo adoptado por la Sala de Gobierno del TSJ de Cantabria, en su reunión de fecha 11 de febrero de 2019, sobre propuesta relativa a las nuevas normas de organización de la sala, con el objeto de regular la organización y composición de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la integración y funcionamiento de la Sección de Casación.

por cuanto habrían quedado «contaminados». Sin embargo, otros autores, como Alegre Ávila (2019, pp. 59-60) y Trias Prats (2021, pp. 252-255) admiten tal posibilidad, sobre la premisa de que el recurso no posee carácter devolutivo y considerando, además, que no se dan aquí las circunstancias y los motivos que suscitaron la crítica de la sentencia del TEDH mencionada. Esta opción también se ha materializado en algunos TSJ; por ejemplo, en los de Islas Baleares y Navarra²⁶.

En tercer lugar, no podemos dejar de señalar algunas de las paradojas a que conducen los problemas organizativos señalados en torno a la constitución de la sección especial, si nos atenemos a la función nomofiláctica del recurso de casación autonómica, destinado principalmente a la formación de jurisprudencia. Por un lado, si, como han hecho algunos TSJ, se completa el número de magistrados necesario para conformar dicha sección acudiendo a las reglas de sustitución del artículo 199 de la LOPJ, va a resultar que magistrados de otros órdenes jurisdiccionales –civil, penal o social–, sin la necesaria especialización en el ámbito contencioso-administrativo, acabarán fijando jurisprudencia sobre el derecho autonómico, lo cual resulta muy cuestionable²⁷. Por otro, como advierte Casado Casado (2019, p. 296), también pueden encontrarse otras situaciones paradójicas en TSJ con varias salas o secciones, ya que, en muchos casos, puede suceder que los magistrados que conforman la sección de casación y que están llamados a resolver el recurso

sean magistrados diferentes a los que intervienen habitualmente, por razón de especialización y según las normas de reparto establecidas, para conocer de esa materia y sean quienes acaben fijando la jurisprudencia en el ámbito autonómico (por ejemplo, magistrados especializados en materia tributaria podrían fijar jurisprudencia en materia de urbanismo),

lo que ha suscitado muchas reticencias en los TSJ²⁸.

²⁶ En el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJ de Navarra, de 27 de junio de 2016, se determina que la sección de casación «estará compuesta por el presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en todo caso, que la presidirá y por otros cuatro magistrados de la propia Sala de lo Contencioso de este Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que por turno y para cada año judicial se establecerán por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Navarra» (apartado 21.º 1, párrafo 1.º). En el TSJ de las Islas Baleares, en el caso del presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, al intervenir en todas las deliberaciones ordinarias, sí se aplica el deber de abstención y no preside la Sección de Casación.

²⁷ Al respecto, se muestran muy críticas las magistradas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria Clara Penín Alegre y María Esther Castanedo García. *Vid.* los votos particulares que formulan, respectivamente, en el Auto del TSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2018 (rec. núm. 263/2017), FJ 6.º; y en el Auto de 9 de mayo de 2018 (rec. núm. 257/2017), FJ 4.º.

²⁸ El TSJ de Galicia, para evitar que puedan formar jurisprudencia sin que intervengan los magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con especialización en aquella materia, ha entendido que

Por último, no puede dejar de apuntarse el impacto que en los criterios interpretativos respecto a la casación autonómica puede provocar la variabilidad en la composición de la sección especial. La materialización práctica de la abstención –en caso de aplicación estricta del art. 219.11 de la LOPJ– va a obligar a frecuentes cambios en la configuración de dicho órgano, bien por la necesidad de acudir a la sustitución por magistrados de otros órdenes jurisdiccionales, bien por la necesidad de sustituir a los magistrados que participaron en la resolución impugnada por otros de la propia sala, con movimientos continuos de los miembros integrantes.

A la vista de lo expuesto, son evidentes los problemas organizativos y las disfunciones planteados con motivo de la constitución de la sección regulada en el artículo 86.3, párrafos 2.º y 3.º de la LJCA. La traslación práctica del contenido de este precepto ha derivado en una diversidad de modelos en la composición de dicho órgano, por lo que la composición del órgano encargado de resolver la casación autonómica es diferente en los diversos TSJ e, incluso, directamente no ha podido constituirse en algunos de ellos. El panorama no puede ser más variopinto: TSJ que garantizan una sección con una composición distinta a la que adoptó la resolución recurrida; otros en que, en cambio, coincide plenamente. Algunos compuestos únicamente por magistrados de lo contencioso-administrativo; otros integrados también por magistrados de otros órdenes jurisdiccionales. Incluso hay casos en que el presidente de la sección no es el de la sala de lo contencioso-administrativo o ni tan siquiera un magistrado de lo contencioso-administrativo, sino de otro orden jurisdiccional, a pesar de la dicción literal del artículo 86.3 de la LJCA²⁹; y otros en que la composición de la sección es diferente en función de si se trata de recursos contra sentencias y autos dictados por la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ o contra sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo³⁰. Ciertamente, la radiografía presentada, que refleja una enorme diversidad, no deja de suscitar una gran perplejidad, si partimos de que una de las pocas cuestiones reguladas por la LJCA en relación con la casación autonómica es precisamente la composición de la sección especial de casación.

en la Sección de Casación debe haber un magistrado/a de la sección de la que proceda la sentencia recurrida y que no haya formado parte del tribunal sentenciador. *Vid.* los criterios de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia sobre los recursos de casación por infracción de normativa autonómica, aprobados por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sesión celebrada el día 19 de abril de 2022, y aprobados por la Sala de Gobierno, en sesión celebrada el día 22 de abril de 2022.

²⁹ Así sucedía inicialmente en el TSJ de Cantabria, donde el presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, si había intervenido en la deliberación de la sentencia objeto de casación, era sustituido por el magistrado más antiguo en la carrera judicial de todos los que integran la sección de casación que no hubiera intervenido en su deliberación –sin ser todos ellos del ámbito contencioso-administrativo–.

³⁰ Es el caso del TSJ de Galicia. *Vid.* los criterios de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia sobre los recursos de casación por infracción de normativa autonómica, aprobados por el pleno de esta sala, el 19 de abril de 2022, y aprobados por la Sala de Gobierno, en sesión de 22 de abril de 2022.

3.3. La necesidad de garantizar la aplicación del recurso de casación autonómica. Algunas propuestas para la composición de la sección especial de casación

Las páginas precedentes evidencian la pésima regulación de la sección del artículo 86.3 de la LJCA. En buena medida, los problemas suscitados se deben a que se ha copiado tal cual la regulación de la composición de la sección especial a que se atribuía la competencia para resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina, sin tener en cuenta que, a diferencia de este recurso, el de casación autonómica ordinaria vigente se aplica en las salas de lo contencioso-administrativo de todos los TSJ y no está limitado a las salas de lo contencioso-administrativo con varias salas territoriales o varias secciones. En todo caso, la necesidad de aplicar el recurso de casación obliga a salvar las dificultades planteadas en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

El insatisfactorio resultado a que conduce la aplicación del artículo 86.3 de la LJCA podría superarse en aquellos TSJ con una sala de lo contencioso-administrativo de sección única, interpretando, como Sospedra Navas (2017, apartado III) que aun cuando la competencia se atribuye a la sección de casación en los supuestos de TSJ con varias salas o secciones, la competencia correspondería a la sala de sección única en el resto de casos. Tal interpretación derivaría de una interpretación sistemática del precepto con las disposiciones de la LOPJ, de acuerdo con los antecedentes legislativos. En los casos en que directamente resulta imposible la conformación de la sección especial de casación –por no tener cinco miembros– o presenta serias dificultades –por tener un número escaso de magistrados–, también podría acudir-se a la regla del artículo 196 de la LOPJ. Conforme a este precepto, «en los casos en que la ley no disponga otra cosa bastarán tres magistrados para formar la sala», por lo que podría interpretarse que el artículo 86.3 de la LJCA únicamente se refiere a la composición orgánica de la sección, pero no a los miembros necesarios para ejercer legalmente la jurisdicción, que son legalmente tres³¹. Esta ha sido la solución adoptada por el TSJ de las Islas Baleares. En todo caso, estas soluciones pasan por aceptar que los magistrados que han intervenido en la adopción de la resolución recurrida también pueden pronunciarse después sobre el recurso de casación, entendiendo, como hace Trias Prats (2021, p. 254), que no se pondría en discusión la imparcialidad de la sección, por carecer este recurso de carácter devolutivo.

Por otra parte, también debe tenerse presente la posibilidad de intervención del pleno de la sala en la resolución de los recursos de casación autonómica, circunstancia que podría paliar algunos de los problemas señalados, como el provocado por la merma experimentada en la composición de la sección especial como consecuencia de una aplicación estricta de la causa de abstención recogida en el artículo 219.11 de la LOPJ. El artículo 264 de la

³¹ Esta es la solución apuntada en el Informe jurídico emitido por el Gabinete Técnico del CGPJ, a solicitud de la Comisión Permanente, sobre la constitución de la sección de casación en aquellas salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ que no tengan cinco miembros, con fecha 30 de mayo de 2017.

LOPJ permite convocar pleno jurisdiccional para conocer de uno o varios asuntos al objeto de unificar criterio y nada obsta a que pueda asignarse, en los acuerdos de distribución de asuntos entre las diversas salas o secciones, la resolución del recurso de casación al pleno de la sala, como ha sostenido Hinojosa Martínez (2018, p. 478).

En todo caso, lo cierto es que la composición de la sección especial de casación no es la más adecuada, sobre todo cuando se trata de revisar las propias resoluciones de la sala de lo contencioso-administrativo, por lo que, *de lege ferenda*, podrían plantearse otras propuestas que contribuyeran a mejorar el deficiente marco jurídico actual. De cara a una futura regulación, quizás lo más acertado sería introducir también en la casación autonómica la diferenciación entre el órgano que ha de resolver sobre la admisión y el encargado del enjuiciamiento del recurso. Desde esta perspectiva, Hinojosa Martínez (2018, p. 478) propone, en los casos de recursos planteados contra las propias resoluciones de la sala, atribuir la función de admisión a un órgano de composición más reducida³² –que podría ser la prevista en la LJCA– y la de resolución a un órgano de composición más amplia que podría ser incluso el pleno de la sala o salas. De esta forma, se extremaría

la garantía de su resultado y, sobre todo, su autoridad frente a la que habría de reconocerse a la sentencia o auto recurridos como procedentes de los propios magistrados del Tribunal Superior y, en muchos casos, de aquellos que tienen atribuida la resolución de los asuntos en la materia sobre la que versa la casación.

4. El objeto del recurso de casación autonómica

La LJCA deja en el aire, a pesar de su importancia, la determinación del objeto del recurso. Esta cuestión no se aborda en el artículo 86.3, que únicamente determina la infracción que servirá de fundamento al recurso, imponiendo que se trate de normas emanadas de la comunidad autónoma. Más allá de esta previsión, nada se dice sobre las resoluciones recurribles, lo que ha desatado una diversidad de interpretaciones en los TSJ y ha motivado, incluso, la intervención del TC.

4.1. La infracción de las normas emanadas de la comunidad autónoma como fundamento

A diferencia de la modalidad estatal del recurso de casación, fundamentada en la infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea, la autonómica solo puede fundamentarse en la «infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma» (art. 86.3,

³² En el caso de los recursos de casación contra resoluciones de los juzgados, este órgano podría encargarse tanto de la admisión como del recurso (Hinojosa Martínez, 2018, p. 478).

párrafo 2.º). De este modo, el derecho autonómico se excluye de la casación ante el TS y deviene requisito esencial de la casación ante los TSJ, siendo el tipo de infracción –estatal o europea; o autonómica– el elemento clave para delimitar la competencia para la tramitación y resolución del recurso –TS en el primer caso y TSJ en el segundo–. Esta exigencia es lógica, habida cuenta de que «la casación autonómica debe en todo caso preservar la función del TS como órgano judicial superior en todos los órdenes, que recoge el artículo 123 CE» (Alonso Mas, 2013, p. 109). Por lo tanto, constituye un requisito indispensable del recurso de casación autonómica que la resolución impugnada haya incurrido en la infracción de normas autonómicas (Trias Prats, 2021, p. 129) y el recurrente «deberá justificar en su anuncio del recurso que las normas jurídicas cuya infracción denuncia son precisamente autonómicas, al ser este el presupuesto básico de pertinencia y procedibilidad de ese específico cauce casacional»³³. En caso contrario, de tratarse de normas estatales o comunitarias, la competencia sobre el recurso recaería en el TS³⁴ y no en los TSJ³⁵. Es más, el TS, de forma reiterada, ha considerado que, cuando el núcleo de la cuestión litigiosa se rige por normas del derecho autonómico, resulta inútil una cita artificiosa y meramente instrumental de normas estatales³⁶.

Sin embargo, en ocasiones, no resulta fácil delimitar si el litigio está sometido a normas de derecho autonómico o de derecho estatal o europeo. Por una parte, como advierte Trias Prats (2021, p. 129), no siempre es sencillo identificar el origen de las normas implicadas, especialmente en aquellos supuestos en que el contenido de la norma autonómica resulta coincidente con la estatal. Por otra, existen abundantes entrecruzamientos competenciales y, en numerosas ocasiones, confluyen sobre una misma materia normas de diversa procedencia que pueden resultar vulneradas³⁷. Por ello, resultan fundamentales los criterios que ha ido forjando el TS a fin de determinar si procede la modalidad estatal del recurso de casación o la autonómica. En cuanto a la primera situación (coincidencia de normas estatales y autonómicas), tras la reforma de 2015, el TS ha mantenido su doctrina asentada sobre el antiguo recurso de

³³ Auto del TS de 22 de enero de 2021 (rec. núm. 491/2020), FJ 1.º.

³⁴ Téngase en cuenta, no obstante, que, en relación con el derecho local, el TS lo excluye de casación, al considerar que «la casación ante el Tribunal Supremo se ciñe al examen del Derecho estatal (o de la Unión Europea)» y que «las determinaciones de Derecho local no alcanzan a la esfera del Derecho estatal». *Vid.*, por ejemplo, el Auto de 3 de noviembre de 2022 (rec. núm. 493/2022).

³⁵ Con arreglo a la jurisprudencia del TS, no hay que tener en cuenta la naturaleza estatal o autonómica de las disposiciones impugnadas en el proceso de instancia, sino «la fundamentación jurídica de la sentencia», de modo que «lo relevante no es que la disposición impugnada ante el Tribunal *a quo* sea estatal o autonómica, sino que el debate procesal haya girado en torno a la interpretación y aplicación de normas estatales o de la Unión Europea, y en el escrito de preparación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo se denuncie y justifique la infracción de esas normas». Auto del TS de 2 de julio de 2018 (rec. núm. 250/2018), FJ 3.º.

³⁶ *Vid.*, por ejemplo, Auto de 26 de junio de 2017 (rec. núm. 295/2017), FJ 3.º; y de 7 de mayo de 2018 (rec. núm. 197/2017), FJ 2.º.

³⁷ *Vid.* Alonso Mas (2013, pp. 112-148), que presenta diferentes supuestos en que se produce la concurrencia o interacción entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos jurídicos autonómicos.

casación. Así, considera que procede el recurso ante el TS, aun habiendo versado el debate de instancia sobre derecho autonómico, cuando el derecho autonómico invocado como infringido «reproduzca normativa estatal de carácter básico y cuando se haga valer la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal que, aunque no tenga carácter básico, su contenido sea idéntico al del derecho autonómico aplicado»³⁸. La justificación la halla en «el valor de complementar el ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil otorga a la jurisprudencia no desaparece por la existencia del derecho autonómico».

Por lo que respecta a la segunda situación (conurrencia de normas estatales y autonómicas), aunque la LJCA no contiene previsión alguna, el TS ha reconocido la posibilidad de coexistencia de ambos recursos en relación con un mismo pleito, estableciendo al respecto algunas pautas, con el fin evitar que se dicten resoluciones de sentido contradictorio. La regla general sería conferir prioridad al recurso estatal sobre el autonómico «en los supuestos en los que las infracciones de normas estatales o comunitarias invocadas estén referidas a la pretensión principal y la decisión que pudiera adoptarse por el Tribunal Supremo en el recurso de casación “estatal” condicione el resultado del litigio y, consecuentemente la sentencia que pudiera recaer en el recurso de casación “autonómico”»³⁹. En cambio, «sería procedente dar preferencia a la tramitación del recurso autonómico sobre el estatal» cuando las normas estatales no condicionen el resultado del recurso de casación autonómica⁴⁰.

4.2. Las resoluciones recurribles: las incertidumbres existentes y la disparidad de criterios interpretativos de los tribunales superiores de justicia

Uno de los principales interrogantes que no despeja la LJCA en relación con el recurso de casación autonómica es el de cuáles son las resoluciones recurribles, cuestión, sin embargo, ampliamente tratada en la casación ante el TS. La cuestión no es baladí, ya que esta carencia legal ha generado importantes problemas de integración normativa (Quintana Carretero *et al.* (2019, p. 548), ha motivado el surgimiento de una disparidad de soluciones interpretativas para colmar las lagunas existentes en el ámbito territorial de los diferentes TSJ y la intervención del TC.

Dos son las cuestiones fundamentales que se plantean y que han originado un intenso debate, tanto en la doctrina como en el seno de los TSJ. Por una parte, si este recurso alcanza a las sentencias dictadas por las propias salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ y también a las de los juzgados de lo contencioso-administrativo, o únicamente a

³⁸ Auto del TS de 6 de marzo de 2018 (rec. núm. 580/2017. En el mismo sentido, entre otros muchos, el Auto de 29 de octubre de 2020 (rec. núm. 133/2020).

³⁹ Auto del TS de 17 de julio de 2017 (rec. núm. 1271/2017), FJ 2.º.

⁴⁰ FJ 2.º del auto citado en la nota anterior.

estas últimas. Por otra, si este recurso también puede utilizarse frente a autos de las propias salas o de los juzgados.

4.2.1. Las distintas posiciones de los tribunales superiores de justicia sobre las sentencias que pueden ser objeto de recurso: discrepancia, asimetría y gran desconcierto

Desde el punto de vista de las sentencias que pueden ser objeto de recurso de casación autonómica, la cuestión más conflictiva que se ha suscitado es la de si pueden recurrirse las sentencias dictadas por las propias salas de lo contencioso-administrativo –dictadas en única instancia o en apelación–, cuestión que ha dado lugar, en los diferentes TSJ, a criterios interpretativos dispares que, además, han ido evolucionando y cambiando⁴¹.

4.2.1.1. La disparidad de las posturas iniciales y su modulación tras las sentencias del Tribunal Constitucional 98/2020 y 99/2020

Inicialmente, algunos TSJ directamente negaron la existencia y la operatividad del recurso por infracción de la normativa autonómica en su ámbito jurisdiccional (es el caso de los de Extremadura y La Rioja), y, en consecuencia, tanto frente a las sentencias de las propias salas como frente a las de los juzgados de lo contencioso-administrativo, en buena medida, como ya vimos, por las dificultades organizativas existentes para constituir la sección especial de casación⁴². Otros interpretaron desde el principio que cabía este recurso frente a las sentencias de los juzgados, pero lo negaron sistemáticamente frente a sus propias sentencias (es el caso del de Cataluña)⁴³ porque la finalidad a que estaría llamado el eventual recurso de casación –asegurar la uniformidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico– ya quedó satisfecha en la sentencia dictada previamente

⁴¹ En cambio, las salas de lo contencioso-administrativo de los TTSSJ (con la salvedad de los de Extremadura y La Rioja) no han encontrado obstáculos para aceptar la recurribilidad mediante el recurso de casación autonómica de las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, en los mismos supuestos establecidos en la regulación del recurso de casación estatal ante el TS. Como ponen de manifiesto Quintana Carretero *et al.* (2019, p. 554) la recurribilidad de las sentencias de los juzgados «resulta imprescindible para posibilitar la formación de jurisprudencia sobre Derecho autonómico que persigue esta modalidad del recurso de casación».

⁴² *Vid.*, por ejemplo, los Autos del TSJ de Extremadura de 22 de junio de 2017 y de La Rioja de 9 de febrero de 2018, que niegan la recurribilidad de las sentencias de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo. En el caso de Extremadura, también rechazó inicialmente la posibilidad de recurso de casación autonómica contra las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo. *Vid.* el Auto de 6 de septiembre de 2018.

⁴³ *Vid.*, por ejemplo, el Auto de 10 de mayo de 2017 (rec. núm. 3/2017), FJ 3.º y 4.º. Como advierte Parejo Alfonso (2018, p. 351), también fue esta la postura inicial del TSJ de la Comunidad Valenciana, rápidamente rectificada.

por la sala de lo contencioso-administrativo y, en consecuencia, carecería de razón de ser. Otros, en cambio, consideraron que podían ser objeto de este recurso tanto las sentencias de los juzgados como las de las propias salas, aunque en este último caso con diferente extensión, en función de la interpretación realizada en torno a la configuración del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (es el caso de los de Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco)⁴⁴. Por su parte, el TSJ de Castilla-La Mancha no se pronunció inicialmente, a la espera del resultado de tres cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el TC⁴⁵.

En este confuso escenario, irrumpieron dos sentencias clave del TC que han venido a reconfigurar el mosaico existente, introduciendo algunas variantes importantes. Nos referimos a las sentencias 98/2020 y 99/2020, cuya doctrina ha sido seguida posteriormente por otras muchas. La primera de ellas trae causa del recurso de amparo promovido por el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès contra determinados autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña que decidieron tener por no preparado el recurso de casación autonómica que pretendía interponer contra una sentencia de la sección 3.^a de dicha sala, por no considerar susceptibles de casación las sentencias dictadas por la propia sala. El TC considera que la interpretación que se realiza, al excluir las sentencias dictadas por las secciones o las salas de lo contencioso-administrativo,

constituye el resultado de un acto de interpretación y aplicación del art. 86 LJCA que se sustenta en un conjunto de argumentos que no responden a la finalidad perseguida por el legislador y reconocida por este tribunal, de constituir esta modalidad de impugnación el «instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho», en este caso del derecho autonómico. Pero es que, además, aquella interpretación tampoco cumple las dos exigencias de configuración paralela y de remisión implícita que este tribunal ha reconocido, en términos de equiparación normativa, a esta modalidad de recurso respecto del de casación por infracción de la normativa estatal o de la Unión Europea (FJ 3.º).

En consecuencia, estima el recurso del ayuntamiento y aprecia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso al recurso, que aquel reclama.

⁴⁴ *Vid.*, por ejemplo, los Autos de los TSJ de Andalucía, de 24 de enero de 2018 (rec. núm. 14/2017); Aragón, de 15 de febrero de 2018 (rec. núm. 241/2017); Asturias, de 18 de abril de 2017 (rec. núm. 3/2016); Canarias, de 2 de marzo de 2018 (rec. núm. 3/2017); Cantabria, de 6 de febrero de 2018 (rec. núm. 263/2017); Castilla y León, de 23 de junio de 2017 (rec. núm. 33/2017); Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2017 (rec. núm. 403/2017); Galicia, de 17 de marzo de 2017 (rec. núm. 4105/2017); Islas Baleares, de 14 de noviembre de 2019 (rec. núm. 2/2019); Madrid, de 17 de mayo de 2017 (rec. núm. 10/2017); Murcia, de 16 de enero de 2019 (rec. núm. 1/2018); Navarra, de 31 de enero de 2018 (rec. núm. 453/2017); y País Vasco, de 12 de febrero de 2018 (rec. núm. 1/2018).

⁴⁵ *Vid. supra* el apartado 2.2 de este trabajo.

La segunda se pronuncia sobre el recurso de amparo promovido por la Junta de Extremadura contra una resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a un auto por el que se inadmitía un recurso de casación por infracción de la normativa autonómica frente a una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Mérida. También aquí el TC considera que no se ha realizado una interpretación correcta del artículo 86 de la LJCA. En su opinión,

el órgano judicial, al inadmitir el recurso de casación en virtud de una interpretación literal del artículo 86.3 de la LJCA ha llegado a un resultado materialmente contrario al derecho de acceso al recurso que consagra el artículo 24.1 de la CE. En efecto, la decisión adoptada, al no tomar en consideración que el artículo 86.3 de la LJCA, al regular el recurso de casación autonómico, contiene una remisión implícita a la regulación del recurso de casación por vulneración del derecho estatal o de la Unión Europea (STC 128/2018, FJ 6.º y 7.º) y excluir del recurso de casación autonómico a las resoluciones de los juzgados de lo contencioso-administrativo en los supuestos en los que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86.1, apartado segundo, LJCA, serían susceptibles de casación, está inadmitiendo este recurso sin que exista una causa legal en la que se prevea esta consecuencia, lo que, de acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal, determina la vulneración del derecho que garantiza el artículo 24.1 de la CE (FJ 3º).

A la luz de estas sentencias, queda clara la existencia de la posibilidad de recurso de casación autonómica frente a las sentencias dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ –por lo menos, en los que tienen varias secciones o salas– y los juzgados, por lo que ello ha obligado a algunos TSJ a modificar los criterios interpretativos hasta entonces sostenidos.

4.2.1.2. Las distintas posiciones en la actualidad

Tras las sentencias 98/2020 y 99/2020, los TSJ de Cataluña y Extremadura han variado sus posiciones. En el caso de Cataluña, el TSJ, frente a su postura anterior, ha admitido algunos recursos de casación frente a sus propias sentencias⁴⁶. En el caso de Extremadura, ha admitido siete recursos de casación contra sentencias de los juzgados⁴⁷. Asimismo, ha variado su posicionamiento el TSJ de Cantabria, que, desde 2020, no admite casaciones autonómicas frente a sus sentencias.

⁴⁶ *Vid.*, por ejemplo, el Auto de 7 de febrero de 2022 (rec. núm. 39/2021).

⁴⁷ *Vid.*, por ejemplo, el Auto de 14 de septiembre de 2020, que admite un recurso de casación frente a una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Mérida, en materia de retribuciones de personal sanitario, ámbito en el que sobre la misma cuestión los juzgados núm. 1 y núm. 2 de Mérida habían dado una solución distinta.

A la vista de esta evolución y teniendo en cuenta los posicionamientos de los diferentes TSJ, actualmente, hallamos tres situaciones diferentes. En primer lugar, la del TSJ de La Rioja, en que el recurso sigue sin ser posible, ni frente a las sentencias de la propia sala de lo contencioso-administrativo ni frente a las sentencias de los juzgados, a pesar de la jurisprudencia constitucional.

En segundo lugar, la de los TSJ de Extremadura y Cantabria, en que el recurso de casación es posible frente a las sentencias de los juzgados, pero no frente a las sentencias de la propia sala. En el primer caso, el propio TC, en el Auto 41/2018, de 16 de abril, ha avalado la interpretación realizada por el TSJ de Extremadura, conforme a la cual se excluyen de casación por infracción de la normativa autonómica las sentencias dictadas por la propia sala, única, de lo contencioso-administrativo. En el segundo caso, con las nuevas normas de organización y composición de la sala de lo contencioso-administrativo y de integración y funcionamiento de la sección de casación autonómica, adoptadas tras el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 31 de octubre de 2019⁴⁸, y aprobadas por la Sala de Gobierno en sesión de 5 de noviembre de 2020⁴⁹, se ha optado –tras haber estado suspendida la sección especial de casación en 2019 y hasta el mes de diciembre de 2020–⁵⁰ por no admitir el recurso de casación frente a sentencias de la propia sala e integrar una sección de casación autonómica para las sentencias dictadas por los juzgados⁵¹.

En tercer lugar, la del resto de TSJ (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares, Madrid, Navarra, País Vasco y Región de Murcia), que admiten la recurribilidad en casación tanto de las sentencias de los juzgados como de las propias salas de lo contencioso, si bien, en este último caso, hay disparidad de criterios en cuanto a la configuración del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, lo que determina una mayor o menor extensión del recurso, como veremos⁵².

⁴⁸ Mediante este acuerdo se efectuó el control de legalidad del acuerdo adoptado por la Sala de Gobierno del TSJ de Cantabria, en su reunión de fecha 11 de febrero de 2019, sobre propuesta del presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo relativa a las nuevas normas de organización de la sala, que tenían por objeto regular su organización y composición y la integración y funcionamiento de la sección de casación. La Comisión Permanente del CGPJ consideró que dicho acuerdo no era conforme a derecho.

⁴⁹ Con el control de legalidad favorable de la Comisión Permanente del CGPJ de 25 de noviembre de 2020, tal y como se pone de manifiesto en la Memoria Judicial del TSJ de Cantabria de 2020 (p. 44).

⁵⁰ Así se pone de manifiesto en la Memoria Judicial del TSJ de Cantabria de 2020 (p. 45) y en la de 2019 (p. 27).

⁵¹ Con la particularidad adicional, como advierte Baeza Díaz-Portales (2021, p. 433), «de que todos los asuntos que afecten a normas autonómicas son vistos por una sección –prácticamente en Pleno– con el objetivo de fijar doctrina “jurisprudencial” sobre la normativa autonómica cuestionada».

⁵² *Vid. infra*, el apartado 5 de este trabajo.

4.2.2. ¿Y qué sucede con los autos? Acerca de la recurribilidad de los autos de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia y de los juzgados

Otra cuestión no resuelta por la LJCA es si son recurribles en casación autonómica los autos de las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ y de los juzgados de lo contencioso-administrativo, lo que ha suscitado también una incertidumbre importante. De una interpretación sistemática de los párrafos 1 y 3 del artículo 86.3 de la LJCA y de una aplicación analógica de las reglas de la casación estatal se derivaría claramente la exclusión de los autos de los juzgados, ya que el artículo 87 de la LJCA solo admite la casación ante el TS contra autos dictados por órganos judiciales colegiados (Sospedra Navas, 2017, apartado III.2.2; Cudero Blas, 2016, apartado IV).

En cuanto a los autos de las salas de lo contencioso-administrativo, hay división de opiniones entre quienes sostienen su impugnabilidad (Ruiz López, 2016, p. 134; Quintana Carretero *et al.*, 2019, p. 554)⁵³ y quienes la niegan (Quintana Carretero *et al.*, 2016, p. 401; Sospedra Navas, 2017, apartado III.2.2), por cuanto en la casación contra autos entran en juego normas procesales –estatales–, conectadas con el derecho a la tutela judicial efectiva, cuya interpretación corresponde al TS. Sin embargo, los TSJ admiten mayoritariamente la recurribilidad, mediante la casación autonómica, de los autos de las propias salas de lo contencioso-administrativo, en los mismos supuestos que en la casación ante el TS, aunque únicamente en los casos en que el recurso se funde en infracción de normas de la comunidad autónoma. En nuestra opinión, cabe admitir el recurso de casación autonómica frente a los autos de las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, cuando interpreten y apliquen normativa autonómica y tal interpretación constituya la *ratio decidendi* de aquellos, interpretación que también consideran plausible Quintana Carretero *et al.* (2016, p. 401), aunque no la compartan. No obstante, como advierte Ruiz López (2016, p. 134)

en la mayoría de los autos entran en juego normas procesales cuya competencia está reservada en exclusiva al Estado (artículo 149.1.16.^a de la CE), no a las comunidades autónomas, por lo que la virtualidad del recurso de casación autonómico contra los autos puede ser escasa.

⁵³ Aun cuando en 2016 estos autores defendieron la no recurribilidad en casación autonómica de los autos de las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, en 2019, entienden que también debe admitirse este recurso contra los autos de las salas «aunque solo fuera ante la eventualidad de que en una misma sala fijaran ante cuestiones sustancialmente iguales una interpretación de las normas de Derecho autonómico contradictoria. Tal circunstancia, sin duda, justificaría su recurribilidad mediante esta modalidad casacional, ante la evidente necesidad de que tales contradicciones fueran reducidas a la unidad, a fin de salvaguardar el interés general en la interpretación y aplicación del Ordenamiento, conforme a los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídica» (Quintana Carretero *et al.*, 2019, p. 554).

5. El interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: la asimetría reinante en los tribunales superiores de justicia

En el nuevo modelo casacional instaurado tras la reforma de 2015, el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la «clave de bóveda» y la «puerta de acceso al recurso de casación»⁵⁴, por lo que constituye una exigencia ineludible para la admisión del recurso. Teniendo en cuenta la filosofía que inspira la reforma, la presencia de interés casacional objetivo es la base sobre la que se construye el nuevo recurso de casación, por lo que este requisito debe resultar plenamente aplicable a las dos modalidades casacionales existentes (Trias Prats, 2021, p. 187). Sin embargo, la LJCA solo lo regula en el recurso de casación ante el TS. Con arreglo al artículo 88.1 de la LJCA, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite si, «invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Por lo tanto, este elemento es la clave para la admisión y, aunque la LJCA no lo define de forma pormenorizada, como advierte Casado Casado (2019, p. 191), «acota el marco en que ha de desenvolverse tal apreciación», con la inclusión de una doble relación –meramente indicativa– de supuestos en que podrá apreciarse que existe interés casacional (art. 88.2 LJCA) y de supuestos en que se presumirá (art. 88.3 LJCA)⁵⁵, sin perjuicio de que puedan existir otros. Sin embargo, la LJCA obvia toda referencia al interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en el caso del recurso de casación ante los TSJ. De nuevo, una cuestión de la máxima relevancia, en la que se juega la admisión del recurso, está carente de toda regulación, lo que obliga a colmar esta laguna y a plantear si es posible trasladar a la casación autonómica las prescripciones normativas que la LJCA ha establecido para la casación estatal. La cuestión estriba en determinar si es factible la aplicación de los artículos 88.2 y 3 de la LJCA en el caso de los recursos de casación fundados en la infracción de normas autonómicas o, por el contrario, el interés casacional objetivo en este caso debe ser objeto de algún tipo de modulación.

Ante la inexistencia de regulación, han vuelto a aflorar diferentes criterios interpretativos en el seno de los TSJ, en torno a cuándo puede apreciarse interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia; en particular, en el caso de que el recurso se dirija contra sentencias de las propias salas, por cuanto ya existe un pronunciamiento previo de la sala y ello podría llevar a entender que existe ya jurisprudencia formada sobre la cuestión litigiosa, como han hecho algunos TSJ⁵⁶. En consecuencia, también en esta cuestión hay

⁵⁴ Términos utilizados reiteradamente por el TS. *Vid.*, por ejemplo, el Auto de 15 de marzo de 2023 (rec. núm. 5165/2022), FJ 3.º.

⁵⁵ Nos remitimos al amplio examen que realiza Hinojosa Martínez (2018, pp. 336-368).

⁵⁶ Circunstancias y particularidades que no se dan en el caso del recurso de casación autonómica frente a sentencias de los juzgados, donde esta cuestión no se ha mostrado conflictiva, más allá de la necesidad

posiciones divergentes, materializadas en interpretaciones más o menos expansivas del recurso de casación autonómica. Además, no existe aquí pronunciamiento alguno del TC, que no ha entrado a analizar esta cuestión en particular ni a ofrecer una interpretación de este vacío. En este contexto, analizados los posicionamientos en torno a la configuración del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, actualmente, los TSJ pueden agruparse en dos bloques, en función de si optan por una interpretación restrictiva del recurso de casación o, por el contrario, por una interpretación expansiva del mismo.

5.1. La posición mayoritaria: una interpretación restrictiva del recurso de casación autonómica

La posición mayoritaria –sostenida desde el principio por el TSJ de Madrid, seguida posteriormente por los de Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco, y, actualmente, también por el de Asturias⁵⁷ es una «interpretación contenida y pragmática del recurso de casación autonómico»⁵⁸. Con arreglo a esta interpretación, de la que es paradigmática el Auto del TSJ de Madrid de 17 de mayo de 2017, «a salvo de la existencia de supuestos de interés casacional objetivo no expresamente previstos en el artículo 88 LJCA y del juicio que merezca en cada caso el supuesto de presunción de interés casacional de la letra c) del artículo 88.3 LJCA»⁵⁹, solo cabría admitir la existencia de interés casacional objetivo en el recurso de casación autonómica frente a sentencias de las propias salas de lo contencioso-administrativo cuando, ante cuestiones sustancialmente iguales, el criterio sostenido por la sentencia impugnada, en interpretación de normas autonómicas en que se fundamenta el fallo, y el seguido por otra u otras sentencias de la misma sala sean contradictorios entre sí [art. 88.2.a) de la LJCA], salvo que se deba a un legítimo y razonado cambio de criterio⁶⁰; y cuando la resolución recurrida se apartara deliberadamente de la jurisprudencia

de integrar la laguna existente con la aplicación analógica de la normativa reguladora de la casación estatal. *Vid.* el Auto TSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 2022 (rec. núm. 282/2022).

⁵⁷ Inicialmente, el TSJ de Asturias adoptó una posición expansiva del recurso de casación autonómica. Sin embargo, tras el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 15 de julio de 2021, de unificación de criterios sobre el recurso de casación autonómica, solo admite la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en el recurso de casación autonómica frente a las sentencias de la propia sala en los supuestos recogidos en el apartado a) del artículo 82 de la LJCA y en el apartado b) del artículo 88.3 de la LJCA.

⁵⁸ Palabras empleadas por el TSJ de Asturias en el acuerdo mencionado en la nota anterior, p. 4.

⁵⁹ Por ejemplo, mediante Auto del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de febrero de 2020 (rec. núm. 22/2019), se admite un recurso de casación autonómica frente a una sentencia de la propia sala considerando que concurre el interés casacional objetivo previsto en el artículo 88.3.c) de la LJCA (FJ 3.º).

⁶⁰ O, como ha puesto de manifiesto el TSJ de las Islas Baleares, la sentencia que se pretende recurrir en casación haya sido dictada con la composición prevista en el artículo 197 de la LOPJ, precisamente con el objeto

sobre derecho autonómico existente hasta entonces (supuesto del artículo 88.3.b LJCA)⁶¹, «con la única salvedad de que el apartamiento lo fuera respecto del criterio sostenido con anterioridad por la misma sección»⁶². Fuera de estos supuestos, caracterizados por la existencia de sentencias contradictorias, con interpretaciones dispares de la misma norma, de la misma sala (sean de la misma o diferente sección), no cabría apreciar la concurrencia del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, al existir ya esta y estar representada por la doctrina recogida en la propia sentencia que se pretende impugnar y no tener por objeto el recurso la revisión de la jurisprudencia del TSJ. De este modo, con arreglo a esta tesis, el interés casacional se entiende referido exclusivamente a la unificación de doctrina⁶³, cuya fijación justifica el acceso a la sección de casación para que determine definitivamente la interpretación correcta de la norma de derecho autonómico⁶⁴.

5.2. La posición minoritaria: una interpretación expansiva del recurso de casación autonómica

En un segundo bloque, claramente minoritario, se sitúan los TSJ de Aragón y Murcia⁶⁵, aunque, inicialmente, también estaban el de Asturias, que ha variado su posicionamiento, y el de Cantabria, que ahora ya no considera recurribles las sentencias de las salas. Estos tribunales realizan una interpretación amplia del interés casacional objetivo y aprecian su concurrencia

de fijar la doctrina interpretativa correcta poniendo fin a las contradicciones anteriores. *Vid.* los autos de 14 de noviembre de 2019 (rec. núm. 2/2019), FJ 1.º; y de 26 de febrero de 2020 (rec. núm. 3/2019), FJ 1.º.

⁶¹ Este caso «conlleva la existencia de interpretaciones contradictorias del ordenamiento jurídico autonómico sobre cuestiones sustancialmente iguales, siendo por ello reconducible al primero de los supuestos enunciados» (Auto del TSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2019 [rec. núm. 12/2019], FJ 1.º).

⁶² Auto del TSJ de Madrid de 17 de mayo de 2017 (rec. núm. 10/2017), FJ 5.º. *Vid.* también los autos de los TSJ de Andalucía, de 5 de febrero de 2018 (rec. núm. 13/2017); de Canarias, de 14 de mayo de 2019 (rec. núm. 1/2019), FJ 1.º; de Castilla-La Mancha, de 20 de diciembre de 2019 (rec. núm. 4/2019), FJ 1.º; de Castilla y León, de 7 de marzo de 2018 (rec. núm. 144/2017), FJ 4.º; de Cataluña, de 7 de febrero de 2022 (rec. núm. 39/2021), FJ 2.º, y de 28 de septiembre de 2022 (rec. núm. 17/2022), FJ 5.º; de la Comunidad Valenciana, de 28 de septiembre de 2022 (rec. núm. 282/2022), FJ 2.º; de Galicia, de 5 de julio de 2017 (rec. núm. 4184/2017), FJ 5.º; de Illes Balears, de 14 de noviembre de 2019 (rec. núm. 2/2019), FJ 1.º; de Navarra, de 22 de octubre de 2020 (rec. núm. 222/2020); y del País Vasco, de 1 de octubre de 2019 (rec. núm. 12/2019), FJ 1.º.

⁶³ Así lo expresa el TSJ de Castilla-La Mancha en el Auto de 20 de diciembre de 2019 (rec. núm. 4/2019).

⁶⁴ Advierte el TSJ de País Vasco que «el recurso de casación autonómica no se articula para que el Tribunal de casación –la Sección especial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los párrafos segundo y tercero del artículo 88.3 LJCA– someta a revisión la «jurisprudencia» sentada por la propia sala, sino para cumplir la función de formación de jurisprudencia, solo posible cuando resulta contradictoria». Auto de 1 de octubre de 2019 (rec. núm. 12/2019), FJ 1.º.

⁶⁵ No hemos podido acceder a ningún auto de admisión o inadmisión del TSJ de Murcia en materia de casación autonómica, por no estar disponibles en la base de datos del CENDOJ, pero ubicamos aquí a este TSJ, siguiendo a Quintana Carretero *et al.* (2019, p. 562), que lo sitúa en este grupo de TSJ, mencionando expresamente un Auto de 16 de enero de 2019 (rec. núm. 1/2018).

y, por lo tanto, la admisibilidad del recurso, en otros supuestos previstos en los artículos 88.2 y 88.3, más allá de los recogidos, respectivamente, en las letras a) y b). De este modo, el interés casacional objetivo se configura con mayor amplitud y podría basarse en cualquiera de las circunstancias previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 88, de forma análoga a lo que sucede en la casación estatal, sin perjuicio de los necesarios matices y adaptaciones, teniendo en cuenta que se trata de un recurso fundado en la infracción de normativa autonómica⁶⁶.

Estos TSJ admiten el recurso no solo cuando existe doctrina contradictoria en la misma sala o entre distintas secciones de la sala, sino también cuando el recurrente aduce exclusivamente la vulneración de normas autonómicas y pretende que se corrija el criterio establecido por la sentencia y obtener una nueva jurisprudencia, al entender que no es correcto el criterio sustentado en la sentencia recurrida, sin perjuicio de la posibilidad de que el resultado del recurso sea que ese criterio hermenéutico se reafirme o refuerce en lugar de que sea corregido. Así, además de en los supuestos recogidos en la letra a) del artículo 88.2 de la LJCA⁶⁷ y en la letra b) del artículo 88.3, han admitido la concurrencia de interés casacional objetivo, por ejemplo, en los supuestos en que la resolución impugnada sienta una doctrina sobre normas autonómicas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales (art. 88.2.b)⁶⁸; afecta a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso (art. 88.2.c)⁶⁹; resuelve un debate sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida (art. 88.2.d)⁷⁰; aplica normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia (art. 88.3.a)⁷¹; declara nula una disposición de carácter general (art. 88.3.c)⁷²; o resuelve recursos contra actos o disposiciones de los gobiernos o consejos de gobierno autonómicos (art. 88.3.e)⁷³.

⁶⁶ Al respecto, *vid.* el amplio análisis que realiza Trias Prats (2021, pp. 188-239) de los supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en la casación autonómica.

⁶⁷ *Vid.*, por ejemplo, los Autos del TSJ de Aragón de 28 de marzo de 2018 (rec. núm. 19/2018), de 28 de marzo de 2018 (rec. núm. 30/2018), de 28 de marzo de 2018 (rec. núm. 50/2018) y de 6 de febrero de 2019 (rec. núm. 13/2018).

⁶⁸ *Vid.*, por ejemplo, el Auto del TSJ de Asturias de 31 de julio de 2017 (rec. núm. 7/2017).

