

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 277 | Febrero 2024

ISSN: 2697-1631

**Las personas vulnerables.
Análisis global de su definición
y protección jurídica**

Ramón Tinao Llerandi

**El impacto de la covid-19 sobre
el orden constitucional español**

David Parra Gómez

**Abuso de mercado, administración desleal
y estafa de inversión de capital y de crédito (I)**

Mariano Castillo García

MÁSTERES

CURSOS

Ahora

S



Área Jurídica

Presencial | Telepresencial | Online

- Máster en Asesoría Jurídico-Laboral
- Máster en Práctica de la Abogacía y la Procura
- Curso de Derecho Bancario
- Curso de Oratoria Jurídica y Redacción Jurídica
- Curso *Due Diligence Legal* en la Adquisición de Empresas (M&A)
- Curso sobre *Compliance*
- Curso sobre Comunidades de Propietarios y Administración de Fincas
- Curso sobre Contratación en el Sector Público
- Curso sobre Derecho Concursal
- Curso sobre Derecho Digital
- Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades Mercantiles
- Curso sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo
- Curso sobre Propiedad Intelectual
- Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)

Descuento especial. ¡Infórmate ahora!

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 277 | Febrero 2024

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 de redacción

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

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado de la Sala Contencioso-Administrativa. TSJ de Madrid

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

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

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 (2024) (11 números) 192 € en papel / 100 € en digital

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

Suscriptores 25 €

No suscriptores 30 €

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



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

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. Diríjase 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

- Las personas vulnerables. Análisis global de su definición y protección jurídica 5-32
Vulnerable persons. Global analysis of their definition and legal protection
Ramón Tíno Llerandi

Constitucional-administrativo

- El impacto de la covid-19 sobre el orden constitucional español 33-72
The impact of covid-19 on the Spanish constitutional order
David Parra Gómez

Penal

- Mercados financieros sostenibles (I). Aproximación desde el abuso de mercado, la administración desleal y la estafa de inversión de capital y de crédito 73-114
Sustainable financial markets (I). Approach from market abuse, unfair administration and capital and investment fraud
Mariano Castillo García

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

- Vulneración del derecho a la intimidad por incumplimiento de las obligaciones de custodia de grabación (Comentario a la STS de 27 de noviembre de 2023) 115-120
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Casos prácticos

Civil

Exoneración del crédito público en el BEPI: directivas comunitarias 121-127

Adelaida Medrano Aranguren

Ejercicio de acciones procesales en procedimientos diferentes por el mismo actor contra la misma demandada. Identidad de causa de pedir. Preclusión y cosa juzgada 128-133

Casto Páramo de Santiago

Administrativo

Expropiación forzosa y procedimiento sancionador. Derecho de funcionario público a indemnización y derecho de información de un delegado sindical. Contratos administrativos 134-160

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>



Las personas vulnerables. Análisis global de su definición y protección jurídica

Ramón Tíno Llerandi

Abogado

Doctorando en Derecho y Sociedad por la UDIMA (España)

rtinao@provimad.com | <https://orcid.org/0009-0006-9568-5605>

Extracto

En el presente artículo se pretende desgranar la concepción actual del concepto de vulnerabilidad y de los distintos grupos de personas vulnerables, tras la evolución experimentada en los últimos años, en concreto desde la crisis económica del año 2008, que conllevó un notable incremento de las situaciones de precariedad social, laboral y económica de determinadas personas. La vulnerabilidad, así entendida, integra como elementos esenciales la virtualidad de sufrir un daño y la capacidad de evitar, reducir o combatir el resultado lesivo. En este artículo, dado los distintos grupos de personas directamente afectados por la precariedad laboral, la crisis económica, la inestabilidad laboral o la gravedad de sus situaciones familiares o sociales, se catalogan los distintos grupos de personas que se definen como vulnerables por las causas anteriormente indicadas.

Palabras clave: España; 2008-2023; vulnerabilidad; crisis económica; precariedad laboral; desigualdad; violencia de género; menores de edad; discapacitados.

Recibido: 17-11-2023 / Aceptado: 12-12-2023 / Publicado (en avance *online*): 15-01-2024

Cómo citar: Tíno Llerandi, R. (2024). Las personas vulnerables. Análisis global de su definición y protección jurídica. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 277, 5-32. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.20141>



Vulnerable persons. Global analysis of their definition and legal protection

Ramón Tinao Llerandi

Abstract

The aim of this article is to describe the current conception of the concept of vulnerability and the different groups of vulnerable people, following the evolution experienced in recent years, specifically since the economic crisis of 2008, which led to a significant increase in the situations of social, labor and economic precariousness of certain people. Vulnerability, thus understood, integrates as essential elements the virtuality of suffering harm and the capacity to avoid, reduce or combat the harmful result. In this article, given the different groups of people directly affected by job insecurity, economic crisis, job instability or the seriousness of their family or social situations, the different groups of people who are defined as vulnerable for the aforementioned reasons are catalogued.

Keywords: Spain; 2008-2023; vulnerability; economic crisis; job insecurity; inequality; gender violence; minors; disabled.

Received: 17-11-2023 / Accepted: 12-12-2023 / Published (online preview): 15-01-2024

Citation: Tinao Llerandi, R. (2024). Las personas vulnerables. Análisis global de su definición y protección jurídica. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 277, 5-32. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.20141>



Sumario

1. Introducción
 2. Tipos y causas de vulnerabilidad
 3. El vulnerable como parte integrante de la relación jurídico-procesal
 4. Normativa específica de protección de los colectivos vulnerables
 - 4.1. Los derechos sociales en el ámbito constitucional
 - 4.2. Normativa relativa a la protección de los menores de edad y personas con discapacidad
 - 4.3. El vulnerable en los procesos de desahucio. Breve referencia
 - 4.4. Normativa relativa a la protección de las mujeres
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Antes de analizar el concepto de vulnerabilidad desde un prisma exclusivamente jurídico, se hace necesario dejar claramente diferenciado que no es lo mismo una persona que está expuesta a cierta vulnerabilidad por el mero hecho de tener determinadas características (edad, enfermedad, posición económica, etc.) que ser realmente vulnerable a los efectos de obtener una debida protección a través de los correspondientes mecanismos jurídicos (Uribe Arzate y González Chávez, 2007, p. 213)¹.

De esta forma, el término vulnerable que tiene su nacimiento latino en la palabra *vulnerabilis*, compuesta por la raíz *vulnus*, que significa «herida», y el sufijo *abilis*, que refleja «posibilidad», es decir, la posibilidad de ser herido, de tal forma que vulnerable, como adjetivo, es referido a las personas que pueden sufrir heridas o lesiones. Por ello, y dado la gran profusión de causas que pueden incidir en la definición del concepto de vulnerabilidad (edad, discapacidades, sexo, condicionantes sociales, culturales, económicos, etc.) se viene planteando por la doctrina el debate sobre los colectivos que pueden quedar amparados por dicho concepto.

Obviamente, no nos encontramos con una lista cerrada, debido a las innumerables circunstancias que pueden ser consideradas a la hora de clasificar a un colectivo como vulnerable, incluso por circunstancias transitorias o sobrevenidas e inesperadas, como determinadas crisis económicas o sanitarias (como la creada por la covid-19), con su poste-

¹ Uribe y González distinguen entre la vulnerabilidad genérica, que tiene que ver con la fragilidad inherente a la naturaleza del ser humano, y la vulnerabilidad específica, que solo alcanza a ciertas personas a partir de circunstancias concretas que a ellas les acontecen, siendo estas últimas las que tienen que ser objeto de análisis, pues en dicha parcela se sitúan todas las personas que comúnmente se clasifican en los llamados «grupos vulnerables». A partir del concepto de vulnerabilidad específica es posible determinar qué tipos de vulnerables existen, cuál es su situación particular y qué tipo de protección jurídica es posible prodigarles.

rior incidencia negativa en los niveles de renta o de desempleo, si bien se puede considerar que se trata de grupos que «se enfrentan con obstáculos sociales y jurídicos que les impiden disfrutar de los derechos humanos de los que son titulares con la misma amplitud y profundidad con la que lo hacen el resto de ciudadanos» (Lloret y Caballero, 2008, p. 10).

2. Tipos y causas de vulnerabilidad

Como exponen algunos autores, podemos identificar distintos tipos de vulnerabilidad, atendiendo a los factores que la producen (Estellés Peralta, 2022, p. 166).

Una primera clasificación podría ser la que define y distingue a la vulnerabilidad primaria o endógena de la exógena, siendo la primera de las mencionadas aquella cuya causa se encuentra en la propia naturaleza de las personas, es decir, aquellas personas en las que concurren agentes que les colocan de antemano en una situación de desventaja, como por ejemplo las personas de avanzada edad, los menores de edad o los discapacitados física, mental o sensorialmente, de tal forma que nos encontramos con colectivos cuya situación de vulnerabilidad se define por distintos autores como primaria, esto es, referida fundamentalmente a la vulnerabilidad física (Estellés Peralta, 2022, p. 167).

Este tipo de vulnerabilidad es definida por otros autores como esencial o antropológica, entendida como aquella «ínsita en la naturaleza humana [...] por el mero hecho de serlo» (Lafuente Torralba, 2022, p. 25), es decir, aquel tipo de vulnerabilidad que, o bien ya hemos padecido, derivada de la propia infancia, o bien la que, más tarde o temprano, a todos nos llegará, como los problemas de salud, dependencia de terceros por la vejez, etc.

Por el contrario, la vulnerabilidad exógena (Lafuente Torralba, 2022, p. 30) es aquella que proviene de factores o elementos externos a la persona, es decir, causas ajenas a la situación personal de los individuos que les ubican en situación de vulnerabilidad. Estas causas externas son principalmente de índole económico, social y de las concretas regulaciones jurídicas aplicables, distinguiendo los autores entre vulnerabilidad típica y vulnerabilidad jurídica, respectivamente, como veremos a continuación (Lafuente Torralba, 2022)².

Respecto a la denominada vulnerabilidad típica se puede dividir entre la denominada vulnerabilidad social, que es aquella integrada por determinados colectivos, generalmente minoritarios (respecto a sus condicionantes sexuales, raciales, religiosos, políticos, etc.) de la vulnerabilidad económica, relativa a aquellos individuos que por su especial y complicada

² Otros autores distinguen, a su vez, entre vulnerabilidad originaria y sobrevenida, permanente o temporal, estructural, sistémica, etc., si bien lo refieren como crítica por intentar disciplinar un fenómeno tan desmedido que lo llegan a catalogar como intentar «ponerle puertas al campo» (Lafuente Torralba, 2022, p. 30).

situación laboral, bien por desempleo, bien por salarios inferiores al mínimo interprofesional o por precariedad de sus condiciones laborales, en definitiva por sus escasos recursos económicos, se hayan en grave peligro o padecen de notable necesidad económica muy cercana a la pobreza.

Conforme plantean algunos autores, podemos concluir que nos encontramos ante una situación de «debilidad de ciertas clases de personas y su consecuente indefensión frente a las exigencias sociales de normalidad» (Marino Menéndez, 2001), de tal forma que se considera a una persona vulnerable aquella que, por sus peculiaridades culturales, sociales o económicas, se encuentra en estos ámbitos en una clara situación de adversidad (Uribe Arzate y González Chávez, 2007, p. 213). Estos colectivos, si carecieran de iniciativas legislativas que tuvieran en consideración dichas desventajas a fin de mejorar sus adversas carencias, nos llevaría a considerarlos como otro tipo de colectivo vulnerable, que nace de la falta de legislación adecuada o de la insuficiencia de la misma, y que podemos denominar vulnerabilidad jurídica.

Efectivamente, esta vulnerabilidad denominada jurídica (o atípica) se une a la anteriores anteriormente referenciadas, ya denominadas como social o económica (o típicas) de forma acumulativa, es decir, en aquellas personas que, por ejemplo, amén de adolecer de una vulnerabilidad económica derivada tal vez de su precaria situación laboral, sufren además una vulnerabilidad jurídica proveniente del ordenamiento aplicable en el momento, bien por la inexistencia de normativa que ampare su situación, bien por la existencia de normativa que derive en medidas no igualitarias o discriminatorias respecto a su condición de vulnerable, lo que conlleva a definirlos como «el vulnerable vulnerado» (Estellés Peralta, 2022, p. 168), es decir, personas que adolecen de algún tipo de vulnerabilidad previa (endógena o exógena) y además se reitera en ellas una nueva vulnerabilidad por la inexistencia o inadecuación de normativa jurídica que atenúe su desfavorable situación (Uribe Arzate y González Chávez, 2007, p. 212).

Por ello, si la persona que se haya en una situación de vulnerabilidad (cualquiera que sea el origen de la misma) se encuentra respaldada por un ordenamiento jurídico que ampare, proteja y adopte medidas correctoras de dicha situación, no existiría la denominada vulnerabilidad jurídica (Núñez, 2012).

Como podemos comprobar, la vulnerabilidad presenta una vertiente externa (Valdez Gázquez, 2021, p. 4), entendida esta como una exposición a un riesgo consistente en una serie de amenazas con la virtualidad de sus consecuencias dañosas, y otra interna, entendida esta como la imposibilidad de individuo de evitar aquellos riesgos o amenazas, es decir, toda vulnerabilidad conlleva hacer frente a un riesgo y la capacidad, o su falta, para «superarlo o evitar el daño en el que puede materializarse» (Aristegui *et al.*, 2017, p. 18).

Por ello, desde un punto de vista procesal, esta vulnerabilidad va a requerir de dos tipos de tutela: una de carácter preventivo, en el sentido de evitar que las «vulnerabilidades crista-

licen en vulneraciones» (Lafuente Torralba, 2022, p. 26), y otra de carácter reparador, esto es, cuando el riesgo deviene en lesión y esta ya se ha producido, dado que este riesgo puede ser tanto de origen extraprocesal como de aquellos que nacen dentro del mismo proceso.

3. El vulnerable como parte integrante de la relación jurídico-procesal

Esta necesidad de doble tutela, derivada de la existencia de riesgos para el vulnerable y necesidad de medios para subsanarlo, ya aparece netamente destacada en las denominadas Reglas de Brasilia³ (actualización aprobada por la asamblea plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador), que constituyen una declaración efectiva en toda Latinoamérica de una política judicial con virtualidad de garantizar los derechos humanos, no limitada a establecer solo las bases de reflexión sobre los problemas de acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, sino recogiendo también recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan servicios en el sistema judicial.

Las Reglas de Brasilia agrupan la preocupación de que los sistemas judiciales sean reales instrumentos de defensa de los derechos de las personas, sobre todo de las más débiles. Entiende así que las leyes y cuerpos normativos no deberían ser meras declaraciones formales de derechos y garantías, vacías de contenido, sino que los sistemas judiciales de los Estados democráticos modernos tendrían que asumir el reto de garantizar realmente la tutela de los derechos que las leyes reconocen a sus ciudadanos y, en concreto, en el caso de las personas en situación vulnerable⁴, esa tutela de los derechos y garantías debe extremarse por cuanto se encuentran en una situación que hace mucho más difícil su ejercicio y que las coloca, invariablemente, en una situación que vulnera aún más la vulnerabilidad que ya padecen.

Las Reglas de Brasilia cierran su último capítulo con una especial dedicación a aspectos relativos a la celebración de los actos judiciales. Esta preocupación queda centrada en el sentido de extremar los cuidados a la hora de facilitar la información durante todo el desarrollo del procedimiento, desde el inicio hasta el último acto procesal, de tal forma que

³ Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad fueron adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008. <https://www.poderjudicial.gob.hn/transparencia/regulacion/Documents/Las%20100%20Reglas%20de%20Brasilia.pdf>

⁴ «En definitiva, las víctimas especialmente vulnerables han de ser objeto de un trato adecuado a sus circunstancias singulares, tal y como se reconoce expresamente en las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" (Reglas 1, 25 y 50) aprobadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana (2008)». SAP de Madrid (Sección 29.ª) 4/2013, de 21 enero. ARP 2013\139. FJ 2.º <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a5b0596782eb347b/20130321>

se intenten reducir al máximo las dificultades de la comunicación de los requisitos y actos procesales, disponiendo la observancia de estas recomendaciones, no solo en las notificaciones judiciales, sino, sobre todo, en las resoluciones que afecten con especial trascendencia, esto es, tanto las que se dictan en juicios o vistas como aquellas que ponen fin al procedimiento.