⁶⁹ *Vid.*, por ejemplo, los Autos de los TSJ de Asturias, de 31 de julio de 2017 (rec. núm. 7/2017); de Aragón, de 28 de marzo de 2018 (rec. núm. 19/2018), de 28 de marzo de 2018 (rec. núm. 30/2018), de 28 de marzo de 2018 (rec. núm. 50/2018) y de 6 de febrero de 2019 (rec. núm. 13/2018); y de Cantabria de 9 de mayo de 2018 (rec. núm. 257/2017).

⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, el Auto del TSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2018 (rec. núm. 257/2017).

⁷¹ *Vid.*, por ejemplo, el Auto del TSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2018 (rec. núm. 257/2017); y los autos del TSJ de Asturias de 18 de abril de 2017 (rec. núm. 3/2016), de 25 de abril de 2017 (rec. núm. 2/2016) y de 17 de mayo de 2017 (rec. núm. 2/2017).

⁷² *Vid.*, por ejemplo, los autos del TSJ de Aragón de 15 de febrero de 2018 (rec. núm. 241/2017), de 21 de diciembre de 2022 (rec. núm. 4/2020) y de 21 de diciembre de 2022 (rec. núm. 5/2019).

⁷³ *Vid.*, por ejemplo, los autos del TSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2018 (rec. núm. 263/2017) y de 29 de junio de 2018 (rec. núm. 116/2018).

6. Realidad empírica del recurso de casación autonómica (2016-2022): valoración a partir de la experiencia práctica acumulada

A la vista del análisis precedente, es evidente que el marco jurídico actual del recurso de casación autonómica es sumamente confuso y fuente de problemas, como demuestra la divergencia interpretativa existente en el seno de los TSJ. En este contexto, cabe preguntarse por la operatividad real y la eficacia de este recurso en la práctica, transcurridos casi siete años desde su entrada en vigor. Solo a partir del análisis de los datos empíricos podremos realizar un balance completo. Como advierte López Menudo (2021, p. 104), «hay que apostar por el valor de la estadística como instrumento de reflexión jurídica sobre lo acontecido y, desde luego, como guía para enfocar el futuro mejorando regulaciones y procedimientos». Sin embargo, son muchas las dificultades que nos hemos encontrado para abordar este estudio empírico⁷⁴. Por una parte, los datos que ofrece la estadística judicial (memorias anuales del CGPJ –en especial, el apartado «Panorámica de la Justicia»– y de los TSJ y base de datos de la estadística judicial [PC-AXIS]) son muy incompletos, no se realizan sobre un patrón uniforme e, incluso, en algunos casos, como hemos podido constatar, son contradictorios, presentan inexactitudes y son desacordes con la realidad. Por otro, la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del CGPJ, aunque permite, a través del sistema de búsqueda, la localización de autos de admisión e inadmisión y de sentencias dictadas en casación autonómica, incluye muy pocas resoluciones judiciales en este ámbito y no ofrece publicidad de todas ellas⁷⁵. En algunos casos, como sucede con los TSJ de Andalucía, Extremadura, La Rioja y Murcia, no se halla ningún auto y, en otros, como pasa con el TSJ de Cantabria, no hay sentencia alguna, lo que dificulta enormemente la composición de una radiografía que refleje fielmente la realidad empírica del recurso de casación autonómica. Partiendo de esta situación y de la imposibilidad de reunir todos los datos relevantes que permitirían articular una valoración completa de este recurso, solo se ofrecen, a partir de la escueta información oficial obtenida y con todas las cautelas, algunos datos y cifras que pueden ayudar a valorar la operatividad real de este recurso.

La primera cuestión interesante a valorar es el número de recursos de casación planteados en el periodo analizado (2016-2022). El número total de asuntos ingresados en la sección especial de casación prevista en el artículo 86.3 de la LJCA en el conjunto de los siete años analizados es de 2.392, existiendo diferencias significativas entre TSJ. Andalucía se sitúa a la cabeza (con 655 –lo que supone el 27,38 % del total–), seguida de Castilla y León (281 –11,75

⁷⁴ Otros autores también apuntan los déficits de las estadísticas existentes para obtener una radiografía precisa de la situación de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Vid.*, en general, Martín Rebollo (p. 343); y, para el caso concreto de la casación autonómica, Aparicio Santamaría (2018 y 2020), Casado Casado (2019, p. 318) y Trias Prats (2021, p. 149).

⁷⁵ El acceso a muchos de los autos mencionados en este trabajo se ha tenido gracias a la amabilidad de algunos magistrados/as de lo contencioso-administrativo o de abogados/as, que nos los han facilitado. A todas y a todos ellos quiero expresar mi más sincero agradecimiento.

%-), Comunidad Valenciana (265 -11,08 %-), País Vasco (259 -10,83 %-), Cataluña (197 -8,24 %-), Madrid (189 -7,90 %-), Galicia (148 -6,19 %-), Navarra (103 -4,30 %-), Canarias (102 -4,26 %-), Aragón (44 -1,84 %-), Asturias e Islas Baleares (ambos 39 -1,63 %-), Murcia (30 -1,25 %-), Castilla-La Mancha (23 -0,96 %-), Cantabria (11 -0,46 %-), Extremadura (7 -0,29 %-) y La Rioja (0, al no haberse podido constituir la sección de casación). Realmente, el número total de recursos de casación, al igual que el número de cada año, es muy bajo, lo que se aprecia claramente si lo comparamos con el número de asuntos ingresados en los TSJ y con el número de recursos de apelación (por ejemplo, en 2022, 345 recursos de casación autonómica, frente a un total de asuntos ingresados de 63.705 -de los cuales 17.131 eran recursos de apelación-; en 2021, 381 frente a 70.980 -19.482 eran recursos de apelación-; y, en 2020, 341 frente a 65.874 asuntos ingresados -15.706 recursos de apelación-).

Otro dato importante es el número de inadmisiones en relación con el número de asuntos ingresados, que ha sido de 1.059 en el período de siete años analizado, lo que supone un porcentaje de inadmisión del 44,27 %, muy inferior al del recurso de casación ante el TS, que se sitúa por encima del 80 %. Existen, sin embargo, diferencias significativas entre TSJ. En tanto que en algunos el porcentaje de inadmisiones sobre el número de asuntos de casación ingresados es muy bajo (12,98 % en el de Andalucía; y 15,66 % en el de Castilla y León), en otros se sitúa en torno al 50 % (59,39 % en el de Cataluña; 58,97 % en el de Islas Baleares; 56,31 % en el de Navarra; 53,84 % en el de Asturias; 50 % en el de Murcia; 44,02 % en el de País Vasco; y 40,91 % en el de Aragón) o muy por encima (84,31 % en el de Canarias; 82,60 % en el de Castilla-La Mancha; 82,26 % en el de la Comunidad Valenciana; 71,96 % en el de Madrid; y 70,95 % en el de Galicia). Y en algunos otros directamente no hay inadmisiones -o así lo reflejan los datos de la estadística judicial- (es el caso de los TSJ de Extremadura -donde, tras la Sentencia del TC 99/2020, solo se han presentado siete de recursos de casación frente a sentencias de un juzgado y todos fueron admitidos-, Cantabria y La Rioja -en este último, por la inoperatividad de la casación autonómica, al no haberse podido constituir la sección de casación-). Por otra parte, en relación con las inadmisiones, en el período examinado, la gran mayoría se han hecho mediante auto (870, que suponen el 82,15 %), utilizándose la providencia en 189 ocasiones (el 17,85 %), aunque también aquí hay diferencias entre TSJ. En efecto, algunos de ellos no utilizan nunca la providencia (es el caso de los de Castilla-La Mancha, Murcia, Navarra y País Vasco) o la usan muy poco, decantándose mayoritariamente por el auto (por ejemplo, es el caso de Asturias, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia o Islas Baleares); otros, en cambio, utilizan mayoritariamente la providencia (por ejemplo, es el caso de Castilla y León); y, en otros, el número de autos y providencias es similar (por ejemplo, Andalucía, Aragón y Madrid).

Con relación al tipo de resolución impugnada, la estadística judicial no aporta datos separados que permitan conocer el número de recursos de casación autonómica interpuestos contra sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo y contra sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, lo que impide saber con certeza en qué ámbito está teniendo más juego este recurso. Ante la inexistencia de datos estadísticos, se han analizado todas las sentencias dictadas en casación autonómica de todos los TSJ que aparecen en la base del CENDOJ (aunque son pocas), con el fin de poder tener una pequeña

muestra, aunque ello no permita conocer plenamente la realidad. Del total de 271 sentencias dictadas en casación autonómica entre 2016 y 2022 incluidas en la base del CENDOJ, 227 resuelven recursos contra sentencias de los juzgados (el 83,76 %) y solo 44 lo hacen contra sentencias de la propia sala (el 16,24 %), lo que evidencia que hay pocas admisiones de casaciones frente a sentencias de las salas. En cuanto al resultado de las sentencias dictadas, en el caso de impugnación de sentencias de los juzgados, la gran mayoría son estimatorias (173 de 227, lo que supone el 76,21 %). En cambio, en el caso de recursos contra sentencias de la sala, la gran mayoría de sentencias dictadas son desestimatorias. Es muy bajo el volumen de sentencias estimatorias (18 de 44, lo que supone un 40,90 %), siendo algo superior el número de sentencias estimatorias en el caso de casaciones frente a sentencias dictadas en apelación (son 10) que en casaciones frente a sentencias dictadas en única instancia (son 8). Por otra parte, en algunos TSJ no hay sentencias estimatorias en casación (por ejemplo, Canarias o Galicia), ni en recursos frente a sentencias de los juzgados ni en recursos frente a sentencias de las salas. En otros, las sentencias estimatorias solo se dan en casaciones frente a sentencias de los juzgados, pero no frente a sentencias de las salas (por ejemplo, Asturias, Extremadura –donde solo existe la casación autonómica en este ámbito–, Navarra o País Vasco); o se dan mayoritariamente en casaciones frente a sentencias de los juzgados (es el caso de Castilla y León). Finalmente, también queremos advertir que muchas de las sentencias analizadas son repetitivas y resuelven un mismo problema casacional (así sucede, por ejemplo, con muchas de las analizadas en los TSJ de Castilla y León, Extremadura o País Vasco), por lo que hay pocas contribuciones desde la perspectiva de la finalidad nomofiláctica que guía el recurso.

En cuanto a los resultados de los recursos de casación, si nos atenemos a los datos que constan en la estadística judicial, en relación con las sentencias dictadas, de las 325 que aparecen, 229 (70,46 %) son estimatorias, 87 desestimatorias (26,76 %) y 9 declaran la inadmisión del recurso (2,77 %). Ahora bien, como puede apreciarse en el cuadro siguiente, las sentencias estimatorias se concentran mayoritariamente en dos TSJ (Castilla y León y País Vasco), que reúnen el 79,03 % de las estimaciones; y hay algunos tribunales en los que no se ha dictado ninguna sentencia estimatoria (Canarias, Cantabria o Galicia). Asimismo, llama la atención el hecho de que en algunos TSJ solo hay sentencias estimatorias (Extremadura) o las sentencias estimatorias predominan sobre las desestimatorias (Aragón, Asturias, Castilla y León, Madrid, Murcia y País Vasco), en tanto que en otros sucede justamente lo contrario (Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares y Navarra).

Tabla 1. Resultados de las sentencias dictadas por los TSJ en recursos de casación autonómica (2016-2022)

| TSJ | Sentencias (inadmisión) | Sentencias (desestimatorias) | Sentencias (estimatorias) |
|-----------|-------------------------|------------------------------|---------------------------|
| Andalucía | 0 | 2 | 2 |
| Aragón | 0 | 1 | 6 |

| TSJ | Sentencias (inadmisión) | Sentencias (desestimatorias) | Sentencias (estimatorias) |
|----------------------|-------------------------|------------------------------|---------------------------|
| Asturias | 2 | 6 | 8 |
| Canarias | 0 | 0 | 0 |
| Cantabria | 1 | 0 | 0 |
| Castilla-La Mancha | 1 | 2 | 1 |
| Castilla y León | 3 | 41 | 86 |
| Cataluña | 0 | 6 | 5 |
| Comunidad Valenciana | 0 | 6 | 2 |
| Extremadura | 0 | 0 | 7 |
| Galicia | 0 | 1 | 0 |
| Islas Baleares | 1 | 3 | 1 |
| La Rioja | 0 | 0 | 0 |
| Madrid | 0 | 3 | 9 |
| Murcia | 0 | 1 | 3 |
| Navarra | 0 | 5 | 4 |
| País Vasco | 1 | 10 | 95 |
| Total | 9 | 87 | 229 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos de la estadística judicial.

Los datos obtenidos de la estadística judicial, además de evidenciar las significativas diferencias existentes entre TSJ, revelan, por un lado, la escasa operatividad del recurso de casación autonómica en la actualidad, tanto por el bajo número de asuntos de este tipo que ingresan en la sección especial regulada en el artículo 86.3 de la LJCA, como por el elevado número de inadmisiones –especialmente frente a sentencias de las salas– y el escaso número de sentencias dictadas. Por otro, el carácter casi anecdótico de este recurso en un buen número de TSJ (por ejemplo, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha o Galicia), sin olvidar su inexistencia en otros (La Rioja, Extremadura o Cantabria–en estos dos últimos casos, frente a las resoluciones de la propia sala de lo contencioso-administrativo–). En realidad, solo está teniendo un cierto juego en Castilla y León y País Vasco. Estos datos deben llevar a reflexionar sobre su utilidad en su configuración actual.

7. Una reforma necesaria e inaplazable: algunas propuestas

La escasa operatividad real del recurso de casación autonómica, a la luz de los datos analizados, unida a los problemas de orden práctico derivados de la insuficiente regulación de la casación autonómica y a la situación actual en que nos encontramos actualmente – existencia de disparidad interpretativa en los TSJ–, con el consiguiente impacto en el derecho a la tutela judicial efectiva de la ciudadanía, hacen del todo imprescindible una reforma de este recurso. De esta necesidad se han hecho eco tanto la doctrina administrativista como la judicatura y el propio TS que, en el año 2015, pocos meses después de aprobarse la reforma de la casación, antes de su entrada en vigor, ya proponía una propuesta de reforma legislativa en cuanto a la casación autonómica.

7.1. Propuesta de reforma formulada por el Tribunal Supremo

En octubre de 2015, una comisión, constituida por el presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo –Sala Tercera– del TS con la finalidad de analizar las cuestiones más relevantes suscitadas por la modificación del régimen legal de la casación e integrada por dos magistrados y una magistrada, presentó una propuesta de modificación de la disposición final 3.^a de la Ley Orgánica 7/2015. Esta propuesta se recogió en un documento de trabajo de esta sala, bajo el título «Problemas interpretativos de la nueva regulación de la casación contencioso-administrativa», cuyo texto constituye, tal como se hace constar en el propio documento, «una mera reflexión preliminar, carente de cualquier valor vinculante»⁷⁶. En este documento, se pone de relieve que «los párrafos segundo y tercero del art. 86.3, referidos al recurso de casación autonómico, contienen unas previsiones inadecuadas e incluso en algunos aspectos inviables» (p. 6), por lo que sugieren y redactan una propuesta de reforma legislativa, cuyo texto se incluye en el propio documento.

Esta propuesta suprime los párrafos 2.º y 3.º del artículo 86.3 de la LJCA e incorpora dos nuevos artículos, 96 y 97, en la LJCA. Dos son los ejes fundamentales de la reforma propuesta. En primer lugar, en el artículo 96, se limita el objeto del recurso a «las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos», si el recurso «pretende fundarse en la infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por el juzgado sentenciador» (apartado 1). La competencia para conocer de este recurso recae en la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ que tenga su sede en la de este, «constituida a ese fin por

⁷⁶ Vid. el documento «Problemas interpretativos de la nueva regulación de la casación contencioso-administrativa. Documento de trabajo de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo», pp. 6 y 30-33.

el presidente de dicha sala y por el magistrado más antiguo y el más moderno de la misma» (apartado 1). En cuanto a la admisión o inadmisión a trámite del recurso «será decidida por la sala o sección que tenga atribuida la competencia para resolverlo» (apartado 3). Por lo que respecta a la regulación de este recurso, en todo lo que no sea incompatible «se regirá por las mismas normas que se establecen para el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo» (apartado 2), si bien se introducen algunas previsiones específicas en relación con la publicidad de los autos de admisión y las sentencias (apartados 4 y 6) y la articulación de este recurso con el de casación ante el TS, en supuestos en que contra las sentencias objeto de impugnación se tuvieran por preparados ambos.

En segundo lugar, se propone recuperar el recurso de casación para la unificación de doctrina autonómico, que quedaría regulado en el nuevo artículo 97 de la LJCA. Este recurso podría presentarse contra «las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, si existen varias de estas salas o la sala o salas tienen varias secciones». La finalidad es conseguir la unificación de doctrina cuando, «respecto de cuestiones sustancialmente iguales, hubieren recaído en aquellas pronunciamientos distintos a los de otra u otras anteriores de dichas salas o secciones» (apartado 1). Este recurso solo podrá fundarse en infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma. En cuanto al órgano competente, la propuesta determina que el recurso se interpondrá directamente ante la sala sentenciadora y que lo resolverá «una sección de la sala de lo contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el presidente de dicha sala, que la presidirá, por el presidente o presidentes de las demás salas de lo contencioso-administrativo y, en su caso, de las secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los magistrados de la referida sala o salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros» (apartado 2, párrafo 1.º). Si la sala o salas tuviesen más de una sección, «la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los presidentes de sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los magistrados que presenten servicio en la sala o salas» (apartado 2, párrafo 2.º). La propuesta también recoge una regulación pormenorizada del procedimiento a seguir para la tramitación de este recurso de casación para la unificación de doctrina (apartados 3 a 9), de los efectos de las sentencias (apartado 10), las costas procesales (apartado 11) y la publicidad de las sentencias (apartado 12), sin olvidar la articulación entre los recursos de casación estatal y autonómica (apartado 1, párrafo 2.º).

Esta propuesta, junto con las conclusiones alcanzadas en el encuentro de la Sala Tercera del TS con presidentes de salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ y de la Audiencia Nacional –celebrado en La Coruña los días 5, 6 y 7 de octubre de 2015–, así como en la reunión de presidentes de TSJ –desarrollada del 18 a 21 de octubre de 2015–, dieron lugar, por decisión de la Comisión Permanente del CGPJ, a la constitución, en el seno de este órgano, de una comisión que se reunió por vez primera el 30 de noviembre de 2015 y que se marcó como objetivo prioritario elaborar un texto definitivo de la propuesta de reforma que pudiese ser presentado al Ministerio de Justicia a finales de enero de 2016, a los

efectos que procediesen. Sin embargo, tal reforma nunca llegó a materializarse, por lo que la incertidumbre en torno a esta modalidad casacional perdura.

7.2. Propuesta de reforma proveniente del Consejo General del Poder Judicial

El CGPJ también ha formulado una propuesta de reforma del recurso de casación autonómica. En el marco del documento «Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma»⁷⁷, se fueron planteando, en diferentes documentos de trabajo, algunas propuestas hasta culminar en la aprobación definitiva, por el pleno de este organismo –el 16 de junio de 2020–, de un plan de choque.

En el primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, adoptado en la reunión de la Comisión Permanente del CGPJ de 8 de abril de 2020, aunque se incluyeron 17 propuestas en el ámbito contencioso-administrativo, ninguna de ellas hizo referencia a la casación autonómica. En cambio, en el segundo, adoptado el 7 de mayo de 2020, sí se incluyó, entre las 19 propuestas en el ámbito contencioso-administrativo, una relativa a la reforma de este recurso: la medida 5.18 –con un nivel de prioridad/urgencia alta–, propuesta por las asociaciones profesionales Juezas y Jueces para la Democracia y Asociación Profesional de la Magistratura y también por varias de las salas de gobierno de los TSJ y consistente en la modificación de los artículos 86.3, 96 y 97 de la LJCA, con arreglo a la propuesta formulada por el TS (pp. 399-405), anteriormente analizada. El objetivo de esta medida, a través de la cual se pretenden solucionar los errores de técnica legislativa en que incurrió la reforma de la LJCA de 2015, es «normalizar el recurso de casación autonómico, contenido hoy día en una regulación técnicamente deficiente, a fin de dotarlo de efectividad real y evitar actuaciones innecesarias y dispares en los diferentes TSJ» (p. 399).

Desafortunadamente, esta propuesta de modificación legislativa no se recogió en el Plan de Choque del CGPJ para la reactivación tras el estado de alarma, aprobado por el pleno el 16 de junio de 2020, ni se ha recogido tampoco en las reformas de la LJCA acometidas o impulsadas con posterioridad y que están actualmente en trámite en las Cortes Generales⁷⁸.

⁷⁷ Aprobado en la reunión de su Comisión Permanente de 2 de abril de 2020 y adoptado con el fin de contribuir al plan de agilización de la actividad judicial previsto en la disposición adicional 19.^a del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19.

⁷⁸ Nos referimos a los proyectos de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia; de Ley orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la LOPJ, para la implantación de los tribunales de instancia y las oficinas de justicia en los municipios; y de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de justicia.

7.3. Algunas reflexiones en orden a una futura reforma

En nuestra opinión, tal y como han evidenciado el TS, el CGPJ y la propia doctrina administrativa, resulta evidente la necesidad de una reforma de la casación autonómica y es urgente la intervención del legislador para subsanar las deficiencias de su régimen actual. Así lo han puesto de relieve, entre otros, Alegre Ávila (2019, p. 64), Álvarez Menéndez (2019, p. 95), Casado Casado (2019, p. 344), Huerta Garicano (2018, p. 64), Parejo Alfonso (2018, p. 352) y Trias Prats (2021, pp. 257-264). Constatada la necesidad de una reforma, urgente e inaplazable, es preciso definir algunas pautas orientadoras que puedan ayudar al legislador a la hora de abordar este reto y entrar a formular propuestas concretas *de lege ferenda*, partiendo de la conveniencia de mantener este recurso⁷⁹.

En nuestra opinión, la reforma de la casación autonómica debe seguir la estela de la formulada por el TS, aunque sin reproducirla miméticamente, y abogar, por un lado, por limitar el recurso de casación autonómica a las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, dada la elevada proporción de sentencias dictadas en única instancia –no susceptibles de recurso de apelación–, como señalan Quintana Carretero *et al.* (2019, p. 573), debería abordarse la regulación de la recurribilidad de las sentencias dictadas por los juzgados con mayor amplitud que en el recurso de casación ante el TS. Una posibilidad podría ser hacer extensivo el recurso a las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados, en las que se interprete y aplique el ordenamiento jurídico de las comunidades autónomas, opción recogida en el «Informe explicativo y propuesta de Ley de eficiencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», elaborado en 2013 por la Sección Especial para la reforma de la LJCA, creada en la Comisión General de Codificación, mediante Orden Ministerial de 11 de julio de 2012 (p. 79). Tampoco sería descartable la posibilidad de que pudieran recurrirse determinados autos de los juzgados –por ejemplo, los dictados en ejecución de sentencia– que, de otro modo, en un sistema de doble instancia muy limitada, quedarían sin posibilidad alguna de recurso. Por otro, por recuperar el recurso de casación autonómica para la unificación de doctrina. Ya fue esta la solución planteada, en su momento, en la propuesta de 2013 de la Sección Especial para la reforma de la LJCA. Y es, según nuestro parecer, la más razonable, teniendo en cuenta las particularidades que se dan en la casación autonómica.

En esta misma línea, Álvarez Menéndez (2019, p. 95) considera que

la discusión acerca de la aplicación de la casación autonómica no podrá darse por zanjada hasta que el legislador no tome conciencia de que es irrazonable articular un recurso que tiene por finalidad formar jurisprudencia frente a sentencias del

⁷⁹ Frente a quienes, como Chaves García (2017, apartado 14), señalan que lo más conveniente sería una modificación legal a través de la cual se produjese la eliminación del recurso de casación autonómica (aunque también plantea, alternativamente, la regulación de su dimensión orgánica y procedimental).

propio TSJ que ya establecen la misma. Debe recuperarse el recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina frente a dichas sentencias y mantener el recurso de casación autonómico, aunque dotándolo de la debida regulación procedimental, frente a las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

También se desprende que es esta la posición de Lozano Cutanda y Blas Galbete (2020, p. 3) cuando, tras afirmar, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, la recurribilidad de las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo siempre que concurren los requisitos recogidos en el artículo 86.1 de la LJCA, afirman, por lo que respecta a las sentencias dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, que, a su juicio, la solución pasa por reconducir el ámbito del recurso «a una suerte de recurso de casación para unificación de doctrina autonómico», habida cuenta de que «la casación autonómica encuentra su razón de ser en la unificación de la interpretación del Derecho autonómico cuando exista contradicción entre sentencias de distintas secciones».

Frente a estas posiciones, Trias Prats (2019, pp. 17-18; 2021, pp. 263-264) apuesta por una reforma de la casación autonómica de mayor calado que implica, en definitiva, cambios profundos en el diseño actual del sistema de la justicia contencioso-administrativa. En su opinión,

si creemos verdaderamente en la casación autonómica, tal vez ha llegado el momento de que las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia dejen de ser lo que son hoy, esa especie de *órgano comodín* que conoce en instancia, apelación y casación. Y se conviertan en auténticos tribunales de casación, que tengan como función principal la de uniformar la interpretación y aplicación del derecho autonómico.

Ahora bien, llegar a este punto implica introducir otras reformas más profundas que vayan más allá de meros cambios en la configuración legal de la casación autonómica; e incidir de lleno sobre otros elementos, como la definición de la planta judicial y de las competencias de los distintos órganos jurisdiccionales –con el consiguiente reforzamiento de las competencias de los juzgados–, con el fin de que los TSJ dejen de ser órganos que conocen en instancia, apelación y casación y se conviertan en auténticos tribunales de casación.

8. Conclusiones

El recurso de casación autonómica presenta en la actualidad serios problemas, como ha podido constarse en este trabajo. El problema medular radica en su escasa –por no decir inexistente– regulación, dado el olvido clamoroso de un legislador que, centrado en regular el recurso de casación ante el TS, olvidó la modalidad casacional ante los TSJ.

El artículo 86.3 de la LJCA adolece de serios defectos de técnica legislativa y presenta una regulación del todo insuficiente e insatisfactoria, con amplias lagunas, que ha hecho

necesaria la aplicación analógica –con las necesarias adaptaciones– del recurso de casación estatal, a la que ha apelado, incluso, el TC. Sin embargo, las dificultades para trasladar miméticamente las previsiones de una modalidad casacional a otra, dadas las diferencias existentes entre ambas, ha dado lugar a criterios interpretativos divergentes en los TSJ, de los cuales nos hemos hecho eco en este trabajo. De este modo, una misma norma jurídica de un único y mismo recurso ha dado lugar a una diversidad interpretativa conducente a que el recurso de casación sea diferente en cada una de las comunidades autónomas, en función de las soluciones interpretativas adoptadas. El resultado, totalmente desconcertante, lleva a un «panorama kafkiano», utilizando palabras de Santamaría Pastor (2017, apartado 5) y a una configuración asimétrica del recurso, con un mayor o menor acceso al mismo en los diferentes territorios, que, además, cuenta con el respaldo del TC. De este modo, que la ciudadanía tenga o no acceso a este recurso va a depender de cuál sea la interpretación dada por los TSJ, por lo que, ante un mismo supuesto, en algunas comunidades autónomas existirá el derecho a plantearlo y en otras no. Aun cuando el TC haya considerado que no hay infracción del principio de igualdad (art. 14 CE), coincidimos con Tornos Mas y Rodríguez Florido (2019, p. 244-245), en que «debería haberse analizado con mayor profundidad la alegación de una posible vulneración del principio de igualdad en la propia ley, una ley que permite que, según cuál sea la doctrina de los diversos tribunales superiores de justicia, los justiciables tengan o no acceso a un recurso casacional». En definitiva, la parca regulación de la LJCA «no debe comportar la desigualdad del justiciable».

Los datos y cifras obtenidos de la estadística judicial también hacen patente la escasa virtualidad práctica del recurso de casación autonómica y de su fórmula actual –especialmente frente a resoluciones de las salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ–, tanto por su escasa utilización como por el elevado número de inadmisiones y las escasas sentencias estimatorias.

Ante esta situación, es necesaria, urgente e inaplazable la intervención del legislador para poner fin al caos desatado, normalizar este recurso y dotarlo de efectividad. Resulta imprescindible que el legislador «proceda a aclarar qué modelo casacional quiere para el sistema de justicia administrativa en lo que al derecho autonómico se refiere» (Chamorro González, 2022, p. 67) y acometa una regulación completa de la casación autonómica, abordando tanto los aspectos orgánicos como procedimentales y definiendo claramente el ámbito de las resoluciones recurribles y la configuración del interés casacional objetivo. Desde esta perspectiva, una opción plausible podría ser retomar la propuesta formulada por la Sala Tercera del TS, de la que hemos dado cuenta en este estudio. Sin embargo, no parece ser esta una cuestión prioritaria, como demuestra la no inclusión de ninguna previsión sobre la casación autonómica en las reformas de la LJCA en trámite.

En tanto no llegue esta reforma, la defectuosa regulación de la LJCA no debe privar de la existencia del recurso de casación autonómica ni ser un obstáculo para su aplicación, habida cuenta de que, desde el momento en que se incluye en la LJCA, la ciudadanía debe disponer del derecho a utilizarlo, en tanto que integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

recogido en el artículo 24 de la CE. Como pone de manifiesto Hinojosa Martínez (2018, p. 469), este derecho «quedaría claramente desconocido si se niega el acceso a un medio de impugnación que el Legislador ha contemplado, aunque para ello haya incurrido en no pocos errores o insuficiencias, siempre superables a través de los instrumentos que el ordenamiento ofrece».

Referencias bibliográficas

- Alegre Ávila, J. M. (2019). El recurso de casación autonómica: déficit legislativo, vigencia constitucional e incertidumbre aplicativa. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2018, con una referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de diciembre de 2018). *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 1-65. <http://www.aepda.es>
- Alonso Mas, M.ª J. (2013). Recurso de casación en el orden contencioso-administrativo y derecho autonómico. *RAP*, 190, 101-148.
- Álvarez Menéndez, E. (2019). La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC de 16 de abril de 2018 y en la STC de 29 de noviembre de 2018. *REALA Nueva Época*, 11, 75-95.
- Aparicio Santamaría, E. (2018). La casación autonómica. *In Dubio pro Administrado*. <http://www.indubioproadministrado.wordpress.com/>
- Aparicio Santamaría, E. (2020). La casación autonómica. Actualización. *In Dubio pro Administrado*. <http://www.indubioproadministrado.wordpress.com/>
- Baeza Díaz-Portales, M. J. (2021). La casación autonómica. En L. M. García Lozano, S. González-Varas Ibáñez y J. A. Tardío Pato (Dir.), *La Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: sus cuestiones más actuales* (pp. 431-438). Aranzadi.
- Casado Casado, L. (2019). *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones*. Tirant lo Blanch.
- Chamorro González, J. M. (2022). La organización y diseño de la jurisdicción contencioso-administrativa en España. *El Cronista*, 101-102, 56-69.
- Chaves García, J. R. (2017). Si un extraterrestre observase el recurso de casación contencioso-administrativo. *DelaJusticia.com. El Rincón Jurídico de José Ramón Chaves*. <http://www.delajusticia.com/>
- Cudero Blas, J. (2016). El recurso de casación por infracción de normas autonómicas. *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*. www.elderecho.com
- Fuentes i Gasó, J. R. (2019). Aval del Tribunal Constitucional al recurso de casación autonómica. En F. López Ramón y J. Valero Torrijos (Coords.), *20 años de la Ley de lo contencioso-administrativo* (pp. 665-676). INAP.
- Hinojosa Martínez, E. (2018). *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*. Wolters Kluwer.
- Huerta Garicano, I. (2018). Los criterios de la Sección de admisión en orden a la admi-

- sión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo. *RAP*, 207, 61-93.
- López Menudo, F. (2021). Un lustro de la nueva casación. Balance ante el reto de la obligada doble instancia. *RAP*, 214, 99-132.
- Lozano Cutanda, B. y Blas Galbete, A. de (2020). El recurso de casación autonómico tras las sentencias del Tribunal Constitucional 98/2020 y 99/2020. *Diario La Ley*, 9718.
- Martín Rebollo, L. (2003). Veinticinco puntos sobre la Jurisdicción administrativa y el reto de la eficacia. En J. M. Bandrés Sánchez-Cruzat (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, 12 (Constitución y control de la actividad administrativa) (pp. 331-360). CGPJ.
- Parejo Alfonso, L. (2018). Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, 339-355.
- Quintana Carretero, J. P. (Coord.), Castillo Badal, R. y Escribano Testaut, P. (2016). *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*. Dykinson.
- Quintana Carretero, J. P. (Coord.), Castillo Badal, R. y Escribano Testaut, P. (2019). Recurso de casación autonómica. En J. P. Quintana Carretero, *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo. Legislación, jurisprudencia y formularios*. (2.ª ed., pp. 537-573). Dykinson.
- Ruiz López, M. Á. (2016). *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Santamaría Pastor, J. A. (2017). Pero ¿qué ocurre con la casación autonómica? *Diario La Ley*, 9027.
- Sospedra Navas, F. J. (2017). El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.
- Trias Prats, B. (2021). *El nuevo modelo de la casación contencioso-administrativa autonómica*. Iustel.
- Tornos Mas, J. y Rodríguez Florido, I. (2019). El recurso de casación por infracción de normativa autonómica: entre un reconocimiento dispar y una controvertida constitucionalidad. *RAP*, 209, 211-245.

Lucía Casado Casado. Doctora en Derecho (2003) por la Universidad Autónoma de Barcelona. Actualmente es profesora titular en el Departamento de Derecho Público de la Universidad Rovira i Virgili, acreditada como catedrática de universidad por la ANECA. Es coordinadora del grupo de investigación de la URV «Territorio, ciudadanía y sostenibilidad» (reconocido como grupo consolidado por la Generalitat de Catalunya –SGR 2021 00162–), secretaria del Institut Universitari de Recerca en Sostenibilitat, Canvi Climàtic i Transició Energètica e investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona. Cuenta con una larga y consolidada trayectoria investigadora, avalada por el reconocimiento de 4 sexenios (3 de investigación y 1 de transferencia) y la obtención de la acreditación de investigación avanzada de la AQU Catalunya. También ha ganado el Premio Estudios Financieros en 2020 y 2023 en la modalidad de Derecho Constitucional y Administrativo. <https://orcid.org/0000-0001-5603-3264>



El tratamiento jurídico de los criptoactivos: una mirada holística

Norberto Miras Marín

Profesor contratado doctor de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de Murcia (España)

norberto.miras@um.es | <https://orcid.org/0000-0001-9076-9064>

Extracto

El régimen jurídico de los criptoactivos ha sido objeto de debate y análisis en diferentes áreas del derecho, siendo las más relevantes: la normativa sobre blanqueo de capitales, el derecho penal, el derecho a la protección de datos personales, el derecho laboral y el derecho mercantil –referente a la regulación de su publicidad y de su estatus en el mercado financiero–. En este análisis se explorarán cada una de estas ramas para la clarificación del tratamiento jurídico de los criptoactivos.

Palabras clave: criptoactivos; blanqueo de capitales; ilícitos penales; protección de datos; regulación mercantil; *tax regime*, *blockchain*.

Recibido: 01-06-2023 / Aceptado: 22-08-2023 / Publicado (en avance *online*): 18-09-2023

Cómo citar: Miras Marín, N. (2023). El tratamiento jurídico de los criptoactivos: una mirada holística. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 273. 85-116. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19203>



The juridical regime of crypto-assets: a holistic view

Norberto Miras Marín

Abstract

The legal regime of cryptoassets has been the subject of debate and analysis in different areas of law, the most relevant of which are: money laundering regulations, criminal law, personal data protection law, labour law and commercial law –referring to the regulation of their publicity and their status in the financial market–. This analysis will explore each of these aspects in relation to crypto-assets.

Keywords: crypto-assets; money laundry; criminal offences; data protection; commercial regulation; tax regime; blockchain.

Received: 01-06-2023 / Accepted: 22-08-2023 / Published (online preview): 18-09-2023

Citation: Miras Marín, N. (2023). El tratamiento jurídico de los criptoactivos: una mirada holística. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 273, 85-116. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19203>



Sumario

1. Consideraciones previas
 2. Blanqueo de capitales y criptoactivos
 3. Criptoactivos e ilícitos penales
 4. Protección de datos y la inalterabilidad de los criptoactivos: ¿responde el sistema de cadena de bloques a las exigencias del Reglamento General de Protección de Datos?
 - 4.1. El Reglamento General de Protección de Datos Personales y las *blockchains*
 - 4.2. La cuestión de la inaplicabilidad o no de la excepción respecto al tratamiento de datos personales en el ámbito doméstico o familiar en el ámbito de las *blockchains*
 - 4.3. La anonimización y pseudonimización de los datos personales en las *blockchains*
 - 4.4. Adecuación de las figuras del RGPD a la *blockchain*
 5. La liquidación y pago del salario a un trabajador en criptoactivos
 6. Las primeras reglamentaciones de los criptoactivos fuera del ámbito del blanqueo de capitales
 - 6.1. La Circular 1/2022 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre publicidad de criptoactivos
 - 6.2. El reglamento europeo sobre mercados de criptoactivos
 7. Tratamiento tributario de los criptoactivos
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Consideraciones previas

Es natural comenzar este estudio acuñando una definición de criptoactivo. Para ello nos debemos apoyar, en primera instancia, en definiciones de organizaciones internacionales que han plasmado su punto de vista en informes o propuestas dirigidas a organismos públicos. Tanto la Organización Internacional de Estandarización (ISO) como la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU) comparten la misma definición de criptoactivo, entendido como todo «activo digital que es implementado a través de técnicas criptográficas»¹.

Por otro lado, instituciones del ámbito comunitario también han tenido interés en delimitar el concepto, como, verbigracia, la compleja –y extensa– definición aportada por la Autoridad Bancaria Europea (EBA), que ha consagrado la definición de criptoactivo como un activo que: (a) depende principalmente de la criptografía y de la DLT o de una tecnología similar como parte de su valor percibido o inherente, (b) no está emitido ni garantizado por un banco central o una autoridad pública, y (c) puede utilizarse como medio de intercambio y con fines de inversión y para acceder a un bien o servicio (Barrio Andrés, 2021, p. 51).

En la misma línea, la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) los define como «un tipo de activo privado que depende principalmente de la criptografía y de la tecnología DLT o similar como parte de su valor percibido o inherente»².

¹ Technical Specification FG DLT D1.1. «Distributed ledger technology terms and definitions», p. 6. <https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/dlt/Documents/d11.pdf>

² Además, esta añade que un criptoactivo nunca podrá ser un activo emitido por un banco central. Esto entra en colisión con la realidad, porque los bancos centrales están ahora mismo sumergidos en proyectos de emisión de criptodivisas de curso legal, que son, materialmente, criptoactivos. ESMA. Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets.

La GAFI –Grupo de Acción Financiera internacional– los califica como «representaciones digitales de valor que pueden ser comercializados digitalmente o transferidos, así como utilizados para fines de pago o de inversión»³.

Algo más escueta y «negativa» es la definición del Banco Central Europeo (BCE), que lo ha calificado como «todo activo registrado en forma digital que no es ni representa un derecho ni una obligación financiera de ninguna persona física o jurídica, y que no incorpora un derecho de propiedad contra una entidad»⁴.

Aunque ha tardado más de lo que sería prudente en regular esta figura, la Comisión Europea, en su propuesta de ordenación del mercado de criptoactivos de septiembre de 2020⁵ –conocida como MiCA–, en su artículo 3, delimita al criptoactivo como «una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar».

Como podemos observar, el criptoactivo queda sintetizado por la Comisión Europea como la representación digital de un valor o de derechos. Es una definición que puede parecer demasiado amplia y abstracta, pero tenemos que reconocer que es, de las estudiadas, la que más se ajusta a la realidad si la ponemos en conexión con su naturaleza técnica.

Sentado lo cual, podemos estudiar su impacto en las diferentes áreas jurídicas. Así, en primer lugar, en el ámbito del blanqueo de capitales los criptoactivos son una preocupación importante. Las transacciones realizadas con criptomonedas pueden ser difíciles de rastrear y existe el riesgo de que se utilicen para el lavado de dinero. Los países han implementado medidas regulatorias para prevenir esta práctica, como la identificación de los usuarios de criptomonedas y la obligación de informar sobre transacciones sospechosas.

En segundo lugar, la protección de datos también es un tema relevante en relación con los criptoactivos, puesto que las transacciones con criptomonedas a menudo involucran la divulgación de información personal, y es necesario garantizar que se respeten los principios de privacidad y protección de datos (García Costa, 2006, p. 289)⁶. Los usuarios deben tener

³ Según la definición ofrecida por dicha organización en su página web. <https://www.gafilat.org/index.php/es/>

⁴ Como señala el dictamen del Banco Central Europeo, de 12 de octubre de 2016, sobre una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica la Directiva 2009/101/CE (CON/2016/49). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016AB0049>

⁵ Así se indica en el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937 (texto pertinente a efectos del EEE). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32023R1114>

⁶ Desde los albores de internet se ha tenido especial cuidado en estos asuntos. Se propusieron organismos reguladores de la misma de carácter pluridisciplinar como la ICANN y entidades sucesoras, pero no han tenido el desarrollo esperado.

el control sobre la información que comparten y cómo se utiliza. Las regulaciones como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) en la Unión Europea establecen estándares estrictos para el manejo de datos personales, y estos principios también deben aplicarse a las transacciones con criptoactivos.

En tercera instancia, el derecho penal también desempeña un papel en el régimen jurídico de los criptoactivos. Si bien las criptomonedas en sí mismas no son ilegales, su uso en actividades delictivas puede llevar a la aplicación de leyes penales. Por ejemplo, el uso de criptomonedas en el pago de rescates por *ransomware* o en la compra de bienes ilegales puede ser objeto de persecución penal, pero el nicho en el área penal lo encontramos en la estafa.

En cuarto lugar, el derecho laboral también se ve afectado por los criptoactivos. La creciente adopción de criptomonedas ha llevado a que algunos empleadores paguen a sus empleados en criptomonedas en lugar de monedas tradicionales. Asimismo, también se deben considerar los aspectos fiscales relacionados con el pago de salarios en criptoactivos.

Y en último lugar, la publicidad y la promoción de los criptoactivos plantean desafíos en términos de protección al consumidor y veracidad de la información. En muchos casos, se han observado prácticas engañosas o fraudulentas en la promoción de criptomonedas, lo que puede llevar a pérdidas financieras significativas para los inversores. En el mismo ámbito del derecho mercantil, la regulación de los mercados financieros es otro aspecto relevante en el régimen jurídico de los criptoactivos. A medida que las criptomonedas se han vuelto más populares y han ganado aceptación en el sistema financiero, es necesario establecer un marco regulatorio adecuado para proteger a los inversores y garantizar la integridad del mercado. Esto incluye la supervisión de las plataformas de intercambio de criptomonedas, la prevención de manipulaciones del mercado y la aplicación de normas para las ofertas iniciales de monedas (ICO, por sus siglas en inglés). La regulación también debe abordar aspectos como la custodia de criptoactivos y la divulgación de información relevante para los inversionistas.

Desarrollemos con amplitud estas ideas en los siguientes epígrafes.

2. Blanqueo de capitales y criptoactivos

Gran parte de la regulación de criptoactivos se refiere a la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. El Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, ha establecido normativa relativa al régimen de las criptomonedas en este ámbito.

En sede europea, en el considerando núm. 8 de la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, el legislador europeo advierte de la necesidad de regular a los proveedores de servicios de cambio de monedas de curso legal por monedas virtuales y a los *wallets* o depósitos de criptoactivos en materia de blanqueo de capitales. El legislador de la Unión advierte que estas entidades y proveedores han podido ofrecer a los grupos terroristas un manto de anonimato por el que poder introducir dinero en la Unión derivado de sus actividades delictivas. Es precisamente esta amenaza la que motiva la incorporación de estos proveedores al conjunto de entidades obligadas a prestar información y a controlar las conductas de sus clientes.

El problema, en general, del blanqueo en el ámbito de la Unión Europea no es de pequeña dimensión. La Resolución del Parlamento Europeo de 10 de julio de 2020 sobre «una política global de la Unión para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo»⁷, que lleva aparejado un plan de acción, indica que en torno al 1 % del producto interior bruto anual de la Unión está relacionado con actividades financieras sospechosas⁸, como el blanqueo de capitales vinculado a la corrupción, el tráfico de armas y la trata de seres humanos, el narcotráfico, la evasión y el fraude fiscales, la financiación del terrorismo u otras actividades ilegales que afectan a la vida cotidiana de los ciudadanos de la Unión. De los 10 países y territorios más opacos del mundo, según la clasificación en el índice de opacidad fiscal de *Tax Justice Network*, dos son Estados miembros de la Unión⁹, otro se encuentra en el corazón de Europa, aunque no sea de la Unión¹⁰, y dos son territorios de ultramar de Reino Unido –hasta hace poco miembro–¹¹. Destaca que, de conformidad con el índice de opacidad fiscal, los países pertenecientes a la OCDE son responsables del 49 % de toda la opacidad fiscal mundial, y que se utilizan facturas falsas para evadir impuestos o derechos de aduanas, blanquear el producto de actividades delictivas, eludir controles de divisas y trasladar beneficios a entidades radicadas en zonas de baja o nula tributación¹².

En la práctica se utilizan varias técnicas informáticas para lavar dinero usando criptomonedas: el *mixing* o «mezcla», el *tumbling* o «volteo» y el intercambio. La «mezcla» implica combinar fondos de múltiples fuentes para ocultar el origen de los fondos, lo que dificulta

⁷ Así se manifiesta en la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 2020, «Una política global de la Unión para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo - Plan de acción de la Comisión y evolución reciente». https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0204_ES.html

⁸ Se cifra en 160.000 millones de euros.

⁹ Luxemburgo y Países Bajos.

¹⁰ Suiza.

¹¹ Islas Caimán, que ocupa el primer puesto, y las Islas Vírgenes Británicas.

¹² Datos del conocido y comentado «Índice secreto financiero». <https://fsi.taxjustice.net/es/>

rastrearlos hasta su fuente original¹³. *Tumbling* implica transferir criptomonedas repetidamente entre varias billeteras o *wallets* para esconder también su origen. El intercambio implica el uso de intercambios *off line* o redes de igual a igual –*peer to peer*– para convertir una criptomoneda en otra o en moneda fiduciaria tradicional, lo que dificulta el seguimiento de los fondos.

Como reconocimiento de la relevancia del problema y la utilización de criptoactivos como instrumento vehicular del *money laundering*, la transposición de la normativa europea respecto al blanqueo mediante criptoactivos, realizada a través del Real Decreto-ley 7/2021, modifica el tenor del artículo 1 de la Ley 10/2010, incorporando en su artículo 3 una definición de moneda virtual, del acto de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de qué se entiende por proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos. Asimismo, se incorporan como sujetos obligados de la norma a estos proveedores de cambio de moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos, que deberán ser entidades financieras y que deberán aplicar el régimen del Real Decreto-ley 19/2018.

El Real Decreto-ley 7/2021 incorpora, además, a la Ley 10/2010, una disposición adicional segunda por la que se crea un registro de proveedores de servicios de cambio de moneda de curso legal por moneda virtual y de custodia de monederos electrónicos. Con este registro –que se encontrará bajo la supervisión del Banco de España–¹⁴, se pretende obtener un mayor control de todas aquellas personas físicas o jurídicas que ofrezcan estos servicios en España, con independencia de su nacionalidad o de la ubicación en que se encuentren los destinatarios. Curiosamente se ha previsto en la norma el incumplimiento de este deber de registro en la propia disposición adicional, calificándolo como una infracción muy grave¹⁵.

La DAC, en su versión octava, da un paso más en la regulación de los criptoactivos: para empezar ya no solo habla de las divisas virtuales, sino que añade la categoría de criptoactivo como género –siendo la criptodivisa la especie– y añade la exigencia a los proveedores de servicios de criptoactivos de almacenamiento y suministro a la Administración de información sobre las transferencias de criptoactivos de cualquier importe para garantizar la trazabilidad e identificar las transacciones sospechosas¹⁶.

¹³ Hemos hecho referencia al estudiar el ecosistema de las monedas virtuales «clásicas» a plataforma de internet que se dedican exclusivamente a esto –*mixing, tumbling y interchange*–. Por otro lado, algunas empresas de análisis de *blockchain* ofrecen herramientas para rastrear transacciones e identificar actividades sospechosas para prevenir el lavado de dinero con criptomonedas.

¹⁴ En este sentido, la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 7/2021, de 28 de abril, fija un plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor para la puesta en funcionamiento de este registro.

¹⁵ El Banco de España sería la autoridad legitimada para imponer a los sujetos infractores las sanciones que contempla el título IV de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

¹⁶ El 8 de diciembre de 2022, la Comisión Europea propuso un texto que modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (DAC8). LA DAC8 establece,

3. Criptoactivos e ilícitos penales

Los ilícitos penales que se producen en torno a los criptoactivos son, principalmente, «robos» y estafas. En cuanto al «robo» de criptoactivos no hay mucho sobre lo que extenderse: se produce una sustracción de la clave privada que da acceso al criptoactivo por acceso no autorizado –*hacking*–¹⁷. Sin embargo, la cuestión de la estafa es más interesante, sobre todo porque muchos generalizan sobre los criptoactivos denominándolos «estafas».

Mención pormenorizada merecen dos cuestiones sobre la estafa en este ámbito: el estudio de la asimilación generalizada de criptoactivos con estafas piramidales y el análisis de las denominadas *scamcoins*.

Desde un punto de vista económico, la estafa piramidal o «esquema Ponzi» es un modelo de negocio ficticio de estructura jerárquica que garantiza unas rentabilidades futuras sobre la base de los depósitos de nuevos clientes. Dicha estafa adquiere el nombre de pirámide por la necesidad de una base de nuevos clientes mayor que los captados con anterioridad. En los criptoactivos –aunque sean emitidos de forma descentralizada–, la formación de su precio de mercado se rige por las leyes de la oferta y la demanda. Las fluctuaciones de precios que pudiera experimentar afectarán de igual modo a todos sus tenedores y, por tanto, en ningún momento los criptoactivos prometen rentabilidades futuras¹⁸. En esta línea, debiera destacarse a su vez que la formación del precio de mercado es un mecanismo complejo, alejado del simple incremento de la masa monetaria depositada por parte de nuevos adquirentes.

entre otras cosas, un marco de información sobre criptoactivos para las autoridades competentes de la UE, que entrará en vigor el 1 de enero de 2026. En la actualidad, los criptoactivos están excluidos del intercambio de información. Si un contribuyente posee o realiza transacciones con criptoactivos, la parte que tiene estos clientes no está actualmente obligada a declarar la información relacionada con los criptoactivos a las autoridades fiscales de la UE. Dado que los activos mantenidos en estos instrumentos electrónicos conllevan un riesgo potencial de infraposición, la DAC8 permite a los Estados miembros de la UE recibir e intercambiar información sobre los usuarios de criptoactivos mediante la aplicación de procedimientos de diligencia debida y normas de información para los operadores en transacciones de criptoactivos y sus usuarios.

¹⁷ El delito de acceso ilegal a sistemas informáticos pasa a regularse en el artículo 197 bis del Código Penal, que contempla, por una parte, el acceso ilegal, sin autorización, vulnerando las medidas de seguridad, y por otra, la interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos.

¹⁸ La fundación que regula *bitcoin* advierte de que no se prometen futuras rentabilidades y que si se utiliza como medio de especulación se estará sujeto a volatilidad. Bitcoin.org establece indicaciones previas al uso, que advierten de los riesgos inherentes al mismo: «Recuerde siempre que es su responsabilidad adoptar las medidas adecuadas para proteger su dinero. [...] Mantener sus ahorros en bitcoin no es recomendable. Bitcoin se debe considerar como un activo de alto riesgo, y nunca se debe almacenar dinero que no se pueda permitir dar el lujo de perder con Bitcoin. [...] Recuerde que es su responsabilidad adoptar buenas prácticas para proteger su privacidad. [...] Bitcoin todavía es experimental».

Por tanto, los criptoactivos incumplen dos presupuestos centrales de una estafa piramidal. En primer lugar, la promesa de pago en forma de rentabilidades futuras garantizadas y, en segundo lugar, la obtención de dichas rentabilidades procedentes de las participaciones de crecientes nuevos inversores. Como consecuencia, en principio, los criptoactivos no son, en general, «estafas», porque no se cumple el tipo penal indicado en el artículo 248, por cuanto no existe engaño bastante para producir la transmisión patrimonial. El adquirente de un criptoactivo soporta el riesgo del inversor y puede ser «víctima» de técnicas –que, por otra parte, pueden ser lícitas–, como el conocido «*pump and dump*», en la que se «infla» un valor de mercado y se vende¹⁹.

Sin embargo, aunque, en principio, las operaciones con criptoactivos no se ajusten al tipo penal de la estafa, se han detectado estafas vinculadas a criptoactivos. Ejemplo de lo mismo es la resolución a consulta vinculante de 25 de junio de 2015, bajo el código V1979-15: se aborda la estafa que sufre alguien que deposita sus *bitcoins* en una especie de «entidad financiera» que le va a remunerar el préstamo a terceros de las monedas. Llegado el momento del cobro le indican que solo le pueden devolver el 5 % de lo depositado²⁰. Igualmente, en la contestación a consulta vinculante de la DGT, de 8 de septiembre de 2015, V2603-15, se abordan unos pagos realizados a un banco polaco para comprar *bitcoins* en Japón, lo que resultó una estafa, ya que nunca se adquirieron²¹.

¹⁹ En el anteproyecto de ley por el que se modifica el Código Penal para luchar contra el fraude digital se han realizado matizaciones por el ministerio público. Entre ellas sugiere que se aproveche la modificación del artículo 248.2 del Código Penal para incluir la «expresa mención de las monedas virtuales» para dar «mayor efectividad que se pretende con la directiva». Entendemos que resulta evidente que los criptoactivos se encuentran comprendidos en el concepto de cualquier activo patrimonial, en este caso, inmaterial, que ya consta en el artículo 248 de la CP. Si bien el informe se apoya en la directiva europea aprobada en 2019 que ahora se intenta transponer, que «anima a los Estados miembros a garantizar en sus respectivas legislaciones nacionales que las monedas de carácter virtual que emitan en el futuro sus bancos centrales u otras autoridades públicas disfruten del mismo nivel de protección frente a los delitos de fraude que los medios de pago distintos del efectivo en general». Un síntoma más de que el euro digital va en serio. <https://www.fiscal.es/documents/20142/102607/Informe+del+Consejo+Fiscal+al+Proyecto+de+Real+Decreto+por+el+que+se+regula+la+composici%C3%B3n+y+funcionamiento+del+consejo+asesor+de+prevenci%C3%B3n+y+lucha+contra+el+fraude+comunitario.pdf/dd930ee2-aed5-ddd8-7a09-e01beda4fbf?version=1.1&t=1531295367910>

²⁰ Y la Dirección General de Tributos descorazona aún más al contribuyente cuando le indica que «el importe de un crédito no devuelto a su vencimiento no constituye de forma automática una pérdida patrimonial, al mantener el acreedor su derecho de crédito, y solo cuando ese derecho de crédito resulte judicialmente incobrable será cuando produzca sus efectos en la liquidación del impuesto sobre la renta de las personas físicas, entendiéndose en ese momento producida la existencia de una pérdida patrimonial». Por tanto, la pérdida real de los *bitcoins* o del dinero invertido en los mismos no implica que se tenga automáticamente una pérdida fiscal, ya que se estaba ante una operación de crédito y habrá que agotar las acciones judiciales para generar la pérdida fiscal.

²¹ La solución es la misma que en la consulta de 25 de junio de 2015: hay que agotar las acciones de cobro en vía judicial frente a la entidad financiera polaca. El hecho de perder la moneda virtual no genera una

Estas estafas están vinculadas al «ecosistema» de las monedas virtuales, pero no a la naturaleza de las mismas, son falsos *wallets* de monedas o falsos *exchangers* que engañan para que se les realice la transmisión patrimonial de las propias divisas o del dinero de curso legal. Existen modelos de estafa más sofisticados, las denominadas *scam coins*²², con operativas diferentes, con el clásico «esquema Ponzi», como el de la criptomoneda Pincoin, administrada por una compañía que operaba en Vietnam y con 32.000 inversionistas, que invirtieron un total de 660 millones de dólares, prometiendo rendimientos mensuales del 40 % sobre las inversiones realizadas y cuyas transacciones no eran abiertas, sino que estaba programado como un sistema cerrado jerárquico.

Se han dado varios casos famosos de este supuesto, como: OneCoin, Plexcoin y Genratech. Esquemas Ponzi con forma de criptomonedas, tal y como los ha denominado la propia Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (SEC), a través de su Unidad de Delitos Cibernéticos, suspendiendo sus operaciones y presentando cargos contra sus administradores²³. En estos casos la misma programación informática replica el esquema Ponzi clásico y paga «dividendos» con las cuotas de entrada de los nuevos adquirentes, mientras detrae una parte importante hacia el bolsillo de los administradores. Son estafas piramidales automatizadas informáticamente.

También hay que hacer referencia a las «ICO falsas», siendo ofertas de venta al público de divisas virtuales u otro tipo de *tokens* o *smart contracts*, previa a su lanzamiento en las casas de intercambio o al lanzamiento del *software*, con el objeto de financiar su coste. Es lo que se conoce como ICO (*initial coin offering*). Normalmente, resultan inversiones muy rentables, pero hay quienes aprovechan esta realidad para crear una web con una idea de fondo atractiva de lanzar un criptoactivo de cualquier tipo, convenciendo a personas para que depositen sus fondos a nombre de la empresa, la cual posteriormente desaparece²⁴.

4. Protección de datos y la inalterabilidad de los criptoactivos: ¿responde el sistema de cadena de bloques a las exigencias del Reglamento General de Protección de Datos?

La protección de datos y los criptoactivos son dos temas importantes e interrelacionados en el mundo digital de hoy. La protección de datos es importante en el mundo de los

pérdida fiscal automáticamente, ya que habrá que justificar su tenencia, fecha y valor de adquisición, así como justificación de la pérdida a través de la oportuna prueba.

²² Podemos acceder a un listado de ellas en: <https://deadcoins.com/>. Y no son pocas.

²³ Vid. https://www.sec.gov/investor/alerts/ia_virtualcurrencies.pdf

²⁴ La Oficina de Educación y Defensa de Inversores de la SEC ha creado un sitio web con una ICO falsa para demostrar lo fácil que resulta realizar estos fraudes y concienciar al inversor. Vid. <https://www.howeycoins.com/index.html>

criptoactivos porque los usuarios a menudo deben proporcionar información personal para comprar, vender o comerciar en plataformas *blockchain*. Es importante asegurarse de que esta información esté protegida y no sea vulnerable a tratamientos y cesiones no consentidos (Pérez Campillo *et al.*, 2021, pp. 2.163-2.212).

4.1. El Reglamento General de Protección de Datos Personales y las *blockchains*

Las características esenciales del *blockchain* –en donde se encuentran los criptoactivos– son la inalterabilidad y la automatización. Esto plantea un conflicto en materia de protección de datos personales. Desde el año 2016 está en vigor el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²⁵ (en adelante, RGPD). El RGPD colisiona con los automatismos y la petrificación de la cadena de bloques dado que la normativa de protección de datos exige ciertos mecanismos para la protección de los datos personales que las *blockchains* no han implementado. A estos efectos, y con el objetivo de proponer soluciones a los problemas existentes, se han emitido distintos documentos desde algunas instituciones europeas, así como desde distintas autoridades de control en materia de protección de datos, que vamos a analizar en este epígrafe conjuntamente a la legislación aplicable²⁶.

4.2. La cuestión de la inaplicabilidad o no de la excepción respecto al tratamiento de datos personales en el ámbito doméstico o familiar en el ámbito de las *blockchains*

Las *blockchains* son registros distribuidos y públicos que registran transacciones de forma inmutable y transparente. En este sentido, la información contenida en una *block-*

²⁵ La protección de las personas físicas en el ámbito del tratamiento de datos personales es un derecho fundamental que entra en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución española. Nuestra constitución fue pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales cuando dispuso que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». La garantía específica tomó forma en sucesivas leyes orgánicas –LORTAD y LOPD–, hasta su consolidación en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que bebía directamente del RGPD.

²⁶ Autoridades en nacionales e internacionales en PD como la Agencia Española de Protección de Datos, la autoridad francesa de protección de datos Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), septiembre de 2018, *Premiers éléments d'analyse de la CNIL: BLOCKCHAIN* y European Data Protection Supervisor, octubre de 2019, *Introducción al hash como técnica de seudonimización de datos personales*, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 7 de julio de 2021. https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor-gdpr_en, entre otras.

chain puede incluir datos personales sensibles que deben ser protegidos de acuerdo con las leyes de privacidad de datos aplicables. Según establece el artículo 3 del RGPD, los responsables o encargados del tratamiento que desarrollen sus actividades mediante un establecimiento en la Unión Europea (UE) o cuando la oferta de bienes o servicios de un no residente se dirija a ciudadanos de la UE, el RGPD será aplicable. Por consiguiente, plataformas de las cadenas de bloques que cumplan con cualquiera de estos dos puntos de conexión deberán tener en cuenta la normativa europea sobre protección de datos personales (Llamas Covarrubias, 2021, p. 28).

En algunos países, la protección de datos personales puede no aplicarse en el ámbito doméstico o familiar, lo que significa que las personas pueden compartir y procesar datos personales entre ellos sin estar sujetos a las regulaciones de protección de datos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que si se comparten datos personales en una *blockchain*, estos pueden ser accesibles para cualquier persona con acceso a la *blockchain*, lo que podría suponer un riesgo para la privacidad. En sede del RGPD la excepción se encuentra regulada en el artículo 2.2 c) del RGPD, que se refiere al tratamiento en el ámbito doméstico o familiar, y señala que: el tratamiento «efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas» no quedará sujeto al RGPD. ¿Qué debe considerarse una «actividad exclusivamente personal o doméstica» a la luz del artículo 18 del RGPD? La misma norma nos responde añadiendo que será aquella que se realice sin conexión ninguna con actividad profesional o comercial. Ahora bien, hay que tener en cuenta que una base de datos puede crearse de manera doméstica y, posteriormente, venderse a una empresa de marketing, por ejemplo. Ahí la finalidad de una misma base de datos variaría²⁷.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el asunto *Bodil Lindqvist*, añadió un requisito adicional para la aplicación de la excepción de actividad personal y doméstica que se configura en el potencial alcance que pueda tener el tratamiento de los datos personales²⁸. En mi opinión este es un requisito jurisprudencial con muchos ángulos oscuros porque resulta claro el perjuicio que se puede crear al incluir datos personales en una *blockchain* inmodificable de acceso público, pero, evidentemente, es posible que la fi-

²⁷ La autoridad francesa de protección de datos, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, consideró, en septiembre de 2018, que la introducción y tratamiento de datos en la *blockchain* está amparada en la excepción prevista en el artículo 2.2 c) del RGPD y, por tanto, no debería estar dentro del ámbito de aplicación del RGPD si la finalidad del tratamiento es personal y doméstica. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), septiembre de 2018, Premiers éléments d'analyse de la CNIL: *BLOCKCHAIN*.

²⁸ El TJUE señala en el referido asunto que los datos personales se habían puesto a disposición de un número indefinido de personas mediante la publicación de los mismos en internet, aun habiéndose llevado a cabo dentro del ámbito doméstico o personal, por lo que la indicada excepción debe interpretarse de manera estricta y tener en cuenta, además, el acceso de terceros a los datos. Asunto C-101/01 *Bodil Lindqvist* (2003) EU: C: 2003: 596, apartado 46.

nalidad del tratamiento sea personal y doméstico por no tener conexión ninguna con actividad profesional o comercial, lo cual activaría la excepción. En este caso se podría acudir a la tutela judicial por vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar del artículo 18 de la CE²⁹. Ahora bien, en la práctica la modificación de la programación de una *blockchain* es compleja, y realizar lo que se denomina un *fork* o desviación de la cadena de bloques por un caso concreto es algo tan complicado que no se ha dado todavía en la realidad. Sin embargo, según tengo entendido, se están dando cambios en la programación *blockchain* para que puedan ser posibles estos cambios sin comprometer la seguridad³⁰.

4.3. La anonimización y pseudonimización de los datos personales en las *blockchains*

La anonimización y pseudonimización de los datos personales en las *blockchains* son técnicas para proteger la privacidad de los usuarios al mismo tiempo que se garantiza la transparencia y la inmutabilidad de los datos en la cadena de bloques (Martínez Hernández, 2018).

La anonimización implica la eliminación total de cualquier información que pueda identificar a un usuario en particular. Por ejemplo, en una cadena de bloques de criptomonedas, la dirección de un *wallet* se puede anonimizar mediante la mezcla de varias transacciones para ocultar la procedencia original de los fondos.

Por otro lado, la pseudonimización implica reemplazar la información personal identificable de un usuario con un identificador único, como un número o una cadena de caracteres. Esto permite que los usuarios puedan interactuar con la cadena de bloques sin revelar su identidad real, pero aun así permite que los datos sean asociados a un usuario específico.

Los criptoactivos utilizan un sistema de clave pública-privada para firmar los apuntes en el libro-registro distribuido. Si trasladamos el modelo a lo ahora indicado, en la clave pública de los usuarios, si bien no se puede identificar de manera directa, sí se puede hacer de

²⁹ A través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que establece que, a partir de las consideraciones contenidas en su artículo 9 y de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 53 de la Constitución española que garantiza que cualquier ciudadano pueda recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo, entre los que se encuentran el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18), el cauce legal para la defensa frente a las injerencias o intromisiones ilegítimas.

³⁰ Lo que sí se cuestionará en todo caso es su compromiso con la descentralización. La *sidechain* de Ethereum Polygon completó con éxito un *hard fork* de la red, creando efectivamente una nueva *blockchain* Polygon, que los desarrolladores esperan que proporcione transacciones más rápidas y picos de tarifas de gas menos frecuentes. <https://decrypt.co/es/119463/polygon-ejecuta-un-hard-fork-tras-decision-de-13-validadores>

manera indirecta mediante la utilización de información adicional³¹, y podrían considerarse datos seudónimos sujetos a la normativa sobre protección de datos personales, lo que obliga a los proveedores de servicios relacionados con *blockchain* a adoptar medidas técnicas y organizativas tendentes a dificultar la vinculación de la clave pública con una persona determinada o determinable (López Álvarez, 2019, p. 1.013).

Las técnicas de seudonimización y de anonimización pueden ser útiles para proteger la privacidad de los usuarios en diferentes contextos, pero es importante tener en cuenta que la anonimización y la seudonimización no son perfectas y pueden ser vulnerables a la desanonimización o la reidentificación en algunos casos. Por lo tanto, es necesario evaluar cuidadosamente el riesgo y las medidas de protección de datos adecuadas para cada caso de uso de la cadena de bloques; así lo estableció el grupo de trabajo del artículo 29³².

4.4. Adecuación de las figuras del RGPD a la *blockchain*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.7 del RGPD, el responsable de tratamiento de datos personales es la persona física o jurídica que, solo o junto con otros, determina los fines y medios del tratamiento de datos personales. En el contexto de la tecnología *blockchain*, el responsable de tratamiento de datos personales dependerá del tipo de *blockchain* y de la forma en que se manejan los datos personales.

Se hace necesario en este punto hacer una distinción entre cadenas de bloques públicas y privadas, pues la naturaleza de una y otra determinará la mayor o menor dificultad para discernir la condición de los intervinientes respecto del tratamiento de datos que efectúen.

En una cadena de bloques pública y descentralizada, no hay un responsable de tratamiento de datos personales claramente identificable, ya que los datos son almacenados y verificados por nodos en toda la red. Sin embargo, los usuarios que proporcionan datos personales a través de contratos inteligentes o aplicaciones descentralizadas pueden ser considerados responsables de tratamiento de datos personales. No está tan claro, como hemos señalado, el papel que puede desenvolver el usuario persona física en el ámbito doméstico o personal y la potencial aplicación de la exención doméstica. Cuando una persona física realiza transacciones en una *blockchain* pública, en el ámbito doméstico o personal, podría aplicarse la excepción del artículo 2.2 del RGPD. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en cadenas de bloques públicas, los datos que el usuario introduzca en la red, a través de la realización de transacciones, serán compartidos con una multitud indeterminada, por

³¹ Por ejemplo, número de IP.

³² Sobre todo, las técnicas de pseudoanonimización que darán lugar a la aplicación del reglamento. Así lo señala el grupo de trabajo del artículo 29, abril de 2014 (WP 216), Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización.

lo que dichos usuarios podrían ser considerados responsables del tratamiento (Hernández Peña *et al.*, 2022, p. 70).

En una cadena de bloques privada o permitida, el responsable de tratamiento de datos personales puede ser la entidad que controla la cadena de bloques, como una empresa o una organización gubernamental. En este caso, es importante que el responsable cumpla con las leyes de protección de datos personales aplicables, estableciendo políticas y medidas de seguridad para garantizar la privacidad y seguridad de los datos.

Por otro lado, el encargado del tratamiento, señalado en el artículo 4.8 del RGPD, será aquel que procese los datos en nombre del responsable del tratamiento, siendo este último quien ejerza un control sobre los fines y sobre los medios del tratamiento. La determinación como encargado de un sujeto depende de muchos factores que deben ser examinados caso por caso, más si cabe en el ámbito de las cadenas de bloques³³.

5. La liquidación y pago del salario a un trabajador en criptoactivos

Cuando los criptoactivos estaban al alza por la especulación, no pocos trabajadores de empresas *fintech* pactaban un pago de su salario en criptoactivos (Todolí Signes, 2015, p. 1). El marco normativo para la liquidación y pago del salario parte de lo dispuesto en el artículo 29.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET–, que permite abonar el salario y efectuar el pago delegado de las prestaciones de la Seguridad Social «en moneda de curso legal o mediante cheque u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe al comité de empresa o delegados de personal».

Como hemos analizado con anterioridad en el apartado que estudia la naturaleza jurídica, ninguna de las modalidades de criptoactivo, salvo la emitida por los bancos centrales, puede ser considerada moneda de curso legal. Por consiguiente, si el pago del salario se realizara en criptodivisa emitida por un banco central como versión virtual de la tradicional divisa de curso legal, la operación sería completamente ajustada a la norma. En caso de que se realizara en cualquiera otra modalidad de criptoactivo, el pago debería considerarse como retribución en especie, que, a su vez, supondría restringirlo a una cantidad que no

³³ Para poder establecer qué sujetos actúan como encargados del tratamiento en *blockchains*, antes debe indicarse quiénes son los responsables, cosa que no es fácil. Una primera aproximación podría llevar a concluir que los operadores de la *blockchain* serían considerados responsables del tratamiento de los datos introducidos por los usuarios de la *blockchain*, no obstante, parte de los operadores de la *blockchain* podrían considerarse encargados del tratamiento de estos operadores.

superara el 30 % de las percepciones salariales del trabajador, ni diera lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional, con arreglo al párrafo primero del artículo 26 del ET (Vidal López, 2018, p. 1).

6. Las primeras reglamentaciones de los criptoactivos fuera del ámbito del blanqueo de capitales

6.1. La Circular 1/2022 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre publicidad de criptoactivos

La inversión en criptoactivos ha sido una preocupación para los poderes públicos, porque se considera una actividad de alto riesgo y las autoridades reguladoras recomiendan a los inversores que tomen medidas de protección, como informarse bien de la empresa en cuyo producto planean invertir o comprender los riesgos asociados con el mercado de criptoactivos.

Las autoridades reguladoras están tratando de adaptar las leyes y regulaciones existentes a la realidad de los criptoactivos, que presentan desafíos únicos por considerarse una clase de activos nueva y emergente. La publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión debe ser clara y precisa y no debe inducir a error a los consumidores sobre los riesgos y beneficios asociados con la inversión en estos activos.

En España la regulación de la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión se encuentra en la Circular 1/2022 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y dota de especial relevancia a la delimitación del ámbito espacial de las normas contenidas en la circular y su eventual aplicación a ciertos prestadores de servicios de la sociedad de la información, comprendidos en ese ámbito espacial, pero no establecidos en España³⁴. Cosa razonable al encontrarnos con una tecnología global y distribuida con la intervención de prestadores de servicios que operan a escala internacional.

En la circular el «ámbito objetivo» –que comprende también su ámbito espacial o territorial de aplicación– se encuentra regulada en el artículo 3. Al respecto del espacial, la norma recurre al criterio de las actividades dirigidas. El criterio de las actividades dirigidas se recoge por primera vez en nuestro ordenamiento en el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001. Según esa norma, los foros de competencia especiales en materia de contratos celebrados por los consumidores³⁵ resultan aplicables cuando el profesional, por cualquier

³⁴ Incluso –en conexión con los artículos 240 y 240 bis del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV)– a las medidas susceptibles de ser adoptadas contra la publicidad transfronteriza que pueda reputarse ilícita.

³⁵ *Vid.* artículos 18 y 19 de dicha norma.

medio, dirija sus actividades al Estado miembro de residencia del consumidor o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades³⁶.

En cuanto al ámbito estrictamente objetivo, conforme al primer párrafo del apartado 1 del artículo 3, a los efectos de quedar sujeta a la circular, tiene la consideración de «actividad publicitaria» «toda publicidad dirigida a inversores o potenciales inversores en España en la que se ofrezcan o se llame la atención, de forma implícita o explícita, sobre criptoactivos como objeto de inversión». Dicha delimitación es asistida con una presunción en su tercer párrafo, incluyendo que

se presumirá en todo caso que una actividad publicitaria va dirigida a inversores en España cuando se realice mediante medios físicos en España, a través de medios de comunicación –incluidas páginas web/dominios– españoles y todas aquellas que se realicen en español o lenguas oficiales, salvo que contengan medidas que atestigüen que los servicios o productos promocionados no están dirigidos o no son accesibles a inversores en España (Anxo, 2022).

La circular se aplicará, en definitiva, si es el mercado español al que va dirigida la actividad publicitaria, lo que es un criterio usual para delimitar el ámbito espacial en el ámbito publicitario, de la competencia desleal y de ordenación del mercado³⁷.

La presunción que añade el párrafo 3 del artículo 3.1.º de la Circular 1/2022, antes reproducida, no tiene gran aplicación en la práctica en su parte del idioma, por el entorno digital global en el que se realiza este tipo de publicidad. Existen traductores automáticos y *bots*, por ejemplo, el del navegador Google Chrome, que ocasionaría que no se sabría si la publicidad en origen se realiza en español o en otras lenguas.

Por su parte, en virtud de la norma 4, los sujetos obligados son, además de los proveedores de servicios sobre criptoactivos que realicen actividades publicitarias, los proveedores de servicios publicitarios³⁸, así como cualquier otra persona que realice por propia cuenta o por cuenta de terceros una actividad publicitaria con criptoactivos (Girona Domingo, 2022).

³⁶ El criterio de actividades dirigidas lo podemos encontrar en la norma 3 de la Circular 2/2020 sobre publicidad de los productos y servicios de inversión. Y también con el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM/2020/593 final (MiCA).

³⁷ En conexión los artículos 2.1.º, 4.1.º, 15.1.º, 33.1.º, 41.5.º, 43.1.º y 123.1.º de MiCA con referencia a la oferta de criptoactivos al público en la Unión.

³⁸ Entre los que se incluyen los *influencers*, que, mediante programas de referidos, promociones o comisiones percibidas de cualquier tipo, divulguen contenido promocionado señalando las ventajas de los criptoactivos como inversión, en virtud de la norma 2.h.

El término «actividad publicitaria» incluye la «publicidad a través de internet³⁹ o dispositivos móviles»⁴⁰. Ahora bien, los requisitos de la publicidad en el comercio electrónico en general también le deberán ser aplicados a los criptoactivos⁴¹.

En definitiva, es una regulación, que si bien es necesaria porque había que poner orden en todas esas ofertas de productos de inversión basados en criptoactivos que se encontraban sin regulación específica, tiene problemas de aplicación por el ámbito que regula, siendo tremendamente fácil la deslocalización de las empresas oferentes (Barrio Andrés 2022).

6.2. El reglamento europeo sobre mercados de criptoactivos

El Reglamento sobre Mercados de Criptoactivos –MiCA, en sus siglas en inglés– surge con la voluntad de crear un marco legal para la emisión de criptoactivos y la prestación de servicios relativos a los mismos lo más armonizado posible a nivel comunitario⁴².

Fuera de su ámbito quedan aquellos criptoactivos que, por considerarse instrumentos financieros o dinero electrónico, ya están sujetos a la normativa existente que regula estas figuras, así como los emitidos por bancos centrales u otras autoridades públicas⁴³.

Con MiCA se pretende no perder oportunidades de innovación de servicios digitales, instrumentos de pago alternativos o nuevas fuentes de financiación de compañías europeas.

Por otra parte, se quiere dotar de certidumbre legal a las iniciativas en el entorno *block-chain* y DLT, de modo que se conjugue el apoyo a la innovación con la protección de con-

³⁹ En cualquiera de sus formas, incluidas las redes sociales, canales de vídeos, audios, noticias, blogs, buscadores, plataformas especializadas o páginas web.

⁴⁰ Según establece la norma 2.a de la meritada circular.

⁴¹ Y, por tanto, se le deberá aplicar la regulación en la materia contenida en la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE).

⁴² En el ámbito doméstico, la Circular 1/2022 de la CNMV se emitió con la finalidad de proteger a los inversores de los riesgos que supone la inversión en criptoactivos. El objetivo de esta circular es que la publicidad de estos productos ofrezca contenidos veraces, comprensibles y no engañosos, e incluya de forma visible los riesgos asociados a ellos. A tal efecto, la circular fija reglas sobre el contenido y el formato de los mensajes publicitarios de las campañas sobre criptoactivos. Incluye, también, un procedimiento de comunicación previa a la CNMV de las campañas publicitarias masivas, destinadas a cien mil personas o más. La circular establece las herramientas y procedimientos para hacer efectiva la supervisión de la actividad publicitaria de los criptoactivos. La circular no regula los criptoactivos, ni su emisión o los servicios prestados sobre ellos.

⁴³ Esto no quiere decir que no vaya a ser necesario igualmente modificar dicha normativa para acomodarla a la realidad de los *tokens*, cuyas características plantean dificultades de encaje en la actual legislación del mercado de valores.

sumidores e inversores. Todo ello además previniendo situaciones de abuso de mercado y asegurando la estabilidad financiera (Caloni, 2019, p. 159).

MiCA regula en primer lugar los requisitos que debe cumplir cualquier oferta de criptoactivos al público en la UE o su admisión a negociación en una plataforma de negociación de criptoactivos, siempre que en ambos casos no sean *tokens* colateralizados o criptodivisas. Los requisitos para estos *tokens* –*tokens* de utilidad, NFT y *smartcontracts*– no pasan de un alta en un registro creado *ad hoc* para los emisores.

Por otra parte, para los *tokens* colateralizados se exigirá la previa autorización de la autoridad nacional competente del Estado miembro. En este caso, las entidades que soliciten esta autorización deben estar necesariamente establecidas en la UE.

Se prevén asimismo los siguientes supuestos de excepción a la obligación de obtener la referida autorización: (a) El importe en circulación de *tokens* no exceda de 5 millones de euros (o divisa equivalente) durante un periodo de 12 meses. (b) Si los *tokens* son comercializados y distribuidos exclusivamente a inversores cualificados y solo pueden ser titularidad de inversores cualificados. (c) Cuando los emisores de *tokens* sean entidades de crédito⁴⁴.

También se exigen requisitos específicos: la oferta de criptodivisas al público en la Unión o su admisión a negociación en una plataforma únicamente puede realizarse por emisores que sean una entidad de crédito o entidad de dinero electrónico autorizada por la autoridad nacional competente –que será también la supervisora–. Esto puede representar una oportunidad para este tipo de entidades, que no requerirán obtener ninguna autorización adicional⁴⁵.

Se exceptúan únicamente de este requisito subjetivo las siguientes emisiones: (a) *tokens* comercializados y distribuidos exclusivamente a inversores cualificados y que solo puedan ser titularidad de inversores cualificados⁴⁶; o (b) si el importe en circulación de *tokens* no

⁴⁴ Además, hay un claro salto cualitativo en las exigencias a los emisores de este tipo de *tokens*. En primer lugar, deben tener unos recursos propios por un importe equivalente al menos al mayor entre 350.000 euros y el 2 % del importe medio de los activos de reserva. Además, deben contar con mecanismos robustos de gobernanza y políticas y procedimientos de cumplimiento con el reglamento, una política de continuidad de negocio, mecanismos de control interno y procedimientos de evaluación y gestión de riesgos, sistemas y procedimientos para salvaguardar la seguridad, integridad y confidencialidad de la información, una política de remuneración y políticas y procedimientos de prevención de conflictos de interés. Asimismo, deben someterse a auditorías recurrentes e independientes.

⁴⁵ Por tanto, los únicos posibles emisores de criptomonedas serán los mismos que los del dinero electrónico legal: entidades de crédito o entidades de dinero electrónico autorizadas por la autoridad nacional competente. Esto acabaría con las pequeñas fintech como actores principales del mercado de criptoactivos, dejándolas en meras subcontratas.

⁴⁶ La diferencia entre inversores cualificados y no cualificados la podemos encontrar en la jurisprudencia europea. En principio los cualificados serían: personas jurídicas autorizadas o reguladas para operar

excede de 5 millones de euros (o divisa equivalente) durante un periodo de 12 meses. Los Estados miembros pueden fijar un umbral inferior.

En definitiva, el reglamento pretende regular el ámbito de los criptoactivos para dar seguridades a los inversores en los mismos. Sin embargo, somos escépticos sobre la llegada a buen puerto de esta norma –a pesar de ser una norma garantista– por una razón básica: la emisión de criptoactivos colateralizados a gran escala puede desde causar estrés a la divisa legal de referencia hasta hacer que la política monetaria no sea controlable por el banco central. Hay que tener presente que, aunque no se esté «imprimiendo» más dinero, referenciar criptoactivos a una divisa como el euro supone, en cierta manera, «crear» más euros.

7. Tratamiento tributario de los criptoactivos

La determinación de la naturaleza jurídica de los criptoactivos fijará a su vez la tributación que correlativamente se les aplicará. Así, no será lo mismo que las criptomonedas sean calificadas como meros bienes incorpóreos –*software*, al fin y al cabo–, a que obtengan un trato equivalente al de las divisas de curso legal. No solo esa cuestión modulará la tributación del criptoactivo, sino que también la tributación dependerá del tipo de criptoactivo.

Así, las operaciones de cambio de divisa tradicional por monedas virtuales, según el fallo del TJUE en la sentencia *Hequist*⁴⁷, nos haría aplicar la exención del artículo 20, apartado uno, número 18.º, letra j) de la LIVA, aplicable a los medios de pago «puros», doctrina que sigue la DGT en las resoluciones a consultas vinculantes V2846-15, V1149-18, V1748-18, V2034-18 y V2670-18. En el mismo orden de cosas, las operaciones de compraventa de criptomonedas a través de máquinas de *vending* –esos «cajeros automáticos» de criptomonedas tan curiosos– constituyen entregas de bienes sujetas y exentas del impuesto sobre el valor añadido (IVA), por calificarse las criptomonedas, a los efectos de este impuesto, como medios de pago asimilados a las divisas tradicionales⁴⁸.

en los mercados financieros, incluyendo: entidades de crédito, empresas de inversión, otras entidades financieras autorizadas o reguladas, empresas de seguros, organismos de inversión colectiva y sus sociedades de gestión, fondos de pensiones y sus sociedades de gestión, distribuidores autorizados de derivados de materias primas, así como entidades no autorizadas o reguladas cuya única actividad corporativa sea invertir en valores. Es importante señalar que los emisores, aunque en determinados supuestos no están obligados a publicar el folleto informativo del producto de inversión, en particular cuando la oferta de suscripción solo se dirige a inversores cualificados, pueden, no obstante, hacerlo voluntariamente. Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CC0910&from=EN>

⁴⁷ STJUE de 22 de octubre de 2015, «Skatteverket contra David Hedqvist», asunto C-264/14.

⁴⁸ Tal y como se mantiene en las resoluciones a consultas vinculantes: V1028-15, V1029-15 y V2846-15. No obstante, la compraventa de criptomonedas en máquinas de vending o cajeros automáticos implica

En el caso de los *tokens* que no sean criptodivisas la exención del artículo 20, apartado uno, número 18.º, letra j) de la LIVA resultaría inaplicable, pues no tienen la finalidad de «medios de pago puros» y, en definitiva, los servicios que se concretan en la venta del criptoactivo se podrían calificar como servicios prestados por vía electrónica que deben tributar al tipo general del impuesto del 21 %.

En estos casos, para establecer su régimen de tributación resulta indiferente que sean *tokens* fungibles o no, no son considerados medios de pago, luego no pueden aplicarse la exención.

La Dirección General de Tributos ha refrendado esta tesis en un caso de compraventa de NFT en una subasta *online*, señalando que constituye una operación sujeta y no exenta de IVA, ya que los *tokens* no tienen la naturaleza financiera de las criptomonedas; la transmisión de NFT no constituye una entrega de bienes, pues no existe entrega física y tributarían al tipo general del 21 %⁴⁹.

En otro orden de cosas, las operaciones de minado de criptoactivos son aquellas que permiten crear nuevos bloques de los que se derivan nuevos Bitcoins y que son remunerados por el sistema con una cantidad de Bitcoins.

Para la sujeción a IVA es necesario que se encuentre el carácter de onerosidad en la operación de minado. Y la onerosidad, es decir, que se perciba la contraprestación en una operación, es solo posible si hay dos partes bien definidas⁵⁰. Pues bien, la actividad de minado no conduce a una situación en la que exista una relación entre el proveedor del servicio y el destinatario del mismo y en el que la retribución abonada al prestador del servicio sea la contraprestación del servicio prestado, de tal forma que en la actividad de minado no puede identificarse un destinatario efectivo de la misma, en la medida que los nuevos criptoactivos son automáticamente generados por la red.

Así, el minado de criptomonedas está no sujeto a IVA, por resultar imposible identificar al destinatario de la operación⁵¹, pero implica la realización de una actividad económica su-

la realización de una actividad económica sujeta al IAE por la cual el sujeto pasivo tendrá la obligación de darse de alta en el epígrafe 969.7: «Otras máquinas automáticas».

⁴⁹ Vid. resolución a consulta vinculante DGT V0486-22.

⁵⁰ El TJUE, en su sentencia de 3 de marzo de 1994, R. J. Tolsma, asunto C-16/1993, señaló que: «14. De lo anterior se deduce que una prestación de servicios solo se realiza "a título oneroso" en el sentido del número 1 del artículo 2 de la Sexta Directiva y, por tanto, solo es imponible si existe entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario».

⁵¹ El receptor de la operación es la cadena de bloques y, claro, es un registro distribuido que no encaja en el concepto de sujeto pasivo.

jeta a impuesto de actividades económicas (IAE)⁵². Evidentemente, ni el minado –no sujeto–, que está no sujeto a IVA, ni las operaciones con criptomonedas exentas, como el cambio de criptomoneda por moneda de curso legal que realizan las *exchange houses*, dan derecho a la deducción del IVA soportado por la realización de dichas actividades⁵³.

Por otro lado, existe otra manera de generar criptoactivos en otras *blockchains*: el *staking*. En lugar de generar estos bloques mediante computación, en el *staking* se requieren validadores que dejan bloqueados en depósitos sus monedas para así poder ser aleatoriamente seleccionados por el protocolo, en intervalos concretos, para crear un bloque, lo que les genera rentabilidad. Los titulares de criptomonedas ceden sus propias criptomonedas para generar y verificar bloques, y a cambio reciben una retribución. La rentabilidad obtenida por *staking* por los titulares de las criptomonedas que tengan la condición de empresarios o profesionales constituye una operación sujeta pero exenta del IVA, de conformidad con lo señalado en el artículo 20.Uno.18.º j) de la Ley 37/1992, que declara exentos los medios de pago, ya que resulta de la transmisión de criptomonedas.

Respecto al tratamiento tributario de los *smart contracts* que se encuentran incluidos en una criptodivisa, se podría argumentar que los *smart contracts* se pueden configurar como contratos mixtos o complejos⁵⁴; encontrando la determinación de la existencia de prestaciones dependientes, infiriéndose que si entendemos a la divisa virtual como un programa informático *online*, esto es, un servicio electrónico en sede de IVA, se trata de dos o más servicios vinculados. Esto haría que un contrato vinculado a una criptodivisa se viera afectado.