En este sentido es muy destacable la SAP de Madrid (Sección 16.^a) 517/2018, de 9 de julio, más que desde su punto de vista jurídico, por la actitud y decisión de los magistrados integrantes del tribunal que, dada la discapacidad intelectual de la víctima, decidieron que, junto con la sentencia ordinaria, fuese dictada otra en formato lectura fácil, a fin de que el ofendido por el delito pudiese comprender sin impedimento alguno cómo se había desarrollado el proceso y qué había resuelto el tribunal, marcando un «hito en lo que a accesibilidad cognitiva se refiere: la resolución constituye la primera sentencia penal en formato lectura fácil en España» (Rodríguez Álvarez, 2019, p. 2).

Este método de lectura fácil comenzó en España a través de un proyecto piloto desarrollado en los antiguos procesos de incapacitación en los juzgados de familia de Oviedo, que hicieron especial énfasis tanto en los emplazamientos de las partes como en la sentencia en formato lectura fácil, entendida como «un método de redacción y adaptación de textos para que puedan ser entendidos por todas las personas» (García López, 2017, p. 3).

Tal y como es habitual en los documentos de lectura fácil, al cuerpo de texto de, por aquel entonces, tan novedosa resolución, le acompañan una serie de definiciones en lectura fácil, a modo de ejemplo: denuncia, juzgado, juez, estafa, absolución, recurrir⁵, etc.

Como podemos comprobar, a lo largo de los últimos años el espíritu concebido en las Reglas de Brasilia se ha llegado a implementar en nuestro ordenamiento, en especial en la jurisdicción civil. De esta forma, múltiples son los ejemplos de lo que podemos definir como una específica protección procesal de estas personas, que son tratadas con especial consideración como parte del proceso, tanto en sus intervenciones personales como en el sistema y forma de notificaciones (orales o escritas), tanto en lo referente a la sencillez y claridad de las mismas como en lo atinente a la utilización de medios o personas profesio-

⁵ Sirvan estas cinco definiciones de ejemplo para hacerse una idea de cómo estarían formuladas. En versión lectura fácil, la denuncia «es contarle a la policía o a un juez lo que ha pasado para que puedan ayudarle». El juzgado «es la sala donde se celebra un juicio. La palabra juzgado también se utiliza para decir juez. Por ejemplo, el juzgado dicta sentencia, es lo mismo que decir que el juez dicta sentencia». La estafa, un «delito que consiste en engañar a alguien para obtener su dinero». Por su parte, la absolución «sucede cuando a alguien se le considera inocente y no se le impone un castigo». Finalmente, recurrir consiste en «pedir que otro juez revise la sentencia si alguien no está de acuerdo». SAP de Madrid (Sección 16.^a) 517/2018, de 9 julio. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/189a8037f9eba320/20180911>

nales que faciliten la traducción del lenguaje de signos o señas o auxilien a personas con discapacidades auditivas o visuales⁶.

Especial prevención se hace extensiva no solo hacia el propio personal de la Administración de Justicia, en el sentido de que los miembros del juzgado velarán para que las personas con discapacidad no tengan duda alguna de los requisitos y fases del proceso⁷, sino que se amplía igualmente con especial intensidad en la jurisdicción penal, al encontrarnos, en ocasiones, con personas detenidas que deben comprender perfectamente el alcance y consecuencias de los «hechos que se les atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad»⁸.

⁶ Véase artículo 7 bis.2 de la LEC:

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

En idéntico sentido, véase el artículo 7 bis de la LJV.

⁷ Véase el artículo 758 de la LEC:

Certificación registral y personación del demandado. El letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 bis.

⁸ Véase el artículo 520.2 de la LECrim.:

2. Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes: h) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

2 bis. La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad,

4. Normativa específica de protección de los colectivos vulnerables

Podemos resumir que son cuatro los grandes colectivos que, a nivel internacional, son considerados como vulnerables, a saber: los menores de edad, las personas con discapacidad y las mujeres, a los que se añaden aquellas personas sin recursos económicos. Colectivos de especial protección que, como veremos a continuación, merecen un específico tratamiento en nuestro ordenamiento.

4.1. Los derechos sociales en el ámbito constitucional

En nuestro ordenamiento jurídico, es amplio el contenido que nuestra CE otorga a los derechos sociales, dado que en su capítulo III («De los principios rectores de la política social y económica») se relacionan distintos principios, como los que, brevemente, destacamos a continuación:

1. El deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo a los hijos menores de edad, así como en los demás casos en que legalmente proceda⁹.
2. El derecho de las personas a que los poderes públicos mantengan un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo¹⁰.
3. El derecho a la protección de la salud, mediante la organización y tutela de la salud por parte de los poderes públicos, tanto mediante las medidas preventivas adecuadas como de las prestaciones y servicios necesarios¹¹.
4. El de especial protección de los derechos a los menores, conforme a lo previsto en los acuerdos internacionales¹².

grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

En este sentido véase el artículo 127 de la LECrim.:

Las disposiciones contenidas en los artículos precedentes son igualmente aplicables a las personas con discapacidad sensorial, que podrán contar con medios de apoyo a la comunicación oral.

⁹ Véase el artículo 39.3 de la CE.

¹⁰ Véase el artículo 41 de la CE.

¹¹ Véase el artículo 43 de la CE.

¹² Véase el artículo 39.4 de la CE.

5. Amparo a colectivos vulnerables, como los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, sobre los que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración en aras del disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos¹³.

Sin embargo, estos derechos sociales, no se encuentran contemplados en el capítulo II de la CE, a cuyos derechos nuestra Carta Magna les concede el carácter de vinculante para los poderes públicos¹⁴, sino que su ubicación en el capítulo III, como principios rectores, «no tienen alcance normativo desde la Constitución» (Estellés Peralta, 2022, p. 171), de tal forma que solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, conforme a la normativa que los desarrollen¹⁵.

En todo caso, no podemos olvidar que estos principios rectores, contemplados en el capítulo III del título I de nuestra CE, son normas constitucionales y, por lo tanto, vinculantes para el legislador, más para encaminar su rumbo que para determinar la solución a aplicar (López Menudo, 2009, p. 76), de tal forma que se puede inferir que nuestro texto constitucional obliga a los poderes públicos a suministrar y abastecer adecuadamente la satisfacción de determinadas prestaciones en el ámbito de derechos sociales como los ya referidos (régimen público de seguridad social, tercera edad, disminuidos físicos y psíquicos, etc.), que en muchos casos no se tratan más que de meras directrices intenciones o de promoción por parte del legislador (Souvirón Morevilla, 2016).

4.2. Normativa relativa a la protección de los menores de edad y personas con discapacidad

Dado que la protección de los menores de edad ha residido históricamente en sus propias familias nos encontramos con una relativa escasez normativa de carácter protector de los menores en cuanto a titulares de dichos derechos, en relación con otros colectivos vulnerables o desprotegidos.

¹³ Véase el artículo 49 de la CE.

¹⁴ Artículo 53.1 de la CE:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos.

¹⁵ Artículo 53.3 de la CE:

El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Históricamente, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en numerosos textos, entre los que destacamos:

- Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 26 de diciembre de 1924 sobre los Derechos del Niño.
- Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, en virtud de resolución 1386/XIV, a partir de la cual es cuando a los menores se les reconoce como titulares de derechos (Campoy Cervera, 1998, p. 295).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24)¹⁶.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷.

Especialmente destacable fue la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁸, donde se aprecia la radical evolución existente sobre la concepción del niño «como un

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977. (BOE de 30 de abril de 1977, núm. 103, p. 9337). Artículo 23.1.:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 24.1:

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

¹⁷ Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril de 1977, núm. 103, p. 9343). Artículo 10:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la Ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

¹⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre 1990. Boletín Oficial del Estado, núm. 313, de 31 diciembre 1990, p. 38897. <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf>

simple objeto digno de protección, como un simple proyecto de ser humano completo (no pudiendo tener participación ni incluso en la toma de decisiones respecto a aquellas materias que más directamente le afectaban)» (Campoy Cervera, 1998, p. 326), a una consideración del menor como sujeto titular de derechos en todos los niveles (social, político, familiar, toma de decisiones en todas aquellas materias que le afecten) de acuerdo a su nivel de madurez, permitiendo de esta forma considerar al niño como un ser humano completo y reconocerle como titular de los derechos que en textos anteriores se reservaban en un principio para el adulto.

Esta concepción del menor se destaca especialmente en su preámbulo, al otorgar a la familia una protección especial, al entenderla como el grupo esencial para el cuidado y bienestar de los niños, que los mismos deben estar plenamente preparados para una vida independiente en sociedad y ser educados en los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, y que, precisamente, por esa falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento¹⁹.

Más reciente en el tiempo, y dentro del ámbito de la UE, destacamos el Tratado de Lisboa que, con respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, marca como fin político común entre los Estados la protección de los derechos del niño²⁰, o en el marco de la Agenda 2030, que en su meta 16.2 refiere: «Poner fin al maltrato, la explotación, la trata, la tortura y todas las formas de violencia contra los niños», incluida dentro del objetivo 16: «Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas».

¹⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989. Artículo 4:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 6:

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

²⁰ Tratado de Lisboa. Tratado de 13 de diciembre 2007, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre 2008. Boletín Oficial del Estado núm. 286, de 27 noviembre 2009, p. 100309. <https://boe.es/boe/dias/2009/11/27/pdfs/BOE-A-2009-18898.pdf>. Artículo 2.5.

En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Aplicando esta perspectiva de vulnerabilidad al derecho privado español y, en concreto, al derecho civil, podemos centrarnos en la regulación legal de los menores de edad, por un lado, y la de las personas con una discapacidad psíquica que afecte a su capacidad de autogobierno (antes llamados incapacitados), por otro, al tratarse de personas que han visto afectada su capacidad de obrar, es decir «de actuar válida y eficazmente en derecho por sí mismos y por sí solos, como consecuencia de la afectación estable de su capacidad natural de conocer y querer, y en muchos casos, más genéricamente, de la aptitud natural para atender por sí mismos al cuidado de su persona y bienes» (Martínez de Aguirre, 2022, p. 8).

En el caso de los menores de edad, dicha situación es consecuencia de nuestro propio ordenamiento, que considera que hasta la mayoría de edad²¹ una persona no tiene la suficiente madurez para velar de sus propios intereses económicos o personales²², mientras que en el supuesto de personas con discapacidad psíquica, y por lo tanto con falta de capacidad de autogobierno, se considera que incide de forma prolongada o incluso perenne a sus facultades para la toma de decisiones sobre sus aspectos patrimoniales o personales.

Históricamente, nuestro ordenamiento ha contemplado los dos supuestos a través del establecimiento de normativa legal específica para ambas situaciones, habiendo experimentado en los últimos años una evolución muy notable, en el sentido de transformar mecanismos legales de protección económica, con la finalidad fundamental de preservar los bienes patrimoniales, a mecanismos de protección personal, dado que el principio fundamental que inspira la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse²³, de tal forma

²¹ Véase el artículo 240 del Código Civil (CC): «La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos».

²² Véase el artículo 162 del CC: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados». En el mismo sentido, artículo 164 del CC: «Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria».

²³ En este sentido, y respecto a las personas con discapacidad, la Ley 8/2021 de 2 de junio, en su preámbulo III, refiere:

No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas.

que se da una absoluta prioridad a la protección de la persona, en aspectos como pueden ser los aspectos relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria (domicilio, salud, comunicaciones, etc.), puesto que incorporando los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa²⁴, la nueva ley²⁵ otorga con carácter preferente la adopción de medidas voluntarias, que son aquellas que puede tomar la propia persona con discapacidad, entre las que destacan por su especial novedad e importancia los poderes y mandatos preventivos²⁶, así como la posibilidad de la autotutela²⁷.

4.3. El vulnerable en los procesos de desahucio. Breve referencia

La constatable y notable reducción de la oferta de vivienda en arrendamiento y el intento de mejorar y facilitar el acceso a la vivienda de determinados colectivos ha motivado el

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Estado, núm. 132, de 3 de junio de 2021, pp. 67789 a 67856. <https://www.boe.es/boe/dias/2021/06/03/pdfs/BOE-A-2021-9233.pdf>

²⁴ Esta evolución normativa ya fue brillantemente expuesta en el trabajo realizado en el marco del Proyecto Mineco DER2016-75342-R «Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores». (Salas Murillo, 2018).

²⁵ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

²⁶ Véase el artículo 255 de la CC:

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.

Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249.

Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

²⁷ Véase el artículo 271 del CC:

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

nacimiento de la reciente Ley de vivienda²⁸, conocida también como Ley por el derecho a la vivienda, creada para regular, entre otras cuestiones, el acceso de los ciudadanos a la vivienda, así como la relación entre inquilinos y propietarios, fijando, como uno de sus objetivos primordiales, una serie de normas para regular el mercado arrendaticio en España, constituyéndose como la primera ley estatal reguladora del derecho a la vivienda desde la aprobación de la Constitución.

Como primera cuestión, pese a no ser objeto del presente estudio, se hace necesario mencionar que dicha norma no ha tenido un nacimiento pacífico, ya que, recientemente, el Tribunal Constitucional acaba de admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad presentados contra algunos de sus preceptos por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, por el Parlamento de Cataluña y por los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas de Andalucía, Islas Baleares y Madrid²⁹. Como breve resumen, podemos reflejar, de las alegaciones de los recurrentes en los distintos recursos interpuestos, que la norma recurrida podría ser contraria al régimen de distribución de competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, especialmente, el recurso de inconstitucionalidad del Grupo Parlamentario Popular también plantea la posible vulneración del derecho de propiedad, del derecho a la tutela judicial efectiva y de la autonomía local.

En referencia al presente estudio, destacar que el propio preámbulo (III) recoge, entre otros, como uno de sus principales objetivos, el de

facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales.

Igualmente, realiza especial énfasis, como veremos a continuación, en la protección para colectivos vulnerables frente a los lanzamientos de la vivienda habitual, la prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento para estos colectivos durante el plazo de un año más o la previsión de un arbitraje a fin de fomentar el acuerdo entre el arrendador y el arrendatario y, en el supuesto de no haberlo, se concederá el tiempo necesario para que los servicios sociales ofrezcan una solución a la familia vulnerable.

²⁸ Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Boletín Oficial del Estado, núm. 124, de 25 de mayo de 2023. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2023/BOE-A-2023-12203-consolidado.pdf>

²⁹ BOE núm. 236, de 3 de octubre de 2023, pp. 132300 a 132304. <https://www.boe.es/boe/dias/2023/10/03/pdfs/BOE-S-2023-236.pdf>

Centrándonos en el objeto del presente estudio, la meritada norma merece especial referencia en relación con la protección o beneficios que concede a los arrendatarios que, entre otros supuestos, acrediten encontrarse en situación de vulnerabilidad social y económica sobre la base de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico, pudiendo aplicarse, una vez finalizado el periodo de prórroga obligatoria previsto, el artículo 9.1 de la Ley de arrendamientos urbanos, o el periodo de prórroga tácita previsto en su artículo 10.1, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de un año, manteniendo las condiciones contractuales del contrato originario³⁰.

Otra medida destacable al respecto es la posibilidad de suspender el proceso de desahucio o el acto del lanzamiento, entre otros requisitos, previa comunicación y dictamen de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a fin de que puedan verificar la situación de vulnerabilidad del arrendatario.

Tras el informe pertinente confirmando que el hogar, objeto de desahucio, se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, previo traslado a las partes, el tribunal resolverá sobre la posible suspensión del proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, bien mediante una alternativa de vivienda digna en alquiler social, bien mediante medidas de atención inmediata, así como posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada, durante un plazo máximo de suspensión de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica.