Sin embargo, la sentencia *Hedqvist* del TJUE ha calificado como «divisa» a las «divisas virtuales». Por tanto, su naturaleza jurídica sería distinta a los *smart contracts* por más que técnicamente estuvieran vinculados. Por otro lado, el tratamiento de las criptodivisas ha sido en otros ámbitos el de bien inmaterial. Así, una vez aislados y calificados, los contratos, introducidos en el código de las divisas, pero con una funcionalidad diferente a la de ser medio de pago, tributarían como tales.

En definitiva, la «divisa virtual» y el *smart contract* se encuentran estrechamente ligados, pero objetivamente no forman una sola prestación económica indisociable cuyo desglose resultaría artificial, de forma que todos los elementos que integran la operación de que se trata resultan necesarios para llevarla a cabo y están estrechamente vincula-

⁵² Por la cual el sujeto pasivo deberá darse de alta en el epígrafe 831.9: «Otros servicios financieros n.c.o.p.»

⁵³ Esta interpretación es seguida por la resolución a consulta vinculante DGT V1274-20.

⁵⁴ El TJUE en sus sentencias de 25 de febrero de 1999, asunto C-349/96, y de 29 de marzo de 2007, asunto C-111/05, se planteó cuáles deben ser los criterios para decidir, en materia del impuesto sobre el valor añadido, si una operación que está compuesta por varios elementos debe ser considerada como una prestación única o como dos o más prestaciones diferentes que deben ser apreciadas separadamente.

dos entre sí. Están vinculados, pero resultan independientes, a la par que con naturalezas jurídicas distintas⁵⁵.

Respecto a los *smart contracts* independientes, serán calificados tributariamente con arreglo a su naturaleza jurídica, tal y como establece el artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados les hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

En cuanto a la tributación directa, la venta de criptoactivos o las permutas⁵⁶ entre distintos criptoactivos generan una alteración patrimonial que debe declararse como ganancia o pérdida en el IRPF. En este caso, siempre que no estemos en el ámbito de una actividad económica, nos encontraríamos con la generación de una ganancia o pérdida patrimonial, de acuerdo con el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio (en adelante, LIRPF), el cual establece que «son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos».

Por tanto, las diferencias producidas por la de criptoactivos generaran una ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre el valor de transmisión y el de adquisición. Las comisiones abonadas en la compraventa de criptomonedas en *exchangers* se incluirán en el cómputo de la ganancia patrimonial si se determina una relación directa con la operación. En las ventas parciales de un conjunto de criptoactivos pertenecientes al mismo contribuyente, los criptoactivos que se transmiten son los adquiridos en primer lugar, en aplicación del denominado método FIFO⁵⁷.

⁵⁵ Véase, por analogía, la sentencia Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de octubre de 2005. *Levob Verzekeringen BV y OV Bank NV contra Staatssecretaris van Financiën*, C-41/04.

⁵⁶ El intercambio de una moneda virtual por otra moneda virtual diferente constituye una permuta, conforme a la definición contenida en el artículo 1.538 del Código Civil, que dispone: «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». Dicho intercambio da lugar a una alteración en la composición del patrimonio, ya que se sustituye una cantidad de una moneda virtual por una cantidad de otra moneda virtual distinta y con ocasión de esta alteración se pone de manifiesto una variación en el valor del patrimonio materializada en el valor de la moneda virtual que se adquiere en relación con el valor al que se obtuvo la moneda virtual que se entrega a cambio. En consecuencia, el intercambio entre monedas virtuales diferentes realizado por el contribuyente al margen de una actividad económica da lugar a la obtención de renta que se califica como ganancia o pérdida patrimonial conforme al artículo 33.1 de la LIRPF.

⁵⁷ «El primero en entrar, primero en salir» (PEPS, en inglés *first in, first out* o FIFO). Para su aplicación a las ventas de criptoactivos consultar la resolución a consulta vinculante DGT V1604-18.

Sin embargo, nos inclinamos, como la Hacienda Pública, por la opción de bien mueble incorporal, por la falta de consideración de las monedas virtuales como divisas legales, y porque en sede de IRPF carecería de la cobertura de la sentencia *Hedqvist*, que se basa en última instancia en el principio de neutralidad del IVA. En todo caso esta ganancia o pérdida patrimonial tendrá la consideración de renta del ahorro a la que se refiere el artículo 46 de la LIRPF⁵⁸.

La venta o permuta de criptomonedas origina una ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF en el momento de la entrega de las mismas, con independencia de cuándo se perciba la contraprestación, salvo que se trate de una operación a plazo o con precio aplazado⁵⁹.

En cuanto a la compensación de las pérdidas originadas por bajadas en la «cotización» de las monedas virtuales, el artículo 49.1 de la LIRPF dispone que «la base imponible del ahorro estará constituida por el saldo positivo de sumar los siguientes saldos: (...) b) El saldo positivo resultante de integrar y compensar, exclusivamente entre sí, en cada período impositivo, las ganancias y pérdidas patrimoniales obtenidas en el mismo a que se refiere el artículo 46 de esta Ley».

En sede del impuesto sobre sociedades formarán parte de la base imponible del mismo los ingresos devengados en cada periodo impositivo derivados de los servicios prestados en las operaciones de compraventa de criptoactivos, determinada como establece el artículo 10 de la LIS.

En el informe 38-14 sobre contabilización de *bitcoins* del ICAC, se señalaba que en el apartado 1 del marco conceptual de la contabilidad, recogido en la primera parte del Plan General de Contabilidad, se establece que en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica. Sustentándose en la misma califica a *bitcoin* como inmovilizado intangible, dado que se configura como «activo monetario sin apariencia física susceptible de valoración económica», siempre que cumpla los requisitos de la norma de registro y valoración 5.^a del PGC, que establece los criterios de identificabilidad del inmovilizado.

⁵⁸ En relación sobre cómo justificar las operaciones realizadas y la información asociada a las mismas, el artículo 105.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone lo siguiente: «1. En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo». Y el artículo 106.1 de la misma ley establece: «1. En los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de prueba se contienen en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que la ley establezca otra cosa». Por su parte, el artículo 104.1 de la LIRPF, en relación con las obligaciones formales de los contribuyentes, dispone: «1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas estarán obligados a conservar, durante el plazo de prescripción, los justificantes y documentos acreditativos de las operaciones, rentas, gastos, ingresos, reducciones y deducciones de cualquier tipo que deban constar en sus declaraciones».

⁵⁹ *Vid.* resolución a consulta vinculante V0808-18.

8. Conclusiones

Primera. El problema del blanqueo de capitales en la UE no es insignificante. Se afirma que alrededor del 1 % del producto interior bruto anual de la Unión está relacionado con actividades financieras sospechosas, como el blanqueo de capitales vinculado a actividades delictivas.

En cuanto a las técnicas utilizadas para el lavado de dinero utilizando criptomonedas, se mencionan tres en particular. El primero es el *mixing* o «mezcla», que implica combinar fondos de diferentes fuentes para ocultar su origen y dificultar su rastreo hasta la fuente original. El segundo es el *tumbling* o «volteo», que consiste en transferir repetidamente criptomonedas entre varias billeteras o monederos para ocultar su origen. Y por último, el intercambio, que implica el uso de intercambios fuera de línea o redes *peer-to-peer* para convertir una criptomoneda en otra o en moneda fiduciaria tradicional, lo que dificulta el seguimiento de los fondos.

Para hacer frente a este desafío tecnológico se ha modificado la Directiva sobre cooperación administrativa (DAC, por sus siglas en inglés), incluyendo la normativa reguladora de criptoactivos en este ámbito. Como transposición de la directiva, el Real Decreto-ley 7/2021 establece la creación de un registro de proveedores de servicios de cambio de moneda virtual y custodia de monederos electrónicos. Este registro estará bajo la supervisión del Banco de España y tiene como objetivo controlar a todas las personas físicas o jurídicas que ofrecen estos servicios en España, sin importar su nacionalidad o ubicación. El incumplimiento de este deber de registro se considera una infracción muy grave.

La DAC, en su versión octava, añade la exigencia a los proveedores de servicios de criptoactivos (CASP) del almacenamiento y el suministro a la Administración de información sobre las transferencias de criptoactivos de cualquier importe, para garantizar la trazabilidad e identificar las transacciones sospechosas y la información recíproca entre Estados miembros de la UE de este tipo de información. Esta nueva normativa entrará en vigor el 1 de enero de 2026.

Segunda. Los delitos relacionados con los criptoactivos son, principalmente, «robos» y estafas. En cuanto al «robo» de criptoactivos ocurre cuando alguien accede de manera no autorizada a la clave privada que permite el acceso a los criptoactivos, a través de métodos como el *hacking*, con lo que técnicamente nos encontraríamos con el tipo del artículo 197 bis del Código Penal, que castiga con pena de prisión de seis meses a dos años al *hacker* o «pirata informático» que mediante programas u otro dispositivo se infiltre en el sistema informático y descubra información confidencial.

Por otro lado, se explora en detalle el tema de las estafas en este ámbito, ya que muchas personas generalizan y llaman «estafas» a los criptoactivos en general. Se destacan

dos aspectos importantes en relación con las estafas en este campo. En primer lugar, se analiza la asociación generalizada de los criptoactivos con estafas piramidales y se explora el concepto de *scamcoins*. La estafa piramidal, también conocida como esquema Ponzi, es un modelo de negocio ficticio que promete rendimientos futuros basados en los depósitos de nuevos clientes. Sin embargo, en el caso de los criptoactivos, su valor de mercado se rige por las leyes de oferta y demanda, y las fluctuaciones de precios afectan a todos los tenedores de criptoactivos por igual. Por lo tanto, los criptoactivos no cumplen los dos elementos centrales de una estafa piramidal: la promesa de rentabilidades garantizadas y la obtención de esas rentabilidades a través de nuevos inversores.

A pesar de que en principio las operaciones con criptoactivos no se ajustan al tipo penal de la estafa, se han detectado estafas relacionadas con ellos. Estas estafas están vinculadas al ecosistema de las criptomonedas, pero no a su naturaleza en sí. Se mencionan casos de estafas en las que se engaña a las personas para que realicen transacciones de criptomonedas o dinero fiduciario a través de falsos monederos o intercambiadores. Además, se mencionan casos de *scamcoins*, que son criptomonedas fraudulentas que siguen el esquema Ponzi. De hecho lo perfeccionan automatizándolo informáticamente.

También se hace referencia a las ICO falsas (ofertas iniciales de monedas virtuales), que son ofertas de venta al público de criptomonedas u otros tipos de *tokens* o contratos inteligentes antes de su lanzamiento oficial. Estas ICO suelen resultar inversiones muy rentables, pero algunos individuos aprovechan esta oportunidad para crear sitios web con ideas atractivas y convencer a las personas de que depositen sus fondos a nombre de la empresa, que posteriormente desaparece.

Tercera. La protección de datos y la inalterabilidad de los criptoactivos plantean desafíos en relación con el cumplimiento del RGPD. El RGPD, en vigor desde 2016, establece normas para la protección de datos personales y la libre circulación de dichos datos en la UE. Sin embargo, las características esenciales de la tecnología *blockchain*, donde se encuentran los criptoactivos, como la inalterabilidad y la automatización, no se alinean fácilmente con los mecanismos de protección de datos establecidos por el RGPD.

En este contexto, se han emitido diversas «guías» por parte de instituciones europeas y autoridades de control en materia de protección de datos para abordar estos desafíos y proponer posibles soluciones. El objetivo es encontrar un equilibrio entre la protección de los datos personales y la preservación de las características fundamentales de la cadena de bloques.

Un aspecto importante a considerar es la aplicación del RGPD en el ámbito doméstico o familiar en relación con las *blockchains*. Si bien algunas regulaciones de protección de datos pueden no aplicarse en este ámbito, es necesario tener en cuenta que los datos personales compartidos en una cadena de bloques pueden ser accesibles para cualquier persona con acceso a la misma, lo que puede representar un riesgo para la privacidad. La excepción establecida en el RGPD para el tratamiento doméstico o familiar tiene requisi-

tos específicos que deben cumplirse, y la jurisprudencia ha añadido requisitos adicionales, como el potencial alcance del tratamiento de los datos.

En cuanto a la anonimización y seudonimización de los datos personales en las *blockchains*, se han identificado como técnicas para proteger la privacidad de los usuarios mientras se garantiza la transparencia y la inmutabilidad de los datos en la cadena de bloques. La anonimización implica eliminar cualquier información que pueda identificar a un usuario, mientras que la seudonimización reemplaza la información personal identificable con un identificador único. Sin embargo, es importante tener en cuenta que estas técnicas no son perfectas y pueden ser vulnerables a la desanonimización o reidentificación en algunos casos.

Por otra parte, la adecuación de las figuras del RGPD a la *blockchain* se distingue entre cadenas de bloques públicas y privadas. En las públicas y descentralizadas no hay un responsable de tratamiento de datos claramente identificable, ya que los datos son almacenados y verificados por nodos en toda la red. Sin embargo, los usuarios que proporcionan datos personales a través de contratos inteligentes o aplicaciones descentralizadas pueden considerarse responsables de tratamiento de datos. En las cadenas de bloques privadas o permissionadas, el responsable de tratamiento de datos puede ser la entidad que controla la cadena de bloques, como una empresa u organización gubernamental.

Para finalizar, la protección de datos en el contexto de los criptoactivos y la cadena de bloques plantea desafíos para cumplir con el RGPD. Es necesario encontrar soluciones que equilibren la protección de los datos personales con las características fundamentales de la cadena de bloques. La aplicación del RGPD en el ámbito doméstico o familiar, la anonimización y seudonimización de datos y la determinación de las figuras del RGPD en las *blockchains* son aspectos clave a tener en cuenta.

Cuarta. En el ámbito laboral, el pago del salario a un trabajador en criptoactivos es un tema que se rige por el marco normativo establecido en el artículo 29.4 del ET. Según esta norma el salario puede ser abonado en moneda de curso legal, mediante cheque u otra forma de pago similar a través de entidades de crédito, previa comunicación al comité de empresa o delegados de personal.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que, según el análisis de la naturaleza jurídica de los criptoactivos, excepto aquellos emitidos por los bancos centrales como versión virtual de la moneda de curso legal, ninguna otra modalidad de criptoactivo puede considerarse como moneda de curso legal. Por lo tanto, si el pago del salario se realiza en una criptodivisa emitida por un banco central, se ajustaría plenamente a la normativa.

En el caso de que el pago del salario se realice en cualquier otra modalidad de criptoactivo, se consideraría como una retribución en especie. Esto implica que la cantidad pagada en criptoactivos no debería superar el 30 % de las percepciones salariales del trabajador y

no podría disminuir el salario mínimo interprofesional en su cuantía íntegra, de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo 26 del ET.

Quinta. Las primeras reglamentaciones de los criptoactivos fuera del ámbito del blanqueo de capitales se han centrado en dos aspectos importantes: la publicidad de criptoactivos y la emisión de criptoactivos en los mercados europeos.

En el caso de la publicidad de criptoactivos presentados como objeto de inversión, se ha establecido una regulación específica en España a través de la Circular 1/2022 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Esta regulación busca asegurar que la publicidad sea clara y precisa, evitando inducir a error a los consumidores sobre los riesgos y beneficios asociados con la inversión en criptoactivos. La circular establece que la actividad publicitaria dirigida a inversores en España, donde se ofrezcan o destaquen criptoactivos como objeto de inversión, estará sujeta a las disposiciones de la circular. Además, se establece la presunción de que una actividad publicitaria se dirige a inversores en España cuando se realiza a través de medios físicos en España, medios de comunicación españoles o en español. Sin embargo, esta presunción puede ser difícil de aplicar en la práctica debido a la naturaleza global y digital de la publicidad en criptoactivos.

Por otro lado, se ha propuesto el Reglamento europeo sobre mercados de criptoactivos (MiCA) con el objetivo de crear un marco legal armonizado para la emisión de criptoactivos y la prestación de servicios relacionados en la Unión Europea. El reglamento busca brindar certeza legal a las iniciativas basadas en *blockchain* y tecnologías de registro distribuido, al tiempo que protege a los consumidores e inversores y evita abusos en el mercado y riesgos para la estabilidad financiera. MiCA establece requisitos para las ofertas de criptoactivos al público y su negociación en plataformas, así como para los emisores y proveedores de servicios relacionados. Además, establece excepciones para ciertos tipos de criptoactivos y emisores, como aquellos que ya están sujetos a regulaciones financieras existentes o los emitidos por bancos centrales u otras autoridades públicas.

Sin embargo, existe cierto escepticismo sobre la efectividad de MiCA, especialmente en lo que respecta a la emisión de criptoactivos colateralizados a gran escala. Esta preocupación se debe a que la emisión de estos criptoactivos puede afectar la divisa de referencia y la política monetaria, lo que podría plantear desafíos en el control monetario por parte de los bancos centrales. Aunque MiCA busca regular y brindar seguridad a los inversores en criptoactivos, su implementación exitosa puede enfrentar desafíos debido a las implicaciones económicas y monetarias que conlleva.

Sexta. El tratamiento tributario de los criptoactivos, como las criptomonedas y los *smart contracts*, depende de su naturaleza jurídica y del tipo de criptoactivo en cuestión. La clasificación de las criptomonedas como bienes incorporales o como divisas de curso legal afectará directamente a su tributación.

En el caso de *tokens* fungibles que replican el comportamiento del dinero –las famosas criptomonedas–, que se consideren meros bienes incorpóreos, se aplicaría la exención del IVA prevista en el artículo 20, apartado uno, número 18.º, letra j) de la LIVA. Esta exención se aplica a los medios de pago «puros», siguiendo el fallo del TJUE en el caso *Hequist*. Las operaciones de cambio de divisa tradicional por criptomonedas y las compraventas de criptomonedas a través de máquinas de *vending* estarían sujetas, pero exentas de IVA, considerándose las criptomonedas como medios de pago asimilados a las divisas tradicionales.

En el caso de los *tokens* que no sean criptodivisas, la exención del IVA no sería aplicable, ya que no cumplen la condición de ser medios de pago. Estos servicios se podrían calificar como servicios prestados por vía electrónica y estarían sujetos al tipo general del IVA del 21 %. La Dirección General de Tributos ha confirmado esta interpretación en el caso de la compraventa de NFT en una subasta *online*, declarando que no se trata de una entrega de bienes sujeta y exenta de IVA, ya que los NFT no tienen la naturaleza financiera de las criptomonedas.

En cuanto a las operaciones de minado de criptomonedas, en las que se crean nuevos bloques y se obtiene una recompensa en forma de criptomonedas, estas no estarían sujetas a IVA, debido a la imposibilidad de identificar al destinatario de la operación. Sin embargo, se considera una actividad económica sujeta al IAE. En el caso del *staking*, en el que los titulares de criptomonedas bloquean sus monedas para ser seleccionados y generar bloques, la rentabilidad obtenida por los empresarios o profesionales estaría sujeta, pero exenta de IVA, ya que se considera una transmisión de criptomonedas y los medios de pago están exentos según el artículo 20.Uno.18.º j) de la LIVA.

En cuanto a los *smart contracts*, su tratamiento tributario dependerá de su naturaleza jurídica. Si se consideran contratos mixtos o complejos vinculados a una criptodivisa, estarían afectados por la calificación de las criptodivisas como «divisas», según la sentencia *Hedqvist* del TJUE. Sin embargo, si se considera que los *smart contracts* tienen una naturaleza jurídica distinta de las criptodivisas, se tributarán según su propia clasificación.

En la tributación directa, la venta o permuta de criptoactivos genera una alteración patrimonial que debe declararse como ganancia o pérdida en IRPF. En el caso de las operaciones de venta o permuta de criptoactivos, si no se trata de una actividad económica, se generarán ganancias o pérdidas patrimoniales de acuerdo con el artículo 33.1 de la LIRPF. Estas ganancias o pérdidas se calcularán como la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición de los criptoactivos. Además, las comisiones pagadas en las operaciones de compraventa de criptomonedas se incluirán en el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial si existe una relación directa con la operación. En las ventas parciales de un conjunto de criptoactivos pertenecientes al mismo contribuyente, se utilizará el método FIFO (*first in, first out*), es decir, se considerarán los criptoactivos adquiridos en primer lugar para determinar la ganancia o pérdida.

En relación con las pérdidas originadas por la disminución en la cotización de las criptomonedas, se permite la compensación de estas pérdidas con las ganancias patrimoniales obtenidas en el mismo período impositivo, de acuerdo con el artículo 49.1 de la LIRPF.

En el impuesto sobre sociedades, los ingresos generados por los servicios prestados en las operaciones de compraventa de criptoactivos se incluyen en la base imponible del impuesto. Según el informe 38-14 del ICAC, los *bitcoins* se consideran inmovilizado intangible en la contabilidad, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la normativa contable. Es importante tener en cuenta la normativa vigente y consultar con expertos en contabilidad y fiscalidad para cumplir adecuadamente con las obligaciones fiscales y contables relacionadas con los criptoactivos.

Referencias bibliográficas

- Anxo, T. (2022). Régimen jurídico de la publicidad de criptoactivos presentados como objeto de inversión. *Revista de Derecho Mercantil*, 324.
- Barrio Andrés, M. (2021). Concepto y clases de criptoactivos. En *Criptoactivos: retos y desafíos normativos* (pp. 37-62). Wolters Kluwer.
- Barrio Andrés, M. (2022). La nueva regulación de los criptoactivos en España. *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, 84.
- Caloni, A. (2019). Bitcoin: profili civilistici e tutela dell' investitore. *Rivista di Diritto Civile*, 65(1).
- García Costa, F. M. (2006). El gobierno de Internet como reto del Derecho Constitucional. *Anales de Derecho*, 24, 267-292.
- Girona Domingo, R. M. (2022). Análisis de la circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión. *Revista de Derecho del Sistema Financiero: Mercados, Operadores y Contratos*, 3.
- Hernández Peña, J. C. (Dir.), Valpuesta Gastaminza, E. M. (Dir.) y Hernández Peña, J. C. (2022). Tecnologías de registro distribuido y protección de datos personales: compatibilidad y conflictos al hilo del reglamento general de protección de datos. En *Blockchain: aspectos jurídicos de su utilización* (pp. 65-104). Wolters Kluwer.
- Llamas Covarrubias, J. Z. (2021). Transparencia y protección de datos personales en la cadena de bloques (blockchain). *Estudios en Derecho a la Información*, 11, 27-63.
- López Álvarez, L. F. (2019). Blockchain y protección de datos. En *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD* (pp. 1.011-1.031).
- Martínez Hernández, J. (2018). Datos personales y anonimidad en Bitcoin: Estudio acerca de la existencia de datos perso-



nales y datos anónimos según el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 48.

Pérez Campillo, L. A. (Dir.), Troncoso Reigada J. J. (pr.) y González Rivas. (2021). El impacto del Reglamento General de Protección de Datos en Blockchain, Inteligencia Artificial y futuras tecnologías». En *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía*

de los Derechos Digitales, 1 (pp. 2.163-2.212). Aranzadi.

Todoí Signes, A. (2015). ¿Puedo pagar a los trabajadores en BITCOINS? <https://adriantodoli.com/2015/09/23/puedo-pagar-a-los-trabajadores-en-bitcoins/>

Vidal López, P. (2018). ¿Pueden abonarse salarios en «criptomonedas»? *Legal Today*. <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/pueden-abonarse-salarios-en-criptomonedas>

Norberto Miras Marín. Nacido en Águilas (Murcia), en 1975, ha desarrollado su carrera profesional como letrado colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia y su carrera académica en la Universidad de Murcia. Es licenciado y doctor en Derecho por la meritada universidad, en la que imparte clases de Derecho Financiero y Tributario. Las líneas de investigación en las que ha profundizado son: el derecho tributario europeo, en concreto, los mecanismos de armonización y sus excepciones; la tributación de los activos virtuales y otras cuestiones de derecho de la informática; los denominados «impuestos y cánones medioambientales»; el estudio de la configuración financiera comarcal; y *compliance* tributario y las políticas fiscales de igualdad de género. <https://orcid.org/0000-0001-9076-9064>

Fijación de la cuantía y tasación de las costas en préstamo multidivisa

Comentario de la STS de 25 de julio de 2023

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Singular y diferenciada es esta sentencia del Tribunal Supremo, en tanto que el objeto principal del recurso extraordinario por infracción procesal no lo constituye la nulidad de la cláusula del préstamo multidivisa con garantía contratado con un banco, sino del cálculo en euros que se hace a los efectos de determinar la cuantía del procedimiento o su naturaleza indeterminada si hubiera de serlo en la divisa contratada, porque esa circunstancia es la que nos permite criticar la derivación de la cuantía para el momento procesal de la tasación de costas. Es decir, que el demandante establece que «la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 160.000 euros, la cantidad que correspondía amortizar en concepto de principal e intereses también en euros». Esto es importante porque si la valoración de la cuantía se hace en euros, al cifrarla el actor en 118.926,60 euros, no es que el procedimiento ordinario cambie, sino que el decreto del letrado de la Administración de justicia (LAJ) tiene que pronunciarse sobre la naturaleza del mismo, bien por cifra en concreto, bien por cifra indeterminada. De tal manera que no es lo mismo el pronunciamiento en el incidente de tasación de costas por el letrado ni una facultad de decisión al respecto, porque puede entenderse que al juicio se le deba dar la tramitación que pide el actor en su demanda, sin

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 30 de septiembre de 2023).

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 254.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC); la tramitación, por consiguiente, debe producirse «inicialmente» según se pida en la demanda, y no después. El problema no reside en la naturaleza del procedimiento, entonces. La Audiencia ya nos advierte que

la posible discusión sobre la cuantía litigiosa queda circunscrita a la repercusión que pudiera tener en relación con las costas del procedimiento, en cuyo incidente habrá de valorarse y resolverse la corrección de la cuantía apuntada por la parte actora e impugnada por la entidad demandada, a los efectos de determinar, junto con otros parámetros, la tasación de costas a que eventualmente hubiera lugar.

Y aquí reside el problema que analiza el Tribunal Supremo; a saber: si esta concreción en moneda euro en lugar de la divisa pactada vulnera los actos y garantías del proceso causando indefensión (arts. 24 CE y 469.1 LEC) y si la actuación derivada para la tasación de costas permite una facultad al letrado excesiva, no reconocida ni implícita ni explícitamente por el artículo 254 de la LEC. Téngase en cuenta, a estos efectos, que el precepto regula en el apartado 2.º lo siguiente:

Si, en contra de lo señalado por el actor, el Letrado de la Administración de Justicia considera que la demanda es de cuantía inestimable o no determinable, ni aun en forma relativa, y que por tanto no procede seguir los cauces del juicio verbal, deberá, mediante diligencia, dar de oficio al asunto la tramitación del juicio ordinario, siempre que conste la designación de procurador y la firma de abogado.

Es decir, la cuantía indeterminada –argumento del banco– o la determinada en 118.926,60 euros –argumento del actor consumidor– nos llevan al mismo tipo de procedimiento, pero desplazan hacia la tasación de costas la discusión de la trascendencia de su fijación. De ahí que el recurso extraordinario por infracción procesal se fundamente en el ordinal 2.º del artículo 469.1 de la LEC. El recurso de casación se centra en las costas, en los honorarios y en el planteamiento de una cuestión prejudicial a la que no se accede, al invocarse la infracción de los artículos 8 b) y c) y 83 del texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios, en relación con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, en relación con el derecho del consumidor a quedar indemne y a obtener una reparación completa, con cita de la jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

Respecto del recurso extraordinario por infracción procesal –para después queda el de casación–, la trascendencia de la cuestión procesal planteada va más allá de la determinación del tipo de proceso por razón de la materia (arts. 45 y ss. LEC). El juzgado de 1.ª instancia conoce de la demanda por razón de la materia (competencia objetiva). El artículo 85 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ) dispone que «son competentes para el conocimiento de los juicios que no vengán atribuidos por esa ley a otros juzgados y tribunales». Es evidente que la demanda para que se declare la nulidad «del acuerdo inserto en escritura

pública de préstamo con garantía hipotecaria referido a las divisas» es de su competencia, como también la petición subsidiaria de que se declare resuelto el contrato. La competencia objetiva y la cuantía están relacionadas, por tanto, más allá de la materia cuando, por ejemplo, se refieren a los juzgados de paz. Sucede, además, que la competencia objetiva es absoluta e inderogable, lo que exige su examen de oficio por los tribunales. Si el juzgado de 1.ª instancia no fuera competente, la sentencia sería nula. La concreta y perfecta delimitación de la competencia objetiva de este juzgado de primer grado es trascendental. Por eso, el Tribunal Supremo hace mención a la importancia de la determinación de la cuantía poniendo como ejemplo el artículo 47 de la LEC, que dice así:

A los Juzgados de Paz corresponde el conocimiento, en primera instancia, de los asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros que no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el apartado 1 del artículo 250.

Dicho lo anterior, pretender que el contenido del recurso extraordinario sea solo la fijación de la cuantía de la demanda no forma parte de la esencia de este ni, en su caso, de un recurso de apelación porque el pronunciamiento judicial (la sentencia) no tiene por objeto esta materia, que no afecta a la tutela judicial efectiva. La cuantía de la demanda es un presupuesto de competencia, o de postulación procesal, o de alguno de los supuestos a que se refiere la sentencia del supremo, pero no el objeto esencial de la demanda. Como no es válido, dada una cuantía inicial, pretender su modificación por vía de recurso a los efectos de obtener una liquidación o tasación de costas más favorable (es lo denominado principio de buena fe procesal, contemplado en el art. 11.1 LOPJ).

La sentencia es muy actual, por ello, al mencionar el artículo 477.2.2.º de la LEC, que servía para, en función de la cuantía del procedimiento (600.000 €), acceder al recurso de casación, ya no tiene sentido, razón por la que se cita el artículo 225.7 del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de julio, que configura la nueva casación, los motivos y las resoluciones recurribles sin acudir al criterio de la cuantía. Se trata, por consiguiente, de un comentario meramente doctrinal e ilustrativo sobre la función que tenía la cuantificación de la demanda a los efectos de permitir el acceso a la casación, y en la medida en que incidía en el asunto presente. Sin embargo, la reforma permite también al Tribunal Supremo ilustrarnos sobre un nuevo criterio a tener en cuenta, concretamente el del artículo 477.1 de la LEC: «Serán recurribles en casación las sentencias que pongan fin a la segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales cuando, conforme a la ley, deban actuar como órgano colegiado [...]». De lo que se deduce que las sentencias en apelación dictadas por decisión unipersonal y no colegiada contra sentencias de juzgados de 1.ª instancia en juicio verbales por cuantía entre 600 y 3.000 euros no tiene acceso a la casación. Aquí, entonces, no tendría ningún sentido la casación actual, porque sería inadmitida a trámite.

Avanzando aún más en el comentario, resulta relevante para el estudio y decisión de la Sala recordar la doctrina que desvincula al tribunal del valor que las partes le hayan dado

al litigio, pues se trata de una cuestión de orden público, y es el tribunal quien fija o atiende al valor real u objetivo del mismo, de ahí que se refiera al Tribunal Constitucional cuando se refiere a «la plena legitimidad del Tribunal Supremo para atender al verdadero objeto litigioso y a la cuantía que al mismo corresponde para decidir sobre la admisión o inadmisión de los recursos de casación» (STC 119/1998). Y decidir sobre la cuantía supone saber en qué momento procesal ha de fijarse, porque si lo es en la audiencia previa o en el juicio verbal, lo será para determinar la clase de procedimiento; pero puede estar relacionada con los trámites de admisión de los recursos o también con la tasación de costas –que es el caso planteado–. En definitiva, y esto es lo importante, cuando la cuantía a fijar no sea relevante para decidir la clase de procedimiento, no importa que su concreción sea posterior a la audiencia previa a al juicio verbal.

Hicimos referencia más arriba al Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de julio, que configura la nueva casación. Por la importancia que tiene esta reforma procesal, y aun siendo conscientes de que la sentencia que comentamos no tiene por contenido la misma (pues solo la menciona para ilustrar acerca de la *suma gravaminis* de los 600.000 € del anterior precepto derogado –el art. 477.2.3– a los solos efectos del acceso a la casación), haremos referencia sucinta a ella, a través de su exposición de motivos:

La reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se recoge en el capítulo III. Además de la correlativa introducción de las medidas de conciliación antes expuestas, se modifica también el régimen del recurso de casación. Así, el modelo actual de recursos extraordinarios en materia civil, casación e infracción procesal, creado por la propia Ley 1/2000, de 7 de enero, separó la denuncia de las infracciones procesales (materia del recurso extraordinario por infracción procesal) de las sustantivas (objeto del recurso de casación), reservando este último al Tribunal Supremo o a los Tribunales Superiores de Justicia, en el caso de normas de derecho civil foral o especial propias de las Comunidades Autónomas con competencia para ello. La previsión de dos recursos diferentes, en función de la naturaleza procesal o sustantiva de la infracción, y de tres cauces distintos de acceso (procesos sobre tutela civil de derechos fundamentales, cuantía superior a 600.000 euros e interés casacional) no resulta operativa en el actual desarrollo del derecho privado. Por otra parte, las sucesivas reformas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, han situado las cuestiones socialmente más relevantes en procedimientos sin cuantía, por razón de la materia. En la misma línea, la propia evolución de la litigiosidad hacia materias que afectan a amplios sectores de la sociedad, con un peso cada vez más importante del derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, evidencia que las partes y los tribunales tienen cada vez más difícil deslindar nítidamente las normas sustantivas de sus implicaciones procesales a efectos de los recursos extraordinarios.

Ahora, por tanto, el recurso de casación engloba tanto la vulneración de la norma sustantiva como la infracción procesal, pero siempre que presente interés casacional; así como

toda sentencia que haya sido dictada en materia de derechos fundamentales, aun cuando no concurra ese interés (art. 477 LEC). Conectado con el contenido de la sentencia que analizamos, sí se puede decir que los motivos que otrora se consideraron como de infracción procesal por la vía del anterior artículo 469.1.3 (infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso), en estos momentos se pueden alegar por la del nuevo artículo 477.2 de la LEC, pues se alude, desde la vertiente procesal, «sobre cómo y en qué trámite debe quedar fijada la cuantía del procedimiento».

Finalmente, para acabar con el comentario al recurso extraordinario por infracción procesal, diremos que el procedimiento ordinario no es cuestionado por las partes, sea cual sea la cuantía por fijar (en euros o divisa), y por eso el juez no tiene que fijarla en la audiencia previa. Hasta cierto punto el dato es intrascendente, es decir, un hecho aritmético, que no afecte a la naturaleza del procedimiento, no precisa de fijación. Además, el decreto del LAJ no tiene autoridad de cosa juzgada (y lo mismo podría decirse si dependiera de esa cantidad el acceso a la casación. Aunque, en este caso, el comentario de la sentencia ya es intrascendente por la reforma operada en el recurso de casación). No obstante, el buen orden del proceso puede permitir al juez hacer las correcciones oportunas y a las partes manifestar la disconformidad. Pero lo que está claro es que no se vulnera ningún derecho fundamental porque la fijación de la cuantía no integra el objeto de la tutela judicial solicitada. No se ha causado indefensión, ni se ha cercenado el derecho a alegar o probar. Incluso la facultad del LAJ en la tasación de costas es plenamente constitucional, porque lo importante es que pueda ser revisable u objeto de control por el tribunal –como así sucede–. Incluso en la impugnación de la valoración de las costas procesales se puede incluir la incorrecta valoración de la cuantía del proceso cuando esta no haya sido estimada con anterioridad.

También concluimos este apartado con el siguiente comentario: dentro de las costas, o de las peticiones que se refieren a la fijación de la cuantía en la tasación de las costas, las alegaciones sobre la extralimitación del LAJ en la fijación de la cuantía del procedimiento, o el momento procesal, y las referencias al artículo 254 de la LEC sobre esta materia, que se circunscriben a la facultad de recurrir el decreto, impugnar la cuantía de la demanda, si de un procedimiento ordinario se trata (y sucede que en el caso, no hay duda sobre la naturaleza ordinaria del mismo), nos llevan a admitir varias soluciones, sobre las que reflexiona la sentencia el Tribunal Supremo. Por un lado, que se tiene que producir en la contestación a la demanda, resolviéndose esta cuestión en la audiencia previa. Por otro lado, que el supremo interpreta los preceptos que regulan este problema diciendo algo importante: el control del LAJ de la cuantía es solo para la determinación de la clase de procedimiento, para decidir el cauce procesal adecuado, subsanándose, en su caso, los errores aritméticos, o por tratarse de una cuantía inestimable o no determinable. Por último, también establece que el asunto se centra en el momento procesal para la fijación definitiva de la cuantía, que, como se ha dicho, será en la audiencia previa.

La casación se fundamenta en la vulneración de los artículos 8 b) y c) y 83 del texto refundido de la ley de consumidores y usuarios y pretende una reparación completa por apli-

cación del principio de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas declaradas nulas por predisposición unilateral de la entidad financiera; incluyendo los gastos y costas soportados por el consumidor por la defensa judicial de sus derechos, y según el verdadero interés económico del pleito (118.926,60 €) y no sobre la cuantía indeterminada fijada en un momento posterior a la interposición de la demanda.

El artículo 8 b) de la ley dice así:

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables: [...] b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

Es evidente que la invocación de esta norma está relacionada con el contrato de préstamo multidivisa en moneda extranjera y con la declaración de abusividad de la cláusula a que se refiere. La letra c) centra más la cuestión de la casación y del derecho a ser indemnizado por los daños sufridos, incluyendo los gastos derivados del proceso. Dice así: «c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos». Finalmente, el artículo 83 del texto legal indica:

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

Este artículo confirma la base legal sobre la que asienta la sentencias objeto de casación.

Pues bien, en principio, la jurisprudencia de la justicia europea proclama que el litigante vencido –la entidad bancaria– no tiene por qué reembolsar al consumidor la totalidad de los honorarios de los abogados que ha satisfecho. Sin embargo, los costes procesales excesivos pueden disuadir al consumidor de las acciones procesales o de intervenir de forma útil en defensa de sus derechos. Advierte el Tribunal Supremo en esta sentencia la jurisprudencia indicada, invocando una sentencia en concreto (TJUE de 7 de abril de 2022, asunto C-385/20). Precisamente por ello, se matiza lo siguiente: que las costas a reclamarlos sean en el «importe suficiente». Por consiguiente, al tiempo que no se justifica la reclamación indiscriminada del consumidor, a los efectos de impedir disuadirle de la defensa de sus derechos frente a actuaciones abusivas, sí se le reconoce el derecho a la reclamación del importe adecuado o, como se ha dicho, «suficiente». ¿Y cómo se calcula si se admite que nuestra legislación establece los límites? A ello responde la sentencia del supremo.

La respuesta la contiene el artículo 394.3 de la LEC, que dice así:

Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, este solo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa.

En esa tercera parte –a salvo supuesto de especial complejidad– reside el límite máximo, «suficiente», a reclamar por el consumidor.

Resulta interesante el razonamiento que hace la sentencia para no aceptar el incremento de la indemnización o de la minuta del abogado, cuando señala que, a la inversa, de haber pedido el consumidor, admitir ese incremento, más allá incluso de la tercera parte, le resultaría gravoso y un desembolso económico importante, menos de lo que supondría para una entidad bancaria.

En definitiva, se rechaza la pretensión de la casación consistente en la reparación de todos los gastos del proceso derivados de la declaración de abuso de la cláusula, porque los límites indemnizatorios, perfectamente fijados en la norma procesal y que cumplen con las exigencias de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que prevén los límites «suficientes», son adecuados al fin y no disuaden al consumidor de la defensa de sus intereses.

Concluimos diciendo también que el Tribunal Supremo no plantea la cuestión prejudicial, bien por los motivos que alega en la sentencia –a cuya lectura nos remitimos–, bien por uno de ellos que sería suficiente y haría innecesario alegar los demás, el cual es: que dicha cuestión ya ha recibido respuesta adecuada por el TJCE en la Sentencia de 7 de abril de 2022, asunto C-385/20. En esta sentencia se refiere al importe suficiente ya comentado y a la conveniencia de arbitrar en las legislaciones internas normas que establezcan esos límites (como ocurre en la nuestra con el art. 394.3 LEC, ya transcrito). Aclaremos, finalmente, que cuando se alude por el Tribunal Supremo a una petición de principio se está refiriendo a que tal petición da por hecho algo no acreditado (en este caso, la modificación de la cuantía inicial de la demanda).

Abuso de poder y violencia de género en el trabajo: ¿Qué lección del «beso (robado) de rubiales»?

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

I

Cuenta la célebre zarzuela española de la «leyenda del beso», estrenada con éxito en el lejano 1924, la maldición realizada por la madre de Amapola, hermosa mujer nacida de la relación con un «mal hombre», según la cual todo aquel que osara besarla moriría sin remedio, aun de amor por ella. Quienes peinan canas, como yo, recordarán que fue muy célebre la versión del intermedio («intermezzo») de esta obra cantada por el grupo Mocedades (el histórico, hoy hay tres, tras múltiples conflictos familiares), así como una versión instrumental de Luis Cobos¹. En cambio, para quienes son más jóvenes, la lírica del «beso robado» quizás se concrete en la preciosa canción de Beret², que comienza con la estrofa «nunca se sabe el precio de un beso robado y al final el nuestro nos salió tan caro». Tal es la imagen icónica del «beso robado» que incluso tiene un día internacional³, el 6 de julio, desde hace años envuelto en gran polémica, por el cambio sociocultural y la fuerza de la cuestión social feminista. No, ninguno de estos besos envueltos en arte, que «matan» o «cuestan caros» ocupa el centro del debate mundial, especialmente en España, sino otro.

Inicialmente concebida como una «tormenta de verano» («serpiente» o «culebrón»), por nacer como un episodio, a todas luces muy infortunado, de una noticia histórica, de mayor alcance profesional y social, el Campeonato Mundial de Fútbol para la selección femenina

¹ «La leyenda del beso» (Luis Cobos & The Royal Philharmonic Orchestra) - YouTube

² Beret - «Beso robado» (Lyric Video Oficial | Letra Completa) - YouTube

³ Día del Beso Robado: la polémica historia detrás de la famosa foto que marcó un hito - La Nación

española –la primera estrella en el pecho para nuestras futbolistas–, el «asunto del beso de Rubiales» ha alcanzado la condición de «huracán» en grado 5, máximo. Como tal, todo lo ha inundado y todo lo ha sacudido, no solo en el sector del fútbol profesional, sino en el debate sociopolítico y cultural, en España, pero también más allá de nuestras fronteras, al provocar el choque de dos mundos, de dos culturas, hoy enfrentados en un conflicto socialmente transversal y que se ha presentado en toda su radicalidad:

- La «cultura del sexismo resistente» (machismo) en todas las esferas de vida, en especial en las estructuras deportivas, pero también en las organizaciones de trabajo en general, de un lado.
- La «cultura del feminismo prevalente» como principal punto de vista para valorar y enjuiciar la realidad (la perspectiva de género como canon tendencialmente hegemónico de valoración de las cosas del mundo).

En esta dicotomía, conformada por una sucesión interminable de diatribas de todo tipo y puntos de vista, no pareciera haber espacio para la ponderación o la reflexión más sosegada, por otro lado, típica del derecho (principios como el escuchar a la otra parte, o la presunción de inocencia, etc., así lo exigen), aun con perspectiva de género, sino que o se hace una defensa a ultranza de la «víctima» o se está con el «verdugo». El «silencio» sería cómplice (p. ej., quienes no han salido a la plaza pública a posicionarse a favor de la jugadora avalan el machismo imperante), quien calla otorga («quien no rechaza de forma pública la violencia de género, la asume», viene a decirse). El «ruido» en una dirección también (p. ej., los aplausos en la, bochornosa, Asamblea General de la RFEF del viernes 25 de agosto, prevista para la dimisión –inevitable– del presidente de aquella, pero que terminó siendo su anacrónico «grito de guerra» contra la realidad), hasta el punto de que se quiere como «causa objetiva» de despidos (del seleccionador femenino –incluso del masculino–) o de la disolución de los órganos federativos. Veleidosa, al día siguiente, la mayoría de la asamblea reprobó la –inapropiada e inaceptable– conducta presidencial. Eso sí, tras la suspensión por la FIFA (la lealtad vasalla lo sería al poder, perdido este, finada aquella). Celebrado el sumarísimo juicio mediático (planetario), la plaza pública –y las expertas en violencia de género– dictan sentencia inapelable: culpable de agresión sexual.

II

Quienes cultivamos el derecho del trabajo vivimos de forma familiar el axioma –más que el principio– jurídico, trasunto del primado de la realidad (la [STS, Sala 4.ª, núm. 149/2023, 21 de febrero](#) prima la realidad social que exige proteger la confianza social en torno a la no tolerancia del alcohol en la conducción sobre la doctrina jurídica gradualista clásica, a la hora de calificar la gravedad de una conducta –en el caso, el consumo de drogas de un conductor, aunque no incide en su conducción–): se dice que «las cosas son lo que son,

no lo que las partes dicen que son». Una suerte de canon jurídico–social clave para la calificación de las situaciones de laboralidad, por ejemplo, pero también tributarias, esto es, cuando hay un interés de orden público prevalente, donde se imponen los criterios jurídicos objetivos, no los subjetivos, a fin de evitar el abuso de la autonomía privada o voluntad (para el derecho de los negocios *vid.* STS, Sala de lo Civil, núm. 693/2019, de 18 de diciembre).

Desde este enfoque realista, máxime teniendo en cuenta que la conducta se produjo a la vista del mundo entero, cuando todas las cámaras de centenares de medios y países grababan la ceremonia de entrega de premios, y atendida la extrema transcendencia de los derechos e intereses en juego (derechos fundamentales de las jugadoras, valores superiores de una sociedad y un ordenamiento, decoro deportivo, prestigio mundial del fútbol profesional, imagen de país, etc.), podría pensarse que la realidad aquí parece clara, al margen de la posición –variable–, en cada momento –cambiante–, de cada parte (jugadoras y presidente de la RFEF). Está grabada, todo el mundo lo vio, de ahí que fuese tan inmediato el juicio social y su condena. Pero, en un Estado constitucional de derecho tomado en serio, ¿qué es lo que el mundo entero ha visto realmente?

Más preguntas. ¿Por qué el TAD (Tribunal Administrativo Deportivo), constituido por siete juristas especialistas, mujeres y hombres, han necesitado cinco días para deliberar y luego fallar en contra de lo que casi «todo el mundo –decía– sabía»: el Sr. Rubiales había incurrido en una infracción grave –no muy grave– del régimen disciplinario, por conducta indecorosa, sin –pretendidamente– abuso de autoridad presidencial? ¿Por qué la FIFA adoptó, de inmediato, una medida de «justicia cautelar» (según el art. 13. 1 y 2 de su código disciplinario –violaciones de los principios del juego limpio o de las reglas básicas de conducta digna–)⁴ y el CSD ha venido dilatando esa decisión, pese a que una parte del Gobierno en funciones le demandaba más agilidad ante un caso fragante de «violencia machista»? Ahora pide a la benévola «justicia deportiva española» –no es un tribunal, solo es un órgano administrativo, pese a su pomposo nombre– una medida cautelar del procedimiento administrativo común. Al margen del dilatado tiempo penal –abierto–, ¿por qué ni un solo análisis penalista serio se aventura a afirmar con razonable certeza que el «beso robado» de Rubiales es una agresión sexual *ex* artículo 178 del CP, como clama la plaza pública y ya ha sentenciado en el sumarísimo «juicio político–social»?

Una explicación de esta tensión (contraste) entre la realidad mundialmente «vista» y la «realidad jurídica» puede estar en el cambio de «percepción de la realidad» vivida por ambas partes desde el comienzo del lamentable episodio, que ha ensombrecido un momento mágico del fútbol femenino español. Si al principio parecía haber, siempre en un entorno de incomodidad de la jugadora «sorpresivamente» besada, cierta compartida comprensión (p. ej., vídeo en el vestuario, donde se bromea sobre el beso dado, incluso se sigue a modo de broma, con la mención del aprovechamiento del viaje a Ibiza para que el presidente y la ca-

⁴ <https://elpais.com/deportes/futbol/2023-08-30/preguntas-y-respuestas-del-caso-rubiales.html#?rel=mas>

pitana se casaran; alguna entrevista radiofónica a la jugadora, así como al presidente, etc.), inmediatamente se fue distanciando la imagen de esa realidad. Para el –cavernícola– discurso del presidente, aferrándose al cargo, estábamos ante un «beso ("pico") espontáneo, mutuo, eufórico y consentido», inocente, sin deseo sexual ni posición de dominio⁵, explicándolo así la RFEF –lo que reafirmaría, para diversos análisis un «patrón machista de la conducta», revictimizando a la jugadora, considerada víctima de una conducta de «violencia sexual»–⁶:

Los hechos son los que son; y, por muchas declaraciones que se hagan para distorsionar la realidad, es imposible cambiar lo ocurrido. El beso fue consensuado. El consentimiento se dio [...] con las condiciones del momento. Después puedes pensar que has cometido un error, pero no puedes cambiar la realidad⁷.

En cambio, para la jugadora, con el apoyo total del resto de jugadoras, hasta el punto de abstenerse colectivamente de acudir («¿huelga?») a la selección en tanto no cambie de raíz la dirección del fútbol español, la situación es bien diversa. Varios días después del hecho conflictivo se expresa a través de un comunicado, formalizado por su sindicato, Futpro, en el que, tras revelar la presión sufrida –directamente y también su familia– para salir en un vídeo oficial que quitara hierro al asunto del beso y reprobar la «cultura de manipulación» del presidente, reconoce:

La situación me provocó un shock por el contexto de celebración, y con el paso del tiempo, tras profundizar un poco más en esas primeras sensaciones, siento la necesidad de denunciar [...] ya que considero que ninguna persona, en ningún ámbito laboral, deportivo o social, debe ser víctima de este tipo de comportamientos no consentidos. Me sentí vulnerable y víctima de una agresión, un acto impulsivo, machista [...]⁸.

A lo que añade –evidenciando la dimensión colectiva del conflicto sociolaboral, sin el cual no se entiende realmente el contexto en el que se inserta toda la situación–:

Este tipo de incidentes se unen a una larga lista de situaciones que las jugadoras hemos venido denunciando en los últimos años, por lo que este hecho [...] es solo la gota que colma el vaso [...]

⁵ https://www.youtube.com/watch?v=PW6kR_yWIF0

⁶ <https://www.publico.es/mujer/patron-machista-rubiales-paso-paso-filtracion-video-jenni-hermoso-re-mate.html>

⁷ [https://www.theguardian.com/football/2023/aug/26/spain-luis-rubiales-football-federation-president-jenni-hermoso#:~:text="](https://www.theguardian.com/football/2023/aug/26/spain-luis-rubiales-football-federation-president-jenni-hermoso#:~:text=)

⁸ <https://www.sport.es/es/noticias/seleccion/femenino/comunicado-oficial-jennifer-hermoso-luis-91349639>

III

En este irreconciliable choque de «visiones de la realidad», de un «mismo hecho», hay algunas cosas claras. De un lado, que no se trata de un hecho puntual o episódico, sino que, en última instancia, refleja la diferente posición de cada parte en torno a un tipo de conflicto que viene de atrás y que, en consecuencia, desborda la dimensión individual. A la dimensión interpersonal, pues, añade una clara faceta institucional y organizacional, en consecuencia, social⁹. De otro lado, que, de conformidad con el artículo 1 del Convenio 190 de la OIT, sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, vigente para España desde el 25 de mayo de 2023, estamos ante una *forma de violencia en una relación deportiva profesional (trabajo deportivo) por razón de género*, en la medida en que:

1. Se trata de un comportamiento *inacceptable*, como todo el mundo asume, incluso el Sr. Rubiales, al margen de la adjetivación que reciba el beso en la boca (pico por ser superficialmente en los labios) propinado, de forma sorpresiva y fugaz, es decir, de que se trate de un beso robado o forzado o no propiamente.
2. Es *susceptible*, en sí mismo y por el modo como se produce, de provocar un daño a la jugadora víctima de aquel comportamiento, independientemente de cuál sea el objeto de la conducta o el resultado concretamente producido. El tipo de daño posible puede ser personal (físico, psíquico, sexual) o patrimonial (económico).

Como afirmara la [STC núm. 56/2019](#), de 6 de mayo, y ahora refuerza el Convenio 190 de la OIT, ni la violencia ni el acoso requieren intencionalidad de dañar ni actualización del daño para constatar su tipicidad como conducta antijurídica. Y ello pese a que persistan sentencias empeñadas en mantenerse ancladas en esa doble exigencia (dolo específico y resultado dañoso, como la STS, Sala de lo Social, de Castilla-León (Valladolid), de 29 de junio de 2023 (rec. núm. 940/2023), cuya anacrónica doctrina contradice la prevalente visión constitucional e internacional.

3. *Responde a una razón de género*, porque se ha realizado contra una jugadora que, como mujer, esto es, por razón de su sexo o género, tiene una mayor prevalencia a la hora de verse afectada por este tipo de conductas en relación con jugadores profesionales de sexo masculino (letra b, art. 1 del Convenio 190).

De este modo, que estamos ante la expresión de *una forma de violencia machista (o de género) en el fútbol profesional (trabajo deportivo)* no es dudoso, salvo, a lo que parece, para el TAD. Pero *¿es también un modo de violencia-agresión o acoso sexual*, como ha sentenciado el juicio abrumadoramente mayoritario de la plaza pública?

⁹ <https://elpais.com/television/2023-08-31/romper-el-silencio-la-vejacion-de-las-futbolistas-antes-de-sidney.html>

Vaya por delante que el eventual descarte –lo que sostengo desde el primer día– de su calificación como una forma de violencia sexual, sea agresión (p. ej., art. 178 CP), sea acoso (p. ej., art. 6 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación en relación con el art. 7.2 de la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo) no ha de significar la pérdida de gravedad de este asunto, pues en todos los casos estaríamos en el marco de la violación no solo de derechos profesionales, sino fundamentales (p. ej., art. 10 en relación al art. 15 CE –dignidad e integridad personales–, art. 14 –discriminación por razón de género–). Ahora bien, es evidente que estaremos ante conductas diversas y exigirá, en consecuencia, vías jurídicas diferentes y más apropiadas para aprehender el injusto jurídico de esta conducta inaceptable, en todo caso, del presidente federativo, englobando no solo el «beso sorpresivo», por inesperado y no deseado, sino varios actos que le precedieron (p. ej., tocarse los genitales, cargar al hombro con una jugadora durante la celebración, como si de un gesto de raptó cavernícola se tratara –o mitológico–, etc.).

IV

En efecto, de aceptarse el enfoque asumido mayoritariamente por el juicio político– social alentado por la lectura feminista de este asunto, la constatación de una agresión sexual del presidente federativo contra una de las capitanas de la heroica selección de fútbol femenino cabría plantearse, al menos, dos vías jurídicas de corrección severa de esta inaceptable conducta. Una externa, típicamente de «justicia penal», otra interna, de «justicia administrativo-profesional deportiva». Ahora bien, ¿una agresión (violencia) machista, ni deseada ni del agrado de la jugadora («no me ha gustado», expresó en el vestuario) es sinónimo de agresión sexual? No, en absoluto, aquí trataré de explicarme jurídicamente, al margen de la libre valoración social que cada cual derive.

En el plano de la referida justicia penal (ya abierta por las diligencias de la Fiscalía de la Audiencia Nacional –sin duda instadas por la presión del Gobierno también por esta vía, una vez ha apostado plenamente por la condena severa de esta conducta–), no sería la primera vez que se enjuicia un beso en la boca propinado de forma sorpresiva y fugaz, o incluso solo simulada (p. ej., condena al empresario que, para intimidarla, simuló besar a la portavoz de Podemos en el Parlamento andaluz)¹⁰. Y las decisiones jurisdiccionales, también atendiendo de modo ponderado y específico a las circunstancias concurrentes (conducta, contexto, etc.), han tenido razonamientos y fallos diferenciados. Así, también en un entorno profesional, la SAP de Madrid 313/2018, 28 de mayo (rec. núm. 579/2018), juzgó el caso de un hombre que, al despedirse de su compañera de trabajo en el *aparcamiento* de la empresa, pues dejaba su puesto, le pidió dos besos (ósculos, según la distinción tradicio-

¹⁰ https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/sentencias/empresario-simulo-beso-condena-sentencia_0_1445855567.html

nal –carácter de beso afectivo–), en la mejilla, accediendo la mujer a ellos, sorprendiéndola con un beso fugaz en los labios, tomándole la cara. La injerencia en su intimidad corporal causó en la mujer una reacción de llanto y nervios.

La trabajadora, personada como acusación particular, se querelló por un delito de abuso sexual (arts. 181 y 182 CP –anterior a la [Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual](#), LOGILS, ley del «solo sí es sí»–, pero la condena lo fue por el –precedente– delito leve de coacciones (art. 172.3 CP). No es ocioso recordar el razonamiento de la Audiencia Provincial para justificar la notable rebaja de la valoración penal de la conducta antijurídica del trabajador, por lo que no quedó en impunidad penal, pero sí significativamente reducido el juicio jurídico de reprobación –leve– y, en consecuencia, la condena:

En el presente caso, teniendo en cuenta cómo se produjeron los hechos, por la mañana, en una zona pública y que el acto fue fugaz (un beso en la boca no consentido), una elemental consideración al principio de proporcionalidad y evitación del exceso en el empleo de la norma punitiva nos llevan necesariamente en este supuesto a residenciar en el ámbito típico del delito leve de coacciones una conducta de entidad decididamente menor, considerando que la entidad intrínseca de la conducta y su contexto circunstancial, aunque totalmente reprochable, no permitan hablar propiamente de atentado a la libertad sexual de la víctima, sino más bien a su pudor, al respeto debido a las personas o a las normas de comportamiento social. (FJ 2.º).

A mi juicio, esta doctrina judicial, amparada en precedente y actual doctrina de la Sala Penal del Tribunal Supremo, puede ser muy relevante como referencia para la suerte que tendrá –ya anticipo que nula– el proceso penal abierto en el asunto Rubiales. El artículo 178 de la CP, relativo al delito de agresión sexual, que sustituye (abriendo una gran polémica social y política, que dio lugar a una no menos agria reforma –[LO 4/2023, de 27 de abril](#)–) al viejo delito de abuso sexual, apenas difiere, en lo que nos interesa, de la situación precedente.

Concretándose este tipo penal en cualquier acto que atente contra la libertad sexual de una persona sin disponer de su consentimiento (pena de prisión de 1 a 4 años), con un tipo agravado (si media violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima), apartados 2 y 3, y un tipo atenuado (cuando los hechos revistan menor gravedad y atendidas las circunstancias personales del sujeto culpable), las claves de la punición penal residirían en la constatación de dos elementos (Circular de la Fiscalía General del Estado –FGE– 2/2023, de 29 de marzo–)¹¹:

- El contenido estrictamente sexual o no del acto realizado (elemento objetivo del tipo penal). Conviene advertir que si bien el tipo penal exige dolo para su comisión, no ánimo especial libidinoso (STS, Sala de lo Penal, núm. 165/2022, de 24 de febrero).

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-4513>

- La constatación o no de consentimiento –*a priori*, no *a posteriori*, sin que sirva el perdón–, a fin de que la mujer –mayoría de los casos– no se vea involucrada en prácticas de contenido sexual que no deseadas (elemento volitivo).

Precisamente, la SAP de Sevilla núm. 401/2019, de 27 de septiembre (confirmada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía, tras el recurso de apelación) entendió que, en el citado caso del empresario que simuló besar a la portavoz de Podemos, hubo contacto físico y, por tanto, tendría contenido sexual. De ahí la concurrencia del tipo de abuso sexual en el caso, sin que pueda tolerarse como broma de mal gusto. En cambio, no apreciará ni vejación ni padecimiento psíquico, no incidiendo la conducta en la dignidad de la mujer afectada por el delito. Tampoco impondrá una condena de prisión, sino solo pecuniaria: la interposición de la mano del acusado entre su boca y los labios de la afectada, el carácter fugaz del acto y la menor gravedad de la conducta aconsejan la opción por la pena pecuniaria (e indemnización por daño moral de 2.500 euros).

Asimismo, la STSJ, Sala de lo Civil y Penal, de Navarra, núm. 25/2022, de 26 de septiembre, condenó por delito de abuso sexual a un hombre que propinó un beso en la boca a una persona menor de 16 años. El condenado por abuso sexual, amigo de la familia, salió del domicilio de esta, encontrándose con la joven en las escaleras. Al verla, tras comentarle «a ti te estaba yo buscando», la cogió del cuello acercándola a su cuerpo y, pese a que la chica trató de esquivarlo, la besó en los labios. En este caso, el MF cambió su posición (primero pidió absolución, por entender que era un ósculo –beso amistoso, no sexual–, pero producida la condena, pidió en el recurso que se confirmara el año de prisión y a una indemnización de 3.000 euros por daño moral). A mi juicio, aquí sí se produce un acto no consentido con manifiesto contenido sexual, no amistoso, viviéndolo la menor como un atentado a su libertad sexual. También la citada STS, Sala 2.^a, núm. 165/2022 condenó por abuso a un hombre que, encontrándose casualmente en la escalera con una menor, que venía observando previamente con fines sexuales, la abrazó por la cintura y le dirigió un beso en los labios, que la menor esquivó, besándola en la mejilla.

Como vemos, la valoración jurídico-penal de un beso no querido exige atender muy de cerca al modo y contexto (circunstancias objetivas y subjetivas) para concluir si hay o no lesión de la libertad sexual, aun tratándose de un mismo acto –beso sorpresivo y fugaz–, como en nuestro caso (p. ej., SSTS, Sala de lo Penal, núm. 832/2007, de 5 de octubre y núm. 476/2006, 2 de mayo). Determinante será la vivencia de la víctima (que lo viva como acto sexual o no; que vivido como sexual lo consienta o no)¹². A mi juicio, el precedente más cercano al asunto Rubiales, sin ser igual, lógicamente, es el relativo al beso del compañero laboral y, en consecuencia, la conducta, o bien carece de contenido sexual propiamente, en este caso de beso fugaz y sorpresivo dado en el contexto de euforia de un logro mundial o, al máximo, sería una sanción penal menor, como también se halla en otros precedentes

¹² <https://almacenederecho.org/el-beso-agresion-sexual>

(p. ej., SSTS núm. 763/2017, de 27 de noviembre y núm. 957/2016, de 19 de diciembre). El problema es que se condenó por faltas a la integridad moral (viejo art. 620.2 CP), eliminadas en 2015 y sin alternativa de conservación como delitos leves hoy, en tiempos de Rubiales¹³.

V

En suma, por lo razonado, me parece inadecuada la vía penal (so pena de imponer como ley penal la ley ética dominante, aunque ya se haya presentado [querrela](#) por la Fiscalía ante la Audiencia Nacional –p. ej., STS núm. 677/2018, de 20 de diciembre) para la debida respuesta jurídica ante esta conducta de violencia machista, por sexista (el beso espontáneo e inesperado del «rey federativo» es la guinda de quien se siente triunfador y eufórico, no solo por el campeonato del mundo, sino porque ha terminado imponiendo su ley en el conflicto global con las jugadoras, exhibiendo su poder por encima de quienes, como futbolistas, acababan de mostrar al mundo su capacidad de superar las barreras puestas en su camino de reivindicación profesional en un deporte eminentemente masculino). Ahora bien, excluir la vía penal no ha de significar que no pudiera –y debiera– actuarse otra forma de tutela frente a la violencia por razón de sexo-género en el seno de una actividad deportiva, en este caso interna a la organización federativa obligada a prevenirla, por tanto, típica de la protección de riesgos profesionales en el deporte: *la activación del protocolo de gestión frente a la violencia y el acoso sexual*.

Sorprendentemente, ávida la sociedad del escarmiento penal, tiende a dejarse en el silencio, incluso en el olvido, pedirle a la RFEF –y a órganos públicos competentes, según la propia disposición primera de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre (LD/2022)– que actúe en cumplimiento de sus obligaciones de protección eficaz del derecho –ahora ya universal– de las futbolistas españolas de un *entorno deportivo seguro y saludable, libre de violencia y acoso* en el desempeño de su actividad. Así se deriva del artículo 2 del citado Convenio 190 de la OIT. Pero también resultaría esta aplicación de la normativa española, deportiva y laboral.

Podría pensarse, respecto a la legislación deportiva, conforme al artículo 31.4 de la nueva Ley del deporte, que este tipo de deberes de protección corresponde solo a las entidades empleadoras directas (clubes), al exigir relación laboral, lo que no sucede con las jugadoras de la selección nacional. Sin embargo, según el artículo 66 de dicha ley, en la medida en que existe una obligación de cesión temporal a la federación, la RFEF también está obligada a la protección de su salud ex artículos 14 y 24 de la LPRL, en línea con lo que sucede con otras relaciones externalizadas laborales (al respecto, de gran interés el monográfico que publica la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, en su número de septiembre-octubre de 2023, bajo la dirección de la profesora Margarita Miñarro. Un ejemplo de aplicación de la

¹³ <https://www.observatoriovascosobreacoso.com/el-beso-de-rubiales-ante-el-derecho-tomando-en-serio-la-perspectiva-de-genero/>

LPRL a riesgos psicosociales en entornos organizativos complejos –en el caso Administración de Justicia– la [SJS núm. 8 de Barcelona](#), de fecha 18 de mayo de 2023, autos 502/2021)¹⁴.

En cuanto organización privada que es la RFEF (art. 51 Ley del deporte), aun con su ejercicio de funciones públicas delegadas, tiene obligación de disponer de protocolos de gestión de la violencia o el acoso por razón de género, en virtud de los artículos 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH) y del –algo confuso– artículo 12 de la citada LOGILS. Obligaciones preventivas reforzadas no solo por el deber de aplicar el Convenio 190 de la OIT, sino también por el artículo 33 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (sobre la que, dicho sea de paso, sigue existiendo una enorme polémica aplicativa, en torno a su retroactividad –que acepta, a mi juicio inadecuadamente, la STSJ de Galicia de 29 de junio de 2023, [rec. núm. 1639/2023](#)–). Y de ello es consciente (aunque confusa e irregularmente) la propia RFEF, que contaría con dos «protocolos» («no quieres caldo, toma dos tazones»):

- a) Uno de actuación para la prevención el acoso en el trabajo (2015), pactado¹⁵.
- b) Y otro relativo a la prevención, detección y actuación frente al acoso y abuso sexual (2018), unilateral, no colectivamente pactado¹⁶.

En ambos casos se garantiza la aplicación a las futbolistas de la selección. El segundo tiene como curiosidad, junto a lo limitado de su ámbito (abuso y acoso sexuales) y el nombramiento de una persona «delegada de protección», un «comité asesor» presidido por el presidente de la RFEF, esto es, hasta su suspensión, por el Sr. Rubiales, que nombra a las otras dos personas integrantes. Es decir, en este caso, cabría concluir –permítaseme la licencia– que se pone al «lobo a cuidar de las ovejas». A la vista de la delimitación tan restrictiva (acoso por razón de sexo –sexual o sexista–, acoso moral, abuso sexual), son claras sus deficiencias, por cuanto la conducta del Sr. Rubiales constituye –a mi juicio– una forma de violencia sexista en el trabajo (institucional), por tanto, discriminatoria, pero ni «abuso sexual» ni acoso (ni sexual, ni sexista, ni moral).

Cierto, estos protocolos incluyen un «beso a la fuerza» como una eventual conducta de abuso o acoso si tiene ese contenido sexual reseñado, aquí descartado. De ahí la necesidad de revisar los protocolos referidos conforme a la previsión del actual artículo 4.5 nueva Ley del deporte (obligación de la federación de disponer de un protocolo efectivo de prevención de toda forma de violencia y acoso por razón de sexo o género, incluidos los actos discriminatorios por rales causas). No obstante, sorprende que en este artículo toda «actuación que pueda ser considerada discriminación, abuso o acoso sexual o acoso por

¹⁴ <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/iaprl/servicios/actualidad/noticias/detalle/429067.html>

¹⁵ https://rfe.es/sites/default/files/pdf/protocolo_actuacion_acoso.pdf

¹⁶ https://rfe.es/sites/default/files/pdf/protocolo_prevencion_abuso_y_acoso_federacion_futbol.pdf

razón de sexo o autoridad» solo sea sancionada –a través del Consejo Superior de Deportes– como falta grave, en los términos del artículo 105 de la Ley del deporte, cuando, como recordaremos, en el ámbito laboral son infracciones muy graves (art. 8.11, 12, 13 y 13 bis TRLISOS). La infravaloración de la violencia sexista en el deporte es nítida.

VI

Deficiente, pues, también esta vía de intervención interna e institucional contra la forma de violencia sexista que representa la conducta del Sr. Rubiales –la actualización al nuevo marco normativo también puede actuarse mediante requerimiento por parte de la ITSS, que tiene competencias al respecto–, hay que seguir buscando los canales jurídicos más efectivos y eficaces de reprobación y corrección, al resultar jurídicamente inaceptable. Miremos la vía de la «justicia deportiva», actuada por el Consejo Superior de Deportes, en adelante CSD, si bien de forma igualmente muy defectuosa: de aquellos polvos (petición razonada del CSD al TAD de 25 de agosto –apertura de expediente disciplinario por dos infracciones muy graves–, bien fundamentada, pero escasamente articulada probatoriamente) estos lodos (Resolución del TAD 155/2023, 31 de agosto, que considera, por mayoría, existente una infracción grave, pues la muy grave pedida no quedaría ni indiciariamente probada).

Para introducirla del mejor modo que sé, sociocultural y jurídicamente, elegiré, antes de afrontar la crítica de la resolución mayoritaria del TAD –muy desafortunada en el doble plano referido para el análisis de este emblemático asunto–, la siguiente frase de la recientemente nombrada mejor jugadora de la temporada 2022-2023 por la UEFA:

*Como sociedad no podemos permitir el abuso de poder en una relación laboral. Desde Jenni a todas las mujeres que sufren lo mismo, estamos con vosotras. Esperamos que esta sociedad mejore. (Aitana Bonmati)*¹⁷.

¿Por qué iniciar con una frase de parte, expresada con el lenguaje de la emoción, una argumentación técnica, que quiere basarse en el lenguaje de la razón del derecho? El motivo es que, justamente, fuera del enfoque penal, en el propio de la justicia deportiva, el principal debate jurídico ha quedado centrado en si el comportamiento de Rubiales constituye o no un abuso de autoridad tipificado en el orden disciplinario deportivo.

Así lo intuye –como se ha indicado– la mejor jugadora de la UEFA, lo cree la inmensa mayoría de la comunidad mundial y defendemos un sector jurídico, incluido el fundado voto particular del presidente del TAD, considerándolo un genuino abuso (sexista) de autoridad

¹⁷ <https://www.lasprovincias.es/deportes/futbol/duro-mensaje-aitana-bonmati-rubiales-reconocida-mejor-20230831194640-nt.html>

en el transcurso de la celebración por el logro del Campeonato Mundial de Fútbol femenino. Por su modo y contexto representaría una infracción administrativo-deportiva muy grave (art. 104.1 letra j) de la LD/2022; art. 76.1 a) de la LD/1990 –vigente según la disp. trans. 3.ª de la LD/2022 en relación con su art. 119.3–). No lo sería para otros análisis, como –de forma errada– ha concluido el voto mayoritario que conforma la Resolución del TAD núm. 155/2023, de 31 de agosto. Para esta, estamos solo ante una notoria falta de decoro o indignidad deportivos del presidente de la RFEF, constitutiva de infracción grave (arts. 76. 4, letra b) LD/1990 y 18 b) RD 1591/1992, sobre disciplina deportiva), aunque sí esté ahora calificada como muy grave en la LD/2022 (art. 104.1 letra i), incluso en el art. 14 h) del RD 1591/1992.

VII

Centrado –como hemos apuntado– el mayor punto doliente del debate jurídico de la justicia deportiva nacional –el plano de la FIFA es diferente, pues sí se pone el acento en el carácter indigno o indecoroso del presidente de la RFEF– en la constatación o no de un abuso de autoridad, careciendo de la más mínima duda la existencia de una infracción grave del decoro deportivo, la crítica debe dirigirse sobre aquella cuestión. No obstante, previamente, conviene realizar un apunte sobre la contradicción normativa (antinomía) que, respecto de la falta de decoro o dignidad deportivas, presenta el régimen legal disciplinario deportivo actualmente vigente y aplicable al «caso Rubiales», superada en la nueva regulación, aún no vigente (por dejadez gubernamental, al incumplir el plazo de seis meses previsto para el desarrollo normativo previsto en la ley). Así se evidencia en el razonado voto particular del presidente del TAD.

En efecto, hoy hallamos dos valores administrativos diversos de los actos notorios y públicos contrarios al decoro o a la dignidad deportivos:

- a) «En todo caso... como infracción deportiva grave» (art. 76, 4 b) de la vieja ley del deporte, y art. 18 b de la norma reglamentaria que la desarrolla).
- b) Como infracción deportiva muy grave «cuando revistan una especial gravedad. Asimismo, se considerará falta muy grave la reincidencia en infracciones graves por hechos de esta naturaleza» (art. 14 h de la norma reglamentaria).

En síntesis, para el voto mayoritario, sin considerar existente contradicción jurídica de ningún tipo (por lo tanto, descarta todo razonamiento relativo al eventual *ultra vires*), sí que habría una dualidad de tratamientos del artículo 14 h) de la norma reglamentaria, en atención al sujeto que ejerce la potestad disciplinaria. Así, cuando es el TAD el que ha de ejercerla, estaría sometido a un principio de interpretación restrictiva de las normas, de modo que solo debe aplicar la infracción taxativa y específicamente prevista en la ley, sin atender a las innovaciones que pueda establecer la norma reglamentaria.

En cambio, cuando se trata de otras entidades, en cuyo caso sí regiría un criterio de flexibilización del principio de legalidad, abriéndose la norma a una mayor colaboración entre la ley y el reglamento para conformar los tipos infractores. En coherencia –afirma–:

La circunstancia de que este Tribunal no aplique el artículo 14 h) del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre cuando ejerce la competencia para tramitar y resolver expedientes disciplinarios atribuida en el artículo 84.1 b) no es óbice para que sí lo hagan los demás sujetos activos de la potestad disciplinaria al tiempo de investigar y, en su caso, sancionar conductas que se subsuman en dicho tipo infractor reglamentario. Y, solamente cuando este Tribunal esté fiscalizando la conformidad a derecho de las sanciones impuestas por los Clubes, Ligas y Federaciones en ejercicio de la competencia revisora que le atribuye la Ley 10/1990 [...], en su artículo 84.1.a), podrá entonces apreciar la habilitación normativa contenida en el Real Decreto 1591/1991, de 23 de diciembre para confirmar o, en su caso, revocar, las sanciones [...] (FJ 8.^a).

El voto particular no comparte esta lectura rígida de la norma (que la mayoría ampara en el carácter sancionador de la norma aplicable) y literal (que fundamenta en el estricto principio de legalidad disciplinaria). Al contrario, considera que la citada letra h) del artículo 14 del Real Decreto 1591/1992 sería desarrollo del artículo 76.2 a), que *considera como una infracción específica muy grave del personal directivo el incumplimiento de cualquier disposición reglamentaria*. Esta lectura sistemática, que da preferencia a la tipificación específica (infracciones del personal directivo) será la que se asume por la doctrina judicial contencioso-administrativa (p. ej., STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a, de 17 de febrero de 2005, rec. núm. 2504/2002), seguida por la propia «doctrina administrativa» del TAD en más de un precedente (p. ej., las resoluciones del TAD 370/2021, de 4 de marzo¹⁸ y 188 bis/2022, de 16 de septiembre)¹⁹. Inequivoca es esta doctrina precedente del TAD:

En este sentido, procede recordar que tanto los «los abusos de autoridad» como los que «los actos notorios y públicos que atenten contra la dignidad o decoro deportivos» tienen la consideración de infracción muy grave, tanto en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (art. 76.1.a y 4.b) como en el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva (arts. 14.a y 18.b). (Resolución del TAD 370/2021, 4 de marzo, FJ 4.º, penúltimo párrafo).

En consecuencia, con magnífico criterio jurídico, el voto particular (firmado el 1 de septiembre del 2023) desvela dos graves extralimitaciones por parte del TAD, que harían, en sí mismas, viciar de invalidez esta tan polémica, como errada, resolución del TAD:

¹⁸ https://estaticos.csd.gob.es/csd/TAD/2021/RES_370.2021_Rugby.pdf

¹⁹ https://estaticos.csd.gob.es/csd/TAD/2022/RES_188.2022_bis_TAD_Gimnasia.pdf

- El carácter razonable de la fundamentación de la petición razonada del CSD exige su tramitación como tal, al cumplir los requisitos legales (art. 61.3 de la Ley 39/2015, LPAC), sin perjuicio del fallo que finalmente se adopte de fondo. No le corresponde al TAD, en esa fase procedimental administrativa inicial, «realizar otras consideraciones que puedan contaminar la instrucción y en su caso decisión por el propio Tribunal de lo acordado hoy».
- La apariencia de cobertura legal de la norma reglamentaria litigiosa debe ser suficiente para que el TAD la tome en consideración, dentro de una lectura o interpretación global o sistemática del conjunto del derecho aplicable, sin la formulación de un juicio apriorístico de invalidez legislativa sobre una norma reglamentaria. Un «tribunal administrativo» (art. 1 del Real Decreto 53/2014, de 31 de enero) carece de los medios que la LOPJ y la LRJCA atribuyen al poder judicial, bien para inaplicar, bien para declarar la ilegalidad de una norma reglamentaria.

El voto mayoritario, sin embargo, considera que esa doctrina jurisdiccional no le es aplicable, en virtud de la distinción antes referida (cuando no actúa como órgano revisor de la potestad disciplinaria de otras entidades, sino ejerciéndola directamente –de forma exclusiva en virtud del art. 76 LD/1990 y las normas reglamentarias que desarrolla cada supuesto específico, correlacionado en el propio reglamento, según remisión del art. 84.1 b) LD–, estaría sujeto por el principio de interpretación restrictiva, sin la flexibilidad de que dispone en el primer caso).

VIII

A diferencia de la nueva LD/2022, conforme a la cual el nudo gordiano de este asunto se centraría, sin ninguna duda, en la falta de decoro deportivo (o concurrencia de una clara indignidad deportiva) del Sr. Rubiales como presidente de la RFEF en la celebración del campeonato ganado por las féminas, considerado ahora –corrigiendo la evidente antinomia existente en el viejo, pero vigente, régimen– como una infracción disciplinara deportiva muy grave ex art. 104, esa posición nodal le correspondería a lo que –a todas luces, menos para el voto mayoritario del TAD– pareciera ser un «abuso de autoridad» de libro, infracción muy grave, tanto en el artículo 104 de la LD/2022 como en el artículo 76.1 a) de la LD/1990. Por tal se entiende, en síntesis, según la jurisprudencia contencioso-administrativa, toda forma de ejercicio extralimitado de las funciones que el ordenamiento jurídico otorga a una persona que ostenta poder (público o privado) o autoridad (pública). No hay duda alguna en su delimitación jurídica, contenciosa y civil como tal extralimitación de uso o ejercicio de las competencias o poderes legalmente atribuidas (p. ej., SSTS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 20 de enero de 2012, FJ 2.º, y Sección 3.ª, de 26 septiembre de 1989, FJ 4.º; STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 236/2006, de 8 de mayo, FJ 3.º). En suma, se protege el recto y justo ejercicio de las facultades que se tiene legalmente atribuidas.

Ahora bien, el problema viene en el momento de ponderar la exigencia de gravedad de esa extralimitación para entender aplicable el tipo infractor disciplinario deportivo, optando, de nuevo, el TAD por una interpretación ya no solo restrictiva (conforme a los criterios generales previstos para la infracción correspondiente a la indignidad deportiva), sino, además, excepcional, pese a que la norma legal no hace distinción respecto de los diversos tipos infractores ni requiere una cualificación especial de gravedad del abuso. Así, los elementos del tipo del injusto deportivo y los criterios de interpretación serían:

- a) Toda actuación cuya injusticia reside en el carácter desmedido o extralimitado del uso que se hace de la condición de poder que se ostenta (aquí presidencia federativa), porque se excede, propasa o aprovecha de aquella, resultando manifiestamente inapropiada o inadecuada a su finalidad y contenido.
- b) La extralimitación supone un uso del poder o autoridad extramuros del fin para el que se otorga, dirigiéndose a satisfacer intereses personales del titular.
- c) Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado se aplica excepcionalmente.
- d) Exige una prueba fehaciente, sin conjeturas, de actuación de forma manifiesta y consciente (dolosa) violando la ley, prevaleciéndose de su autoridad.

Como vemos, sin claro fundamento jurídico, el TAD eleva a tal entidad del injusto el tipo infractor disciplinario de abuso de autoridad que recurre al derecho penal («nos basaremos en los criterios exigidos en el ámbito penal para la admisión a trámite de una querrela, aplicables, con modulación, al ámbito disciplinario»). Hasta tal punto que integra el tipo legal con la exigencia de una elevada gravedad objetiva de la conducta y de un intenso elemento subjetivo, es decir, la conducta no solo debe ser manifiestamente extralimitada, sino que deberá ser realizada a propósito y con plena conciencia de su antijuridicidad, para satisfacer sus intereses personales, absolutamente ajenos a los públicos, para los que el ordenamiento atribuye la potestad de la que se abusa. Por lo tanto, no solo debe constatarse una clara o manifiesta extralimitación, sino que la conducta debe ser tan arbitraria e injusta que carezca de la más mínima razonabilidad, siendo consciente quien la realiza de que está prevaleciéndose de su autoridad para incurrir en una conducta desmedida, solo justificada por satisfacción personal.

Así integrado el tipo infractor legal, que solo contempla elementos objetivos y sin la exigencia de una especial gravedad, elevando en extremo las exigencias para aplicarlo, hasta hacerlo excepcionalísimo, considera que ni el beso en la boca ni la difusión por la RFEF de informaciones tergiversadas para justificar la actuación del presidente tienen la suficiente entidad como para integrar el tipo de abuso de autoridad ex artículo 76.1 a) de la LD/1990. El primero porque:

Es la jurisdicción penal la competente para apreciar las circunstancias del hecho, quedando extramuros del ámbito disciplinario deportivo la valoración y sanción de un acto de contenido sexual con abuso de una situación de superioridad.

En consecuencia:

[...] el hecho del beso no se incardina en el tipo infractor de abuso de superioridad tal y como se ha definido anteriormente, pues la conducta denunciada y la tipificada en el artículo 76.1 a) son distintas (FJ 9.^º).

En relación con el segundo hecho, la difusión con medios de la RFEF de comunicados para justificar la conducta del presidente, en detrimento de la posición de la jugadora en sus comunicados posteriores, que evidencia estar ante hechos ni queridos ni consentidos ni aceptables, de un lado, entiende, otra vez, que se estará más cerca de la conducta penal (falsedad documental) que de lo disciplinario y, de otro, y aquí esta, en realidad, una clave de la decisión mayoritaria del TAD, reprocha al CSD que no le haya aportado pruebas adecuadas de esos elementos de prueba indiciaria, sino tan solo unos recortes de periódico. Una vez más, acude a la doctrina penal (ATS, Sala de lo Penal, de 13 de febrero de 2023, FJ 5.^º), para descartar el valor de las noticias periodísticas como principio de prueba o prueba indiciaria. A lo sumo, serviría para iniciar una información reservada, previa al procedimiento disciplinario propiamente, del que quedaría extramuros. A esta falta de comunicado, el TAD reprocha al CSD que no aporte indicios tampoco de una actuación «dolosa» y «consciente» del presidente de la RFEF de impulsar este tipo de informaciones.

En este ámbito es donde más intensa es la crítica, nada velada, al CSD, al entender que no le ha aportado auténticas pruebas indiciarias (sin llegar a ser pruebas de cargo en sentido estricto, aunque su exigencia es muy elevada, para tratarse de una fase inicial, quedando pendiente toda la fase de instrucción propiamente del expediente), por lo que considera inválidos como tales los vídeos y comunicados del presidente y la RFEF en los que se trata de insistir en las manifestaciones atribuidas a la jugadora. Sobre lo que se considera una muy débil actividad probatoria, el TAD rechazará reconducir al abuso de autoridad la conducta, recordando la especial intensidad exigible al tipo de injusto aquí en litigio. Así, insiste en que:

no basta con un ejercicio extralimitado de las funciones por el sujeto activo, ni con una mera ilegalidad o simple contradicción de la conducta con la norma aplicable para entender colmados los elementos constitutivos de la infracción del artículo 76.1 a). En su lugar y de acuerdo con el principio de ultima ratio de la disciplina deportiva, es necesario que la extralimitación en el ejercicio de las funciones no solamente sea jurídicamente incorrecta, sino que además sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación mínimamente razonable. Y lo cierto es que este Tribunal no aprecia [...] la existencia de indicios mínimamente suficientes que evidencien, en el estadio preliminar en que nos encontramos, sospechas fundadas de una extralimitación grosera, arbitraria, consciente y voluntaria en el ejercicio de las funciones del presidente y en su beneficio personal.

Como puede apreciarse, el TAD ha dejado por completo fuera de su valoración lo más relevante de la conducta inaceptable del presidente, el beso. A su –discutible– juicio, es una cuestión extramuros del derecho disciplinario. Al contrario, sería un tema penal.

Eso sí, incurriendo en una clara contradicción, no salvada con su insistencia en la proyección de los principios penales al procedimiento disciplinario modulada por la «prudencia», acude a la vía penal para lo que dificulta la delimitación del tipo disciplinario, pero queda extramuros en lo que pudiera servir de referencia, para evidenciar su importancia social, además de jurídica. A su juicio, se trataría de una conducta de contenido sexual que, en lo que depende del carácter consentido o no, tan solo podría valorarse penalmente, no en sede disciplinaria.

IX

No es asumible jurídicamente, a mi juicio, esta interpretación, que deja extramuros del derecho disciplinario deportivo conductas de contenido sexual o sexista, tan solo porque pudieran ser también constitutivas de delito. Una afirmación tan irracional y falsa como la que sostuviera que no es posible afrontar en el ámbito no penal el acoso por razón de sexo o género solo porque puede constituir un delito, vaciando de sentido todas las leyes, también los instrumentos legalmente previstos, como los protocolos de gestión de la violencia y el acoso por razón de sexo o género, para afrontar estas conductas en ámbitos no penales y, claro está, sin perjuicio de la vía penal, abierta y preferente.

Por los argumentos que realicé en la primera parte de este análisis, esto convencido de que acierta el voto particular cuando recuerda que las leyes del deporte, la vieja y la nueva, como otras leyes (p. ej., art. 29 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) han optado por un tipo infractor que no deja extramuros eventuales conductas si tienen contenido sexual o sexista, tan solo porque eventualmente pudieran constituir, si superan el juicio de intervención mínima, un delito, atendiendo a la gravedad de las conductas. En consecuencia, salvo que fuese suspendido el procedimiento disciplinario por prevalecer el penal, es posible valorar en el ámbito disciplinario un tipo de conductas que, como el beso del presidente de la RFEF, por el modo y contexto en que se produjo, aun desprovisto de contenido sexual –como ya se expuso, por lo tanto, extramuros del art. 178 CP– puede representar:

En las condiciones que se produjo [en una entrega de trofeos, en una final de un mundial y retransmitido en directo [...] un acto desmedido e injusto [...] discriminatorio para la mujer y realizado precisamente por quien se haya en la posición de superioridad que permite realizar este tipo de actos, con absoluto desprecio hacia la persona a la que se besa. Este exceso, aún desprovisto de un contenido sexual, no puede tener la simple consideración de reacción pasional inadecuada (SAN, Contencioso, de 20 de abril de 1999, rec. núm. 135/1998), dado el marco en el que se realiza, sobre quién se realiza y la situación de preeminencia del que lo hace.

Asimismo, el voto particular considera que también motivaría suficientemente la apertura del expediente solicitado por abuso de autoridad el eventual uso de los medios federativos

para difuminar o blanquear una conducta indecorosa del presidente. Sí que existirían indicios bastantes para entender que la jugadora besada ha sido presionada (tal y como ella misma ha manifestado en comunicados públicos) a tal fin. Circunstancia esta última que «de acreditarse plenamente [...] también llenaría el tipo infractor citado (SAN, Contencioso, de 5 de octubre de 1999, rec. núm. 122/1997)».