En estos supuestos, se permite que el juzgador, para poder apreciar la situación de vulnerabilidad económica, pueda considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas,

³⁰ Véase el artículo 10.2 de la Ley de arrendamientos urbanos:

Esta solicitud de prórroga extraordinaria requerirá la acreditación por parte del arrendatario de una situación de vulnerabilidad social y económica sobre la base de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico y deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador cuando este sea un gran tenedor de vivienda de acuerdo con la definición establecida en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, salvo que se hubiese suscrito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento.

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. Boletín Oficial del Estado núm. 282, de 25 de noviembre de 1994, pp. 36129-36146. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1994/BOE-A-1994-26003-consolidado.pdf>. Modificado por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Disposición final primera. Medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda. Boletín Oficial del Estado núm. 124, de 25 de mayo de 2023, pp. 71477-71537. <https://www.boe.es/boe/dias/2023/05/25/pdfs/BOE-A-2023-12203.pdf>

agua y telecomunicaciones, suponga más del 30 % de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no supere los límites previstos en el artículo 441.7 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)³¹.

En todo caso, dado que no es este artículo el indicado para ello, la meritada ley no parece la más adecuada para ofertar y garantizar reales y eficaces soluciones para la mejora del acceso a la vivienda, sin pretender analizar en este momento las quimeras sobre la propiedad privada, como pudiera ser el control artificioso de los importes de los arrendamientos, la demora en ocasiones injustificada de los lanzamientos en perjuicio de los arrendadores o futuribles expropiaciones de uso de forma temporal.

4.4. Normativa relativa a la protección de las mujeres

Pese a que, en la realidad social, existen ciertas reticencias a denominar como «colectivo vulnerable a las mujeres» (Estellés Peralta, 2022, p. 175), bien es cierto que así están nombradas en distintos textos normativos, como veremos a continuación, dado que, efectivamente, se pueden encontrar en dicha situación. La situación de vulnerabilidad de las mujeres viene derivada, entre otras muchas, de dos circunstancias fundamentales: por un lado, la extremadamente difícil situación económica de muchas mujeres, consecuencia, a su vez, de salarios ínfimos y, por otro lado, la inexistencia de ayudas económicas a fin de favorecer y proteger la maternidad. Es patente que en nuestro Estado nos encontramos con una ausencia de ayudas por parte de los poderes públicos y las Administraciones,

³¹ Véase el artículo 441.7 de la LEC, modificado por la disposición final quinta, cuatro de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda:

a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (IPREM).

b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.

d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.

muy alejadas del interés necesario de protección y fomento de la maternidad, careciendo de políticas sociales, laborales o fiscales que apoyen a la madre gestante para que continúe con el embarazo.

Algunos estudios sobre la materia³² destacan como en España se discrimina a las mujeres que quieren continuar con su embarazo y obtienen al respecto una serie de conclusiones demoledoras, como por ejemplo: España dedica 13 euros anuales de ayuda a mujeres embarazadas; la maternidad es causa de desigualdad económica y laboral, puesto que el mercado laboral discrimina a las mujeres madres, por el mero hecho de serlo; a los 10 años de tener un hijo la mujer pierde el 28 % de sus ingresos; la tasa de riesgo de pobreza de los hogares encabezados por mujeres madres es del 54,6 %, la cifra más alta desde 2010; y las madres en hogares «monomarentales» se enfrentan a mayores dificultades en el mercado laboral.

Igualmente destacables son las situaciones de maltrato doméstico que sufren muchas mujeres de sus parejas, bien directamente, bien indirectamente, cuando se agrede física, psíquica o sexualmente a sus hijos³³. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado Vicente Magro Servet, formando el tribunal los magistrados Juan Ramón Berdugo, Andrés Palomo, Eduardo de Porres y Javier Hernández, destaca una serie de características del maltrato habitual a lo largo de 27 reglas que fija bajo lo que denomina el abecedario del maltrato habitual, y entre las que, por su especial relevancia, destacamos:

Las características del maltrato habitual: u.- [...] cuando la víctima se decide a denunciar, o a querer romper su relación ante el carácter insoportable del que se ejerce sobre ella y sus hijos se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato

³² Mapa de la Maternidad 2021, elaborado por la Fundación REDMADRE, con la colaboración de la Universidad de Villanueva a través de la Clínica Jurídica Villanueva, de elaboración anual, salvo el año 2019, que no pudo recopilarse por causa de la pandemia de la covid-19). El objetivo fundamental de este informe es identificar y recopilar las ayudas a la maternidad que ofrecen las Administraciones públicas (autonómica y local) a las mujeres embarazadas, con independencia de si son o no trabajadoras; se ha diferenciado entre ayudas a la embarazada (objeto principal de este estudio) y ayudas por nacimiento.

³³ Véase el artículo 1.4 de la Ley de violencia de género:

La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Boletín Oficial del Estado núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, pp. 42166-42197. <https://boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-21760-consolidado.pdf>. Modificado por la disposición final décima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Boletín Oficial del Estado núm. 134, de 5 de junio de 2021, pp. 68657 a 68730. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/dof/spa/pdf>

pasen a un escenario de «incremento grave del riesgo de la vida de la víctima», ya que si esta decide comunicar la necesidad de una ruptura de la relación, o le denuncia por esos hechos, el sentimiento de no querer aceptar esa ruptura el autor de los mismos provoca que pueda llegar a cometer un acto de mayor gravedad, y que puede dar lugar, incluso, a actos de la denominada violencia vicaria³⁴.

De esta forma, y a los efectos de adoptar determinadas medidas con la finalidad de hacer efectivos los derechos de dicho colectivo, cabe destacar determinada normativa que persigue la efectiva protección de esos derechos fundamentales, como la libertad, la igualdad y la no discriminación³⁵.

³⁴ Otras características del maltrato habitual, definidas en dicha resolución y que son especialmente destacables:

c) Mediante el maltrato habitual se ejerce un clima de «insostenibilidad emocional» en la familia mediante el empleo de una violencia psicológica de dominación llevada a cabo desde la violencia física, verbal y sexual, por la que ejerce esa dominación que intenta trasladar a los miembros de la familia y lo consigue de facto.

d) Mediante el maltrato habitual el autor de este delito ejerce y pone de manifiesto el mensaje que pretende trasladar a los miembros del núcleo familiar mediante una subyugación psicológica que pone de manifiesto mediante el ejercicio de la violencia.

e) El maltratador habitual desarrolla, así, con su familia un mensaje claro y diáfano de la que podríamos denominar jerarquización de la violencia familiar.

g) Se refleja, así, por la doctrina que el maltrato habitual en la violencia doméstica es un delito autónomo cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral de la víctima, tratando de impedir la vivencia en un estado hostil y vejatorio continuo. Y, lo que es importante, su forma de manifestación puede ser física, pero, también, psicológica, pudiendo causar, incluso en algunos casos, más daño a las víctimas el psicológico que el físico, por cuanto aquel puede que ni tan siquiera lleguen a percibir que están siendo víctimas, lo que agrava más el hecho de la no denuncia en muchos casos y la permanencia en el tiempo del maltrato psicológico que puede afectar, y de gravedad, a la psique.

o) Con el maltrato habitual se ejerce un ambiente infernal e irrespirable que envolverá la convivencia, a partir de los actos de violencia o cosificación dirigidos en el tiempo «sobre el mismo o diferentes sujetos pasivos de los previstos en el precepto», resultando incluso indiferente que algunos de tales actos hubieren sido ya enjuiciados.

r) El maltrato habitual produce un daño constante y continuado del que la víctima, o víctimas, tienen la percepción de que no pueden salir de él y del acoso de quien perpetra estos actos, con la circunstancia agravante en cuanto al autor, de que este es, nada menos, que la pareja de la víctima, lo que provoca situaciones de miedo, incluso, y una sensación de no poder denunciar.

STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 684/2021, de 15 septiembre. FJ 3.º <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/05aafef71635a6a4/20210927>

³⁵ Véase el artículo 28 de la Ley de violencia de género. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre: «Las mujeres víctimas de violencia de género serán consideradas colectivos prioritarios en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores, en los términos que determine la legislación aplicable». En el mismo sentido, artículo 28 bis: «Las víctimas de violencia de género tienen derecho a la reparación, lo que comprende la compensación económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia, las

No obstante, por parte de determinadas instituciones, como el Instituto de la Mujer³⁶, se ha ampliado el concepto de vulnerabilidad en el colectivo de las mujeres atendiendo a determinadas situaciones personales que, dándose igualmente en los hombres, sin embargo, no se les ha considerado como tal, como, por ejemplo:

1. La estancia en prisión del colectivo de mujeres reclusas, al considerar que, con independencia de la pena privativa de libertad impuesta, su confinamiento conlleva otras graves consecuencias, como la pérdida de las costumbres de planificación en la vida fuera de la prisión, previsión futura a medio y largo plazo de la incorporación al mercado laboral, y en el caso de las madres reclusas, la dificultad añadida en el cuidado y atención de los hijos, así como la observancia de sus obligaciones como detentadoras de la patria potestad de los mismos³⁷.
2. El de mujeres prostituidas y víctimas de trata, al considerar que «la prostitución no es una expresión de libertad sexual de la mujer, sino que tiene que ver con la violencia, la marginación, la dificultad económica y la cultura sexista y patriarcal»³⁸.
3. El de mujeres dependientes del consumo de sustancias tóxicas, en el que se destaca que, si bien el uso de drogas en la población de 15-64 años es bastante mayor en los hombres que en las mujeres, sin embargo «el estudio "El consumo de alcohol y otras drogas entre las mujeres" (2007) del Instituto de la Mujer, indica que las mujeres son más consumidoras que los hombres de tranquilizantes e hipnóticos»³⁹, dejando constancia de que el consumo de dichas sustancias dificulta el acceso al mercado laboral y que las mujeres drogodependientes habitualmente presentan menor cualificación profesional y experiencia laboral.
4. El de mujeres de avanzada edad⁴⁰, que, dado que su esperanza de vida es mayor que la de los hombres, y abundan aquellas que viven en soledad con escasos

medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición».

³⁶ Instituto de la Mujer. Ministerio de Igualdad. <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/portada/home.htm>

³⁷ Podemos destacar igualmente las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes o Reglas de Bangkok, que tienen como principio básico poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Las Reglas de Bangkok se adoptaron por Resolución 65/229, de 16 de marzo de 2011, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/65_229_Spanish.pdf

³⁸ Instituto de la Mujer.

³⁹ Instituto de la Mujer. Ministerio de Igualdad. <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/estudios/serieEstudios/docs/elConsumodeAlcohol.pdf>

⁴⁰ Según los datos del Padrón Municipal de 2022, en España viven más de nueve millones de personas mayores de 65 años, de las que un 56 % son mujeres. Insitituto Nacional de Estadística. <https://>

recursos económicos, sufren, en mayor medida, enfermedades y trastornos crónicos y tienen peor percepción subjetiva de su salud y calidad de vida.

5. El colectivo de mujeres de las denominadas familias monomarentales, es decir, aquellas que se hacen cargo del cuidado de sus hijos, cuyo incremento en los últimos años ha sido más que notable, por el incremento de los divorcios y separaciones, etc., grupos todos ellos que ubican a la mujer en grave peligro de exclusión social y que se consideran dignos de protección⁴¹.

Como vemos, la consideración de vulnerabilidad se concibe como tipo agravado en el colectivo de mujeres y, especialmente, si sufren violencia de género, al situar a dicho colectivo en grave riesgo de exclusión social, puesto que llega a eliminar por completo su acceso al mundo laboral «o sus expectativas de independencia económica como consecuencia del control que ejerce el agresor sobre las víctimas mujeres» (Estellés Peralta, 2022, p. 181).

Conforme hemos expuesto, podemos concluir que la amplia tipología de situaciones de vulnerabilidad no se deriva exclusivamente de cuestiones puramente económicas, sino que entran a considerarse, de forma conjunta, aspectos de origen social, racial, sexual, etc., ampliando el espectro del concepto vulnerable en tal magnitud que algunos autores llegan a afirmar que «el único colectivo no vulnerable, a estos efectos, sería el de hombres mayores de 36 años y menores de 64 años, sin discapacidad, empleados y con rentas superiores a 24.318,4 euros» (Estellés Peralta, 2022, p. 190), todo ello dependiendo del IPREM aplicable al momento⁴².

www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177012&menu=ultiDatos&idp=1254734710990

⁴¹ Conforme refiere el Instituto de la Mujer, los nuevos modelos de familia han dado lugar a un aumento de mujeres que se hacen únicas responsables de las familias, haciéndose cargo de sus hijas e hijos, así como del cuidado de personas mayores, de tal forma que las posiciona en situaciones de desventaja económica, social y sobre todo laboral, puesto que el hacer frente en soledad a estas responsabilidades se reducen las posibilidades de promoción laboral, o bien se unen las dificultades de poder compatibilizar el cuidado de los menores y las responsabilidades domésticas con la vida laboral. «Estas dos circunstancias unidas, empleo precario y monoparentalidad, colocan, claramente, a las mujeres en la zona de riesgo de exclusión». Instituto de la Mujer.

⁴² El indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) es el índice de referencia en España para la asignación de ayudas y subsidios en función de los ingresos. Fue introducido el 1 de julio de 2004 en sustitución del salario mínimo interprofesional, cuya utilización se restringió al ámbito laboral. De esta forma el IPREM fue creciendo a un ritmo menor que el SMI, facilitando el acceso a las ayudas para las economías familiares más desfavorecidas, mientras el SMI quedaría restringido a un ámbito laboral. A modo de ejemplo, algunas ayudas (por ejemplo: acceso a VPO) están restringidas, por ejemplo, a 5,5 veces el valor del IPREM vigente. En este caso se multiplica el citado valor por 5,5 y tendremos que comprobar si nuestros ingresos anuales, de acuerdo a la declaración de la renta, superan esta cuantía. De esta forma el IPREM para el año 2022 fue: mensual: 579,02 euros; IPREM anual (12 pagas): 6.948,24 euros; IPREM anual (14 pagas): 8.106,28 euros. <https://www.iprem.com.es/>

5. Conclusiones

Una de las primeras conclusiones que podemos exponer es que las situaciones de vulnerabilidad deberían ser solucionadas mediante la aplicación del derecho, puesto que a través de una actividad legislativa sólida es posible combatir y erradicar dichas situaciones de vulnerabilidad.

Sin obviar en ningún momento los mecanismos legislativos exclusivamente legales, elaborados para suprimir las situaciones de vulnerabilidad, como son los códigos, leyes o reglamentos, se hace deseable que las acciones que se ejerciten en defensa de las personas catalogadas como vulnerables sean de nivel constitucional, es decir, que la defensa de los derechos constitucionales se realice mediante instrumentos de idéntica intensidad o entidad, o lo que es lo mismo: «La defensa de los derechos fundamentales, previstos en la Constitución tiene que llevarse a cabo mediante acciones constitucionales» (Uribe Arzate y González Chávez, 2007, p. 219).

Conforme a lo expuesto, este aluvión de cambios legislativos en los últimos años, tendentes a la adecuación del proceso, especialmente el civil, a las circunstancias de los colectivos más vulnerables, si bien nos permite ser relativamente optimistas, sin embargo, conlleva una serie de consecuencias negativas de especial trascendencia, como veremos a continuación.

No podemos negar que la gran virtud de estos cambios normativos supone una vuelta a la abandonada e histórica ética del proceso, de tal forma que no solo se tiene que buscar la eficiencia⁴³ del mismo, sino también ser cuidadoso con la dignidad del justiciable. Este reforzamiento de la protección jurisdiccional de los colectivos vulnerables no hace sino reforzar uno de los principios fundamentales de la Justicia moderna, como es su humanización o dignificación (Calaza López, 2021, pp. 215 y ss.). En todo caso, como ahora veremos, se debe buscar un equilibrio entre el concepto de protección y el de proteccionismo.