X

Ciertamente, como termina concluyendo, con ánimo de relativización de la posición mayoritaria, pero también de la propia discrepante, el voto particular, se trata una vez más de una cuestión de valoración jurídica: si, con los indicios probatorios y argumentos del CSD, así como con la amplia difusión que ha tenido esta cuestión en todos los medios de comunicación mundial, con el análisis exhaustivo de todos los comunicados de la RFEF y de la propia jugadora, existen indicios bastantes y no meras sospechas, para iniciar un expediente sancionador por este motivo, sin perjuicio de lo que resulte finalmente de la instrucción del mismo y de la valoración de fondo en la resolución final. Para la mayoría no existen tales indicios, para el voto particular sí. Ahora bien, tanto la mayoría como el voto particular ignoran, o silencian, por completo, que esa valoración tiene otro tipo de condicionantes jurídicos, que no son opcionales: la perspectiva de género como canon jurídico obligatorio para el ejercicio de la disciplina deportiva por parte del TAD.

La justicia disciplinaria deportiva, la ejerza el órgano administrativo que la ejerza, no puede quedar al margen de la interpretación y aplicación de las leyes de referencia con la debida perspectiva de género, como no queda tampoco extramuros de él el proceso penal. Así lo recuerda la citada Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la FGE sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual, al traer a colación que el enfoque de género (comprensión de las normas atendiendo realmente a los estereotipos y relaciones de género, sus raíces y consecuencias, concurrentes en las situaciones enjuiciadas y que inciden en la producción normativa, a fin de corregirlos) es un criterio interpretativo-aplicativo vinculante, no solo para los tribunales de justicia, también para los órganos administrativos, conforme prevé de una forma expresa el artículo 2 de la LOGILS en relación con el Convenio de Estambul (arts. 6 y 49.2; Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la n. 19, aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) el 26 de julio de 2017). En él se incluye la obligación de las Administraciones públicas de actuar desde el enfoque de género frente a cualquier forma de violencia contra las mujeres, aunque no sea sexual ni represente una forma típica de acoso (sexual o sexista). En realidad, se reafirma el mandato del artículo 4 de la LOIEMH y reforzado –también ampliado– con el artículo 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En la doctrina administrativa destaca el Informe 393/2021, de 10 de junio de 2021, del Consejo de Estado.

De forma incomprensible, e incorrecta, jurídicamente, el TAD –la mayoría de forma absoluta, el voto particular sin darle la relevancia debida– ha prescindido por completo de este enfoque a la hora de interpretar el régimen disciplinario deportivo. Y decimos de forma incomprensible porque, paradójicamente, la querencia del TAD en la resolución a acogerse a la doctrina jurisprudencial penalista, para ser lo más restrictivo posible en la comprensión de los tipos disciplinarios, casi como si fuesen tipos penales, requerida, que se orilla imprudentemente, se abandona totalmente en relación con este obligado enfoque, pese a que es conocida la aceptación y aplicación del enfoque de género en el derecho penal por parte de la Sala 2.^a. Inequívoca es la STS, Sala 2.^a, núm. 217/2019, de 25 de abril, y posteriores (en el mismo sentido SSTS, Sala de lo Penal, núm. 201/2019, de 10 de abril; núm. 114/2021, de 11 de febrero, y núm. 852/2021, de 19 de mayo, entre muchas otras), conforme a las cuales se recuerda la obligación establecida en el Convenio de Estambul, directamente aplicable en nuestro derecho (arts. 29 y 30 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados internacionales), de atender a la perspectiva de género en la interpretación de los tipos penales (arts. 6 y 36 del Convenio), como recuerda la referida circular de la FGE (dicho sea de paso, por cierto, valorada como bien «documentada» y «valioso elemento para el estudio», en la STS, Sala 2.^a, núm. 473/2023, 5 de junio).

En consecuencia, pese a la decisión mayoritaria de dejar extramuros de la valoración de la conducta del Sr. Rubiales a efectos disciplinarios la dimensión de género, y más en particular el impacto de los estereotipos y relaciones sexistas subyacentes, tanto a esa conducta como a la delimitación de los tipos infractores por la vieja ley del deporte y en la comprensión tan rigurosa, rígida, del tipo de abuso de autoridad (incluso del referido tipo de falta de decoro deportivo, al calificarla solo como grave y no muy grave), el TAD estaba obligado a integrar esa perspectiva para interpretar y aplicar ambas infracciones alegadas por el CSD, desde luego el de abuso de autoridad. Al margen del aspecto del consentimiento o no propiamente del beso litigioso, parece claro que, en toda la escena o secuencia seguida por el Sr. Rubiales en la celebración, luego continuada en varias de sus declaraciones públicas, por tanto, notorias –no necesitan prueba de cargo–, estamos ante una conducta inaceptable que responde a una prevalencia de su posición federativa de presidente para crear una presión en la jugadora facilitadora de un acto desviado, solo posible por ser mujer, pues de ser un jugador hubiese sido improbable, incurriendo, conforme al artículo 1 del analizado Convenio 190 de la OIT, en una forma de violencia sexista o de género –no sexual–. Una conducta posible por la desigual posición de poder existente, por la presión que el entorno y momento de celebración mundial genera a la jugadora, incómoda con la situación y que solo satisface intereses personales, sin una justificación mínimamente razonable atendiendo a los fines a los que obedecería su presencia en ese acto, como presidente de la RFEF. De ahí que al resultado de violencia machista incorpore una dimensión discriminatoria, por lo que no puede subestimarse a la hora de valorar la entidad del abuso de autoridad, ni exigirse tal entidad dolosa que termine haciendo excepcional la protección efectiva de un derecho fundamental ex artículo 14 de la CE, cuando es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la violación de tales derechos no requiere ánimo específico.

En esta infravaloración extrema e injustificada del tipo abuso de autoridad también se ha prescindido del impacto que esta cuestión tiene mundialmente, afectando de una forma muy grave a la reputación profesional e institucional del fútbol español. La imagen del fútbol español ha quedado muy comprometida por una conducta tan desviada de lo que se espera de una presidencia federativa, atendiendo a la gran trascendencia social y pública del fútbol, como el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de reseñar en varias ocasiones a otros efectos (p. ej. STC núm. 6/1985, FJ 3.º) y destaca la doctrina administrativo-disciplinaria del propio TAD (p. ej., Resolución 133/2023, de 10 de agosto)²⁰. Por ejemplo, a fin de justificar el entendimiento de forma restrictiva de los límites a la libertad de expresión y derecho de crítica deportiva, derecho fundamental como lo es la no discriminación, también la integridad personal, incluso la dignidad de las jugadoras, por lo que debería resaltarse esta exigencia de un plus de protección en un ámbito en el que, tradicionalmente poco efectiva, hoy habría –también a raíz de la visibilidad que ha supuesto ganar la copa del mundo de fútbol femenino– un clamor social, formalizado legalmente, de especial respeto y consideración, máxime cuando se trata de la mayor dignidad institucional del fútbol español. A mayor poder federativo (institucional, aunque sea entidad privada) se ostenta, mayor responsabilidad social se asume y, por tanto, sus eventuales conductas extralimitadas, como en este caso, deben tener un plus de desvalor (reprobación) del injusto disciplinario, porque el abuso es más notorio y trascendente.

La citada disposición final primera de la LD/2022 avala esta idea, cuando refuerza la protección antiviolencia sexista, al reformar la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, entre otras cosas, reclamando la intervención efectiva de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte (apartado 4). Todo ello significa que vivimos una sociedad donde el poder federativo debe ser ejemplarizante, respetando escrupulosamente un orden ético-social de valores comúnmente aceptados, desarraigando ciertas culturas del ejercicio autoritario y sexista del poder (muy típico del deporte profesional, más del fútbol, pero está también en el arte de los más talentosos, incluso)²¹. En cambio, el voto mayoritario del TAD, tan cuestionado (el voto particular muestra algo más de sensibilidad a permear los tipos de infracción disciplinaria deportiva con el enfoque de género, aunque no lo exprese así), termina tolerándolo, con su trivialización en la sede disciplinaria, dejando la reprobación, a la vía penal, consciente seguramente de que tal elevación del injusto será sinónimo de impunidad penal –como aquí hemos sostenido, por otro lado–. Es muy llamativo que la gran mayoría de los analistas valoren la pulcritud jurídica de la resolución mayoritaria, resaltando lo ponderada que resultaría, pero ni uno solo –son todos abogados tenidos por especialistas– repara en que ha prescindido por completo de la perspectiva de género, pese a ser debida, no elegible.

²⁰ https://estaticos.csd.gob.es/csd/TAD/2023/RES_133.2023_TAD_Futbol_Declaraciones.pdf

²¹ <https://elpais.com/cultura/2023-09-01/genio-tirano-y-violento-las-repetidas-agresiones-de-john-eliot-gardiner.html>

En cambio, en el ámbito de la justicia laboral, esta ponderación de la perspectiva de género tiene importantes desarrollos, que deberían ser ilustrativos. Por ejemplo, en el seno de la aplicación de las infracciones preventivas laborales específicamente reclama y aplica el enfoque de género la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 2 julio de 2019, rec. núm. 369/2019²². Y en el ámbito del régimen disciplinario laboral, entre otras, destacamos la STSJ de Cataluña núm. 4380/2019, 25 de septiembre²³, que confirma el despido procedente, en este caso por acoso sexual, de un hombre que intentó besar en la boca a su compañera en un laboratorio profesional, dentro de una intención claramente de mantener una relación sexual-sentimental con su compañera, haciendo una aplicación magistral de la perspectiva de género, a fin de desvelar los estereotipos de género y promover su plena erradicación, sin aceptar pautas socioculturales sexistas normalizadas en otro tiempo, pero que ahora están fuera por completo de realidad, tanto de la conciencia social como de la cultura jurídico-social dominante (*vid.* recopilatorio judicial del profesor Eduardo Rojo²⁴, su-mándonos al merecido homenaje por su jubilación).

XI

Hipotecado por su propia precipitación en el juicio político-social y lastrado por la deficiente actuación del CSD, que no ató documentalmente (prueba) la petición de la apertura del expediente disciplinario deportivo, confiado en que el TAD se mostraría más flexible y comprensivo, el severo revés recibido ha hecho que el Gobierno decida buscar por la vía de la justicia cautelar deportiva una suspensión inmediata y ejemplarizante del Sr. Rubiales, que ya *de facto* existente para los 90 días establecidos por la FIFA, se le ha negado por el TAD al CSD, quedando ahora en manos del propio TAD. El Gobierno, pues, arremete de nuevo contra el presidente, ahora con el ariete de la suspensión cautelar, una práctica bastante extendida en el seno del TAD, como muestran sus precedentes y para lo que este tribunal administrativo sigue la doctrina jurisprudencial en la materia más clásica (la constatación de la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*– y el peligro de retraso en la decisión –*periculum in mora*–). Así lo ha pedido razonadamente el CSD (lo prevé el art. 102 LD/2022), tras conocer la apertura del expediente solo por infracción grave, no muy grave, en aplicación de los artículos 56.1 de la LPAC y 41 del Real Decreto 1591/1992, pues en la legislación (ley –art. 79.1 a– y reglamentos –art. 25 f RD 1591/1992–) y en los códigos disciplinarios de la REEF (art. 94) se contempla expresamente la sanción de inhabilitación o suspensión (con un mínimo de un mes y un máximo de dos años, en proporción a la gravedad de la infracción cometida, como es lógico). La doctrina a tal fin del TAD

²² <https://www.laboral-social.com/la-STSJ-Canarias-2-julio-2019-sobre-camareras-de-pisos-integra-la-perspectiva-de-genero-en-la-interpretacion-de-los-criterios-de-modulacion-de-sanciones-de-la-LISOS.html>

²³ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/00f11e1e30bc6d14/20191216>

²⁴ http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/09/la-saga-del-beso-no-consentido-y-otras_5.html

bebe del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y, por lo tanto, es conocida (p. ej., Resolución del Expediente del TAD 115/2023, 22 de junio, etc.)²⁵.

Para el CSD –enfoque que comparto–:

En este caso [...] el desprestigio de la imagen del deporte español, la afectación al interés público y la necesidad de reparar el señalado marco de convivencia prevalece sobre el interés particular del expedientado. Asimismo, en caso de que finalmente el expedientado no fuera sancionado [...] ocuparía de nuevo su cargo como presidente de la RFEF, y en ningún caso se produciría al mismo un perjuicio de imposible o difícil reparación. Es más, el perjuicio de imposible o difícil reparación se produciría [si] esta medida provisional no fuera adoptada.

No es probable que el TAD conceda esta suspensión provisional, que podría verse como una cierta enmienda parcial a sí mismo, debilitando su resolución –aunque errada, a mi juicio–, evitando que lo critiquen como «justicia deportiva salomónica» (cal y arena). El «guante de seda jurídica» al presidente y que ya esté suspendido por la FIFA juegan también en contra de esta cautelar²⁶. Con todo, no sería irrazonable su concesión.

XII

El recorrido de la «justicia disciplinaria deportiva» dista mucho de estar terminado. No solo porque falta la instrucción y decisión de fondo del expediente analizado, sino porque no son descartables otros. Así se deriva de la pendencia de diversas denuncias ante el CSD por este mismo asunto, que, de una forma imprudente –sin tapujos se lo ha hecho ver el TAD en su resolución, reforzando al tiempo su imagen de independencia–, no fueron trasladadas al TAD, seguramente debido a la búsqueda de una «gloria» en exclusiva, para arrojarse todo el protagonismo en la ejecución, de forma inmediata, de la «sentencia» dictada en el juicio social sumario y por aclamación, atendiendo de paso intereses político-gubernamentales. El CSD, y la sociedad, también la ética del deporte, lo están pagando «caro», con el desprestigio que ha conllevado este revés jurídico inicial, quizás ahorrable de haber sido menos ávido en su afán político y más serio en su hacer jurídico, aportando indicios probatorios más consistentes, que los hay y en abundancia.

Pero no se quedan aquí las posibilidades de mayor recorrido a la acción jurídica para este emblemático asunto de violencia sexista en el fútbol, uno de sus reductos, aunque no el

²⁵ <https://www.csd.gob.es/es/csd/organizacion/legislacion-basica/resoluciones-del-tad>

²⁶ <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/la-suspension-cautelar-de-rubiales-que-pide-el-csd-tiene-escaso-recorrido-juridico-segun-los-expertos/>

único (p. ej., en el periodismo, las propias periodistas «justifiquen» la dificultad para denunciar de inmediato este asunto por vivir situaciones parecidas²⁷; en el mundo rural, no tiene nada de anecdótica, sino muy preocupante, que un ayuntamiento granadino –Albondón²⁸, en la Alpujarra– distinga en su regalo para la fiesta del pueblo a la ciudadanía: una botella de licor para señores, una taza con bayeta de limpieza para las señoras). Quedan las vías sociolaborales, dado que afecta a una jugadora profesional en su trabajo.

En efecto, hablamos de una trabajadora que sufre un comportamiento machista mientras realiza una actividad profesional. Por lo tanto, se abre un amplísimo abanico de posibilidades de protección, sea reparadora (incluye resarcimiento por la vulneración de derechos de la jugadora, profesionales y fundamentales, en el seno de una relación de trabajo, aunque la violación proceda de una entidad que no es su empleadora directa, pues está sujeta también a obligaciones de protección profesional y, por tanto, de responsabilidad en caso de inobservancia de aquellas) sea sancionadora (derecho social administrativo). Naturalmente, a tal fin se precisará que sea la propia jugadora afectada, de forma individual o a través de la representación de diversos grupos, sea su sindicato sean asociaciones feministas, u órganos especializados en la lucha contra la violencia sexista (siempre con el consentimiento de la jugadora), la que presenten las debidas denuncias (ante la ITSS, por ejemplo) y demandas (ante la jurisdicción social). Recuérdese que la indemnización de daños profesionales no requiere necesariamente la constatación de una baja laboral, que aquí no existe, ni que se trate de una situación de acoso –ni sexual ni moral–.

En efecto, solo en hipótesis, de haber mediado baja médica, sería tratada como una típica contingencia profesional, por lo que contaría no solo con la protección común, sino una específica, prevista en la Circular de la FIFA 1466, de 9 de enero de 2015, dictada dentro del programa de protección de clubes. En este caso, el propio club de procedencia de la jugadora sería compensado durante la incapacidad temporal por la lesión psicológica sufrida tras el actuar del presidente. Pero, que no medie baja no significa que no quepa una demanda contra la RFEF, y solidariamente al Sr. Rubiales, en el orden social, por incumplimiento del deber de protección, así como de no discriminación, dado que a la conducta inapropiada se ha sumado una contumaz resistencia a reconocer la antijuridicidad de la situación. Por lo tanto, junto a un eventual daño psíquico, por la ansiedad provocada a raíz de la presión continuada ejercida sobre ella, hay que sumar el daño moral por la vulneración de su derecho a la garantía de un entorno profesional libre de violencia sexista en el trabajo (aún no sexual, insistimos), afectando a los artículos 10, 14 y 15 de la CE. También la ITSS tiene sus deberes por cumplir en este ámbito, teniendo en cuenta tanto las deficiencias indicadas del sistema de prevención de estos riesgos de la RFEF como por la existen-

²⁷ <https://sport.jotdown.es/2023/08/27/como-ibamos-a-explicar-la-situacion-de-las-futbolistas-si-en-las-redacciones-estamos-rodeadas-de-rubiales/>

²⁸ <https://www.eleconomista.es/actualidad/noticias/12424126/08/23/una-bayeta-para-las-mujeres-y-licor-para-los-hombres-el-polemico-regalo-de-un-pueblo-de-granada-por-las-fiestas.html>

cia eventual de violación de la dignidad profesional de la jugadora (art. 8.10 TRLISOS) y de conducta discriminatoria, aunque no constituya acoso (ni sexual ni sexista), por lo razonado, que son los casos que mayor presencia suelen tener en el ámbito laboral, como se indicó.

No podemos ni debemos ir más allá en este análisis. Sí es momento de hacer un breve balance valorativo, que aquí centraremos en las «lecciones» que este lamentable asunto nos debe exigir aprender. Por supuesto en clave jurídico-social (como se intenta hacer en el ámbito de la ética social periodística, por ejemplo)²⁹.

La primera es la necesidad de transponer, con inmediatez y precisión, en nuestro derecho interno el concepto de violencia por razón de género en el trabajo para todas las formas que no constituyan acoso propiamente, ni sexual ni sexista, pues aquel está ausente de nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de este. Así nos lo exige el artículo 7 del Convenio 190 de la OIT, a fin de hacer frente a las conductas más cotidianas en el trabajo, de menor entidad, pero que mantienen esta cultura de dominación de género (sexismo). La segunda es que, siendo necesario contar con esta delimitación legal, no es suficiente para garantizar su plena efectividad, requiriendo la actualización de los instrumentos de gestión de estas situaciones. Las existentes –los protocolos de gestión del acoso– se han revelado ineficaces. En realidad, el asunto Rubiales ha dejado al desnudo las deficiencias de estos instrumentos, ya difundidos en la gran mayoría de las organizaciones, privadas y públicas, pero escasamente interiorizadas, porque no son tomadas en serio; quedan, por lo general, en los cajones, salvo requerimientos inspectores o judiciales.

En tercer lugar, y finalmente, por no hacer más largo este análisis, parece nítida la exigencia de concienciar y formar a todas las personas que integran los tribunales, en especial los administrativos, como el TAD, también a organismos como el CSD, sobre la dimensión de diligencia debida del enfoque de género. No es ninguna opción jurídica, no es elegible por el órgano aplicador de las leyes, cualquiera que sea su naturaleza y su ámbito, desde luego también en el administrativo disciplinario deportivo, sino que debe ser aplicada de forma vinculante. No es comprensible que ni el voto mayoritario ni el voto particular, ni tampoco ningún comentarista jurídico «especializado» de la resolución del TAD hagan referencia alguna a este enfoque de género en la ponderación obligada del derecho aplicable en esta resolución. No se puede integrar el tipo infractor de falta de decoro o dignidad deportivas ni el de abuso de autoridad-poder federativo sin tener en cuenta la perspectiva de género.

Por supuesto, el canon jurídico de género no puede prejuzgar la solución, ni puede desplazar por completo a los demás cánones jurídicos ex artículo 3 del CC, dado que se trata de aplicar el Derecho, no actuar solo con equidad de género (una extralimitación hallamos en la STSJ de Madrid núm. 318/2023, 27 de marzo, con un voto particular mucho mejor

²⁹ <https://fundaciongabo.org/es/etica-periodistica/entrevistas/podemos-los-periodistas-aprender-algo-del-caso-rubiales-hermoso>

fundado que el mayoritario: reconoce una prestación a favor de familiares pese a faltarle 43 días para cumplir los 45 días, atendiendo a que fue cuidadora del padre, un criterio de pura equidad de género de la mayoría –justicialismo de género de ocasión–. Ahora bien, lo que tampoco se puede hacer es ignorar de forma absoluta ese canon, cuando sí se hace una aplicación muy severa y servil de los principios penales al régimen disciplinario, pero se desdeña por completo un enfoque de género que, sin embargo, sí asume la circular de la Fiscalía. El TAD hace una aplicación fragmentaria y sesgada del derecho aplicable, de modo que en vez de corregir el sesgo de género de la norma y de la situación, lo perpetua. Pero debe «acabarse»³⁰ tal falta de diligencia de género del TAD.

³⁰ <https://elpais.com/sociedad/2023-09-03/se-acabo-el-pico-que-revento-el-sistema.html>

El acuerdo extrajudicial de pagos: supresión del requisito por el Tribunal Supremo

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

Una persona física, no comerciante, fue declarada en concurso de acreedores el 7 de septiembre de 2015. La declaración de concurso conllevó la suspensión de la ejecución de la hipoteca que se había constituido sobre una finca del deudor concursado a favor de una entidad bancaria.

El 15 de noviembre de 2016, la administración concursal solicitó la conclusión del concurso. Por auto de 20 de enero de 2017, se declaró la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones sin dar posibilidad al deudor de solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Y mediante un auto de 9 de febrero de 2017, se declaró la nulidad del anterior auto.

Abierta la sección de calificación, el auto de 31 de julio de 2017 calificó el concurso como fortuito y el 9 de febrero de 2018, el deudor concursado pidió la concesión de la exoneración del pasivo, por la vía del ordinal 5.º del artículo 178 bis.3 de la LC, esto es, mediante un plan de pagos.

Frente a esta solicitud, la entidad bancaria, en su condición de acreedora hipotecaria, interpuso una demanda de incidente concursal en la que pedía la denegación de la conce-

sión de la exoneración del pasivo insatisfecho porque el deudor no había cumplido con el requisito del ordinal 3.º del artículo 178 bis.3 de la LC, de haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos.

El juzgado de lo mercantil apreció esta objeción, al constatar que no existía acreditación de haberse optado por el acuerdo extrajudicial de pagos y, en consecuencia, por eso estimó la demanda y denegó el beneficio solicitado de exoneración del pasivo insatisfecho. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el deudor concursado demandado y la Audiencia desestima el recurso al constatar que no consta acreditado el haberse instado el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, con la siguiente argumentación:

No hay constancia en autos del intento de haber intentado el AEP. Ni tan siquiera en la solicitud de concurso de 21 de julio de 2015, que se hizo bajo la misma dirección letrada que ahora interpone el recuso, y en la que se manifestó el deseo del concursado de pedir el beneficio de la exoneración, se dijo que se hubiera intentado el AEP, que ya era exigible por haber entrado en vigor la nueva redacción del artículo 178 bis dada por el RDL 1/2105, de 27 de febrero.

Frente a la sentencia de apelación, el concursado y su dirección jurídica se plantean interponer un recurso de casación por entender que este requisito no le es exigible al deudor persona física no comerciante. ¿Es posible forzar esta interpretación?

Cuestiones planteadas:

1. Los requisitos preceptivos para obtener el beneficio de exoneración del pasivo.
2. La obligación de haber intentado en fase preconcursal el acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores.
3. Evolución jurisprudencial hasta la supresión del requisito.

Solución

1. Los requisitos preceptivos para obtener el beneficio de exoneración del pasivo

La normativa aplicable a la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho de un concurso de acreedores de persona física solicitado en julio de 2015 y declarado en septiembre de ese mismo año es la que se regulaba en el artículo 178 bis de la LC, introducido por

el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, que había entrado en vigor el día 1 de marzo de ese mismo año.

En la Sentencia 381/2019, de 2 de julio, al interpretar el artículo 178 bis.3 de la LC, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo distinguía entre el presupuesto y los requisitos exigidos para la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (ordinales 1.º, 2.º y 3.º), así como las dos vías legales establecidas (ordinales 4.º y 5.º):

Para la concesión de este beneficio debe darse un presupuesto y han de cumplirse una serie de requisitos.

El presupuesto se contiene en el apartado 1 del artículo 178 bis: el concursado debe ser una persona natural y es necesario que se haya concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Lo que supone que todos los bienes y derechos que conforme al artículo 76 de la LC formaban parte de la masa activa han sido realizados y aplicados al pago de los créditos.

Sobre la base de este presupuesto, la ley exige una serie de requisitos en el apartado 3 del artículo 178 de la LC, bajo una dicción un tanto equívoca. El precepto afirma que «solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe». Y a continuación explica qué se entiende por buena fe, al ligar esta condición al cumplimiento de unos requisitos que enumera a continuación.

Por lo tanto, la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del artículo 7.1 del CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del artículo 178 de la LC. La naturaleza de estos requisitos es heterogénea.

De una parte, los dos primeros guardan una relación más directa con las exigencias de la buena fe: es preciso que el concurso no haya sido declarado culpable (con la salvedad legal prevista para el caso de que lo hubiera sido por retraso en la solicitud de concurso) y también que en los 10 años anteriores el deudor no hubiera sido condenado por sentencia firme por una serie de delitos (contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores).

El tercero exige que se hubiera optado por el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos y que, frustrada su consecución o cumplimiento, se hubiera acabado en el concurso consecutivo.

El cuarto y el quinto, al regular dos vías o formas alternativas de exoneración del pasivo insatisfecho, contienen cada uno de ellos unos requisitos propios. Esto es: el ordinal 4.º prevé una exoneración inmediata, y para ello exige el cumplimiento de unos requisitos; y, alternativamente, el ordinal 5.º prevé una exoneración diferida en el tiempo, transcurridos cinco años, y exige otros requisitos propios.

2. La obligación de haber intentado en fase preconcursal el acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores

De este modo, para que se pueda reconocer la exoneración del pasivo es necesario, en primer lugar, que con carácter general y al margen de la alternativa que se tome, el deudor cumpla con las exigencias contenidas en los ordinales 1.º, 2.º y 3.º del apartado 3 del artículo 178 bis de la LC: el concurso no haya sido calificado culpable; el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales; y que se hubiera acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso. Además, en función de la alternativa que se tome, la exoneración inmediata del ordinal 4.º o la exoneración en 5 años del ordinal 5.º, se han de cumplir otras exigencias propias de esa alternativa.

De tal forma que ya se opte por la vía del ordinal 4.º del artículo 178 bis.3 de la LC (exoneración inmediata) o por la vía del ordinal 5.º del artículo 178 bis.3 de la LC (exoneración diferida en el tiempo y mediante un plan de pagos), sea necesario que se cumplan los requisitos previstos en los ordinales 1.º, 2.º y 3.º del artículo 178 bis.3 de la LC.

En este caso, no se duda de que se hayan cumplido los dos primeros requisitos, de naturaleza subjetiva, que afectan propiamente a la consideración de deudor de buena fe. Pero sí se constata la falta de acreditación del tercer requisito, el del ordinal 3.º del artículo 178 bis.3 de la LC:

Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

3. Evolución jurisprudencial hasta la supresión del requisito

En la Sentencia 150/2019, de 13 de marzo, la Sala 1.ª diferenciaba entre esta exigencia del ordinal 3.º del artículo 178 bis de la LC y el requisito específico contenido en el ordinal 4.º para acceder a la exoneración inmediata, de haberse intentado el acuerdo extrajudicial para no tener que pagar el 25 % de los créditos ordinarios: «A los efectos del ordinal 3.º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos».

Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4.º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25 % del pasivo concursal ordinario se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa

y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4.º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos.

La tendencia a la hora de interpretar el ordinal 3.º del artículo 178 bis.3 ha sido flexibilizar el rigor de su exigencia. Así, en la Sentencia 383/2020, de 1 de julio, adecuamos la exigencia de haber acudido al expediente del acuerdo extrajudicial de pagos a las posibilidades reales de hacerlo:

La exigencia del ordinal 3.º de que se hubiera celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, de acuerdo con la propia dicción legal, presupone que el deudor, en aquel momento, reuniera los requisitos establecidos en el artículo 231 de la LC para poder acogerse al expediente del acuerdo extrajudicial de pagos. Se trata de un procedimiento de insolvencia que tiene una fase extrajudicial que permite al deudor alcanzar un acuerdo con los acreedores. El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, al introducir esta exigencia del ordinal 3.º, pretendió incentivar que los deudores que reunieran los requisitos para ello intentaran esta vía antes que acudir a un concurso de acreedores.

Lógicamente, para quienes no reúnan los requisitos del artículo 231 de la LC para acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos, esta exigencia del ordinal 3.º del artículo 178 bis.3 de la LC no opera. Como tampoco puede operar para quienes hubieran acudido al concurso de acreedores en un momento en que todavía no se había introducido este procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, lo que ocurrió con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

En aquel caso, como el deudor concursado había solicitado el concurso en el año 2012, antes de que se hubiera instaurado el acuerdo extrajudicial de pagos (Ley 14/2013, de 27 de septiembre) y el artículo 178 bis de la LC (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero), entendimos que no le era exigible el requisito del ordinal 3.º de la LC.

El presente caso es distinto, pues cuando el deudor instó el concurso de acreedores (julio de 2015), ya estaba en vigor el artículo 178 bis de la LC y los artículos 231 y siguientes de la LC, que regulaban el acuerdo extrajudicial de pagos, por lo que podía haberse sometido a dicho expediente.

Este caso pone en evidencia la falta de justificación de esta exigencia y la discriminación que conlleva para los deudores personas físicas, ordinariamente no comerciantes, que hubieran optado directamente por el concurso de acreedores. Es lógico que estos no pensarán acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos, procedimiento pre-concursal que inicialmente había sido ideado en la Ley de emprendedores de 2013 para comerciantes. De tal forma que no resulta justificada mantener su exigencia de manera tan taxativa que les prive

de cualquier forma de exoneración del pasivo, lo que obliga a interpretar el ordinal 3.º del artículo 178 bis.3 de la LC en el sentido de considerar aplicable esa exigencia a quienes se haya constatado que tenían la consideración de comerciantes.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Real Decreto-Ley 1/2015 (Ley concursal), arts. 178 y 178 bis.
- SSTS, Sala 1.ª, de 13 de marzo de 2019, 2 de julio de 2019, 1 de julio de 2020 y de 6 de abril de 2022.

Alimentos del hijo menor de edad en proceso de regulación de las relaciones paternofiliales de pareja de hecho. Progenitor en rebeldía

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Enunciado

La demandante, ciudadana de nacionalidad peruana, insta ante un juzgado de familia de la localidad de Madrid, la regulación de las relaciones paternofiliales con su pareja, varón de nacionalidad colombiana, con el que convivió durante dos años y que, como consecuencia de esa relación, nació una niña de cinco años de edad. El demandado lleva desde que se fue sin ver a la niña, ni comunicarse con la madre ni atender a las necesidades de su hija menor.

Los progenitores residieron juntos en una vivienda en Madrid hasta que el demandado, debido a las malas relaciones que mantenían los últimos meses, decidió salir del domicilio, desconociendo la madre y demandante en qué lugar se encuentra y si vive en la misma localidad o en otra o el lugar de residencia.

La madre en la demanda presentada solicita las medidas de patria potestad compartida, guarda y custodia para la madre, régimen de visitas de fines de semanas alternos, un día entre semana desde la salida del colegio hasta las 20 horas, vacaciones escolares de verano y de navidad por mitad, y la Semana Santa por años alternos, así como que el padre contribuya a los gastos de la menor fijando una pensión de alimentos de 250 euros, así como la mitad de los gastos extraordinarios. Indica que en su último trabajo la pareja demandada ganaba 1.200 euros y que la menor asiste a un colegio público con un gasto total de 100 euros al mes.

El juzgado declaró en rebeldía al demandado mediante diligencia de ordenación y a través del Punto Neutro Judicial solicitó la averiguación patrimonial del demandado, donde figura que en la actualidad no consta que tenga empleo ni cuentas corrientes bancarias en España ni bienes inmuebles.

El juzgado, tras el informe del fiscal, dicta sentencia otorgando la guarda y custodia a la madre, así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad, no fija régimen de visitas ni pensión de alimentos al desconocer la situación laboral y económica del padre, cuyo lugar de residencia se desconoce.

La demandante quiere interponer recurso de apelación para que se fije una pensión de alimentos para la hija del demandado, así como para que contribuya con los gastos extraordinarios.

Cuestiones planteadas:

1. Determinación de los alimentos de los hijos menores en los procedimientos de familia de regulación de relaciones paternofiliales de parejas de hecho. Rebeldía del demandado.
2. Rebeldía y contribución al sostenimiento de los hijos. Doctrina del mínimo vital.
3. Conclusión.

Solución

1. Es muy habitual en la práctica judicial la existencia de procedimientos de regulación de relaciones paternofiliales en los que el progenitor demandado se encuentra en situación de rebeldía procesal, lo que retrasa y dificulta la adopción de medidas en favor de los hijos menores, tanto personales como patrimoniales.

De esta manera, en muchas ocasiones, y a la vista de la falta de relación y comunicación que mantiene el progenitor demandado con los hijos menores, en este caso con la hija menor y con la madre demandante, carece de virtualidad fijar las medidas solicitadas y se adoptan aquellas que se consideran más adecuadas al interés de la menor, tales como la guarda y custodia en exclusiva para la madre, lo que le permitirá realizar las gestiones que procedan sin tener que obtener la conformidad del padre tanto en aspectos escolares, sanitarios o cualesquiera otros en los que es imprescindible su participación y aquiescencia con la medida que se solicite.

Tampoco tiene sentido fijar un régimen de visitas a favor del padre, cuyo lugar de residencia y paradero se desconoce, y tampoco es posible determinar la situación económica del padre, los ingresos que tiene, si percibe algún salario o algún tipo de subsidio, etc. Se desconoce si está en España, si se trasladó a su país de origen, Colombia, o a cualquier otro, o si ha fallecido. Ante esta situación la demandante quiere recurrir para que se fije una pensión de alimentos a favor de la hija por parte del padre.

En este sentido podría determinarse la cantidad que deba pagar el padre por un porcentaje de sus ingresos y fijar un mínimo por si tuviere dificultades económicas. El problema es que

no se conocen los ingresos que tiene el padre, ni si trabaja o percibe algún subsidio o ayuda, por lo que es muy difícil fijar una cantidad mínima o un porcentaje de sus ingresos tomando en consideración las posibles dificultades económicas en las que se encuentre, si bien esa determinación podría ayudar a la madre, una vez conocido el lugar de residencia y sus ingresos proceder judicialmente mediante un procedimiento de ejecución forzosa a su pago o al embargo correspondiente.

2. Es doctrina general del Tribunal Supremo que:

La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (artículos 39.3 de la Constitución Española, 110 y 154.1º del Código Civil) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática Sentencia de 5 de octubre de 1.993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil solo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (artículo 154.1º del Código Civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad.

Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes, su fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o «para subsistir» (art. 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos –cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 CC)–, se abona únicamente «desde la fecha en que se interponga la demanda» (art. 148 CC) y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos.

Tampoco coincide la finalidad en una y otra pensión: si en la de alimentos a los parientes ha de facilitarse el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, esto es, «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica» (art. 142 CC), ya hemos dicho que la de alimentos a los hijos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad.

Esta obligación impuesta al juez de fijar «en todo caso» la contribución de cada progenitor para satisfacer alimentos que impone el artículo 93 del Código Civil determinó el nacimiento,

para situaciones de acreditada dificultad económica, de la denominada doctrina del mínimo vital, de cuya aplicación encontramos manifestación en las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) 184/2016, de 18 de marzo (NCJ061192), y 484/2017, de 20 de julio (NCJ062657), de las que se deduce que lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, y ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante.

En los casos de insolvencia absoluta esta doctrina no rige cuando esté acreditada la indigencia del progenitor.

La carencia absoluta de recursos económicos genera la imposibilidad material y jurídica de establecerlos, so pena de fijar una cantidad en vacío, con desatención de las concretas circunstancias concurrentes, casos en los cuales, bajo un criterio restrictivo, cabe suspender la prestación alimenticia. En tales supuestos, el deber legal de solidaridad se transfiere a los otros parientes obligados a satisfacer los alimentos, y todo ello sin perjuicio de la mejora de fortuna del progenitor (art. 91 CC), que devuelva a este su condición de deudor principal por el orden legal que establece el artículo 144 del Código Civil.

Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia 111/2015, de 2 de marzo (NCJ059475), expone que:

La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa «Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia», que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.

Hay que distinguir, por tanto, entre la suspensión de la obligación de prestar alimentos (carencia de ingresos) y la de abonar el mínimo vital (situaciones de dificultad económica), y de esta forma señalamos que:

[...] cabe admitirla «[...] con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal [...], pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante [...], siendo esa solución que se predica como normal, y ello, en los supuestos referidos a situaciones de dificultad económica, la de «fijar [...] un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor [...]». [...] Y si no consta que la recurrente perciba en estos momentos ingresos por ningún concepto y tampoco se dispone de datos que permitan presumir que, pese a no contar con ingresos, sí dispone de otros medios o recursos económicos con los que poder hacerse cargo de la pensión, lo que se debe asumir, a la luz de lo probado y lo que no lo ha sido, es que su actual situación, con independencia de la palabra o palabras que se utilicen para calificarla: precariedad, indigencia, pobreza, miseria, etc., o de los adjetivos con que se pueden calificar: total, absoluta, extrema, plena, etc., no le permite hacerse cargo de ella por imposibilidad material, ante la falta de medios. Lo anterior pone de manifiesto que la situación es excepcional y que el caso es uno de los que justifican, con arreglo a nuestra doctrina, la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos en tanto la actual situación se mantenga (STS 632/2022, de 29 de septiembre).

En este sentido, es relevante mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 1 de junio de 2023, rec. núm. 2128/2022, en la que en un supuesto semejante de rebeldía procesal del demandado en el que el juzgado de primera instancia no fijó pensión al no constar datos suficientes para determinarla dada la situación de rebeldía del demandado y que, recurrida en apelación la Audiencia Provincial, la Sección 24.^a de Madrid desestimó el recurso interpuesto, estima el recurso de casación. Esta sentencia establece que:

Es indiscutible el deber de los padres de contribuir económicamente a satisfacer los alimentos de sus hijos por elementales deberes derivados de las responsabilidades parentales que les corresponden. Desde esta perspectiva, el art.º 39.3 de la Constitución dispone que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». No nos ha de ofrecer duda que la determinación de los alimentos es una manifestación derivada del interés superior del menor, que exige que sus necesidades vitales se encuentren debidamente cubiertas, toda vez que requieren un mayor nivel de protección inherente a su vulnerabilidad personal. En definitiva, el interés superior del menor se sustenta, entre otros plurales ámbitos, en el derecho a ser alimentado, y en la correlativa obligación de sus progenitores de cumplirla «en todo caso», como establece el artículo 93 del Código Civil (en adelante CC).

La regla general es que los alimentos habrán de ser prestados en la extensión a la que se refiere el art.º 142 CC; es decir, los que sean necesarios para el susten-

to, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, comprendiendo, igualmente, su educación e instrucción. Tan indeclinable obligación legal habrá de prestarse en proporcionada cuantía al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, por mor del art.º 146 del referido texto legal; por otra parte, cuando tal obligación recaiga en ambos progenitores se repartirá entre ellos el pago en cantidad proporcional a sus respectivos ingresos (art. 145.I del CC), constituyéndose en deudores mancomunados.

No obstante, dicha obligación de prestar alimentos, cuando de hijos menores se trata, tiene unas connotaciones particulares, que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales, toda vez que posibilitan una mayor flexibilidad en la fijación del importe de la pensión y en la interpretación del principio de proporcionalidad, de manera que los hijos puedan gozar del mejor nivel de vida que los recursos económicos de sus progenitores les puedan brindar y que su satisfacción genere, cuando así lo requiera, un mayor esfuerzo contributivo, una de cuyas manifestaciones la encontramos en el art. 608 LEC.

En el supuesto del caso, sabiendo que tiene una hija a la que ha de sostener, se desentiende de la misma y no contribuye a su atención con la aportación económica para su sostenimiento, y desde que sale del domicilio familiar no la visita ni la atiende, desconociendo el lugar donde se encuentra. Es posible que se encuentre en el extranjero (él es colombiano). No consta que carezca de recursos económicos o que se encuentre en una situación de absoluta indigencia, simplemente se ignoran cuáles son los ingresos que cuenta, dado que, por acto propio, se ausentó sin dejar datos. En este contexto, es la madre la que, de forma exclusiva, atiende a las necesidades de la menor.

En un supuesto similar, la STS 481/2015, de 22 de julio (NCJ060354), razonó que:

Esta Sala debe declarar, que, junto con la necesaria protección de los intereses del rebelde procesal, está la necesidad de que los Tribunales tutelen los derechos del menor y como señala el Ministerio Fiscal, no podemos soslayar la obligación que el padre tiene, constitucionalmente establecida, de prestar asistencia a sus hijos (art. 39 de la Constitución).

El padre o la madre deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, no siendo de recibo que su mera no localización, les exonere de la obligación de prestar alimentos ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia, todo ello sin perjuicio de las acciones que el rebelde pueda plantear una vez hallado, en orden a la modificación de las medidas, posibilidad que también podrá plantear el otro progenitor si han variado sustancialmente la circunstancias.

Debe fijarse por el juzgado, en el supuesto del caso ante la obligación de prestarlos que tiene el progenitor declarado en rebeldía procesal, civil y constitucionalmente impuesta, aun

cuando no se concrete su importe, pudiéndose fijar un porcentaje de los ingresos que percibiera al ser la primera vez que se le fijan alimentos, siguiendo en este supuesto la doctrina jurisprudencial (SSTS 696/2017, de 20 de diciembre –NCJ062955–; 113/2019, de 20 de febrero; 644/2020, de 30 de noviembre –NCJ065251–, y 412/2022, de 23 de mayo). Todo ello sin perjuicio de su liquidación y revisión por modificación de circunstancias una vez se conozcan los ingresos reales del demandado.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo más recientemente en la Sentencia 525/2017, de 27 de septiembre (NCJ062795), cuando se volvió a precisar que:

No podemos olvidar que «la obligación legal que pesa sobre los progenitores está basada en un principio de solidaridad familiar y tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención, Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 2419/2013 de 16 de diciembre de 2014).

En definitiva, la jurisprudencia considera que es necesario distinguir si nos encontramos ante alimentos cuyos destinatarios son hijos mayores o menores de edad, al ser estos últimos tributarios de distinto tratamiento jurídico, pues con respecto a ellos

más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención (SSTS 55/2015, de 12 de febrero [NCJ059535], y 275/2016, de 25 de abril [NCJ061276]).

3. En conclusión, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial mencionada, procedería interponer el recurso de apelación que sería probablemente estimado en cumplimiento de la regulación legal y de la doctrina expuesta, ya fijando una cantidad concreta o un porcentaje de los ingresos que recibiera en el interés de la hija menor, lo que en este caso supondrá, dado el desconocimiento de ingresos del demandado, la generación de una deuda a su cargo para el supuesto en que sea localizado, ya que la obligación del demandado es indeclinable, que desatendió desde el principio las necesidades de su hija, con patente incumplimiento de una obligación legal.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 39.1 y 3.
- Código Civil, arts. 3, 91, 142, 145, 146, 147, 148, 152.2 y 154.1.
- SSTS 2419/2013, de 16 de diciembre de 2014; 111/2015, de 2 de marzo; 55/2015, de 12 de febrero; 184/2016, de 18 de marzo; 275/2016, de 25 de abril; 484/2017, de 20 de julio; 525/2017, de 27 de septiembre; 696/2017, de 20 de diciembre; 113/2019, de 20 de febrero; 644/2020, de 30 de noviembre; 412/2022, de 23 de mayo; 696/2017, de 20 de diciembre, y de 1 de junio de 2023.