Efectivamente, la primera consecuencia negativa destacable deriva del exceso de legislación de urgencia predominante en la actualidad a través de la actividad normativa del real decreto-ley, y que la doctrina ha denominado como «legislación motorizada, inconexa,

⁴³ En este sentido destacamos dos nuevas iniciativas legislativas que refuerza el énfasis actual y generalizado en la eficiencia de la Justicia: una es el proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 97-1, de 22 de abril de 2022, pp. 1-131. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF. Y la otra el proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOCG núm. 98-1, de 22 de abril de 2022, pp. 1-56. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-98-1.PDF

falta de rigor y de poso jurídico» (Palomar Olmeda, 2022, p. 2), que, obviamente, puede tener su relativa justificación en situaciones como las recientemente vividas de aguda crisis económica o sanitaria que hagan que concurra el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad que justifiquen la introducción de medidas en el ordenamiento jurídico por parte del Gobierno, puesto que, como se señala en la doctrina del Tribunal Constitucional, el decreto-ley representa un instrumento constitucionalmente lícito para el tratamiento de las «coyunturas económicas problemáticas»⁴⁴.

Dicho lo anterior, la definición que se realice por los órganos políticos, de la exigencia o requisito de darse situación de extraordinaria y urgente necesidad, sea explícita y razonada, y que exista un nexo causal entre la situación definida como extraordinaria y urgente y las medidas que en el decreto-ley se adoptan, de tal forma que estas últimas sean congruentes con la situación que se trata de afrontar, y para ello es absolutamente necesario que se realice una valoración global de todos aquellos factores que motivaron la adopción de la normativa excepcional referida, valoración que debe quedar expuesta en la exposición de motivos de la norma tras el oportuno debate parlamentario, y siendo deber ineludible considerar «las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los decretos-leyes enjuiciados»⁴⁵.

Bien es cierto que la fórmula del decreto-ley ha sido la más comprensible para afrontar cuestiones de especial trascendencia, como es la de la protección de los más vulnerables, sobre todo en situaciones de grave crisis, bien económica, bien sanitaria, pero más cierto es que ha conllevado igualmente demasiadas dosis de improvisación que han derivado en auténticos remiendos legislativos sobre problemas que requerían más reflexión, estrategias más amplias y profundas y que no llegan a cumplir su destino protector.

Este exceso de improvisación o, cuando menos, la falta de reflexión y preparación a largo plazo constituyen una solución demasiado simple para problemas tan complejos, así como una forma muy eficaz y eficiente de obtener cierto reconocimiento social, o como definen algunos autores, éxitos de naturaleza «oclocrática» (García Teruel y Nasarre Aznar, 2022, p. 195), entendida esta como «gobierno de la muchedumbre o de la plebe»⁴⁶.

⁴⁴ «Generalmente, hemos venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que hemos denominado como "coyunturas económicas problemáticas", para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a "situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes"». STC (Pleno) núm. 83/2014, de 29 mayo. RTC 2014\83.

⁴⁵ STC (Pleno) núm. 1/2012, de 13 enero. FJ 7.º (NormaCEFL NCJ056238). <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22708>

⁴⁶ DRAE.

En estas situaciones, al igual que en los periodos de inactividad legislativa, se acaba delegando el problema en los jueces, los cuales, a diferencia del legislador, se encuentran en contacto directo con la realidad social de una forma más intensa, de tal forma que suelen percibir tempranamente si la ley aplicable es la adecuada para la situación enjuiciada, de tal forma que el juzgador puede caer en el error del conflicto de lealtades entre el concepto de seguridad jurídica y el de justicia, de tal forma que, en vez de quedar subordinado al primero de ellos, es decir, quedar sujeto al imperio de la ley, decida equivocadamente optar por soluciones opuestas al Estado de derecho. Es lo que algunos autores definen como activismo judicial, esto es, «un juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho» (Atienza Rodríguez, 2018, p. 41).

En todo caso, no deben pasar desapercibidos dos grandes peligros existentes para la actividad judicial: el primero, que nunca los jueces habían estado bajo una presión tan intensa de los medios de comunicación como hasta ahora, de tal forma que los fallos de sus resoluciones se hacen tan públicos que pueden llegar a presionar al juzgador «para apartarse del marco legal, amenazándole con la condena o tentándole con el aplauso» (Lafuente Torralba, 2022, p. 45), y el segundo, las figuras políticas que, al publicarse la resolución de una determinada sentencia que, habiendo sido absolutamente escrupulosa con la legislación vigente, no hacen sino grímpola de defectos imputables al juzgador, imputándole una responsabilidad que realmente le pertenece al legislador.

De esta forma, podemos correr el peligro de encontramos con resoluciones judiciales que se podrían calificar como innovadoras o de gran impacto social, pero con absoluta ausencia de unión en el derecho, sentencias que parte de la doctrina las ha denominado como «robinprudenciales» (García Teruel y Nasarre Aznar, 2022, p. 195), es decir, resoluciones que intentan dar una protección que debería dar el derecho aplicable que, sin embargo, este no ofrece al juicio del juzgador.

La conclusión que se puede alcanzar es obvia: no podemos sino rechazar este tipo de resoluciones que, si bien se las podía denominar como vanguardistas, no dejan de ser una clarísima incoherencia, especialmente peligrosa, puesto que en un Estado de derecho como el nuestro, el juzgador nunca debería extralimitarse a las funciones del juzgador, puesto que de lo contrario nos encontraríamos con una de las consecuencias más flagrantes del activismo judicial, esto es, que «desaparece el juez como órgano y su lugar pasa a ser ocupado por la persona del juez y su manera de sentir» (Lafuente Torralba, 2022, p. 46)⁴⁷.

Como último aspecto negativo, podemos destacar el hecho de que de poco o nada sirve que se legisle mucho en favor de determinados colectivos sin que, a cambio, exista un res-

⁴⁷ Así lo refiere Lafuente Torralba (2022), en el sentido de que el juez, como órgano encargado de aplicar los criterios determinados en el ordenamiento jurídico, es sustituido por la persona del juez y sus sentimientos, los cuales no pueden coincidir con el de «la mayoría social representada en el Parlamento» (p. 46).



paldo político e institucional, puesto nos encontraremos ante lo que algunos autores denominan como «derecho en estado gaseoso» o de «leyes desechables»⁴⁸, esto es, legislación que realmente carece de virtualidad en la realidad.

Por ello, es absolutamente necesario que el legislador, las Administraciones públicas y los agentes económicos se impliquen y ofrezcan un claro compromiso, a fin de que se consiga realmente un modelo exitoso para que se cristalicen instrumentos jurídicos y normativos que se puedan ejecutar en la práctica, o como refiere parte de la doctrina, las Administraciones públicas tienen que ser las reales iniciadoras e impulsoras de, no solo crear la norma, sino que la misma sea efectiva y eficaz en la vida real, dado que «el voluntarismo y legislativo y reglamentario no es suficiente para que funcionen» (Roca Martínez, 2021, p. 3).

Para finalizar, se hace necesario destacar un grave peligro en el que se puede incurrir al llegar a considerar el concepto de vulnerabilidad como el fundamento máximo o único para obtener soluciones jurídicas a determinados problemas, o, como lo definen algunos autores, que el concepto de vulnerabilidad «acabe convirtiéndose en una suerte de concepto-para-todo» (Martínez de Aguirre, 2022, p. 24), tal y como ocurre en otras ramas del derecho con otros conceptos casi ilimitados, como el del interés superior del menor al que, en todo caso, se le debe dar la relevancia jurídica y práctica que tal institución merece.

⁴⁸ «Se habla por ello de leyes desechables, de usar y tirar [...] de "neutrones legislativos", porque con frecuencia muchos de los preceptos de este nuevo tipo de Leyes carecen de carga jurídica, de textos [...], de derecho en estado gaseoso, de la Ley como instrumento de la política-espectáculo» (Fernández, 2008).

Referencias bibliográficas

- Aristegui, I., Beloki, U., Díez A. y Silvestre, M. (2017). Vulnerabilidad social percibida en contexto de crisis económica. *Revista Española de Sociología*, 26.
- Atienza Rodríguez, M. (2018). Siete Tesis Sobre el Activismo Judicial. *Grand Place Pensamiento y Cultura*, 10.
- Galaza López, S. (2021). Justicia y vulnerabilidad. En R. Castillejo Manzanares y A. Rodríguez Álvarez (Dirs.), *Debates jurídicos de actualidad*. Aranzadi.
- Campoy Cervera, I. (1998). Notas sobre la evolución en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos de los niños. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos humanos*, 3(6).
- Estellés Peralta, M.^a (2022). Concepto de vulnerabilidad: análisis legal y constitucional. En M. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín (Dirs.) y A. Nieto Cruz y C. López Suarez (Coords.), *Vivienda y Colectivos Vulnerables*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Fernández, T-R. (2008). De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparables, de degradación de la Ley. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1100004>
- García Lopez, J. (2017). El método de lectura fácil de las sentencias para las personas vulnerables. *Diario La Ley*, 9.042.
- García Teruel, R. y Nasarre Aznar, S. (2022). Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda. *Revista Crítica e Derecho Inmobiliario*, 789.
- Lafuente Torralba, A. (2022). Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales. En J. Herrero Perezagua y J. López Sanchez (Dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*. Atelier.
- Lloret, J. y Caballero, S. (Coords). (2008). *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*. Tirant lo Blanch.
- López Menudo, F. (2009). Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía. *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, 73.
- Marino Menéndez, F. y Fernández Liesa, C. (Coords.). (2001). *Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo* (pp. 19-26). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones.
- Martínez de Aguirre, C. (2022). La recepción de la idea de vulnerabilidad en el Derecho civil español. Materiales para un debate. En *Grandes Tratados. Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos*.
- Núñez, P. T. (2012). La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4, 125-168.
- Palomar Olmeda, A. (2022). La justicia, entre la renovación de su cúpula directiva y el olvido de sus esencias. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 990.
- Roca Martínez, J. (2021). Arbitraje y discapacidad, realidad o ficción. ¿se puede recuperar a un non nato? *Revista General de Derecho Procesal*, 54.
- Rodríguez Álvarez, A. (2019). Primera sentencia penal en lectura fácil: el caso de la SAP Madrid (sección 16.^a) 517/2018, de 9 de julio. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8.
- Salas Murillo, S. (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica».



dica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5.

Souvirón Morenilla, J. (2016). Ámbito y alcance de los derechos sociales en España: los colectivos vulnerables. En I. González Ríos, *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables* (pp. 49-90). Tirant lo Blanch.

Uribe Arzate, E. y González Chávez, M.^a (2007). La protección jurídica de las personas vulnerables. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 27.

Valdez Gázquez, M. (2021). Vulnerabilidad social, genealogía del concepto. *Gaceta de Antropología*, 37.

Ramón Tíno Llerandi. Abogado en ejercicio. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Director del departamento jurídico de Provimad. Profesor del CEF.- Centro de Estudios Financieros en el Máster en Práctica de la Abogacía y la Procura y en otros cursos del área. Doctorando en Derecho y Sociedad por la UDIMA. <https://orcid.org/0009-0006-9568-5605>



El impacto de la covid-19 sobre el orden constitucional español

David Parra Gómez

*Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional.
Universidad de Murcia (España)*

david.parra@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-1299-4642>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación 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 Becerril.

Extracto

La fuerte conmoción sufrida en los regímenes constitucionales de nuestro entorno por la pandemia del coronavirus se ha visto reflejada, principalmente, en la generación de estados de emergencia o excepción (formales o *de facto*), la atenuación de los controles parlamentarios sobre las medidas adoptadas por los gobiernos (que han supuesto la privación o limitación de los derechos fundamentales y las libertades públicas) e, incluso, la revisión de algunos de los supuestos ideológicos del constitucionalismo (por ejemplo, el modo de concebir la intervención del Estado sobre la sociedad o los controles y equilibrios entre poderes). Por lo que se refiere a España, los problemas más relevantes y controvertidos que, desde la perspectiva del derecho constitucional, ha traído consigo la pandemia del coronavirus han sido la preterición del Parlamento, del que la suspensión de su actividad al inicio de la crisis y el uso excesivo y arbitrario del decreto-ley son sus muestras más significativas, y el relativo a la conformidad con la Constitución de las medidas restrictivas de derechos adoptadas para afrontar la emergencia de salud pública provocada por la covid-19, que no solo ha sido cuestionada por diferentes resoluciones judiciales y parte de la academia, sino por el mismo Tribunal Constitucional, que ha llegado a desautorizar las decisiones más significativas de los titulares del poder de excepción.

Palabras clave: covid-19; Constitución; derechos fundamentales; régimen parlamentario.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 05-02-2024

Cómo citar: Parra Gómez, R. (2024). El impacto de la covid-19 sobre el orden constitucional español. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 277, 33-72. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19129>



The impact of covid-19 on the Spanish constitutional order

David Parra Gómez

This work has been selected for publication by: 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.

Abstract

The strong shock suffered in the constitutional regimes of our environment by the coronavirus pandemic has been reflected, mainly, in the generation of states of emergency or exception (formal or de facto), the attenuation of parliamentary controls over the measures adopted by governments (which have meant the deprivation or limitation of fundamental rights and public liberties) and, even, the revision of some of the ideological assumptions of constitutionalism (for example, the way of conceiving the intervention of the State on society or the checks and balances between powers). As far as Spain is concerned, the most relevant and controversial problems that, from the perspective of Constitutional Law, the coronavirus pandemic has brought with it have been the preterition of Parliament, of which the suspension of its activity at the beginning of the crisis and the excessive and arbitrary use of decree-laws are the most significant examples, and that relating to the conformity with the Constitution of the measures restricting rights adopted to deal with the public health emergency caused by covid-19, which has not only been questioned by different judicial decisions and part of the academy, but by the Constitutional Court itself, which has gone so far as to overrule the most significant decisions of the holders of the power of exception, also by the Constitutional Court itself, which has gone so far as to disavow the most significant decisions of the holders of the power of exception.

Keywords: Covid-19; Constitution; fundamental rights; parliamentary rule.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 05-02-2024

Citation: Parra Gómez, R. (2024). El impacto de la covid-19 sobre el orden constitucional español. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 277, 33-72. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19129>



Sumario

1. Introducción
 2. El estado de alarma y la suspensión de derechos fundamentales
 - 2.1. Un derecho de excepción mal concebido
 - 2.2. La controvertida STC 148/2021, de 14 de julio
 3. Las restricciones de derechos acordadas por las comunidades autónomas al amparo de la legislación sanitaria
 - 3.1. El discutido alcance de la cláusula general prevista en el artículo 3 de la LOMESP
 - 3.2. La cuestionada competencia de autorización judicial de las medidas sanitarias de carácter general
 - 3.3. La suspensión de elecciones autonómicas y la privación fáctica del derecho de sufragio activo
 4. La difuminación del Parlamento
 - 4.1. La suspensión de la actividad parlamentaria al inicio de la pandemia
 - 4.2. La agudización del uso excesivo y arbitrario del decreto-ley
 - 4.2.1. Hacia el paroxismo de un abuso
 - 4.2.2. Una propuesta *de lege ferenda* para su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La fuerte conmoción sufrida en los regímenes constitucionales de nuestro entorno por la pandemia derivada del virus SARS-CoV-2 (que dio lugar a la enfermedad covid-19) se ha visto reflejada, principalmente, en la generación de estados de emergencia o excepción (formales o *de facto*), la atenuación de los controles parlamentarios sobre las medidas adoptadas por los gobiernos (que han supuesto –bien lo sabemos– la privación o limitación de los derechos fundamentales y las libertades públicas) e, incluso, la revisión de algunos de los supuestos ideológicos del constitucionalismo (por ejemplo, el modo de concebir la intervención del Estado sobre la sociedad o los controles y equilibrios entre poderes).

No es de extrañar que los más prestigiosos índices internacionales que miden la calidad democrática –los cuales, conviene advertir, hemos de acoger con cierta cautela, pues no todos comparten el mismo concepto de democracia ni emplean criterios e indicadores de medición homogéneos– reflejen un retroceso generalizado de la democracia en los dos últimos años. Así, el informe *Varieties of Democracy 2022* concluye que la democracia en el mundo ha vuelto al nivel de la Guerra Fría¹, mientras que el *Democracy Index 2021* refleja un deterioro generalizado de la calidad de las democracias a nivel mundial debido, principalmente, al impacto negativo de la pandemia². Por lo que se refiere a España, el primero de esos índices la sitúa en uno de sus peores registros del periodo constitucional iniciado en 1978, y en el segundo nuestro país pasa, por primera vez, de ser calificado como «democracia plena» a la categoría de «democracia defectuosa».

¹ Elaborado por el Instituto V-Dem de la Universidad de Gotemburgo, el informe se encuentra disponible en: https://www.v-dem.net/democracy_reports.html

² Elaborado por la revista *The Economist*, el informe se encuentra disponible en: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>

Y es que, a la vista de lo acontecido en nuestro país a raíz de la pandemia, no podemos más que compartir el diagnóstico de Biglino Campos (2020) cuando afirma que

no me parece exagerado afirmar que, desde la entrada en vigor de la Constitución, ningún fenómeno ha tenido un impacto tan intenso sobre nuestro orden constitucional como el que ha generado la necesidad de hacer frente a la covid-19. En estos cuarenta años, nuestro ordenamiento constitucional ha atravesado momentos difíciles [...]. Ahora bien, ni estos ni otros problemas que hemos vivido a lo largo de estas cuatro décadas han tenido un efecto tan horizontal como lo está teniendo la covid-19. Para hablar con propiedad, no es tanto la pandemia como la necesidad de frenarla lo que está generando tantas dificultades (p. 1).

En efecto, la crisis sanitaria derivada de la pandemia del coronavirus –o, mejor dicho, la reacción de los poderes públicos para afrontarla– no solo ha evidenciado algunos de los principales problemas sistémicos de la democracia española (como las debilidades del carácter social del Estado, la corrupción, los serios desajustes de la organización territorial del poder del Estado, la pérdida de funcionalidad de los partidos políticos e instituciones o el importante déficit de medios personales y materiales que arrastra el sistema judicial), sino que ha revelado o agravado otros, entre los que cabe destacar la deficiente confección de nuestro derecho de crisis, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo (paralelo al decaimiento de las funciones parlamentarias legislativa y de control del Gobierno, que ha llegado hasta el extremo de ser aceptado por el propio Parlamento) y la agudización de la deriva presidencialista de nuestra forma de gobierno en detrimento del carácter parlamentario con que la Constitución la define, entre otros.

Pero quizá los problemas más relevantes y controvertidos que, desde la perspectiva del derecho constitucional, ha traído consigo la pandemia –y a cuyo análisis dedicamos la presente investigación– han sido la preterición del Parlamento en momentos cruciales de la gestión de la crisis (de la que la suspensión de su actividad al inicio de la misma y el uso excesivo e indebido del decreto-ley son sus muestras más significativas) y el relativo a la conformidad con la Constitución de las medidas restrictivas de derechos adoptadas para afrontar la emergencia de salud pública provocada por la covid-19, que no solo ha sido cuestionada por diferentes resoluciones judiciales y parte de la academia, sino por el mismo Tribunal Constitucional, que ha llegado a desautorizar las decisiones más significativas de los titulares del poder de excepción (Gobierno de la nación y Congreso de los Diputados)³.

³ (a) La primera declaración del estado de alarma y sus sucesivas prórrogas, declaradas inconstitucionales por suspender derechos fundamentales; (b) la declaración y la prórroga del segundo estado de alarma de ámbito nacional, inconstitucionales por debilitar el control parlamentario; (c) la habilitación de los presidentes autonómicos como «autoridades competentes delegadas» durante el segundo estado de alarma, consideradas inconstitucionales por afectar la pandemia a todo el territorio nacional; (d) la decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados que suspendió los plazos administrativos durante tres

Contendientes desautorizaciones por parte de nuestro Alto Tribunal que contrastan con la posición del resto de tribunales constitucionales de aquellos países de la Unión Europea que también optaron por activar el estado excepcional de menor intensidad que tienen constitucionalizado⁴.

2. El estado de alarma y la suspensión de derechos fundamentales

2.1. Un derecho de excepción mal concebido

El denominado derecho de excepción tiene por objeto conservar el sistema constitucional cuando, debido a circunstancias excepcionales, se pone en peligro el normal funcionamiento de las instituciones y el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. En este sentido, el modelo constitucionalizado español de estados excepcionales representa, pues, el máximo esfuerzo del Estado de derecho por racionalizar la excepción mediante la previsión de una legalidad alternativa que tipifica las emergencias y determina los órganos competentes y las medidas a adoptar. En efecto, en los estados excepcionales previstos en el artículo 116 de la CE (alarma, excepción y sitio) rige una legalidad extraordinaria o alternativa que, sometida a límites constitucionales de carácter formal y sustantivo⁵, reemplaza a la ordinaria –siempre de forma temporal y adecuada a las exigencias de la proporcionalidad–⁶ y altera el régimen jurídico de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Sin embargo, la controvertida Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, que declara inconstitucionales y nulos algunos aspectos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el primer estado de alarma para frenar la covid-19, ha

semanas, declarada inconstitucional por vulnerar el derecho de participación política; (e) y la atribución a los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas de la competencia para autorizar o ratificar las medidas sanitarias generales restrictivas de derechos fundamentales, inconstitucional por tratarse de una competencia ajena por completo a la función jurisdiccional.

⁴ Portugal, Finlandia, Estonia, República Checa, Eslovaquia, Bulgaria y Rumanía. Si bien, en algunos de ellos, sí se desautorizaron algunas medidas: en Francia, se declararon inconstitucionales dos disposiciones de la Ley n.º 2020-546 de prórroga del primer estado de emergencia; en Rumanía, la ordenanza que modificó el régimen sancionador; y en la República Checa, la declaración de un tercer estado eludiendo la prórroga parlamentaria del anterior.

⁵ Sobre los límites y controles de los poderes de excepción *vid.*, por todos, Cruz Villalón (1984) y Garrido López (2021).

⁶ La declaración de cualquiera de los estados excepcionales previstos en el artículo 116 de la CE puede excepcionar o suspender *pro tempore* la aplicación de ciertas leyes y disposiciones con rango de ley (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10.º).

puesto claramente de manifiesto la deficiente confección del derecho de excepción español. Para ilustrarlo debemos comenzar aclarando que, con el fin de hacer frente a las crisis más extremas, la Constitución de 1978 únicamente regula: (a) en el artículo 116 de la CE, los tres tipos de estados excepcionales existentes en nuestros días, la competencia para la declaración y para la prórroga de dichos estados, su duración y la imposibilidad de que pueda interrumpirse el funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado con ocasión de la declaración de estos estados; (b) en el artículo 169 de la CE, la imposibilidad de que se inicie la reforma constitucional durante la vigencia de los mismos; (c) y en el artículo 55.1 de la CE, los derechos que pueden ser objeto de suspensión durante la declaración de cada uno de estos estados (con el estado de alarma no se puede suspender ningún derecho, mientras que con los estados de excepción y de sitio pueden suspenderse los derechos enumerados expresamente en el texto constitucional)⁷.

El resto de las cruciales cuestiones que van ligadas a la declaración de los estados de emergencia (fundamentalmente, los supuestos habilitadores de los mismos y las medidas extraordinarias a adoptar) no se regulan por el texto constitucional, sino por una ley orgánica a la que la Constitución remite. Se trata de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES), que es la que establece –y no el texto constitucional– tanto los presupuestos fácticos necesarios para la declaración de cada uno de los tres estados de emergencia, como las medidas que pueden ser acordadas durante su vigencia, con el límite de la posibilidad de suspender derechos fundamentales (no es posible, insistimos, en el caso del estado de alarma), y, en el caso de que sea admisible esta suspensión (esto es, en los estados de excepción y de sitio), con la precisión de qué concretos derechos podrán ser objeto de la misma (suspensión de derechos prevista directamente, como sabemos, en el art. 55.1 CE)⁸.

Pero la LOEAES trajo consigo un cambio significativo –de consecuencias difíciles de prever entonces– de esta situación, pues a partir del momento de su entrada en vigor se instaura la técnica de los estados de emergencia –en concreto, del estado de alarma– para hacer frente a las epidemias. Ciertamente, a pesar de que los debates constituyentes reflejan la idea de que el diseño de los estados de alarma, de excepción y de sitio no debía ser gradualista, sino que los mismos tenían que servir para hacer frente a tipos de peligros dis-

⁷ Que son prácticamente los mismos, ex artículo 55.1 de la CE, salvo en el caso del previsto en el artículo 17.3 de la CE, que únicamente puede suspenderse en el supuesto de declaración del estado de sitio.

⁸ Explica Álvarez García (2021) a este respecto que «históricamente, esos estados excepcionales –y la suspensión de derechos que conllevaban– estaban previstos solo para las crisis de orden público, mientras que se acudía a la legislación ordinaria de naturaleza sanitaria para hacer frente a las epidemias. El tratamiento de uno y otro tipo de crisis estaba bien diferenciado. Es cierto que, siguiendo el modelo francés, el orden público recogía tradicionalmente los actuales conceptos de seguridad pública, salud pública, tranquilidad pública e, incluso, moralidad pública, pero también es cierto que el concepto de orden público al que se han ligado históricamente los estados excepcionales se circunscribía exclusivamente a su vertiente de seguridad pública» (p. 5).

tintos para la vida del Estado⁹, esta idea finalmente no se recoge en el texto constitucional, sino que se contempla positivamente, por primera vez, en la referida LOEAES.

En efecto, esta ley orgánica prevé que, en caso de crisis de salud pública (dentro de las cuales incluye expresamente las epidemias), el estado de alarma será el adecuado para hacerle frente (art. 4 b). La regulación legal de ese estado incluye algunas medidas específicas para luchar contra las catástrofes de todo tipo que pudiesen aparecer (art. 11), pero no regula medidas sanitarias propiamente dichas, sino que para ello remite de manera abierta a «las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas» (art. 12.1). La inclusión de las epidemias como uno de los supuestos de hecho que habilitan al Gobierno de la nación para la declaración del estado de alarma ha tenido un efecto enrevesado desde un punto de vista jurídico, pues provoca que le sean aplicables los límites constitucionales establecidos para este tipo de estados de emergencia: en los estados de alarma –recordemos de nuevo– no pueden suspenderse derechos fundamentales.

Pero para luchar contra las grandes epidemias es necesario –lo hemos comprobado– suspender derechos fundamentales, al ser imprescindible –al menos en un primer momento– limitar la movilidad ciudadana¹⁰ y evitar aglomeraciones¹¹. Así pues, la inserción por la LOEAES de las epidemias como supuesto de hecho para la declaración del estado de alarma, que *a priori* parecía ofrecer un poder más amplio a las autoridades sanitarias que el ofrecido por la legislación ordinaria para luchar contra estas crisis, se ha mostrado, por el contrario, como una técnica sujeta a unos límites que evidencian su dudosa eficacia¹². Entre las medidas previstas para luchar contra las catástrofes la LOEAES prevé literalmente la de «limitar la circulación o permanencia de personas y de vehículos, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» (art. 11 a), pero nunca habla de suspender la libertad de movimientos, y, por supuesto, no considera en ningún momento la suspensión de la libertad religiosa, del derecho a la intimidad personal o familiar, del derecho a la educación, etc.

Es cierto que, como antes mencionábamos, el artículo 12.1 de la LOEAES remite de manera genérica a la legislación existente para hacer frente a las epidemias. Y aunque no existe en nuestro ordenamiento –como sí ocurre en países de nuestro entorno– ninguna ley específica «antipandemias», diversos preceptos permiten la adopción de medidas sani-

⁹ Así sucedía con el diseño de las situaciones de emergencia en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

¹⁰ Lo que afecta irremediablemente a la libertad de circulación ex artículo 19 de la CE.

¹¹ Lo que incide de manera determinante sobre, al menos, la libertad de culto, la intimidad familiar, el derecho de reunión, el derecho de manifestación, el derecho a la educación o la libertad de empresa.

¹² Este error insospechado pudo tener su origen, según Álvarez García (2021, p. 7), en la idea de que las grandes epidemias ya habían desaparecido de la realidad del mundo desarrollado (entre el que se encontraba España) gracias al desarrollo científico y sanitario; o a la idea de que la lucha histórica contra las grandes epidemias se había hecho no tanto con medidas para todo el Estado, sino localizadas territorialmente (dado que los niveles de movilidad eran más limitados), y que, naturalmente, nunca se había confinado a la población entera del país en sus casas.

tarias, bien tipificando medidas específicas (como el art. 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad y el art. 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública), bien a través de la cláusula general contenida en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP), la cual habilita a las autoridades sanitarias para la adopción de las medidas de esta naturaleza que sean necesarias para hacer frente a una epidemia («...así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», dice literalmente), cláusula sobre cuyo alcance tendremos ocasión de pronunciarnos en el apartado dedicado a las restricciones de derechos impuestas por las comunidades autónomas.

2.2. La controvertida STC 148/2021, de 14 de julio

Como ya adelantamos, la defectuosa confección de nuestro derecho de excepción arriba descrita explica, en gran medida, el sentido de la controvertida STC 148/2021, de 14 de julio, donde el Alto Tribunal examina el problema del ajuste a la Constitución de la primera declaración del estado de alarma para hacer frente al coronavirus, que se efectuó mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (norma con valor de ley a pesar de su forma jurídica)¹³, que acordó una serie de contundentes medidas para hacer frente a esta crisis sanitaria, entre las que se destacó el confinamiento general del conjunto de la población residente en España, con algunas salvedades previstas en esta misma disposición gubernamental de necesidad. Como es sabido, la sentencia concluye que tal confinamiento constituyó realmente una suspensión de la libertad de circulación ex artículo 19 de la CE, no una mera restricción, razón por la cual, y a pesar de que el estado constitucional de emergencia previsto por la literalidad de la LOEAES para luchar contra las epidemias es el de alarma (art. 4 b), considera que lo procedente era declarar el estado de excepción, que sí permite suspender la libertad de circulación¹⁴. Para ello, la sentencia amplía el concepto de orden público, pues son las graves alteraciones de este las que justifican la declaración del estado de excepción (art. 13.1 LOEAES)¹⁵.

¹³ El Tribunal Constitucional, tanto en su Auto 7/2012, de 13 de enero, como en su Sentencia 83/2016, de 28 de abril (resoluciones dictadas a propósito del estado de alarma declarado por el Gobierno mediante Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, como respuesta al cierre del espacio aéreo español como consecuencia del abandono de sus puestos de trabajo por los controladores civiles de tránsito aéreo, y que fue prorrogado por el plazo de un mes por el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre), concluyó que tanto la declaración del estado de alarma como el acto de autorización parlamentaria de su prórroga (así como el de la declaración y prórroga del de excepción o el acto parlamentario de declaración del estado de sitio) son decisiones con rango o valor de ley.

¹⁴ La sentencia declara inconstitucionales y nulos los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 y los términos «modificar, ampliar o» del apartado 6 del artículo 10 (en la redacción resultante del art. único, 2, del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el Real Decreto 463/2020).