Defectos de transparencia en préstamo hipotecario con cláusulas multidivisa y de vencimiento anticipado por incumplimiento de garantías adicionales

Ana Miranda Anguita

Contratada predoctoral FPU adscrita al área de Derecho Mercantil.

Universidad de Córdoba (España)

d52miana@uco.es | <https://orcid.org/0009-0006-9641-6175>

Enunciado

D. Federico, un joven empresario que recientemente ha contraído matrimonio en régimen de separación de bienes, ante la buena marcha de sus negocios, decide comprar un inmueble destinado a su vivienda habitual. En concreto, se trata de un chalé situado en el barrio El Brillante de Córdoba que, tras su adquisición, constituiría su domicilio familiar. Para financiar la adquisición, cuyo precio asciende a 400.000 euros, contrata un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad bancaria Banco Credit Finance, SA en fecha de 4 de mayo de 2007.

Este contrato de préstamo, a los efectos que aquí interesan, tiene las siguientes características:

- a) La entidad bancaria entrega al propietario un importe equivalente a 320.000 euros.
- b) Se establece una carga hipotecaria sobre el inmueble objeto de adquisición, tasado en 420.000 euros, que garantiza el cumplimiento de la obligación de pago del prestatario.
- c) Se fija un tipo de interés variable con periodicidad trimestral, aplicando un diferencial de 0,70 sobre el euríbor a tres meses del segundo día hábil inmediato anterior de cada periodo publicado por el Banco de España, abarcando el primer periodo hasta 3 de julio de 2007 y sucesivamente con periodicidad trimestral.
- d) Se establece una duración del contrato de 10 años, es decir, se habrán de satisfacer 120 cuotas, hasta su finalización en abril de 2017.
- e) Se establece una cláusula de vencimiento anticipado en caso de incumplimiento.
- f) Se incluye una cláusula que fija el interés de demora en el pago en 10 %.
- g) Unas cláusulas con opción multidivisa, es decir, que ofrecen la posibilidad al prestatario de realizar los pagos de su préstamos mediante una moneda distinta al euro.

Nota: Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación con referencia PID2020-117872RB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (IP: profesores Miranda Serrano y Pagador López).

La iniciativa de incluir en el contrato de préstamo hipotecario las estipulaciones multidivisas partió de D. Federico, que merced a las recomendaciones que al respecto le habían dado tanto un amigo dedicado al sector bancario como el agente inmobiliario que gestionó la compra del inmueble, se dirigió a la entidad financiera con el objetivo de suscribir esta modalidad de crédito. En este caso, D. Federico, asesorado por su gestor bancario, decidió acometer la operación en coronas islandesas. Esta es la razón por la que recibió 27.632.000 ISK (cuantía equivalente a 320.000 euros).

Además, el contrato incluía la siguiente cláusula de ampliación de garantía:

En caso de que, durante la vigencia del préstamo, la divisa acordada se aprecie más del 10 % con respecto al euro en el mercado europeo de divisas, tomando como referencia la cotización que rija en Financiera NovaBank, SA al día de hoy, el prestatario estará obligado a proporcionar garantías adicionales a favor de Financiera NovaBank, SA, ya sean de naturaleza real o personal, propias o de terceros. Estas garantías deberán ser suficientes según el criterio razonable de Financiera NovaBank, SA. Si, tras un periodo de 30 días naturales desde el requerimiento correspondiente realizado por Financiera NovaBank, SA, el prestamista no hubiese provisto las garantías solicitadas, se tomará este hecho como incumplimiento de contrato, con los efectos previstos en este contrato para tal eventualidad.

Como se infiere con relativa facilidad de la lectura de esta última estipulación, en ella se dispone que la consecuencia dimanante de la no aportación por D. Federico de garantías adicionales que, a juicio de un tercero con el que no existe relación contractual (la Financiera NovaBank, SA), puedan considerarse razonablemente suficientes, consiste en la producción del vencimiento anticipado del contrato.

La operación fue analizada, supervisada y aprobada por la entidad financiera, considerando los ingresos de D. Federico tanto pasados como previsibles en el futuro. Sin embargo, dada la irrupción de la crisis, la corona islandesa comenzó a depreciarse respecto del euro a una importante velocidad a los pocos meses de la formalización del contrato, lo que supuso un considerable aumento de la cuota prevista, que alcanzó un incremento del 45 % intertrimestral. Así pues, en enero de 2008, tras el oportuno requerimiento de la Financiera NovaBank, SA, y dentro del plazo previsto en el contrato, fueron aportadas como garantías adicionales los fondos de pensiones privados de los padres de D. Federico (valorados en 25.000 euros), así como un apartamento en El Puerto de Santa María (Cádiz), tasado en 120.000 euros y propiedad de los suegros de D. Federico.

Esta situación, unida al grave receso de la economía y a la disminución de los ingresos derivados de la actividad empresarial de D. Federico, hicieron imposible que pudiese acometer el pago de las cuotas en septiembre de 2015, tras haber destinado sus ahorros personales y familiares al pago del préstamo. Ante esta circunstancia, el Banco Credit Finance, SA procedió a comunicarle que el préstamo había vencido anticipadamente, y que se pro-

cedería a la ejecución de la garantía hipotecaria y de las garantías adicionales con vistas a satisfacer el importe pendiente de pago.

En una situación económica y familiar devastadora, D. Federico acudió a su abogado de confianza con el objetivo de no perder su vivienda familiar, pues todos los ingresos y ahorros, tanto personales como familiares, habían sido destinados al pago del inmueble. Además, tenía dos hijos menores de 7 y 3 años que, en caso de pérdida del inmueble, no tendrían dónde vivir. Tras el análisis del contrato y de las circunstancias en que fue celebrado, el abogado detectó inicialmente falta de transparencia de algunas cláusulas contractuales, dado el desconocimiento de D. Federico del riesgo que podía dimanar tanto de la opción multidivisa como de la cláusula de garantías adicionales, y todo ello en relación con la cláusula de vencimiento anticipado. Por ello, formuló a su cliente determinadas preguntas acerca de dichos extremos, con vistas a valorar la interposición de una demanda de nulidad por falta de transparencia formal y material, sin descartar al mismo tiempo la alegación de una posible abusividad de dichas cláusulas.

D. Federico le manifestó no haber recibido ningún tipo de información específica sobre estos extremos, sino únicamente que el préstamo hipotecario se desarrollaría en una divisa extranjera, siendo un producto muy ventajoso, ya que pagaría una cuota más baja que si la operación se desarrollaba en euros. Y, aunque le indicó que era conocedor de que las divisas fluctúan, también le hizo saber que en ningún caso conocía de qué forma podía incidir este hecho en su préstamo, más aún (añadió D. Federico) cuando su actividad empresarial se venía desarrollando íntegramente en euros, no teniendo experiencia alguna en divisas. De hecho, confesó que había sabido más acerca del funcionamiento de este producto por razón del amigo que se lo recomendó que por la información ofrecida por Banco Credit Finance, SA, y que optó por el mismo asesoramiento y supervisado por los profesionales de dicha entidad financiera, por razón de la confianza depositada en ella. Además, reconoció haber realizado cálculos trimestrales para ingresar una cantidad en la cuenta de la hipoteca, que inicialmente oscilaba entre 3.700 euros y 4.200 euros, pero que posteriormente había llegado incluso a los 7.000 euros.

En este escenario, la representación procesal de D. Federico interpuso, en fecha de 10 de septiembre de 2016, demanda de juicio ordinario contra la entidad bancaria Banco Credit Finance, SA. En dicha demanda se solicita que:

- a) Se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en todo lo relativo a la opción multidivisa.
- b) Se declare que el efecto de la nulidad parcial conlleva la conversión del saldo vivo del préstamo hipotecario a euros, aplicando el interés variable referenciado al euríbor con un diferencial de 0,70, también de forma retrospectiva, es decir, incluyendo las cuotas abonadas por el prestatario en la operación hasta la fecha.
- c) Se condene a la entidad bancaria a realizar las operaciones contables necesarias para su efectivo cumplimiento y a soportar los gastos que puedan derivarse del mismo.

- d) Se declaren abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago, intereses moratorios y ampliación de garantías, por haber sido unilateralmente impuestas por la prestamista y, por ello, nulas y contractualmente no integrables, de acuerdo con el criterio jurisprudencial dominante en la resolución de casos de análoga naturaleza.
- e) Se imponga la condena en costas a la parte demandada.

Por su parte, la entidad demandada, Banco Credit Finance, SA, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora. Además, en el acto de juicio se incluyó una testifical de D. Regino, director de la sucursal en la que suscribió el contrato D. Federico. Del testimonio del director de la entidad y de las pruebas documentales aportadas, se desprendía que se había informado a D. Federico de las condiciones del contrato, aunque no se concretó de qué manera, ni en qué términos la fluctuación de las divisas podía afectar a su capital.

Cuestiones planteadas:

1. Siendo la actividad profesional de D. Federico la empresarial, ¿tendría la consideración de consumidor en el contrato de préstamo hipotecario que suscribe? Pronúnciese sobre la normativa aplicable a las principales cuestiones controvertidas.
2. ¿Superan las cláusulas multidivisa los controles de transparencia? ¿Y las relativas a la obligación de constitución de garantías adicionales y de vencimiento anticipado? ¿Qué consecuencias se derivarían para tales estipulaciones en caso de no superar dichos controles?
3. Si el préstamo se hubiera destinado parcial o totalmente a la actividad empresarial de D. Federico, ¿sería defendible la misma solución propuesta en la cuestión precedente?

Solución

1. Siendo la actividad profesional de D. Federico la empresarial, ¿tendría la consideración de consumidor en el contrato de préstamo hipotecario que suscribe? Pronúnciese sobre la normativa aplicable a las principales cuestiones controvertidas.

Para analizar si la actuación de D. Federico en el caso concreto se subsume o no en la noción jurídica de consumidor (es decir, si actúa o no en condición consumidora cuando celebra el contrato de préstamo hipotecario), es necesario acudir al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general

para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)¹. En concreto, interesa especialmente el artículo 3, apartado 1, TRLGDCU, que dispone que se consideran consumidores o usuarios las «personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

Parece claro que D. Federico es una persona física cuya actividad profesional es la empresarial. Ahora bien, en el supuesto práctico que nos ocupa, su actuación en el tráfico económico-jurídico se realiza con un fin puramente personal, pues la totalidad del préstamo con garantía hipotecaria se destina a la adquisición de su vivienda habitual. Por tanto, cabe concluir que actúa en condición consumidora, pues (como disponía el artículo 1.3 de la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios)² celebra el contrato sin la finalidad de integrar el bien adquirido (la cantidad económica recibida en concepto de préstamo) en un proceso de mercado de carácter comercial, industrial o profesional (Cámara Lapuente, 2011, pp. 102 y ss.; Miranda Serrano, 2006, pp. 179 y ss.). Y esta conclusión en modo alguno queda desmentida por el hecho de que D. Federico desarrolle habitualmente una actividad empresarial en el mercado, pues de lo contrario tendríamos que afirmar que los empresarios o profesionales no pueden actuar como consumidores, lo que resulta absolutamente improcedente. En rigor, por tanto, no debería afirmarse que un sujeto es o no consumidor, sino que *actúa o no* en condición consumidora a la hora de adquirir un bien o contratar un servicio en el mercado.

Dada la condición consumidora de D. Federico, y teniendo en cuenta que la técnica de contratación empleada por la entidad bancaria ha consistido en la utilización de condiciones generales y clausulados predispuestos (como es habitual en este sector y en otros muchos), la normativa aplicable al presente supuesto se centra en el TRLGDCU. En particular, son de gran relevancia:

- a) Su artículo 60, relativo a la información precontractual.
- b) Su artículo 80, que establece los requisitos de transparencia formal (o de inclusión o incorporación) que han de cumplir las cláusulas predispuestas.
- c) Su artículo 82, que define el concepto de cláusulas abusivas, en desarrollo y trasposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva 93/13/CEE)³.
- d) Su artículo 83, que establece la nulidad como sanción para las cláusulas abusivas al tiempo que concreta legislativamente el control de transparencia material,

¹ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007 (NormaCEF NFL010947).

² BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984 (NormaCEF NFL000978).

³ DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993 (NormaCEF NFL001855).

al disponer que «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho» (aunque respecto de esto último habrá de tenerse en cuenta la fecha de celebración del contrato hipotecario sobre el que versa este supuesto práctico, pues la alusión expresa por el artículo 83 del TRLGDCU a las consecuencias de la falta de transparencia se incorporaron a nuestro derecho en 2019, como tendremos ocasión de apuntar más adelante con mayor detenimiento).

Además, habrá de tenerse en cuenta la jurisprudencia (especialmente la del Tribunal Supremo [TS] y Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE]). Y es que, como se sabe, a partir de la célebre Sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 241/2013, se abrió una línea jurisprudencial muy importante a través de la cual fue perfilándose (no sin contradicciones) el que ha dado en llamarse control de transparencia material o control de transparencia cualificado, en contraposición al control de transparencia formal o control de inclusión o incorporación, según terminología más clásica. En particular, en lo que atañe a la jurisprudencia del TJUE, puede ser también de utilidad la Comunicación de la Comisión relativa a las directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores⁴, pues en ella se exponen las principales líneas interpretativas seguidas por el máximo órgano jurisdiccional de la Unión Europea en lo que respecta a la Directiva de cláusulas abusivas.

2. ¿Superan las cláusulas multidivisa los controles de transparencia? ¿Y las relativas a la obligación de constitución de garantías adicionales y de vencimiento anticipado? ¿Qué consecuencias se derivarían para tales estipulaciones en caso de no superar dichos controles?

2.1. Consideraciones preliminares sobre los controles de transparencia formal y material

Como se sabe, la noción jurídica de condiciones generales de la contratación hace referencia al conjunto de cláusulas contractuales redactadas previamente por una de las partes contratantes (el predisponente) e impuestas a la otra (el adherente), quien se limita a aceptarlas o rechazarlas. Además, se trata de estipulaciones elaboradas con la finalidad de aplicarse a una pluralidad de contratos. Atendiendo a esta definición y al artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC)⁵, las condiciones generales reúnen cuatro elementos: a) contractualidad, b) predisposición, c) imposición y d) generalidad. El último de ellos (la generalidad) es el que diferencia las

⁴ DOUE, C 323/4, de 27 de septiembre de 2019.

⁵ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998 (Norma CEF NFL002877).

condiciones generales de los clausulados predispuestos que, sin embargo, comparten el resto de los elementos mencionados (Pagador López, 2011, p. 1.399).

Actualmente, esta técnica de contratación se ha generalizado, especialmente en el sector financiero y bancario, respondiendo a necesidades de optimización y eficiencia de la actividad contractual. Ahora bien, pese a los muchos beneficios que aporta, también conlleva importantes riesgos que no deben obviarse. En concreto, implica *per se* una hipertrofia del principio de la autonomía de la voluntad para uno de los contratantes (el predisponente), mermando las libertades negociales del adherente, que solo tiene la libertad de contratar o no, pero que pierde la facultad de intervenir en la fijación del contenido negocial (Pagador López, 2011, pp. 1308-1309). Esto explica que haya surgido la necesidad de establecer ciertos controles de esta técnica de contratación con la finalidad de reestablecer el equilibrio contractual entre los contratantes. En el ámbito de la transparencia negocial, estos controles, de aplicación sucesiva, son: a) el de transparencia formal (o control de inclusión o de incorporación) y b) el de transparencia material (o control cualificado, como lo llama también nuestro Tribunal Supremo).

El primero de estos controles, esto es, el de transparencia formal, abarca las exigencias de forma que debe cumplir el predisponente para garantizar que sus cláusulas predispuestas se incluyan en el contrato. Precisamente por este motivo se le conoce también como control de inclusión o de incorporación. Al quedar circunscrito este control solo a elementos formales, parece claro que con él trata de garantizarse al adherente la mera posibilidad de conocimiento del clausulado negocial, sin implicar necesariamente una comprensión efectiva del mismo (Clavería Gosálbez, 2008, p. 36; Pertíñez Vilchez, 2011, p. 697; Miranda Serrano, 2018, p. 7). También la doctrina jurisprudencial comparte este criterio, como lo prueba, entre otras, la STS de 9 de marzo de 2021, que se refiere a él como un «control de cognoscibilidad», que requiere: a) «que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida», y b) «que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla». La no superación de las exigencias que conforman este control (a saber: la perceptibilidad, la comprensibilidad y la entrega –o carácter accesible– de las condiciones generales o clausulados predispuestos al adherente: al respecto, *vid.* un mayor desarrollo en Miranda Anguita, 2022, pp. 294-301) determina la no inclusión de las cláusulas en el contrato, lo que, en definitiva, se equipara a su nulidad de pleno derecho. Por consiguiente, en caso de incumplimiento de estas exigencias de forma, no es necesario analizar si las cláusulas afectadas cumplen o no el control de transparencia material⁶. En cambio, la superación del control de transparencia formal conduce a la activación del control de transparencia material.

⁶ Pese a ser esta la regla general, la jurisprudencia menor demuestra que no siempre actúa de ese modo, puesto que, en algún caso, pese a estimarse incumplidas las exigencias de la transparencia formal, se han pasado a analizar las cláusulas objeto de controversia desde las perspectivas de la transparencia material. En concreto, así lo hace la SAP de La Coruña (Sección 6.ª) de 23 de mayo de 2022.

Por su parte, el control de transparencia material ha sido resultado de la labor jurisprudencial y doctrinal a partir de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, que ha sido interpretado en el sentido de que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y prestación quedan fuera del control de contenido o abusividad (ya que los adherentes dirigen a ellas su atención cuando contratan: Alfaro Águila-Real, 2017, *passim*; Miranda Serrano, 2022, pp. 4 y ss.), razón por la cual es decisivo y fundamental que dichas estipulaciones superen el control de transparencia material. Y se considera que esta modalidad de control de transparencia ha sido superada cuando se puede constatar que en el momento de celebración del contrato el consumidor conoció y comprendió las cláusulas relativas a sus elementos esenciales (o, si se prefiere, al objeto principal y a la adecuación entre precio y prestación). Bien entendido que corresponde al empresario-predisponente (y no al consumidor-adherente) la prueba del cumplimiento de esta relevante circunstancia (Miranda Serrano, 2018, p. 29). En palabras de nuestro TS, el control de transparencia material «se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato» y tiene como finalidad que el adherente conozca

con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo⁷.

En parecidos términos, señala el Alto Tribunal en otro de sus muchos pronunciamientos judiciales sobre esta materia que

el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó⁸.

Añádase a lo anterior que las cláusulas no transparentes se conocen también como cláusulas sorprendentes o sorpresivas que son aquellas que, referidas a los elementos esenciales del contrato, pasan inadvertidas por el consumidor cuando emite su consentimiento, por lo que su inclusión en el contrato contradice de forma clara las expectativas legítimas y razonables que el adherente se había hecho a la hora de contratar (Miranda Serrano, 2017, pp. 1.151 y ss.; 2019, pp. 11 y ss.; y 2022, pp. 191 y ss.).

⁷ STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (Norma CEF NCJ057740).

⁸ STS núm. 171/2017, de 9 de marzo.

Por consiguiente, a la vista de lo que se acaba de exponer, parece clara la diferencia entre los controles de transparencia formal y material. Mientras que el primero (formal) solo garantiza una posibilidad de conocimiento por el adherente (que puede ser consumidor o empresario) de las condiciones generales y los clausulados predispuestos, el segundo (material) garantiza un conocimiento y comprensión efectivos por el adherente (que solo puede ser consumidor) de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y prestación (Miranda Serrano, 2018, pp. 7 y ss.). Una vez realizada esta aclaración, hemos de responder a la cuestión que aquí abordamos, relativa a si superan o no los controles de transparencia las cláusulas controvertidas del contrato de préstamo hipotecario. En primer lugar, vamos a ocuparnos de la cláusula multidivisa. Seguidamente, lo haremos de las estipulaciones relativas a las garantías adicionales y el vencimiento anticipado.

2.2. Transparencia de las cláusulas multidivisa

En el caso que afrontamos, la defensa de la parte demandante sostiene de manera evidente que la entidad demandada, Banco Credit Finance, SA, no ha acreditado haber proporcionado la información precontractual necesaria al prestatario-consumidor para que este conociera adecuadamente la naturaleza y riesgos de la operación. En concreto, alega que la entidad bancaria no informó de manera suficiente al prestatario-consumidor (según lo previsto en el artículo 60.2 TRLGDCU) de lo siguiente:

- a) Acerca de que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera (corona islandesa) respecto al euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento podría llegar a ser tan significativo que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago.
- b) Ni del impacto de la fluctuación de la divisa en el capital pendiente de pago.
- c) Ni sobre la obligación de aportar nuevas garantías en caso de que la divisa se revalorizara frente al euro en más de un 10 %.

Al respecto, la entidad demandada aporta prueba documental que evidencia la entrega de las condiciones generales y clausulados predispuestos a D. Federico y con ello el cumplimiento del control de transparencia formal, por lo que la cuestión analizada parece circunscribirse a un problema de transparencia material, al no haberse garantizado al adherente-consumidor un conocimiento efectivo de los elementos esenciales del contrato. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que las cláusulas multidivisa controvertidas afectan directamente al precio del préstamo, que forma parte del objeto principal del negocio.

En un caso similar, el TJUE aclara cómo se han de concretar las obligaciones de información en el caso de los préstamos multidivisas⁹. Lo hace en los siguientes términos:

⁹ STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (caso Andriuc [NormaCEF NCJ062608]).

Las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero [...]. Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera.

Por su parte, la jurisprudencia de nuestro TS ha adoptado esta misma doctrina en varios de sus pronunciamientos¹⁰. En ellos explica por qué los riesgos asociados a los préstamos multidivisas superan los propios de los préstamos hipotecarios con interés variable suscritos en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades financieras que ofertan este producto. En concreto, en palabras del Alto Tribunal,

al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro [...]. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además [...], para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

También la doctrina se ha preocupado de poner de manifiesto los riesgos generados por las cláusulas multidivisa y los deberes de información que en relación con ellas han de cumplir las entidades financieras (entre otros, Agüero Ortiz, 2014, pp. 43 y ss.; Atienza López, 2017, pp. 155 y ss.; Goñi Rodríguez de Almeida, 2018, pp. 2.234 y ss.).

¹⁰ SSTS núm. 608/2017, de 15 de noviembre (NormaCEF NCJ062784); núm. 599/2018, de 31 de octubre (NormaCEF NCJ063813), y núm. 445/2023, de 10 de abril (NormaCEF NCJ066560).

Según indicamos más arriba al abordar el control de transparencia material, pesa sobre la entidad Banco Credit Finance, SA la carga de la prueba de haber brindado la información pertinente y exigible para garantizar al adherente-consumidor el conocimiento efectivo de los elementos esenciales del contrato. Bien entendido que «esta carga de la prueba no se levanta simplemente probando que se cumplieron los requisitos de inclusión o incorporación» (Alfaro Águila-Real, 2017). Es decir, no se puede entender que la carga de la prueba se limita a las obligaciones de información amparadas por el control de transparencia formal, sino que también se hace extensible al ámbito de la transparencia material. De modo que, pese a que por la documental obrante en autos, se considere probada la entrega de las condiciones generales y clausulados predisuestos a D. Federico, y aunque la testifical de D. Regino constate el haber ofrecido al adherente-consumidor una información general acerca de las condiciones del contrato, según se desprende de los hechos del caso, no hay constancia de que la entidad Banco Credit Finance, SA informase a D. Federico de forma previa sobre el hecho concreto de que la evolución de la equivalencia entre la corona islandesa y el euro podría ocasionar que el capital pendiente de amortización (calculado en euros) no disminuyera e incluso aumentara, aunque se realizara el pago regular de las cuotas del préstamo. Además, todo apunta a que tampoco se le informó de que la cuota de amortización del préstamo (también con su equivalencia en euros) podría fluctuar de manera drástica, generando un alto riesgo que podría suponer dificultades y comprometer gravemente la capacidad de pago del prestatario. Por último, no puede concluirse que se le informara de que dicha fluctuación podría determinar una situación de infragarantía, pese a la cláusula contractual de garantías adicionales, que comportaría el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, de no remediarla en el margen temporal previsto (tras el oportuno requerimiento del tercero: NovaBank, SA)¹¹.

No obstante, ha de tenerse también en cuenta que la entidad demandada podría escudarse en varios datos con vistas a tratar de demostrar el no incumplimiento por su parte de las exigencias de transparencia material:

- a) Por un lado, en el hecho de que D. Federico confesara haber sabido más acerca del funcionamiento del producto financiero en cuestión por razón del amigo que se lo recomendó que por la información proporcionada por la entidad bancaria, aunque no consta qué información concreta se le proporcionó por esa vía.

¹¹ En este sentido, afirma nuestro Alto Tribunal en STS núm. 829/2021, de 30 de noviembre:

Es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo, o a la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro. También debe ser informado, en su caso, de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias.

- b) Por otro lado, en la circunstancia de que fuera D. Federico quien solicitara la contratación de este producto, con el objeto de obtener cuotas más favorables.

En relación con ambas cuestiones, cabe argumentar lo que sigue:

- a) En primer lugar, que la obligación de información pesa sobre la entidad prestamista, y que la información brindada ha de ser valorada desde la perspectiva de un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso»¹², por lo que no podría constituir un medio de defensa válido la alegación de que D. Federico estaba informado por un tercero, ajeno a la relación contractual. Por el contrario, será la información ofrecida por el Banco Credit Finance, SA la que deberá ser analizada a la luz de la transparencia material, en los términos y condiciones ya expuestos.
- b) En segundo lugar, que la solicitud de D. Federico de contratar este tipo de producto financiero, que demuestra su interés e iniciativa contractual, «aunque constituye un elemento para ponderar la buena fe del predisponente [...], no permite presumir que no precisaba de esa información para comprender los riesgos que entrañaba»¹³. De modo que esta segunda alegación tampoco constituye un argumento de peso para evadir la responsabilidad de información (*rectius*, transparencia) de la entidad demandada.

A la vista de lo expuesto, podría concluirse que, al igual que en los asuntos resueltos por las SSTS núm. 439/2019, de 17 de julio, y núm. 445/2023, de 10 de abril, no ha existido la información precontractual necesaria para que el adherente pudiera conocer adecuadamente la naturaleza y los riesgos asociados a las cláusulas multidivisa, ya que no se le proporcionó una explicación concreta y adecuada en lo relativo al riesgo de la fluctuación de la divisa. Razón por la cual estaríamos ante un supuesto de falta de transparencia material¹⁴.

¹² STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (caso Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT) (NormaCEJ NCJ058437).

¹³ STS núm. 443/2020, de 20 de julio.

¹⁴ Al respecto, nuestro TS ha declarado reiteradamente, entre otras, en las SSTS núm. 608/2017, de 15 de noviembre (NormaCEJ NCJ062784); núm. 599/2018, de 31 de octubre (NormaCEJ NCJ063813); núm. 493/2020, de 28 de septiembre, y núms. 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, que:

La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar no son inocuas para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros, y se compromete en un contrato de préstamo que puede tener para él consecuencias ruinosas. Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que

2.3. Transparencia de las cláusulas de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado del préstamo

Resuelta la cuestión de la transparencia en lo que respecta a las cláusulas multidivisa, es el momento de afrontar el análisis de las otras estipulaciones controvertidas, es decir, las relativas a la ampliación de garantías y el vencimiento anticipado del préstamo. Como decíamos *ut supra*, un consumidor medio, normalmente informando y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas periódicas de un préstamo denominado en divisas extranjeras (en nuestro caso, corona islandesa), pero con pagos efectivos en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Sin embargo, este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada por parte de la prestamista, que la variación del importe sea tan considerable que ponga en grave riesgo su capacidad de afrontar el pago.

Lo anterior explica que las STJUE ya mencionadas (casos *Andriciuc* y *OTP Jelzálogbank*) hagan tanto hincapié en la exigencia de una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización del riesgo referido. Especialmente en los casos en que, como el que es aquí objeto de estudio, el adherente no perciba sus ingresos en la divisa. Entre estas consecuencias, como ya hemos adelantado, se encuentra la posible insuficiencia sobrevenida de la garantía constituida como consecuencia del incremento de la deuda (es decir, una situación de infragarantía sobrevenida), y que, además, esta insuficiencia pueda suponer el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario en la eventual circunstancia de no poder ampliar dicha garantía.

Además, resulta de gran relevancia tener en cuenta que las cláusulas de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado del préstamo son estipulaciones subordinadas funcionalmente y de forma inescindible a las cláusulas multidivisa. Por tanto, tendrían la consideración de cláusulas accesorias, siéndoles aplicable el principio general *accessorium sequitur principale*. De modo que si las cláusulas multidivisa se reputan válida y eficaces, habrá de enjuiciarse la transparencia de tales cláusulas accesorias, ya que una eventual invalidez (*rectius*, nulidad) de las mismas ni trasciende ni se propaga a la de cláusula multidivisa. Por contra, cuando las cláusulas multidivisa incurren en falta de transparencia, sus efectos alcanzan a las cláusulas de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado, puesto que la subordinación de estas últimas a las cláusulas multidivisa hace que pierdan su propia autonomía. Salvando las lógicas distancias, ocurre aquí algo similar a lo que acontece con la cláusula penal, cuyo carácter accesorio respecto de la obligación principal es reconocido por toda la doctrina privatista, de modo que la invalidez de la obligación principal afecta de lleno a la cláusula penal, mientras que la invalidez de la cláusula penal carece de consecuencia alguna sobre la obligación principal (Rodríguez Tapia, 1993, pp. 525 y ss.).

ignora el riesgo de infragarantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

Las cláusulas que ahora nos ocupan, accesorias (como acabamos de indicar) respecto de las estipulaciones multidivisa, se activan cuando se produce la devaluación del euro respecto de la divisa en que está denominado el préstamo por encima del porcentaje estipulado; en nuestro caso, un 10 %. Como es natural, pronunciarnos acerca de si dichas cláusulas son o no transparentes –que es la cuestión que aquí abordamos– es un asunto innecesario. Al tratarse de estipulaciones accesorias de las cláusulas multidivisa y al haberse concluido que estas últimas no superan el control de transparencia, se habrá de afirmar que dichas estipulaciones accesorias tampoco lo superan y, por tanto, que no merecen la consideración de transparentes (así, entre otras, STS núm. 445/2023, de 10 de abril)¹⁵.

En suma, sobre la base de las consideraciones precedentes, se ha de concluir que son ilícitas las cláusulas de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado. Pero no como consecuencia de serles aplicado el control de transparencia material, sino por su subordinación (o accesoriedad) a las estipulaciones multidivisa incluidas en el contrato. En este sentido, no sería erróneo afirmar que la intransparencia de lo principal comporta también, inevitablemente, la intransparencia de lo accesorio, lo que constituye una plasmación más del principio *accessorium sequitur principale* aceptado desde el derecho romano como un principio general del derecho dotado de una considerable aplicación práctica.

2.4. Consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las exigencias de transparencia

Las consecuencias de los defectos de transparencia de las cláusulas multidivisa consisten en la nulidad de estas estipulaciones, lo cual se traduce en una nulidad parcial del contrato de préstamo que, al ser privado de estas cláusulas, queda como un préstamo concedido y amortizado en euros. Esta es la solución que viene defendiendo el TS para casos similares a este (entre otras, SSTS, Sala 1.ª, núm. 608/2017, de 15 de noviembre; núm. 776/2021, de 10 de noviembre, y núm. 445/2023, de 10 de abril). A su juicio, se trata de la solución más adecuada, porque optar por la nulidad total del préstamo conllevaría un relevante perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capi-

¹⁵ En concreto, según señala el TS en esta sentencia (NormaCEF NCJ066560),

cuando las cláusulas multidivisa del préstamo (relativas a la entrega del capital, a su reembolso y al pago de intereses) son válidas y eficaces, el enjuiciamiento sobre la transparencia y abusividad de las cláusulas que otorgan al banco predisponente la facultad de exigir una ampliación de la garantía y, en caso de que el consumidor no la amplíe, dar por vencido anticipadamente el préstamo y exigir la devolución total del capital pendiente de amortizar y los intereses devengados, debe realizarse de forma autónoma, pues la eventual nulidad de estas cláusulas no trasciende ni se propaga a aquellas. Sin embargo, inversamente, cuando las cláusulas multidivisa incurrn en causa de nulidad, los efectos de esta nulidad se propagan a la cláusula de ampliación de garantías prevista para el caso de la devaluación del euro, pues esta es una cláusula subordinada funcionalmente y de forma inescindible a aquella, sin la cual pierde su propia finalidad y pasa a ser inoperante.

tal pendiente de amortizar, lo cual, además, conculcaría la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas, en la dirección que apunta la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13, *Káster vs OTP Jelzálogbank ZRT*). También la doctrina se ha manifestado en esta misma dirección, refrendando la solución ofrecida por el Alto Tribunal (entre otros, Miranda Serrano, 2018, pp. 23 y ss.; Mato Pacín, 2019, pp. 212 y ss.; Ayo Jiménez, 2021, *passim*).

Poco hemos de añadir sobre las consecuencias que se producen en las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de las garantías adicionales fijadas en el contrato. Como señalamos más arriba al abordar este tipo de estipulaciones, su carácter subordinado y accesorio respecto de las cláusulas multidivisa hace que la falta de transparencia y subsiguiente nulidad de estas últimas alcance también a ellas, que por esta razón merecen considerarse igualmente nulas de pleno derecho¹⁶. En consecuencia, procede aceptar en esta materia las peticiones contenidas en la demanda interpuesta por D. Federico que, como se expuso en su momento, solicitaba la declaración de la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en todo lo relativo a la opción multidivisa y la conversión a euros del saldo vivo del préstamo hipotecario, así como la consideración de nulas (por abusivas) de las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago, intereses moratorios y ampliación de garantías.

Por último, interesa tener en cuenta que el contrato celebrado por D. Federico tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigor de Ley de 15 de marzo de 2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LRCCI)¹⁷. Este dato tiene interés por varios motivos:

- a) Por un lado, porque si el préstamo hipotecario se hubiera celebrado estando vigente la LRCCI, el predisponente resultaría obligado a cumplir los deberes que esta ley impuso a las entidades financieras en lo que a los préstamos multidivisa (o en moneda extranjera) se refiere (al respecto, entre otros, Rueda Tortuero, 2019, pp. 5 y ss.).

¹⁶ En este sentido, la STS núm. 445/2023, de 10 de abril (NormaCEF NCJ066560), es muy clara al poner de manifiesto lo siguiente:

El supuesto de hecho a que se refiere la cláusula de ampliación de garantía (devaluación del euro –moneda de pago– respecto de la divisa en que está denominado el préstamo –moneda de cuenta– por encima de determinado porcentaje) pierde su razón de ser cuando tal previsión deja de ser viable por nulidad de las cláusulas multidivisa, pues una de las consecuencias de la nulidad parcial del contrato en relación con dichas cláusulas es que el préstamo debe operar como si hubiese sido concedido en euros y debe ser amortizado en euros. Por tanto, resulta ahora innecesario entrar a examinar la transparencia y abusividad de dicha cláusula de ampliación de garantías en los términos previstos por la jurisprudencia (sentencia de esta Sala Primera n.º 418/2023, de 28 de marzo, y del TJUE de 7 de noviembre de 2019, C-419/18 y C-483/18, *Profi Credit Polska*, apartado 57; de 10 de junio de 2021, C-609/19 [NormaCEF NCJ065626], *BNP Paribas*, apartado 62; y de 13 de octubre de 2022, C-405/21, *Nova Kreditna BankaMaribor*, apartado 28, y 12 de enero de 2023, C-395/21, apartado 47 [NormaCEF NCJ066436]).

¹⁷ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019 (NormaCEF NCL012329).

b) Por otro lado, porque en tal caso sería de aplicación al préstamo hipotecario el artículo 83 del TRLGDCU en la nueva redacción que la LRCCI le confirió, según la cual «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». De modo que la nulidad de las cláusulas multidivisas no superadoras de la transparencia material no solo tendrían una base judicial sino también legal (el artículo 83 TRLGDCU). Ahora bien, como el contrato se concluyó con anterioridad a la vigencia de la LRCCI, no cabe invocar esta norma con la finalidad de fundamentar la solución a las cuestiones que el caso plantea.

3. Si el préstamo se hubiera destinado parcial o totalmente a la actividad empresarial de D. Federico, ¿sería defendible la misma solución propuesta en la cuestión precedente?

La noción legal de consumidor, contenida en el artículo 3 del TRLGDCU (y analizada *supra*, en el epígrafe 2.1), resulta problemática cuando los bienes o servicios contratados se destinan a fines mixtos, es decir, por un lado, a satisfacer necesidades personales y, por otro lado, a fines empresariales o profesionales. Sin embargo, pese a que esta situación es muy común (especialmente en el ámbito de los empresarios individuales), el artículo 3 del TRLGDCU no se refiere a ella. Así, para dar respuesta a estos casos cabría barajar varias soluciones:

- a) Que el contratante siempre sea considerado consumidor, ya que, en parte, utiliza el bien o servicio para fines personales.
- b) Que el contratante nunca sea considerado consumidor, por integrar parte del bien o servicio en su actividad empresarial.
- c) Que el contratante sea considerado consumidor o no en atención al uso preponderante o principal que dé al bien adquirido o al servicio contratado.

La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores¹⁸ tampoco aborda expresamente este problema. Sin embargo, en su considerando 17 aclara que, ante contratos con doble finalidad, si el objeto con finalidad empresarial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, el contratante deberá reputarse consumidor. Por consiguiente, parece claro que esta directiva se decanta por el tercer criterio interpretativo antes referido, según el cual se ha de atender al fin preponderante del contrato controvertido. Además, este criterio es el aceptado por la jurisprudencia tanto comunitaria como nacional¹⁹.

¹⁸ DOUE, L 304/64, de 22 de noviembre de 2011 (NormaCEF NCL010584).

¹⁹ SSTS núm. 224/2017, de 5 de abril (NormaCEF NCJ062402); núm. 26/2022, de 18 de enero; núm. 479/2022, de 14 de junio; núm. 873/2022, de 9 de diciembre (NormaCEF NCJ066408), entre otras.

Incluso con anterioridad de la adopción de la Directiva 2011/83/UE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sostuvo que, ante contratos con doble finalidad, un contratante actúa en condición consumidora cuando el destino empresarial es marginal en comparación con el destino privado. Es decir, no resulta suficiente con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que también es necesario que el uso o destino profesional sea «insignificante en el contexto global de la operación de que se trate»²⁰. Más recientemente, existen pronunciamientos similares del TJUE favorables a declarar que los adherentes tan solo podrían verse amparados por las disposiciones de consumo cuando el vínculo del contrato celebrado con la actividad profesional del interesado «fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal»²¹.

En consecuencia, a los efectos de considerar la aplicabilidad de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGDCU, en aquellas circunstancias en que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte evidente que se ha celebrado exclusivamente con un propósito único, bien personal, bien profesional, el criterio del objeto empresarial mínimo o insignificante proporciona una herramienta razonable para determinar si el adherente ha intervenido en condición consumidora o como empresario o profesional. Sin embargo, pese a venir considerándose este criterio como el más adecuado para resolver las controversias que surgen en torno a la figura del consumidor mixto, no carece de algunas debilidades. En concreto, puede imputársele una cierta inseguridad jurídica por dos motivos:

- a) De un lado, por romper con la idea legitimadora de la protección especial del consumidor como la supuesta parte débil de la relación jurídica.
- b) De otro lado, por ser, en ocasiones, el destino predominante un criterio de difícil concreción (Cámara Lapuente, 2010, pp. 111 y ss.; Marín López, 2017, p. 197 y ss.; Ruiz Muñoz, 2017, *passim*; Diéguez Aguilera, 2022, pp. 7 y ss.; López Jiménez, 2023, pp. 6 y ss.).

Descendiendo al caso concreto que nos interesa, es necesario resaltar que la solución definitiva de esta cuestión requeriría de una información más detallada. En cualquier caso, se podrían distinguir dos escenarios:

- a) Que una parte del préstamo se destine a actividades personales y la otra a actividades comerciales (p. ej. una parte se ha dirigido a cancelar unas cuentas de crédito abiertas para sufragar una actividad empresarial y otra parte a la adquisición de una vivienda).

²⁰ STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, Gruber, EU:C:2005:32, apartado 39 (NormaCEF NCJ040615).

²¹ STJUE de 5 de enero de 2018, asunto C-498/16, *Schrems* (NormaCEF NCJ062944).

- b) Que la cuantía total del préstamo se destine a la adquisición de un bien que va a ser empleado tanto para fines personales como para fines comerciales (p. ej. adquisición de un vehículo familiar y de empresa, o de un inmueble que haga las veces de vivienda o de despacho profesional, o que tenga varias plantas, una destinada a local comercial y otra a vivienda, etc.). Esta última situación es la que presentaría una mayor complejidad jurídica y dificultad probatoria.

En caso de estar ante el escenario a) bastaría con conocer el detalle de las cantidades destinadas por D. Federico a fines personales y a fines empresariales, de forma separada. En relación con el escenario b) cabe resaltar la complejidad de individualizar las finalidades (personales y empresariales) de un bien, especialmente cuando la naturaleza de las necesidades a las que da respuesta es compleja. Un ejemplo quizá pueda brindarnos una explicación más clara y comprensible de lo que decimos. Imaginemos que D. Federico ha destinado los fondos obtenidos en virtud del contrato de préstamo a adquirir un inmueble, cuyo bajo destina como local comercial a su negocio, mientras que las plantas superiores son usadas como vivienda familiar. Además, adquiere un vehículo (transporte) y un garaje anexo (estacionamiento seguro). Respecto del inmueble, *a priori*, podría parecer sencillo individualizar las finalidades, pues bastaría con realizar una sencilla cuenta aritmética para imputar al fin empresarial la cantidad que se ha pagado por los m² del local comercial y al fin personal la cantidad destinada a los m² que conforman la vivienda. Aunque nada impide que surjan algunas complejidades al tratar de desligar completamente ambas finalidades, ya que el local comercial también podría tener ciertos usos personales, como ser utilizado ocasionalmente para reuniones familiares o actividades no relacionadas con la actividad empresarial. Sin embargo, respecto del vehículo y garaje anexo, resultaría *ab initio* bastante más difícil individualizar las finalidades personal y empresarial, al compartir en esencia la misma naturaleza. La finalidad del vehículo es el transporte, y ello se puede hacer con fines personales o con fines empresariales. Por su parte, la finalidad del garaje es el estacionamiento seguro del vehículo y su finalidad (personal, empresarial o mixta) vendría determinada por el uso que se dé al vehículo estacionado.

En cualquiera de los dos escenarios, sería defendible la condición de consumidor si los fondos destinados a fines personales sobrepasan el umbral del 50 % de la cuantía total de la operación, puesto que se podría argumentar tanto la preponderancia del fin personal como la marginalidad del fin empresarial. En tal caso, se resolvería la controversia con la normativa y fundamentaciones desarrolladas más arriba en las cuestiones 2.1 y 2.2. Sin embargo, ante la imposibilidad de acreditar esta circunstancia, se consideraría que existe un destino empresarial preponderante, actuando D. Federico en condición de adherente-empresario, lo cual implicará la imposibilidad de someterse a la normativa de consumo. Y ello lo colocaría en una situación jurídica bastante menos favorable, ya que en nuestro ordenamiento los controles de transparencia material y de contenido o abusividad solo se aplican a los sujetos que actúan en condición consumidora, como viene sosteniendo nuestro TS sobre la base de la opción de política legislativa seguida por la LCGC, que se decantó por privar de control de contenido o abusividad a los contratos B2B, y de la conexión que

efectúa entre el control de transparencia material y el control de contenido o abusividad (por todas, STS núm. 414/2018, de 3 de julio). En el plano valorativo, esta solución no nos parece razonable. Creemos que existen razones de peso favorables a extender los referidos controles de transparencia material y contenido o abusividad a los contratos entre empresarios o profesionales. De hecho, aunque como acabamos de indicar, nuestro TS niega esta extensión, lo cierto es que dicha negativa se puede calificar de «farisaica» o «cosmética» (Serrano Cañas, 2023, p. 3), dado que en algunas de sus resoluciones el Alto Tribunal sí es proclive a examinar la posible nulidad de las cláusulas impuestas en estos contratos por haber sido incorporadas de forma abusiva, prevaliéndose de lo que ha dado en llamar «situación de dominio contractual» (en este sentido, entre otras, SSTS 57/2017, de 30 de enero; 436/2023, de 29 de marzo, y 576/2023, de 20 de abril de 2023).