¹⁵ Artículo 13.1 de la LOEAES: «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el

Pues bien, aun aceptando que el artículo 13 de la LOEAES maneje un amplio concepto de orden público como el propuesto por la sentencia, se plantean algunas cuestiones jurídicas problemáticas en relación con las limitaciones de derechos fundamentales propiciadas por el Real Decreto 463/2020, de entre las que cabe destacar dos:

- a) En primer lugar, la sentencia, en efecto, considera que hay una suspensión de la libertad de circulación *ex* artículo 19 de la CE, constitucionalmente inadmisibles con base en el estado de alarma. Pero, si esto es así, no se explica cómo es posible que no se vean suspendidos otros derechos fundamentales como la libertad de culto, el derecho a la educación, el derecho de reunión, el derecho de manifestación, el derecho al trabajo o la libertad de empresa¹⁶, cuando la movilidad es presupuesto esencial de todos ellos.
- b) Y, en segundo término, la sentencia considera que el confinamiento total es contrario al artículo 19 de la CE, porque supone una suspensión de la libertad de circulación, y que el estado de excepción sí permite esta suspensión. El problema viene cuando, poco después, la decisión constitucional indica que (FJ 5.º): «Adicionalmente, tal vaciamiento de este derecho comporta, como insoslayable corolario, la amputación material de la posibilidad, constitucionalmente protegida por el juego combinado de los arts. 21.1 y 18 CE, de mantener reuniones privadas, por razones familiares o de amistad, incluso en la esfera doméstica». O dicho en otros términos, el confinamiento también es contrario al artículo 18 de la CE (debe entenderse que al art. 18.1 CE, esto es, al derecho a la intimidad personal y familiar). Y es aquí donde hallamos un problema irresoluble: el artículo 18.1 de la CE no es un derecho que pueda ser objeto de suspensión ni con la aplicación del estado de excepción (ni siquiera con el estado de sitio).

Es conocido que el Tribunal Constitucional estuvo muy dividido a la hora de dictar la sentencia: seis magistrados apoyaron el fallo y cinco formularon votos particulares. Las opiniones discrepantes se centran en dos argumentos principales que, en última instancia, tienden a justificar que el confinamiento total de la población decretado por el estado de alarma no supone una suspensión de la libertad de circulación *ex* artículo 19 de la CE, argumentos contra los que también cabe oponer serias objeciones. Así, los magistrados discrepantes alegan en primer término que la suspensión de derechos requiere una declaración explícita

ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción».

¹⁶ Si bien, en puridad, la Constitución no incluye el derecho al trabajo (art. 35 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE) entre los derechos fundamentales (reconocidos en la sección 1.ª del capítulo segundo del título I, «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», arts. 15 a 29), sino en la sección 2.ª («De los derechos y deberes de los ciudadanos», arts. 30 a 38).

ta. Pero este razonamiento, por un lado, no es aplicable para el estado de alarma, porque en él no se pueden suspender derechos fundamentales; y, por otro, es indiscutible que *de facto* también se pueden suspender derechos –como el reconocido por el art. 19 CE– aunque no se haya declarado expresamente por el real decreto de declaración del estado de alarma (por la sencilla razón de que esta norma de necesidad no puede hacerlo). Conveniremos en que no tendría mucho sentido no poder controlar si hay o no una auténtica suspensión de derechos en una norma por el mero hecho de que el Gobierno de la nación no haya hecho una declaración expresa en esta dirección¹⁷.

Como segundo argumento los discrepantes aducen¹⁸ que la medida del confinamiento de la población no sería una suspensión de la libertad de circulación, sino una restricción, y que entre la técnica de la restricción y de la suspensión no hay una relación de grado o intensidad (como sostiene el razonamiento jurídico mayoritario), sino que restricción de derechos y suspensión de derechos son realmente técnicas distintas que se aplican a supuestos de hecho distintos. Pero ni en la Constitución ni en el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico existe un apoyo sólido para este argumento, pues es el propio texto constitucional el que se preocupa por establecer las limitaciones máximas de derechos fundamentales para las crisis más graves (excepción y sitio) en el artículo 55.1 de la CE, y el juego de la Constitución y de la LOEAES permite unas restricciones mayores para luchar contra las crisis de orden público (en los estados de excepción y de sitio) que para las epidemias y catástrofes naturales (en el estado de alarma).

En definitiva, nuestro actual derecho de excepción está jerarquizado en virtud del rango de las normas que lo regulan y de las medidas que se permite adoptar. En el nivel inferior se sitúa la legislación ordinaria, conformada –según la naturaleza de la crisis– por la normativa de protección civil, de seguridad nacional y de salud pública. Esta normativa no permite, en ningún caso, la suspensión de derechos fundamentales. En el nivel superior se encuentra el derecho constitucional de excepción, que a su vez está estratificado en función de sus efectos sobre los derechos fundamentales: el estado de alarma, que no permite la suspensión de derechos fundamentales; el estado de excepción, que permite la suspensión de ciertos derechos fundamentales previstos en el artículo 55.1 de la CE; y el estado de sitio, que permite una mayor suspensión de derechos fundamentales. Por todo ello, acierta Álvarez García (2021) cuando dice que:

¹⁷ Pues ello permitiría al Ejecutivo, tan solo con no declarar esta suspensión, eludir el control por el Tribunal Constitucional de los excesos sobre las máximas restricciones admitidas por nuestro ordenamiento constitucional.

¹⁸ Asimismo alegan –esta vez con más razón, a nuestro juicio– que el estado de alarma es el único instituido para hacer frente a las crisis máximas de salud pública, y que las epidemias constituyen una de las causas para su activación, como así hizo efectivamente el Gobierno, y no graves alteraciones del orden público que habrían permitido la declaración del estado de excepción, como sostiene la tesis sostenida por la mayoría de magistrados.

El problema que debían resolver los magistrados constitucionales en su enjuiciamiento de este primer estado de alarma se parece al de lograr la cuadratura del círculo, pues ambas tesis (la mayoritaria y la de los votos particulares) tienen que forzar nuestro derecho positivo de necesidad. La posición mayoritaria fuerza el tenor de la regulación de los supuestos de hecho habilitantes de los poderes de necesidad (esto es, los arts. 4 y 13 LOEAES); y las dos posiciones –mayoritaria y minoritaria– fuerzan el art. 55.1 CE, que es el que, de verdad, va a plantear problemas en el diseño duradero de un derecho de crisis apropiado para la lucha contra las pandemias (p. 17).

En cualquier caso, y con independencia de los legítimos disentimientos con los argumentos esgrimidos por la sentencia (o por sus votos particulares), resulta del todo inaceptable –a la par que incomprensible, pues aquella no cuestiona en ningún momento la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, sino su marco jurídico– la desairada reacción del Gobierno contra la misma¹⁹, reacción que se encuadra en una lamentable tendencia gubernamental –acentuada desde la pandemia– a verter gruesas críticas contra decisiones de tribunales que no son de su agrado en detrimento del necesario respeto institucional que debe primar en toda democracia seria²⁰.

Cuestión distinta es la vehemente denuncia –casi unánime entre los juristas y a la que desde aquí nos adherimos– de los clamorosos retrasos que sufren las sentencias del Tribunal Constitucional y que las convierten, en casos como el que nos ocupa, en meras declaraciones formales con una eficacia práctica muy limitada²¹, razón por la cual urge una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que se establezcan plazos máximos de resolución –sumarios e ineludibles– en determinados supuestos (especialmente los relacionados con la estructura básica del Estado o la eficacia de los derechos fundamentales).

¹⁹ El Gobierno magnificó la división del Alto Tribunal al adoptar su decisión; la ministra de Justicia, Pilar Llop, expresó en una rueda de prensa su «sorpresa por el carácter inédito» del fallo, que la ministra de Defensa, Margarita Robles, calificó de mera «elucubración doctrinal»; y el portavoz de Unidas Podemos (partido, recordemos, de gobierno) en el Congreso, Pablo Echenique, declaró lo siguiente: «Ya puestos, que se cambien directamente el nombre a Tribunal Voxtitucional y se presenten a las elecciones». *Vid.* «Así ha valorado la ministra de Justicia, Pilar Llop, el fallo del TC sobre el estado de alarma» (14/07/2021). Antena 3 Noticias; y «Podemos llama Voxtitucional al Constitucional por tumbar el estado de alarma y le sugiere presentarse a las elecciones» (14/07/2021). *elDiario.es*.

²⁰ Incluso las asociaciones de jueces de España (Asociación Profesional de la Magistratura, Asociación Judicial Francisco de Vitoria, Juezas y Jueces para la Democracia y Foro Judicial Independiente) se unieron para pedir a los políticos en un comunicado conjunto que en sus críticas a las resoluciones judiciales no incurran en descalificaciones personales a los magistrados, como viene siendo habitual en los últimos tiempos. *Vid.* «Los jueces se unen para exigir a los políticos que eviten las descalificaciones personales a los magistrados» (15/11/2021). Agencia EFE.

²¹ Paradigma de este bochornoso retraso es el recurso de inconstitucionalidad presentado por diputados del PP contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (conocida como ley del aborto o ley de plazos), que va a ser resuelto más de 12 años después (según nota informativa del TC de 9 de febrero de 2023).

3. Las restricciones de derechos acordadas por las comunidades autónomas al amparo de la legislación sanitaria

Tras la declaración del primer estado de alarma se produjo una centralización de las competencias y de la toma de decisiones: la única autoridad competente era el Gobierno, y el presidente y los ministros de Interior, Defensa, Sanidad y Transportes podían dar órdenes e instrucciones a los funcionarios y agentes de todas las Administraciones públicas. Como señaló Tajadura Tejada (20 de marzo de 2022): «El decreto no supone invasión de competencias autonómicas, sino suspensión temporal –y limitada a ciertos ámbitos– del sistema de distribución competencial». En este periodo hubo, no obstante, una diferente participación de las comunidades autónomas a través de la Conferencia de Presidentes²² y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud²³, aunque en ambos casos las reuniones tuvieron un carácter meramente informativo²⁴.

Ahora bien, ya con anterioridad a este periodo²⁵ y, sobre todo, a partir del 21 de junio de 2020²⁶, son las comunidades autónomas las que, al margen del ejercicio por el Estado de sus competencias de coordinación, adquieren el protagonismo en la gestión de la crisis sanitaria. Tanto es así que ya durante la última prórroga de ese primer estado de alarma²⁷ se permite, por vez primera, que las autoridades delegadas sean los presidentes autonómicos, cambio sustancial que servirá de pauta en la tercera fase de la gestión de la pandemia, pese a ser claramente contrario a la Constitución, como declaró la STC 183/2021, de 27 de octubre²⁸, por contravenir lo dispuesto en el artículo 7 de la LOEAES (según el cual un pre-

²² Que, si desde su creación el 28 de octubre de 2004 hasta 2017 celebró seis reuniones, durante esta primera fase de la pandemia se reunió con carácter extraordinario en catorce ocasiones. Vid. García-Escudero Márquez, P.: «Crisis sanitaria y modelo autonómico», en Tudela Aranda, J. (Coord.), *Estado Autonómico y Covid-19: Un ensayo de valoración general*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2021, p. 114.

²³ Desde el 14 de marzo hasta principios de mayo de 2020 se celebraron 14 reuniones del CISNS.

²⁴ A partir del «Plan de Desescalada» (aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril) y de la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad, se dio más participación a las comunidades autónomas, aunque las decisiones seguían estando en manos del Gobierno.

²⁵ Por ejemplo, por Orden de 24 de febrero de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias se inmovilizaron los clientes de un hotel en Tenerife en el que se diagnosticó un caso positivo de covid-19; y por Orden de 9 de marzo de la Consejería de Sanidad de Madrid se suspendió toda la actividad lectiva en los centros de enseñanza (le seguirían La Rioja el 11 de marzo y, a partir del 13 de marzo, la práctica totalidad de las comunidades autónomas).

²⁶ Día en el que finalizó la sexta prórroga del primer estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. A partir de ese momento comenzó lo que se conoció como «cogobernanza», que en la práctica dejó en manos de las autoridades sanitarias autonómicas las medidas específicas a tomar, con fundamento en la legislación sanitaria vigente.

²⁷ Decretada por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio.

²⁸ A esta sentencia nos referimos más adelante.

sidente autonómico solo podrá ser autoridad delegada en el estado de alarma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de su comunidad, supuesto que no se ha dado en ningún momento), además de privar al Congreso de los Diputados de su función fiscalizadora (los presidentes de las comunidades autónomas no están sujetos al control político de la Cámara Baja, sino al de las asambleas legislativas respectivas), quebrando, así, el sistema de garantías políticas previsto en el derecho de crisis.

3.1. El discutido alcance de la cláusula general prevista en el artículo 3 de la LOMESP

Durante el periodo comprendido entre el 21 de junio y el 25 de octubre de 2020 deja de estar vigente el estado de alarma. En previsión de ello, el Gobierno aprueba el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, que establece medidas de prevención y protección de aplicación en todo el ámbito nacional²⁹ y refuerza la coordinación estatal en materia sanitaria (al introducir la figura de la «declaración de actuaciones coordinadas en salud pública», de la que se hace uso, por primera vez, a mediados de agosto)³⁰, pero deja un amplio margen de maniobra a los gobiernos autonómicos.

Ciertamente, estos no se limitan a adoptar medidas restrictivas de derechos no reservados a ley orgánica (como limitaciones de aforos, desinfección, horarios, distancias, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas e instalaciones o intervención de medios materiales y personales, que afectan fundamentalmente al derecho de propiedad y a la libertad de empresa)³¹, sino que acuerdan limitaciones generalizadas de derechos fundamentales (singularmente de la libertad de circulación, como los llamados cierres perimetrales –desde un barrio o una zona de salud a una región entera– o los confinamientos domiciliarios nocturnos, vulgarmente conocidos como «toques de queda») al amparo, fundamentalmente, del artículo 3 de la LOMESP (que ya sabemos habilita a las autoridades sanitarias para la adopción de las medidas «que se consideren necesarias en caso de riesgo de ca-

²⁹ Como son el uso obligatorio de mascarillas o la adopción de determinadas medidas de prevención en el entorno de trabajo o en los distintos establecimientos.

³⁰ En el ámbito sanitario, la competencia de coordinación estatal, de acuerdo con el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (modificado por Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio) es una competencia sustancial que permite al Ministerio de Sanidad tomar decisiones –«declaración de actuaciones coordinadas»– en materias de competencia autonómica, bien unilateralmente en casos de urgente necesidad, bien previa propuesta mayoritaria de las comunidades autónomas en el seno del CISNS. En este marco se establecieron a nivel nacional medidas de control del ocio nocturno (14 de agosto), sobre el inicio del curso escolar (27 de agosto) y sobre vacunación o coordinación con entidades locales (9 de septiembre). *Vid.* Quadra-Salcedo Janini (2020, p. 64).

³¹ Al amparo de los artículos 26.1 de la LGS y 54.2 de la LGSP, así como de la legislación autonómica correspondiente.

rácter transmisible»). Se genera, así, un escenario un tanto caótico, pues a las numerosas normas específicas en cada autonomía se sumó la disparidad de criterios de los juzgados de lo contencioso-administrativo que, conforme al artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), debieron autorizar o ratificar –o no– las medidas que fueron tomando las autoridades sanitarias.

Pero, ¿cuál es el alcance de esa cláusula general?

Para un sector doctrinal (fundamentalmente «administrativista»)³² la LOMESP habilita a las autoridades sanitarias para limitar los derechos fundamentales de colectivos indeterminados de personas, aceptando que aquellas puedan decretar, incluso, el confinamiento de la totalidad de una población. Criterio este que han adoptado la mayor parte de los tribunales superiores de justicia³³ (si bien algunos no lo consideraron así)³⁴, al igual que el Tribunal Supremo cuando ha zanjado la cuestión desde el punto de vista jurisprudencial³⁵.

Alega para ello el Supremo que según la jurisprudencia constitucional la reserva ex artículo 81 de la CE a la ley orgánica del desarrollo de los derechos fundamentales no supone el reconocimiento a la Administración estatal de un monopolio para limitar dichos derechos, de manera que las leyes ordinarias –tanto las del Estado como las que, dentro de su competencia, dicten las comunidades autónomas– pueden establecer limitaciones puntuales

³² *Vid.*, por todos, Velasco-Caballero (2020, pp. 78-87) y Doménech Pascual (2021, pp. 345-411).