Conclusiones

La exposición hasta aquí realizada en relación con las distintas cuestiones planteadas nos permite efectuar algunas conclusiones de interés:

- 1.º Los elementos esenciales (precio y prestación) de los contratos de consumo están sometidos al control de transparencia material. Como hemos comprobado en las páginas precedentes, ello es predicable de las cláusulas multidivisa, en la medida en que afectan directamente al precio que ha de abonar el prestatario. Por tanto, el prestamista ha de estar en condiciones de probar que cuando la contraparte emitió su consentimiento tenía conocimiento de que el riesgo de fluctuación de la moneda elegida incide en la determinación del importe, tanto de la cuota de amortización periódica como del capital pendiente de amortización. De no ser así, es decir, de no poder probarse dicha circunstancia, las estipulaciones multidivisa habrán de considerarse nulas por no superar las exigencias derivadas de la transparencia material, lo que se traduce en una nulidad parcial del contrato de préstamo que permanece como un préstamo concedido y amortizado en euros.
- 2.º Idéntica sanción (nulidad de pleno derecho) habrá de predicarse de las cláusulas que fijan el vencimiento anticipado del préstamo por el incumplimiento de garantías adicionales estipuladas para casos de devaluación del euro respecto de la divisa elegida. Al ser estas últimas estipulaciones accesorias de las cláusulas multidivisa les alcanzarán las mismas consecuencias, de conformidad con el principio *accessorium sequitur principale*. Es decir, si la cláusula principal (multidivisa) es nula de pleno derecho, igualmente serán nulas las cláusulas accesorias que obligan al prestatario a prestar determinadas garantías en caso de que la divisa elegida se aprecie por encima de un determinado porcentaje, fijándose convencionalmente el vencimiento anticipado del contrato en caso de que no se presten dichas garantías adicionales o no sean suficientes las prestadas.

- 3.º Ahora bien, lo expuesto en las conclusiones precedentes es predicable de los préstamos hipotecarios en los que el prestamista actúa en condición consumidora (contratos B2C), por destinar el importe total o preponderante del préstamo a fines personales o domésticos (es decir, no industriales, comerciales o profesionales). Si su actuación se llevase a cabo en condición empresarial o profesional (contratos B2B), la solución sería bien distinta, pues no sería aplicable al contrato el control de transparencia material en los términos vistos, ya que nuestro TS viene conectando este control de transparencia con el control de contenido o abusividad y, como se sabe, la LCGC optó por privar de este último control a los contratos celebrados entre empresarios o profesionales (contratos B2B).

Referencias bibliográficas

- Agüero Ortiz, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 10, 43 y ss.
- Alfaro Águila-Real, J. (2017). Cláusulas pre-dispuestas que describen el objeto principal del contrato. *Almacén del Derecho*. <https://almacendederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato>
- Atienza López, J. I. (2017). Protección al prestatario en la hipoteca multidivisa. *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, 201, 155 y ss.
- Ayo Jiménez, G. (2021). Criterios definitivos sobre la falta de transparencia en las hipotecas multidivisa y sus consecuencias. *El Derecho.com*. <https://elderecho.com/criterios-definitivos-sobre-la-falta-de-transparencia-en-las-hipotecas-multidivisa-y-sus-consecuencias>
- Cámara Lapuente, S. (2010). El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 2011, 84 y ss.
- Cámara Lapuente, S. (2011). Comentario al artículo 3 TRLGDCU. En S. Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (pp. 102 y ss.). Colex.
- Clavería Gosálbez, L. H. (2008). *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Bosch.
- Diéguez Aguilera, L. (2022). Sobre la condición de consumidor mixto y su prueba: a propósito de la STS 43/2022 y otras resoluciones judiciales. *Diario La Ley*, 10.116.
- Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2018). La hipoteca multidivisa y el deber de información. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 768, 2.234 y ss.
- López Jiménez, J. M. 2023. Los contratos mixtos o con doble finalidad y la protección del consumidor. *Boletín de Derecho Privado*, 2, 3 y ss.
- Marín López, M. J. (2017). La condición del consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 22, 197 y ss.

- Mato Pacín, N. (2019). Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el ordenamiento jurídico español. *Revista Boliviana de Derecho*, 27, 188 y ss.
- Miranda Anguita, A. (2022). Remedios del regulador frente a la ilegibilidad de las cláusulas predisuestas en los contratos bancarios y financieros. *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 3, 281 y ss.
- Miranda Serrano, L. M. (2006). La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales. En Miranda, Vela y Pries, *La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores*, tomo XXX del *Tratado de Derecho Mercantil* (pp. 179 y ss.), Marcial Pons.
- Miranda Serrano, L. M. (2017). Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 761, 1.151 y ss.
- Miranda Serrano, L. M. (2018). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria. *InDret*, 2, 1 y ss.
- Miranda Serrano, L. M. (2022). ¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predisuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo? *La Ley Mercantil*, 87, 1 y ss.
- Miranda Serrano, L. M. (2022). La necesaria distinción entre los controles de transparencia formal y material de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. *Revista Española de Seguros*, 189-190, 191 y ss.
- Pagador López, J. (2011). Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas. En Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRLGDCU* (pp. 1.308-1.309). Iustel.
- Pertíñez Vilchez, F. (2011). Comentario al artículo 80 TRLGDCU. En Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Colex.
- Rodríguez Tapia, J. M. (1993). Sobre la cláusula penal en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46(2).
- Rueda Tortuero, A. (2019). Transparencia y consumidores en las hipotecas multidivisa. Especial referencia a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*, 220.
- Ruiz Muñoz, M. (2017). Consumidor y relaciones de consumo. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/consumidor-relaciones-consumo>
- Serrano Cañas, J. M. (2023). Sobre la controvertida extensión de los controles de abusividad y transparencia material a los contratos entre empresarios y/o profesionales. https://www.dr-a.es/documentos/11052023-analisis_asunto_ssts-436-2023.pdf

Expediente sancionador a presidente de comunidad autónoma por infracción electoral

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

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

Enunciado

1. Por Real Decreto XXX/0000, de 4 de marzo, se acordó la disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y se convocaron elecciones generales para el 28 de abril (arts. 1 y 2). La campaña electoral se desarrollaría del 14 al 26 de abril (art. 4).

2. El 23 de abril, por tratarse del día de san Eustaquio, patrón de la comunidad, que carecía de legislación electoral propia, el presidente de la misma perteneciente a un partido político favorable a la autodeterminación de la comunidad autónoma al igual que otros partidos concurrentes a las elecciones en dicha comunidad autónoma. En esta condición, envió una carta por correo electrónico desde la sede del Gobierno regional a los funcionarios de dicha Administración, con ocasión de un evento cultural tradicional en toda la comunidad por esta festividad. En el mismo, tras recordar el significado de tal fecha, añadía lo siguiente:

Aprovecho este mensaje, que tan solo se interrumpió el año pasado con el nefasto artículo 155 de la CE, para agradecerle el trabajo que haces. Nada de aquello que se impulsa desde el Gobierno no tendría sentido ni sería posible de realizar sin tu trabajo, que es fundamental para sacar adelante el país [...].

No hace falta recordar que vivimos tiempos complicados en la política de esta comunidad autónoma. Que este san Eustaquio no tendremos entre nosotros al presidente Gumersindo y a los consejeros de su gobierno que están con él en el exilio o que están en prisión. Los tendremos muy presentes en una jornada de fiesta y sentido de la comunidad. Si deseáis que las cosas cambien, ya sabéis a que partido político debéis votar.

3. Tanto el partido A de dicha comunidad autónoma como el partido B denunciaron tal hecho a la Junta Electoral Central por infracción del artículo 50.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). Por acuerdo de 25 de abril de 2019, la Junta Electoral Central acordó incoar expediente sancionador.

4. Tramitado el expediente contradictorio, por unanimidad del órgano, se dictó la resolución, de 22 de julio de 2019, por la que se impuso al presidente la sanción de 2.500 euros de multa por incurrir en una infracción de la LOREG.

5. En el procedimiento sancionador la representación legal del sancionado había recusado a dos vocales (don Luis Pedro, que renunció al cargo con efectos del 28 de junio de 2019, y don Luis Pablo, pues tenía enemistad manifiesta contra todos los pertenecientes al grupo político del sancionado) ya que, en su opinión, habían tomado una postura respecto del *thema decidendi* de forma pública y notoria, apareciendo ambos como contrarios al grupo parlamentario del sancionado, que es el mismo del expresidente Gumersindo. Esto se expone en los comentarios en la prensa del señor Luis Pedro y en los tuits del señor Luis Pablo, a lo que se añade la firma por este de una carta abierta, coincidiendo ambos en exteriorizar sus ideas contra el partido del presidente de la comunidad autónoma sin que estuviesen amparados por la libertad de expresión. Dicha recusación fue rechazada por la unanimidad de la Junta Electoral Central.

6. El representante procesal del presidente interpuso el 16 de septiembre de 2019 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central, de 22 de julio de 2019.

La parte demandante fundamenta su pretensión de declaración de nulidad en los siguientes razonamientos, expuestos, en síntesis, de la siguiente manera:

- La Junta Electoral Central carece de competencia, pues el artículo 19.2 atribuye a las juntas electorales provinciales las funciones que el artículo 19.1 k) atribuye a la Junta Electoral Central. Por tanto, siendo la ciudad la sede de la presidencia de la comunidad autónoma, la competencia le corresponde a la Junta Electoral Provincial de esa ciudad, sin que esto quede desvirtuado por el hecho de que la carta se remitiese por correo electrónico a todos los funcionarios, sin que la LOREG atribuya a la Junta Electoral Central su competencia por razón de actos que surtan efectos en varias provincias. Concorre, por tanto, la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (en adelante, LPAC).
- La Junta Electoral Central desestimó la recusación de los vocales don Luis Pedro y don Luis Pablo. Recuerda que la Junta Electoral Central es una Administración de garantía (cfr. art. 8.1 de la LOREG en relación con la STC núm. 80/2002), luego debe ser imparcial y esos dos vocales ya habían tomado una postura respecto del *thema decidendi* de forma pública y notoria, apareciendo ambos como contrarios al grupo parlamentario del expedientado que es el mismo del expresidente Eus-

taquio. Expone así los comentarios en la prensa del señor Luis Pedro y en Twitter del señor Luis Pablo a lo que se añade la firma por este de una carta abierta, coincidiendo ambos en exteriorizar sus ideas sobre el partido del presidente de la comunidad autónoma sin que estuviesen amparados por la libertad de expresión.

- En virtud del apartado 3 de ese artículo con base en la Instrucción 2/2011, de la Junta Electoral Central. La carta ciertamente no constituye la «inauguración de un servicio público», pero se emite con motivo de un evento cultural en la comunidad autónoma como es el día de san Eustaquio, patrón de la comunidad, lo que se admite como excepción, pues no hubo fin electoralista y es tradición felicitar ese día a los funcionarios para agradecerles su trabajo e implicación con la institución. Añade que la finalidad partidista debe ser probada fehacientemente y no presupuesta sin que los denunciantes concretasen qué coincidencia hubo con lo sostenido por otras fuerzas políticas y añade que el silencio de los denunciantes es también discurso electoral.
- En cuanto a la referencia al «nefasto 155» y a la «ausencia del presidente y de los consejeros de su gobierno que están con él en el exilio o en prisión», se trata de una descripción no partidista de la realidad. No se alude a realizaciones o logros del presidente de la comunidad ni de su partido político, y destaca que se trataba de la primera fiesta de aquella tras el levantamiento del artículo 155, luego era imposible no hacer una somera referencia a la situación. Las palabras fueron muy prudentes y mesuradas, aparte de referirse a hechos obvios para lo que expone el significado de los términos empleados.
- Insiste en que la ocultación de la realidad también es partidista, no respeta la neutralidad, pues ese silencio es su discurso político y vulnera la libertad de expresión en campaña electoral para lo que cita la STC núm. 170/2008.

En relación con esta la libertad de expresión de los representantes institucionales, señala que solo puede limitarse por causa legal interpretada restrictivamente, para lo que se remite a STC núm. 23/2010, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que apenas deja espacio para la restricción de la libertad en el del discurso político a los representantes políticos.

- Invoca la infracción del artículo 14 de la Constitución española, para lo que se remite a otros casos en los que la Junta Electoral Central no ha incoado expediente sancionador, por ejemplo, a la entonces ministra portavoz del Gobierno en funciones, por declaraciones realizadas en la rueda de prensa posterior a un Consejo de Ministros o a la campaña institucional del Gobierno central «España es la casa de todos».
- Señala que la sanción es desproporcionada y que, además, la ley que sirvió de base para la calificación de la infracción y para la sanción impuesta no establece, como era su obligación debido a los principios de legalidad y tipicidad, derivado de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP),

la división de las infracciones y sanciones en muy graves, graves o leves, lo que impide una determinación justa de la infracción a imponer y evidente una laguna legal, respecto a la posible prescripción de la sanción y de la infracción.

Conforme a tales razonamientos es pretensión de la actora que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acuerdo impugnado de la Junta Electoral Central, con condena en costas a la parte demandada.

- Por otra parte, son de destacar las siguientes incidencias ocurridas durante la tramitación del procedimiento sancionador:
 - Durante la instrucción, dictado el acuerdo de iniciación y notificado al expedientado, el instructor del mismo tiene conocimiento de que el órgano jurisdiccional competente instruye procedimiento por presunto delito electoral por los mismos hechos, en virtud de denuncia presentada por varias asociaciones de vecinos de la localidad, sede de la presidencia de la comunidad autónoma. Pese a ello, continua con la instrucción y solo antes de dictar la propuesta de resolución, el instructor suspende el expediente sancionador y remite testimonio de lo actuado a aquel órgano jurisdiccional. La representación legal del expedientado anunció recurso contencioso administrativo independiente contra esta forma de proceder de la Administración, además, que fue acordada por órgano incompetente.
 - Los denunciados, representantes legales de los partidos políticos A y B, en ningún momento fueron llamados al procedimiento sancionador ni notificados en ninguna resolución adoptada al respecto. ¿Resultó ajustado a derecho esta decisión administrativa?
 - El instructor del procedimiento tenía pensado prescindir de la propuesta de resolución. Aunque con posterioridad acabó formulando la misma con una propuesta de sanción de 1.500 euros. ¿Hubiera sido ajustado a derecho que el instructor no hubiere formulado propuesta de resolución?

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida y por la que se ha dictado la resolución sancionadora?
2. ¿Quiénes deberán ser las partes demandadas en este procedimiento y por qué causa legal?
3. Informe, de forma razonada, sobre si tiene razón o no el recurrente en cada uno de los argumentos utilizados en la demanda a través de su letrado.
4. Comente las incidencias y consecuencias producidas en la tramitación del procedimiento sancionador.

Solución

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida y por la que se ha dictado la resolución sancionadora?

El artículo 153.1 de la LOREG señala que

toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares.

El artículo 8.1 de la LOREG señala que «la Administración Electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad».

Por su parte, el capítulo VI de la LOREG, referido al procedimiento electoral, en su sección 4.^a, relacionada a la campaña electoral, establece en su artículo 50.1:

Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña.

El razonamiento de dicha infracción reside en que, aprovechando el sancionado su condición de presidente de la Generalitat ha remitido a los funcionarios públicos una carta en la que se quebrantaría el principio de neutralidad que los poderes públicos deben respetar durante el período electoral, al incluirse afirmaciones o expresiones como la referencia al «nefasto 155», la ausencia de «el presidente Gumersindo y los consejeros de su gobierno que están con él en el exilio o prisión» o «si queréis que las cosas cambien, ya sabéis a que partido político debéis votar».

La Instrucción 2/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre la interpretación del artículo 50 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en relación con el objeto y los límites de las campañas institucionales y de los actos de inauguración realizados por los poderes públicos en periodo electoral señala en su apartado primero, en relación con el respeto a los principios de objetividad, transparencia e igualdad, que

durante el periodo electoral, los poderes públicos no podrán realizar ninguna campaña institucional que atente contra los principios de objetividad y transparencia del proceso electoral y de igualdad entre los actores electorales, principios que deben ser efectivamente garantizados por la Administración electoral, como dispone el artículo 8.1 de la LOREG.

Y, en el apartado cuarto, en referencia a las campañas institucionales permitidas señala que

deben entenderse no incluidas en las prohibiciones establecidas en los números anteriores, siempre que no se violen los principios de objetividad y transparencia del proceso electoral y de igualdad entre los actores electorales, y no se dirijan directa o indirectamente, mediata o inmediatamente, a inducir el sentido del voto de los electores, las siguientes campañas:

a) Las realizadas exclusivamente por los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral y que están expresamente previstas en la normativa electoral en relación con la información a los ciudadanos sobre la inscripción en las listas del censo electoral o las destinadas a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, en los términos previstos en el artículo 50.1 de la LOREG.

[...]

Entre el objeto posible de esas campañas institucionales no se encuentra el fomento de la participación de los electores en la votación, por lo que debe entenderse que no está permitida una campaña con esa finalidad.

En el caso que analizamos es claro que se han infringido los preceptos señalados anteriormente.

2. ¿Quiénes deberán ser partes demandadas en este procedimiento y por qué causa legal?

Las Cortes Generales, en representación de la Junta Electoral Central. La Administración Electoral está integrada por la Junta Electoral Central, las provinciales, las de zona y, en su caso, de comunidad autónoma, así como por las mesas electorales (art. 8.2 LOREG). El primero de estos órganos, la Junta Electoral Central, tiene carácter permanente (art. 9.1 LOREG) y está vinculado orgánicamente a las Cortes Generales (art. 13 de la LOREG). En cambio, las juntas electorales provinciales y de zona, así como las de comunidad autónoma, son órganos temporales, que se constituyen al tercer día del día siguiente de la convocatoria de elecciones (art. 14.1 LOREG) y su mandato concluye 100 días después de las elecciones (art. 14.1 LOREG) careciendo, por ello, de un aparato administrativo permanente. Al Gobierno, al Consejo de Gobierno de las comunidades autónomas, a los ayuntamientos y, subsi-

diariamente, a las audiencias provinciales les corresponde la obligación de prestar a esas juntas, durante la época en que estén constituidas, el auxilio que necesiten para el ejercicio de sus funciones (art. 13.2 LOREG). La Junta Electoral Central tiene, de este modo, una configuración administrativa diferente a la de las demás juntas. Su función permanente exige la estabilidad de los vocales que la forman, quienes son designados para toda la legislatura y solo cesan en su mandato cuando toman posesión los nuevos vocales al inicio de la siguiente legislatura (art. 9.3 LOREG); y exige también la estabilidad de los medios a su servicio.

Las sanciones por infracciones electorales impuestas por la junta electoral competente (art. 153 LOREG) son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo aclaró que la argumentación del Ministerio Fiscal era correcta cuando se trata de los «recursos contencioso-electorales» previstos en los artículos 109 y siguientes de la LOREG, pero no cuando se trata de los demás recursos contencioso-administrativos entablados contra actos emanados de la Junta Electoral Central, que no son susceptibles de ser impugnados mediante el recurso contencioso-electoral (cfr. ATC núm. 1040/1986). En estos casos, se trata de «un auténtico proceso entre partes», por lo que «no puede negarse a la Administración autora del acto impugnado legitimación para comparecer y actuar en el proceso en calidad de parte demandada» (ATS, Sala Tercera, de 4 de octubre de 1995). La prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) es aquí plenamente aplicable y comprende «la efectiva aplicación del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal» (STC núm. 245/1988, de 19 de diciembre). El principio de contradicción que rige en cualquier clase de procedimiento (STC núm. 233/1988, de 2 de diciembre), en todas sus fases (STC núm. 156/1992, de 19 de octubre) y en cualquiera de las instancias (STC núm. 109/1980, de 8 de junio) implica el derecho de defensa de las partes contendientes (STC núm. 231/1992, de 14 de diciembre [NSJ000576]). Tal principio no se realiza con la defensa de la legalidad que realiza el Ministerio Fiscal desde una posición independiente y objetiva, sino con la «defensa dialéctica» o contradictoria del propio autor del acto impugnado.

También serán partes los partidos políticos denunciados, a tenor del artículo 20.1 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LJCA), pues son titulares de intereses legítimos.

El Ministerio Fiscal, la representación pública y la defensa de la legalidad y del interés público corresponde al Ministerio Fiscal (art. 111 LOREG).

3. Informe, de forma razonada, sobre si tiene razón o no el recurrente en cada uno de los argumentos utilizados en la demanda a través de su letrado

1.º La Junta Electoral Central es competente (ex art. 19.1 LOREG) por tratarse de la sanción de infracciones cometidas en su ámbito territorial y, a tal efecto, el correo electrónico iba dirigido a los funcionarios dependientes de la Generalitat de las distintas provincias catalanas.

Por otra parte, el artículo 19.1 k) de la LOREG expresamente prevé que es competencia de la Junta Electoral Central «corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral siempre que no sean constitutivas de delito e imponer multas hasta la cuantía máxima prevista en esta Ley», potestad que ejerce en su ámbito territorial y las juntas electorales provinciales en el suyo, tal y como se deduce del artículo 19.2.

Además, el artículo 47.1 b) de la LPAC exige que la incompetencia sea manifiesta, es decir, «evidente o controvertida». En este caso la Junta Electoral Central tiene competencia material para sancionar y como mínimo sería dudoso exceder el ámbito territorial provincial de la ciudad sede del Gobierno de la comunidad. Además, debido a la relación jerárquica entre la Junta Electoral Central y la junta electoral provincial, la duda estaría en el ámbito funcional, no propiamente en el territorial ni material.

2.º En cuanto a la falta de imparcialidad de dos vocales, al sancionado se le remite la «imparcialidad judicial», pero la Junta Electoral Central es órgano administrativo, y el artículo 120 de la LOREG se remite a la LRJSP. En cuanto al señor Luis Pedro, el motivo de impugnación ha perdido su objeto al haber renunciado al cargo con efectos a partir del 28 de junio de 2019 y respecto de sus declaraciones anteriores, estas están amparadas en la libertad de expresión y de cátedra. Respecto del señor Luis Pablo, no cabe apreciar ni interés personal ni enemistad con el expresidente (art. 23.2.a y c LRJSP). El acuerdo que desestima la recusación se adoptó por unanimidad, a lo que añade la previsión del artículo 23.4 de la LRJSP. Expresar, a través de un artículo, la opinión sobre una formación política, que es el motivo para recusarle, no constituye causa de recusación salvo que se exteriorice una animadversión clara que pueda comprometer su imparcialidad.

Señala que la Junta Electoral Central siguió el criterio del ATC núm. 119/2017, aparte de que la infracción sancionada, nada se relaciona con la enemistad manifiesta o el interés personal que pueda concurrir en los vocales recusados: el hecho sancionado es ajeno a los motivos de recusación.

En cuanto al otro vocal, que sí tomó parte en la decisión, no es necesario valorar ahora los comentarios y tomas de posición que le reprocha el recurrente. Basta recordar que es criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo que, cuando consta inequívocamente que el resultado de la votación de un órgano colegiado no habría variado sin la participación de un determinado miembro de aquel, el acto no puede reputarse viciado y debe mantenerse.

En ese sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 1 de octubre de 2002 y la 34/2020, de 17 de enero (rec. contencioso-administrativo núm. 9176/1997 y de casación núm. 7487/2018, respectivamente). Esto es lo que ocurre en el presente caso en que el acto impugnado fue aprobado de manera unánime por todos los vocales de la Junta Electoral Central.

Por otra parte, la defensa del sancionado no alega ni prueba ninguna de las causas tasadas de abstención del artículo 23 de la Ley 40/2015, se limita a reproducir juicios de valor exteriorizados en manifestaciones o documentos publicados.

3.º El correo electrónico no era indispensable para el funcionamiento de los servicios públicos y el hecho entra en el supuesto del artículo 50.1 de la LOREG y en los apartados primero y cuarto de la Instrucción 2/2011 de la Junta Electoral Central, antes indicados con quiebra del principio de neutralidad de los poderes públicos en proceso electoral. El mensaje no era neutro y favorecía la versión sobre el proceso promulgado por el partido del presidente de la comunidad propugnada por algunas de las formaciones políticas concurrentes a las elecciones, sin que la festividad de san Eustaquio diese cobertura y sin que sirvan de excusa las funciones de representación que el estatuto de autonomía de la comunidad autónoma atribuye al presidente de la Generalitat.

La carta no encaja en el supuesto del artículo 50.3 de la LOREG, pues nada tiene que ver con la exclusión de inauguraciones oficiales en fiestas populares coincidentes con el período electoral, conforme a la Instrucción 2/2011 de la Junta Electoral Central que cita la demandante. Si era tradición enviar esa carta, en todo caso, la instrucción supedita la exclusión de la prohibición a que se respete el principio de neutralidad.

4.º Con carácter previo deben recordarse algunos aspectos elementales:

- Se parte del distingo entre Gobierno y Administración, configurándose el primero como órgano político (cfr. art. 97 CE); por el contrario, la Administración tiene un tratamiento claramente previsto en la Constitución: sirve con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 de la misma), de ahí que se hable de la «eficacia indiferente de la Administración» y de su neutralidad política, desde esa vocación servicial.
- Tal distingo se plasma, en cuanto al régimen jurídico del presidente de la comunidad autónoma en la correspondiente Ley de la Presidencia de la Generalidad o en la Ley del Gobierno, y en la vertiente de la acción administrativa por la correspondiente ley autonómica de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración o similar, donde se calificará al presidente como órgano superior de la administración de la comunidad.
- Desde tal perspectiva el correo electrónico sancionado se redactó por el sancionado en su condición de tal órgano superior, de ahí que vaya dirigido a todos los funcionarios o empleados públicos de la comunidad.
- Partiendo de tal premisa, que sea tradición que en el día de san Eustaquio que el presidente de la comunidad se dirija a todos los funcionarios dependientes no quita para que, si en tal acto, incurre en un ilícito electoral, pueda ser sancionado. En consecuencia, al margen de la relevancia de esa fiesta, no cabe que con ocasión de la misma y haciendo uso de su cargo, el presidente en esa dimensión administrativa haga manifestaciones incompatibles con su deber de neutralidad en periodo electoral.

Entrando ya en los términos empleados en la carta no responden a «una mera descripción no partidista de la realidad», las palabras no son neutras, lo que llama

«nefasto», podría ser valorado por otras formaciones políticas como «óptimo» o como «inevitable», y otros podrían interpretar de diferentes formas la referencia al «exilio» del expresidente y algunos exconsejeros. Se trata de valoraciones favorables a una versión de los hechos, sostenidas por una parte de las formaciones que se presentan a las elecciones. Por tanto, es una carta que transmitía un mensaje legitimador de la causa que defiende el presidente y el partido al que pertenece, presenta a los que cita como víctimas de una opresión abusiva e infundada, luego favorecía la imagen de una parte de los candidatos en perjuicio de otras formaciones políticas.

Respecto a las mismas, se puede sostener que sin esfuerzo se deduce que se identifican con un bloque de partidos concurrente a las elecciones, a lo que se añade que debe tenerse en cuenta la amplitud en la difusión del mensaje, agravándose su entidad al dirigirse a quienes están en situación de dependencia administrativa del expedientado, que se prevale de superioridad.

Además, incita o induce, indirectamente, a votar a su partido vulnerando la neutralidad que le es exigible y la normativa electoral.

- Con la sanción se vela para que el presidente respete el principio de neutralidad en sus mensajes institucionales a los funcionarios. Las valoraciones incluidas en el mensaje quiebran el principio de neutralidad, sin que la libertad de expresión exima al sancionado de su obligación de ser neutral cuando actúa como presidente de la comunidad. A tal efecto recuerda la doctrina constitucional que explica que los derechos derivados del artículo 20 no son ilimitados.
- En cuanto a la libertad de expresión de los representantes políticos, se remite a la resolución, destaca que la Junta Electoral Central sigue la jurisprudencia de esta sala y la doctrina constitucional y que su cometido es velar por que las Administraciones públicas respeten el artículo 50.1 y 2 de la LOREG, luego la acomodación de los comportamientos a esa norma es el objetivo de la potestad sancionadora que ejerce.

Respecto de límites legales a los derechos fundamentales, se remite a la STS núm. 933/2016, Sala Tercera, de 28 de abril (rec. contencioso-administrativo núm. 827/2015) y destaca que la resolución impugnada no pretende «ocultar una realidad, sino impedir que dicha realidad pueda ser utilizada con fines partidistas en periodo electoral. En definitiva, que los límites del artículo 50 de la LOREG se aplican por igual a todos los poderes públicos con independencia de las «realidades» que difundan y con independencia de la adscripción política o ideológica de los mismos.

La conducta del sancionado no puede ampararse en la libertad de expresión, es más, el propio presidente reconoce que el Tribunal Constitucional lo deniega a instituciones públicas (cfr. SSTC núms. 254/1993, 14/2003 y 244/2007). El pre-

sidente, en el ejercicio de sus funciones, no es un ciudadano amparado por un derecho fundamental, representa al Estado en esa comunidad autónoma, por lo que tergiversa las garantías constitucionales si desde tal condición invoca su libertad de expresión para imponer a los ciudadanos, en pleno proceso electoral, su propio discurso personal. Cercena el derecho fundamental de los electores a ejercer el sufragio sin interferencias ni ayudas interpretativas de sus gobernantes, difundidas en medio del proceso electoral.

- Respecto a que otros partidos caen en el activismo ocultando realidades sociales molestas, se entiende que la demanda está desubicada: no se puede comparar la actitud de los partidos políticos con la del presidente, pues en periodo electoral los partidos ejercen su legítima acción propagandística, pero las instituciones deben ser neutrales, de ahí las prohibiciones del artículo 50 de la LOREG. En definitiva, no puede instrumentalizar su cargo público para defender posiciones políticas partidistas imputándoselas a un órgano que, especialmente en período electoral, debe ser neutral, para lo cual cita la STS núm. 933/2016, de 28 de abril, ya citada.
- Finalmente, respecto de la infracción del principio de igualdad, el demandante, lejos de fijarse en los precedentes, lo hace en los posteriores, sin que concurra la igualdad en los casos, que toma como términos de comparación. Además, si así fuera, no hay igualdad en la ilegalidad, como tiene dicho el Tribunal Constitucional, la igualdad debe invocarse dentro de la legalidad (STC núm. 181/2006).
- Principio de proporcionalidad.

La sanción respeta el principio de proporcionalidad por razón de la finalidad disuasoria de las sanciones, que en este caso se ajusta al artículo 29.2 de la LRJSP.

El artículo 153.1 de la LOREG prevé, para esta infracción, multa de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios.

El principio de proporcionalidad significa también que la sanción debe ser ajustada a la gravedad del hecho constitutivo de infracción, idónea y necesaria.

El principio de proporcionalidad significa también que la sanción debe ser ajustada a la gravedad del hecho constitutivo de infracción, idónea y necesaria. Para poder determinar la sanción conforme a todos estos requisitos, el artículo 29 de la LRJSP establece los siguientes criterios para tener en cuenta:

- El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- La naturaleza de los perjuicios causados.
- La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

La sanción también podrá ser graduada por el órgano competente (en grado inferior), siempre y cuando esté justificada la adecuación entre sanción y gravedad del hecho infractor y circunstancias que lo condicionen.

Analizadas las circunstancias concurrentes en el caso y debido al carácter de quien comete la infracción (máxima autoridad unipersonal de la comunidad autónoma), grave vulneración del principio de neutralidad (induciendo al voto de los electores), la gravedad de las expresiones referidas y los efectos que en los ciudadanos pueden producir, resulta proporcionada la sanción de 2.500 euros.

En relación con que la LOREG no distingue entre infracciones electorales muy graves, graves y leves. Aunque ayudaría la determinación, clasificación y una mayor certeza y seguridad jurídica, lo cierto es que ninguna ley, (en especial, la Ley 40/2015, LRJSP) que regula la potestad sancionadora de la Administración, impone, como obligatoria, tal clasificación. En todo caso, dejando, cuando, como en el caso que analizamos no es así, al buen criterio de la Administración la justa determinación de la sanción atendiendo a los factores de proporcionalidad antes señalados en el artículo 29 de la LRJSP. Por supuesto si la Administración se excede, podrá ser corregida por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o, incluso, por el Tribunal Constitucional.

Hay que precisar que en el caso que analizamos la diferencia entre el mínimo y el máximo de la sanción no es excesiva, va de 300 a 3.000 euros, por tratarse de autoridad el que ha cometido la infracción. Pero desde luego, la cuantía exacta hay que motivarla expresamente.

Por otra parte, se trata de una infracción administrativa en blanco que supone que una norma tipifica como infracción el incumplimiento de determinadas disposiciones contenidas en otras normas, de modo que el tipo infractor queda conformado por dos normas: la norma sustantiva sancionadora y la norma que le sirve de complemento colmando su vacío. En este sentido, el artículo 153.1 de la LOREG señala que son infracciones de la LOREG «toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente».

Respecto a la falta de determinación de la prescripción de la infracción y sanción, habrá de estarse a la interpretación más favorable al interesado computando, por tanto, los plazos para las infracciones y las sanciones leves, en concreto, las infracciones leves a los 6 meses y las sanciones impuestas por faltas leves al año.

4. Comente las incidencias y consecuencias producidas en la tramitación del procedimiento sancionador

A) Durante la instrucción, dictado el acuerdo de iniciación y notificado al expedientado, el instructor del mismo tiene conocimiento de que el órgano jurisdiccional competente

instruye procedimiento por presunto delito electoral por los mismos hechos, en virtud de denuncia presentada por varias asociaciones de vecinos de la localidad, sede de la presidencia de la comunidad autónoma. Pese a ello, continua con la instrucción y solo antes de dictar la propuesta de resolución suspende el expediente sancionador y remite testimonio de lo actuado a aquel órgano jurisdiccional. La representación legal del expedientado anunció recurso contencioso administrativo independiente contra esta forma de proceder de la Administración.

Existe un principio general del derecho, el principio *non bis in idem* que prohíbe imponer varias sanciones (ya sean penales o administrativas, o varias administrativas) cuando concurren identidad de sujeto infractor, hecho y fundamento de las mismas. Este principio fue constitucionalizado, pues desde la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, se encuentra incluido en el precepto constitucional del 25.1 de la Constitución española, inherente al principio de legalidad.

Por un lado, el artículo 30 de la LRJSP, relativo al principio de concurrencia de sanciones, establece: «No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Por otro, el artículo 133 de la LPAC señala que «no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Finalmente, el artículo 77.4 de la LPAC dispone: «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

Como consecuencia de todo ello, si existen cuestiones de hecho con relevancia penal el instructor del procedimiento «debe» suspenderlo por el carácter preferente de la jurisdicción penal.

Ahora bien, la ley no determina específicamente el momento procedimental en que se debe proceder a la suspensión del procedimiento y a la remisión de lo actuado al órgano jurisdiccional penal. Lo importante y esencial es que no se produzca la sanción administrativa antes del pronunciamiento penal para evitar la vulneración del principio antes referido, *non bis in idem*. Y, es más, por razones de eficacia y de seguridad jurídica se aconseja que se tramite cuanto antes el procedimiento administrativo, porque la inmediatez de los hechos puede asegurar una instrucción más segura y eficaz, entre otras cuestiones, respecto a las pruebas a realizar en el mismo. Por tanto, lo esencial es que no haya resolución alguna en el procedimiento sancionador, pero, respecto al momento de la suspensión, el instructor valorará su oportunidad y conveniencia. Ningún perjuicio o indefensión se causa al interesado por el momento en que se decreta aquella.

La STS, Sala Tercera, rec. núm. 317/2015, de 11 de noviembre de 2016, afirma que quienes sufren estas decisiones de suspensión del procedimiento adoptadas por el instructor

administrativo, al tratarse de actuaciones de trámite y como tales no admiten recurso contencioso-administrativo (art. 112 LPAC). Así afirma el Tribunal Supremo en la citada sentencia:

Pero es que, además, su naturaleza como acto de trámite viene avalada porque efectivamente es una resolución dictada en el seno del procedimiento administrativo sancionador que no pone fin a la vía administrativa (artículo 25.1 LJCA), que ha quedado de momento suspendida. Tampoco se trata de un acto de trámite cualificado porque no decide el fondo del asunto ni impide su continuación, por más que su posterior continuación, hasta la resolución del fondo, quede aplazada en el tiempo, en función del resultado de las actuaciones penales, del Ministerio Fiscal primero y, en su caso, de la jurisdicción penal después.

Por tanto, lo que cabía eran alegaciones, a tenor del artículo 73 de la Ley 39/2015 (LPAC), que se unirían al procedimiento.

Respecto a que sea el instructor el que decide la suspensión y la remisión, tiene razón, el competente para ello era el órgano resolutorio, o sea, la Junta Electoral Central que debe dictar resolución motivada al respecto, y solicitar del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. En su caso, el tiempo de suspensión no afecta a la prescripción de la infracción, que se verá interrumpida ni al plazo de caducidad del procedimiento sancionador. Finalmente, la suspensión debe ser mantenida hasta la firmeza de la resolución judicial.

B) Los partidos A y B, denunciante de los hechos que provocaron el procedimiento sancionador no fueron llamados al mismo para que, si lo desearan, actuaran como interesados.

La denuncia, según el artículo 62.1 de la LPAC, es «el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo».

Por su parte, el artículo 62.5 determina que «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento».

El denunciante debe ser persona identificada en su escrito de denuncia y en determinados procedimientos, por ejemplo, para la imposición de sanciones por infracciones del orden social no se admiten las denuncias anónimas.

El denunciante, en principio es sustancialmente distinto de la parte interesada, de modo que, aunque tiene cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque, no por ello se constituyen parte, careciendo así de facultad alguna de iniciativa procesal ni de legitimación para crear la obligación del órgano sancionador de investigar la concreta situa-

ción del hecho denunciado. Por tanto, con carácter general, los denunciantes, en un procedimiento sancionador, no ostentan un interés legítimo que provoque de forma necesaria su intervención en el mismo, ya que la potestad sancionadora se encamina a la defensa de los intereses generales, no a la defensa de intereses particulares ni a la resolución de posibles controversias entre los mismos. Por ello, como meros denunciantes, no tienen derecho al procedimiento, sino que son meros testigos cualificados. El mero denunciante posee el derecho al trámite, esto es, a obtener una respuesta jurídicamente motivada sobre su petición. Por eso, generalmente, el denunciante no puede recurrir un eventual archivo de las actuaciones ni de otro modo tiene que intervenir necesariamente en el procedimiento sancionador, aunque puede ser llamado por las partes interesadas como testigos.

En nuestro caso, es claro que la cuestión que plantean los denunciantes afecta al interés general y, también, a los partidos políticos que representan, puesto que se trata de una infracción de la legislación electoral, tienen interés legítimo y la infracción cometida puede afectar a la neutralidad que debe presidir en el procedimiento electoral. Debemos recordar a este respecto que el presidente de la comunidad autónoma vulneró dicho principio al solicitar el voto expresamente para su partido a través de la presión indirecta sobre el electorado que la carta enviada por correo electrónico suponía. Por tanto, los denunciantes ostentaban un interés legítimo que excedía de la mera defensa de la legalidad ya que se verían afectados, favorable o desfavorablemente, por el contenido de la resolución que en su momento se dictará. Por ello, debieron ser llamados al procedimiento como interesados y con todos los derechos que la Ley 39/2015, especialmente el artículo 53, otorga a quienes ostentan dicha condición.

Ahora bien como, finalmente, la resolución fue acorde con el interés legítimo que ellos pretendían, ya que se acabó sancionando al expedientado por una infracción electoral, es cierto que ninguna indefensión se les podía haber causado por lo que, si no reaccionaron en su momento, solicitando ser parte interesada en el procedimiento ante la negativa o el silencio de la administración haber recurrido debidamente, en este momento, ninguna trascendencia tiene que no fueran llamados al procedimiento.

C) El instructor del procedimiento tenía pensado prescindir de la propuesta de resolución, pero con posterioridad acabó formulando la misma con una propuesta de sanción de 1.500 euros. ¿Hubiera sido ajustado a derecho que el instructor no hubiere formulado propuesta de resolución?

El derecho a ser informado de la acusación, conforme al artículo 24.2 de la Constitución española, se satisface en el procedimiento sancionador por medio de la notificación de la propuesta de resolución, pues en ese acto se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa (SSTS de 16 de julio y de 15 de septiembre de 1999).

Concluida la prueba, el órgano instructor, conforme al artículo 89 de la LPAC, deberá formular la propuesta de resolución con el contenido mínimo que dicho artículo precisa.

Dictada esta, debe notificarse al expedientado, pues es una garantía fundamental para su defensa (STC núm. 29/1989).

Ahora bien, se podría prescindir de este trámite cuando, en un momento anterior, sea notificado el pronunciamiento preciso acerca de los hechos imputados, su posible calificación jurídica y la responsabilidad que se imputa, pronunciamiento que se produce con la notificación del acuerdo de iniciación (art. 66.2.b LPAC) y, siempre que tales determinaciones iniciales hubieran permanecido inalterables tras la instrucción. Así, y si no se dieran las determinaciones iniciales, si se ha notificado fehacientemente el acuerdo de iniciación al imputado, la falta de notificación de la propuesta de resolución o la ausencia en sí el trámite no genera indefensión.

Con relación a que el instructor propusiera una multa de 1.500 euros y, finalmente, el órgano resolutorio sancionará con 3.000 euros, hay que señalar que el artículo 90.2 de la LPAC señala que

en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días.

Por tanto, la propuesta del instructor vincula al órgano sancionador en cuanto a ratificación de los hechos, pero no en cuanto a la determinación de la sanción (STS de 27 de mayo de 1997). Por ello no se puede sancionar hechos distintos de los imputados recogidos en la propuesta de resolución, sin embargo, el órgano sancionador puede valorar los hechos de manera distinta a como los califica la propuesta de resolución, pudiendo libremente acordar una sanción distinta de la recogida en la propuesta. Pero las garantías de defensa del expedientado alcanzan a la inalterabilidad o integridad de los hechos imputados. Ahora bien, como el artículo citado 90.2 señala, es preciso que se notifica al inculpado la mayor sanción a imponer por el órgano resolutorio para que efectúe las alegaciones que estime pertinente. Si no se hace así, se le causa una indefensión, en principio real y efectiva, que provocará la anulabilidad de la resolución sancionadora.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14, 24, 25 y 155.
- Ley Orgánica 5/1985 de Régimen General Electoral, arts. 8, 9, 13, 14, 50, 111, 120 y 153.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47, 66 73, 89, 112 y 133.

- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 22, 23 24 29, 30, 53, 62 y 90.
- SSTC núms. 109/1980, de 8 de junio; 2/1981, de 30 de enero; 233/1988, de 2 de diciembre; 245/1988, de 19 de diciembre; 156/1992, de 19 de octubre; 231/1992, de 14 de diciembre; de 27 de mayo de 1997 y 11 de noviembre de 2016.
- SSTS de 16 de julio y 15 de septiembre de 1999; núm. 827/2015, de 15 de diciembre; núm. 933/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo; de 28 de abril de 2016; de 16 de marzo de 2021; núm. 348/2019, de 9 de mayo de 2019; núm. de resolución 364/2021; de 1 de octubre de 2002; y núm. 34/2020, de 17 de enero.
- Instrucción 2/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del artículo 50 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Desde 1977 formamos a funcionarios que ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España.
Descubre el **#MétodoCEF.-**

- 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

¿Te reservamos una plaza?

Preparadores especializados y temarios propios

¿Quieres ser el siguiente?

SÍ

quiero

45 CEF.-
Aniversario

¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

Ahora

S



Si sabes

lo que quieres,

ha llegado el momento

de lograrlo.

Área Jurídica

Presencial | Telepresencial | Online

INICIO OCTUBRE 2023

- Curso de Derecho Bancario
- Curso Due Diligence Legal en la Adquisición de Empresas (M&A)
- Curso sobre Compliance
- Curso sobre Contratación en el Sector Público
- Curso sobre Contratos Mercantiles
- Curso sobre Derecho Concursal
- Curso sobre Derecho de Seguros
- Curso sobre Derecho Digital
- Curso sobre Práctica Societaria
- Curso sobre Propiedad Intelectual
- Curso sobre Protección de Datos
- Curso Superior de Especialización en Derecho Mercantil

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es/cursos