³³ Aunque en algunos casos no autorizan las medidas propuestas por no superar el test de proporcionalidad. Como muestra (por orden cronológico de la resolución): Navarra (Auto 170/2020, de 22 de octubre, avalando el cierre perimetral); La Rioja (Auto 97/2020, de 24 de octubre, también sobre cierre perimetral); Valencia (Autos 142/2020, de 27 de octubre, y 173/2021, avalando confinamiento nocturno); Baleares (Auto 152/2021, de 7 de mayo, sobre confinamiento nocturno); Madrid (Autos 93/2021, de 7 de mayo; 97/2021, de 13 de mayo, o 98/2021, de 14 de mayo, que avalan los cierres perimetrales de diversas zonas básicas de salud); Canarias (Auto de 9 de mayo de 2021, que no ratificó confinamiento nocturno y prohibición de entrada y salida en las islas, por falta de proporcionalidad, pero avaló otras medidas); Extremadura (Autos 54/2021, 55/2021 y 56/2021, de 10 de mayo, avalando cierres perimetrales); Andalucía (Autos de 11 y de 14 de mayo que avalan el cierre de ciertos municipios); Cantabria (Auto 117/2021, de 17 de julio, autorizando limitaciones a la circulación en algunas zonas); Cataluña (Auto 348/2021, de 29 de julio, avalando diversas medidas); Murcia (Auto 286/2021, de 29 de julio); Asturias (Auto de 31 de julio de 2021, denegando confinamiento nocturno por no superar el test de proporcionalidad, pero avalando la limitación de reuniones sociales en horario nocturno); Galicia (Auto 286/2021, de 23 de octubre, ratificando cierres perimetrales).

³⁴ Así, el TSJ de Aragón (por ejemplo, el Auto 89/2020, de 10 de octubre, que no ratificó el cierre de un municipio); el de Castilla y León (así, Auto 273/2020, de 25 de octubre; que tampoco ratifica un cierre perimetral); el del País Vasco (Auto 32/2020, de 22 de octubre, y Auto 21/2021, de 7 de mayo); el de Castilla-La Mancha (Auto 481/2021, de 11 de mayo); y el Andalucía en su sede de Granada, pues la de Sevilla sí considera habilitación suficiente el artículo 3 (Autos de 10 y 14 de mayo de 2021 y 284/2021, de 21 de mayo). En el Auto 21/2021, de 7 de mayo, FJ 5.º, el TSJ del País Vasco concluye que «en definitiva, nuestro actual ordenamiento jurídico no permite que las comunidades autónomas puedan acordar, fuera del estado de alarma, medidas restrictivas de derechos fundamentales con carácter general no individualizado».

³⁵ SSTS 719/2021, de 24 de mayo, y 788/2021, de 3 de junio.

de derechos fundamentales, siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos³⁶. Para el Tribunal Supremo nada impide, por tanto, que sean las autoridades autonómicas –o, incluso, las locales– las que, de acuerdo con la distribución de competencias establecida en el bloque de la constitucionalidad, adopten –en todo caso sometidas al principio de proporcionalidad–³⁷ las concretas medidas restrictivas de derechos y libertades a las que habilita, en su caso, una concreta ley orgánica (en este caso, la LOMESP) en una situación de crisis sanitaria.

Para otro sector doctrinal (en su mayoría «constitucionalista»)³⁸, cuya tesis compartimos, dicha interpretación no cumple, sin embargo, con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para permitir una acción gubernamental de limitación de derechos generalizada, según la cual un derecho fundamental puede ser restringido por medio de la ley solo cuando ello responda a un fin de interés general y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten, además, el principio de proporcionalidad. Así, si la ley que restringe el derecho carece de la precisión necesaria, declara el Tribunal Constitucional que:

No solo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho, sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio³⁹.

Es patente que la LOMESP ni especifica el derecho fundamental que puede ser restringido por las autoridades sanitarias, ni, por supuesto, las condiciones y garantías de esa limitación, de manera que, desde nuestro punto de vista, la LOMESP solo habilita a las autoridades sanitarias para adoptar, bien medidas de salud pública restrictivas de derechos fundamentales referidas a individuos o grupos individualizables de personas (en particular, enfermos o sus contactos)⁴⁰, bien medidas generales (es decir, cuyos destinatarios no estén identificados individualmente) que afecten superficialmente a derechos no reservados a ley orgánica.

³⁶ La STS menciona varias sentencias del TC: STC 76/2019, STC 86/2017 y STC 49/1999.

³⁷ Según el TC, la medida ha de superar el triple juicio de proporcionalidad: (a) si la medida es susceptible de conseguir objetivo propuesto (*juicio de idoneidad*); (b) si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (*juicio de necesidad*); (c) y si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*). *Vid.*, entre otras, STC 37/1998, FJ 8.º; STC 14/2003, FJ 9.º, y STC 39/2016, FJ 5.º

³⁸ *Vid.*, por todos, Tajadura Tejada (2021, pp. 137-175) y Sáenz Royo (2021, pp. 375-398).

³⁹ *Vid.*, por todas, la STC 104/2000, FJ 7.º

⁴⁰ Siempre, eso sí, que respeten la legislación básica estatal, pues estas medidas de salud pública que suponen limitaciones a derechos no reservados a ley orgánica están previstas legalmente en los artículos

En consecuencia, consideramos que las limitaciones de derechos fundamentales establecidas, tanto por los decretos a los que se refiere el artículo 8.2 de la LOEAES⁴¹ (que, a diferencia de lo que ocurre con los de declaración y prórroga del estado de alarma, no tienen fuerza de ley y, por tanto, no pueden modificar o ampliar las limitaciones de derechos establecidas en aquéllos)⁴², como por el reguero de normas con rango de ley ordinaria (en especial, decretos-leyes)⁴³ y reglamentarias (decretos y órdenes)⁴⁴ dictadas –con la finalidad legítima de frenar la expansión de la covid-19– en periodos en que no ha estado en vigor ningún estado de alarma, han incurrido en un manifiesto vicio de inconstitucionalidad al violar los principios de reserva de ley y de seguridad jurídica. Como también lo hacen, a nuestro entender y por la misma razón, las normas de ámbito autonómico que han exigido el popularmente conocido como «pasaporte covid»⁴⁵ o han tratado de imponer la vacunación obligatoria⁴⁶.

26 de la LGS y 54 de la LGSP, aprobadas por las Cortes en virtud su competencia legislativa básica (art. 149.1.16 CE). Además, como ya sabemos, en virtud de la competencia estatal de coordinación sanitaria el Ministerio de Sanidad podría tomar decisiones sobre estas cuestiones de alcance nacional –«declaración de actuaciones coordinadas»– unilateralmente en casos de urgente necesidad o previa propuesta mayoritaria de las comunidades autónomas en el seno del CISNS. Así se deduce de los artículos 151.2 a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁴¹ Artículo 8.2 de la LOEAES: «El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con este».

⁴² Por ejemplo, el RD 465/2020 introdujo modificaciones en el RD 463/2020.

⁴³ A título de muestra, el Decreto-ley catalán 7/2020, de 13 de julio, por el que se establecen varias reglas para el ejercicio de la potestad prevista en el artículo 3 de la LOMESP, dictado con el fin de sortear el veto de la jurisdicción contenciosa, que poco antes había denegado la ratificación de las medidas establecidas por la Generalidad (confinamientos generales) a la comarca del Sagrjá.

⁴⁴ Y no solo autonómicas, sino también estatales. Por ejemplo, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, referido en el texto, que dio cobertura legal a la obligatoriedad del uso de mascarillas y donde se estableció la distancia de seguridad (1,5 metros) para centros docentes, establecimientos hosteleros y otras actividades.

⁴⁵ Se denomina «pasaporte covid» a la exigencia a la población del certificado digital de la Unión Europea (QR), que acredita tener la pauta vacunal completa, haber pasado la enfermedad en el último medio año o haber dado negativo en una prueba PCR en las 72 horas anteriores (o 48 horas si se trata de un test de antígenos), para permitir el acceso a determinados establecimientos (residencias de ancianos, gimnasios, centros deportivos, locales de ocio y hostelería con cierto aforo, etc.). La mayoría de las comunidades autónomas (salvo Madrid, Extremadura, Castilla-La Mancha y Castilla y León) exigieron el «pasaporte covid» a partir del otoño de 2021 (mediante órdenes de sus consejerías de salud), con respuesta dispar por parte de las correspondientes salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, si bien el Tribunal Supremo –en diversas resoluciones y con determinadas condiciones– acabó avalándolo.

⁴⁶ Así, la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia prevé en su artículo 38 la imposición de la vacunación obligatoria. Contra esta ley el Gobierno interpuso un recurso de inconstitucionalidad el 30 marzo de 2021, que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 20 de abril, suspendiendo la misma a petición del Ejecutivo. No obstante, el Gobierno decidió retirar el recurso tras alcanzar un acuerdo con la comunidad para incluir el carácter «voluntario»

3.2. La cuestionada competencia de autorización judicial de las medidas sanitarias de carácter general

Una vez finalizado el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para afrontar la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19⁴⁷, las comunidades autónomas recuperaron en su totalidad sus competencias sanitarias y procedieron a aprobar disposiciones generales⁴⁸ en las que se adoptaron medidas sanitarias que implicaron la restricción –cuando no privación– de derechos fundamentales. Asimismo, las autoridades autonómicas, invocando el artículo 8.6 de la LJCA, procedieron a solicitar de los juzgados de lo contencioso-administrativo la autorización o ratificación de tales medidas, lo que provocó pronunciamientos dispares de estos juzgados (que en unos casos ratificaron las medidas de salud pública adoptadas por las autoridades autonómicas, y en otros las denegaron). Ello propició la reforma del artículo 8.6 de la LJCA por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que también modificó los artículos 10.8 y 11.1 i) de la LJCA⁴⁹.

En efecto, la referida disposición de la Ley 3/2020 reordenó la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sobre autorizaciones de medidas sanitarias que afectasen a derechos fundamentales, atribuyendo a los juzgados de lo contencioso-administrativo la competencia para conocer de la autorización o ratificación de las medidas sanitarias privativas o restrictivas de derechos fundamentales «plasmadas en actos administrativos singulares»; y a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia la de conocer de la autorización o ratificación judicial de las disposiciones sanitarias urgentes que limitan o restringen derechos fundamentales con alcance general, es decir, «cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente»⁵⁰. Así pues, esta reforma legal otorgó cobertura normativa a la referida práctica de las comunidades autó-

de inmunizarse. *Vid.* «El Gobierno retirará el recurso a la ley de Galicia que permitía la vacunación obligatoria» (28/07/2021). *El País*.

⁴⁷ Que resultó prorrogado hasta en 6 ocasiones por periodos de 15 días.

⁴⁸ Dictadas, bien de los consejeros autonómicos de salud, bien de los gobiernos autonómicos.

⁴⁹ Como esta reforma no preveía que las resoluciones que pudieran dictar las correspondientes salas del orden contencioso-administrativo (de los tribunales superiores de justicia o de la Audiencia Nacional) en aplicación de los artículos 10.8 y 11.1 i) de la LJCA pudieran ser recurribles en casación, fue el artículo 15 del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional a aplicar tras la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, la norma que estableció que esos autos son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, modificando al efecto los artículos 87, 87 ter y 122 quáter de la LJCA.

⁵⁰ Y declara competente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional si esas disposiciones generales emanan de las autoridades estatales (art. 11.1.i LJCA).

nomas, tras la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 21/2020, de solicitar a la jurisdicción contencioso-administrativa la autorización o ratificación⁵¹ de disposiciones de sus gobiernos en las que se adoptaban medidas sanitarias generales (esto es, cuyos destinatarios no están identificados individualmente) que comportaban la privación o restricción de derechos fundamentales⁵².

Sin embargo, la STC 70/2022, de 2 de junio, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el artículo 10.8 de la LJCA, ha declarado inconstitucional dicho artículo⁵³ porque (FJ 6.º)

quebranta el principio constitucional de separación de poderes, al atribuir esa norma a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo funciones ajenas a su cometido constitucional (arts. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución (y los respectivos estatutos de autonomía) atribuye al Poder Ejecutivo (art. 97 CE), sin condicionarla al complemento o autorización de los jueces o tribunales para entrar en vigor y desplegar eficacia,

⁵¹ En cuanto a la diferencia entre autorización y ratificación, explica la STC 70/2022, de 2 de junio (FJ 2.º) que «si bien la Ley 3/2020 utiliza los términos autorización o ratificación como sinónimos, en rigor se trata de técnicas diferentes, pues la autorización es previa a la actuación de la administración pública, mientras que la ratificación es posterior. En realidad, la diferenciación entre la autorización (intervención judicial *ex ante*) y la ratificación (intervención judicial *ex post*) cobra pleno sentido cuando se trata de medidas administrativas singulares para la protección de la salud pública que afectan a derechos de los destinatarios, en el marco del art. 8.6 LJCA: como regla, la administración debe solicitar autorización al juez para realizar una determinada actuación (la autorización habilita para llevar a cabo esa actuación), mas, en caso de urgencia, la administración adoptará la medida e inmediatamente solicitará al juez que la ratifique (la ratificación judicial hace posible que la medida siga aplicándose, perdiendo su eficacia si no es ratificada). Por el contrario, cuando se trata de medidas generales, esto es, aquellas cuyos destinatarios no están identificados individualmente, lo que se establece en el art. 10.8 LJCA, así como en el art. 11.1 i) LJCA, es, propiamente hablando, un régimen de autorización judicial: la aprobación del órgano judicial competente es condición previa y necesaria para la eficacia de las medidas generales que la administración pública pretende aplicar por razones de protección de la salud pública».

⁵² La Ley 3/2020 también introdujo algunas reglas para la tramitación de este novedoso procedimiento de autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias generales que impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales: solo puede promoverlo la administración pública que pretende obtener la autorización o ratificación judicial y únicamente el Ministerio Fiscal está llamado a intervenir en él. El procedimiento se caracteriza por su tramitación preferente, por los brevísimos plazos en que ha de sustanciarse (debe resolverse, por auto, en un plazo máximo de tres días naturales), por carecer de naturaleza contradictoria (ya que no hay en él partes enfrentadas) y por limitarse la cognición a la que da lugar a resolver si procede la autorización o ratificación judicial de tales medidas.

⁵³ La sentencia también declara inconstitucionales, por conexión o consecuencia, el artículo 11.1 i) de la LJCA (que atribuye la competencia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional cuando las disposiciones generales emanan de las autoridades estatales) y el inciso «10.8 y 11.1 i)» del artículo 122 quáter de la LJCA.

bastando para ello la publicación en el correspondiente diario oficial. La potestad reglamentaria se atribuye por la Constitución (y por los estatutos de autonomía, en su caso) al Poder Ejecutivo de forma exclusiva y excluyente, por lo que no cabe que el legislador la convierta en una potestad compartida con el Poder Judicial, lo que sucede si se sujeta la aplicación de las normas reglamentarias al requisito previo de la autorización judicial.

Argumenta también el Alto Tribunal que:

la autorización judicial de las disposiciones administrativas generales dictadas para la protección de la salud pública que establece el precepto cuestionado implica decisivamente a los tribunales de justicia en la puesta en marcha de medidas de política sanitaria y produce una inconstitucional confusión de las funciones ejecutiva y judicial, que despoja al Poder Ejecutivo de la potestad reglamentaria que tiene constitucionalmente atribuida (art. 97 CE) y al mismo tiempo compromete la independencia del Poder Judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE), al hacerle corresponsable de la decisión política que solo al Poder Ejecutivo corresponde. Además, impide o dificulta la exigencia de responsabilidades jurídicas y políticas a las autoridades administrativas, vulnerando así el principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), directamente relacionado con el principio de separación de poderes, como ya se dijo, así como el pleno control judicial de las administraciones públicas previsto por la Constitución (arts. 106.1, 117.3 y 153.c CE) [...]. En suma, la autorización judicial de las medidas sanitarias de alcance general prevista en el cuestionado art. 10.8 LJCA, que además no tiene respaldo en ninguna ley sustantiva, provoca una reprochable confusión entre las funciones propias del Poder Ejecutivo y las de los tribunales de justicia, que menoscaba tanto la potestad reglamentaria como la independencia y reserva de jurisdicción del Poder Judicial, contradiciendo así el principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho (arts. 1.1, 97, 106.1 y 117 CE).

Esta sentencia incluye un voto particular conjunto⁵⁴ con algunas de cuyas consideraciones jurídicas coincidimos. Así, compartimos con el mismo su discrepancia de la conclusión que la sentencia alcanza respecto de la existencia de un modelo constitucional único de control judicial de la Administración (control que –según se dice– ha de producirse solo *ex post*, de modo que a los órganos judiciales corresponde exclusivamente una función revisora de la actuación del Ejecutivo), puesto que del artículo 106.1 de la CE, que ordena a los tribunales controlar «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican», no se deriva una regla que impida al legislador democrático configurar distintos posibles modelos de justicia administrativa, incluyendo mecanismos complementarios de control *ex ante* cuando ello sea necesario para

⁵⁴ Formulado por cuatro magistrados.

reforzar la tutela judicial y el control del ejecutivo en contextos determinados, ponderando, eso sí, el impacto que ello pueda tener sobre otras exigencias de rango constitucional.

La sentencia califica al mecanismo de autorización judicial cuestionado como manifestación de un fenómeno de «ejercicio compartido» de la potestad reglamentaria, de modo tal que, al regularlo, el legislador habría optado por la solución de que todas las medidas sanitarias generales que puedan suponer una injerencia en un derecho fundamental deban contar con la intervención de la voluntad de dos poderes, el ejecutivo y el judicial, para su entrada en vigor y aplicación, de suerte que la autorización o ratificación judicial es un instrumento para perfeccionar y otorgar eficacia a esas disposiciones generales en materia de salud pública, lo que supone despojar al poder ejecutivo de su potestad reglamentaria. Pero ignora la sentencia que el mecanismo de control previo diseñado por el legislador se limita a asignar a los jueces la función de verificar el correcto ejercicio de la potestad ejecutiva o de la potestad reglamentaria, según el caso, por parte de quien es su verdadero titular: el Poder Ejecutivo. En efecto, recuerda el voto particular que:

se refieran o no a un destinatario individualizado, las medidas sanitarias urgentes sometidas a autorización judicial son configuradas y adoptadas exclusivamente por el poder ejecutivo. Y, respecto de ellas, el órgano judicial realiza un control de legalidad –no de oportunidad– meramente negativo: se ha de limitar a ratificarlas o no, pero en ningún caso puede innovar las medidas, ni puede sustituirlas por otras mediante el auto de ratificación o denegación. No hay aquí, ni puede haberla, voluntad alguna del órgano judicial, que carece, por imperativo constitucional, del tipo de discrecionalidad conformadora que caracteriza a la potestad de adopción del tipo de medidas a que se refiere el art. 10.8 LJCA. Afirmar que el órgano judicial participa en estos casos del ejercicio de la potestad del poder ejecutivo de que se trate –reglamentaria o ejecutiva– supone desconocer tanto la esencia discrecional de esta como la imposibilidad, *ex constitutione*, de que los órganos judiciales tomen decisiones que estén basadas en criterios adicionales a los de estricta legalidad.

De modo que, frente a lo que sostiene la sentencia, entendemos –con el voto particular– que el mecanismo de control *ex ante* se limita a atribuir a los órganos judiciales una función estrictamente judicial (aunque sea de carácter no jurisdiccional) de garantía de derechos; función esta que les resulta connatural en nuestro sistema, que atribuye a los jueces y tribunales el rol de garantes ordinarios de los derechos. Se trata, recalca el voto particular:

de un mecanismo de control previo que ha sido diseñado por el legislador para evitar la puesta en práctica de aquellas medidas restrictivas de derechos fundamentales que resulten manifiestamente antijurídicas, cautela adicional que responde al contexto de excepcionalidad en que se adoptan y a su poco densa regulación legal, lo que las dota de una sustancia discrecional inusualmente intensa que ha de verse compensada con garantías judiciales reforzadas. Se podrá estar o no de acuerdo con la opción regulatoria del legislador, con su conveniencia o con su

acuerdo técnico, pero en ningún caso cabe negar que la función que aquí desempeñan los jueces y tribunales es una función judicial de garantía de los derechos fundamentales, distinta y que no se confunde con la discrecionalidad técnica y política sometida a control⁵⁵.

Conviene recordar, asimismo, que las dudas sobre la compatibilidad constitucional de la autorización judicial de la actuación administrativa se plantearon hace años cuando se exigió para la ejecución de actos administrativos que supusieran el acceso a domicilios (función recogida actualmente en el art. 8.6 LRJCA)⁵⁶. El Tribunal Constitucional resolvió la cuestión en la STC 22/1984, de 17 de febrero, en la que afirmó que:

si bien el privilegio de autotutela de la Administración pública no contraviene el texto constitucional, su ejercicio debe guardar escrupuloso respeto a los derechos fundamentales, lo cual supone, en el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio, la necesaria autorización si no concurre el consentimiento del titular.

La exigencia de una autorización de entrada supuso en aquel momento una transformación en el modo de concebir la Administración y el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, que venía siendo definida precisamente al margen o por oposición a la intervención judicial. A pesar de los recelos iniciales, la autorización se asentó y quedó incorporada, al amparo del ejercicio de la función «judicial no jurisdiccional» reconocida en el artículo 117.4 de la CE⁵⁷, en pro de la compaginación de determinadas potestades administrativas (ejecución forzosa, inspección y, en general, actuaciones de carácter material) y la protección

⁵⁵ Así lo confirman, sigue diciendo el voto particular conjunto, «los términos en que ha de realizarse la intervención judicial previa, que ha de sustanciarse con carácter preferente, en brevísimos plazos, y con un ámbito de cognición limitado, pues ha de ceñirse a verificar preliminarmente los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa (habilitación legal y competencia) y a realizar un juicio *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas sometidas a examen, como ha confirmado en casación el Tribunal Supremo (STS 2178/2021, de 24 de mayo de 2021, FJ 4.º). Se trata de un tipo de control preliminar al que los órganos judiciales están habituados, pues su contenido y alcance es análogo al del control que se despliega en otras situaciones cuya constitucionalidad no se discute (entre ellas, la autorización de medidas con destinatario individualizado o, incluso, en ciertos supuestos en que el control judicial se produce *ex post*, como los incidentes de tutela cautelar). Y, como en estos otros casos, la intervención judicial previa y limitada no impide ni condiciona el pleno control de legalidad *ex post*, que es un control de fondo que permanece incólume y que se despliega en toda su plenitud por imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Como también ha recordado el Tribunal Supremo, la autorización hará aplicables las medidas en cuestión, pero no podrá condicionar de ningún modo el control de legalidad que se efectúe a través del recurso contencioso-administrativo ordinario o del especial para la protección de derechos fundamentales».

⁵⁶ Dudas sobre el encaje constitucional expresadas, por ejemplo, por López Ramón (1985) y Nieto García (1987).

⁵⁷ Artículo 117.4 de la CE: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

de determinados derechos fundamentales (esencialmente aquellos que, a falta de voluntad del titular, solo pueden ceder mediante la autorización de un órgano judicial)⁵⁸.

Así pues, desde nuestro punto de vista, la atribución a las salas de lo contencioso-administrativo de distintos órganos colegiados de la competencia para autorizar o ratificar aquellas medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública «cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente» constituía una nueva configuración legal de la potestad de autotutela declarativa y de la potestad reglamentaria que el legislador podía llevar a cabo amparado, no solo por el artículo 117.4 de la CE, sino por la misma configuración de los derechos y libertades fundamentales y la comprensión del mandato de tutela de la salud pública ordenado por el artículo 43.2 de la CE, y que no conculcaba la separación de poderes, pues, como bien explica Salamero Teixidó (30 de marzo de 2022):

No se da lo que ha venido a llamarse «cogobierno», pues no se atribuye al órgano judicial la función de adoptar las medidas, tampoco puede sustituir la decisión de la Administración mediante el auto de autorización o de ratificación, invadiendo el ejercicio discrecional de la potestad reglamentaria o de la potestad de autotutela declarativa, ni ejerce una función prejudicial –pues la legalidad de la medida podrá atacarse por las vías ordinarias, sin perjuicio de la autorización o de la ratificación. Entendida la intervención de la jurisdicción en sede de autorización según como ha quedado configurada por nuestros tribunales y el mismo TC para el resto de autorizaciones, se trata de una intervención en la que no se juzga el fondo, sino la mera apariencia de legalidad de la medida.

Cuestión distinta es que el instrumento idóneo para hacerlo sea la LRJCA. Habría sido quizá más adecuado que esta cuestión quedara disciplinada en la normativa sanitaria que habilita la adopción de medidas generales⁵⁹.

3.3. La suspensión de elecciones autonómicas y la privación fáctica del derecho de sufragio activo

Como es bien sabido, uno de los pilares del Estado democrático es la exigencia de que la ciudadanía pueda confirmar la continuidad de sus representantes o poner fin a

⁵⁸ Tal fue la aceptación de la figura que la LRJCA incluye actualmente varios tipos de autorizaciones judiciales, además de la de entrada en domicilio precitada: la autorización de inspecciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la de cierre de páginas web para la protección de la propiedad intelectual, la de cesión internacional de datos y la de medidas sanitarias.

⁵⁹ Que en cualquier caso debería esforzarse más en otorgar al órgano judicial los parámetros necesarios para comprender y ejercer su intervención en aras de la tutela de los derechos y libertades fundamentales.

su mandato dentro de un plazo definido constitucionalmente, si bien es evidente que, en determinadas situaciones (como pueden ser catástrofes naturales o crisis sanitarias), la celebración de elecciones puede resultar imposible o suponer un riesgo para la vida o la integridad física de las personas. La pandemia de la covid-19 ha supuesto un reto para el funcionamiento normal de las instituciones democráticas en todo el mundo y, de manera particular, ha tenido un impacto considerable sobre el ejercicio del derecho de participación política. Decenas de países se han visto obligados a posponer procesos electorales⁶⁰ (de hecho, en el momento álgido de la primera ola fueron pocos los casos de mantenimiento de elecciones)⁶¹, mientras que otros han celebrado elecciones con medidas especiales que, en ocasiones, han podido suponer restricciones a los derechos y libertades de los ciudadanos.

En nuestro país, las elecciones autonómicas en Galicia y en el País Vasco, que habían sido convocadas mediante sendos decretos de 10 de febrero de 2020⁶², se suspendieron en marzo, tras la declaración del primer estado de alarma, mediante la aprobación en ambas comunidades de sendos decretos⁶³. La fórmula utilizada en ambos casos fue la de «dejar sin efecto la celebración de las elecciones», señalando que la convocatoria se activará «una vez levantada la declaración del estado de alarma y la situación de emergencia sanitaria», en el caso de Galicia, o «una vez levantada la declaración de emergencia sanitaria», en el del País

⁶⁰ Solo en el ámbito del Consejo de Europa, la plataforma Elecdata da cuenta del retraso de procesos electorales en Austria (elecciones regionales, del 15 de marzo al 13 de septiembre, y del 29 de marzo al 13 de septiembre); Francia (segunda vuelta de las elecciones locales, del 22 de marzo al 28 de junio); Italia (referéndum, del 19 de marzo al 20-21 de septiembre; elecciones regionales del Valle de Aosta, del 19 de abril primero al 10 de mayo y posteriormente al 20-21 de septiembre; elecciones regionales en otras 6 regiones, del 31 de mayo al 20-21 de septiembre); Macedonia del Norte (elecciones parlamentarias, del 12 de abril al 15 de julio); Rusia (referéndum constitucional, del 22 de abril al 25 de junio-1 de julio); Croacia (elecciones parlamentarias, del 26 de abril al 21 de julio); Reino Unido (elecciones locales, del 7 de mayo hasta el 6 de mayo de 2021); Polonia (elecciones presidenciales, primera vuelta del 10 de mayo al 28 de junio, segunda vuelta del 24 de mayo al 12 de julio). Fuente: <https://www.coe.int/fr/web/electoral-assistance/elecdata-covid-impact>

⁶¹ En Europa, solo los casos de Francia, que mantuvo la primera vuelta de sus elecciones locales (15 de marzo), Alemania, que mantuvo las elecciones del Land de Baviera (15 y 29 de marzo), y Suiza, que mantuvo las elecciones cantonales de Turgovia (15 de marzo) y Schwytz (22 de marzo). Fuera de Europa, destaca sobre todo el caso de Corea de Sur, que mantuvo sus elecciones parlamentarias del 15 de abril.

⁶² Decreto 12/2020, de 10 de febrero, del presidente de la Xunta, de disolución del Parlamento de Galicia y de convocatoria de elecciones; y Decreto 2/2020, de 10 de febrero, del leñakari, por el que se disuelve el Parlamento vasco y se convocan elecciones.

⁶³ Decreto 45/2020, de 18 de marzo, por el que se deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento de Galicia de 5 de abril de 2020 como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del covid-19; y Decreto 7/2020, de 17 de marzo, del leñakari, por el que deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento vasco del 5 de abril de 2020, debido a la crisis sanitaria derivada del covid-19, y se determina la expedición de la nueva convocatoria. *Vid.* un análisis pormenorizado de ambos decretos en Cebrían Zazurca (2020, pp. 3 y ss.).

Vasco. Decisión que carecía de ninguna cobertura legal⁶⁴, pues ni en el conjunto de artículos de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), que tienen la consideración de básicos en virtud de la disposición adicional segunda de dicha ley, ni en las legislaciones electorales de ambas comunidades autónomas existe disposición alguna que permita la suspensión de los procesos electorales una vez convocados⁶⁵.

Tampoco la declaración del estado de alarma –ni ningún otro estado de emergencia–⁶⁶ puede amparar tal decisión, pues ya sabemos que no habilita para suspender derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de participación política (art. 23 CE). Nos encontramos, pues, ante un vacío normativo que debería haber sido colmado por el legislador estatal mediante una reforma de urgencia de la LOREG, pero que, ante la irresponsable inacción de este, fue sencillamente obviado por los presidentes del País Vasco y Galicia, los cuales, simple y llanamente, se arrogaron una competencia de la que carecían: la de desconvocar lo que habían previamente convocado⁶⁷.

Por otra parte, una vez convocadas por segunda vez las elecciones gallegas y vascas, los rebrotes del virus en determinadas zonas⁶⁸ motivaron que las autoridades autonómicas adoptaran ciertas decisiones administrativas (medidas individuales de confinamiento domici-

⁶⁴ A diferencia de la suspensión de elecciones en otros países como Reino Unido, Francia o Italia, donde las decisiones de retraso de los procesos electorales han sido adoptadas, en términos generales, con una base legal suficiente. *Vid.* Sánchez Muñoz (2020), pp. 5-8).

⁶⁵ La legislación electoral vigente solo hace referencia a las situaciones de fuerza mayor en los artículos 84.2 y 95.2 de la LOREG. El primero se refiere a la suspensión de la votación en mesas determinadas y el segundo a la suspensión del acto del escrutinio, también en mesas determinadas. Ninguno de estos dos preceptos resulta aplicable a las elecciones autonómicas, en virtud de la disposición adicional primera, apartado 2, de la propia LOREG, si bien pueden resultar de aplicación supletoria en virtud del apartado 3 de dicha disposición. Este sería el caso de Galicia, pues la Ley 8/1985, de 13 de agosto, de elecciones al Parlamento de Galicia no contempla estos supuestos. En cambio, la Ley 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento vasco sí que contempla en su artículo 102.1 la suspensión de la votación por causa de fuerza mayor, y en su artículo 117.2 la suspensión del escrutinio debido a alteraciones del orden.

⁶⁶ El único supuesto en que la declaración de un estado excepcional puede afectar a dicho derecho es el contemplado en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, que en su artículo 4 dispone que «no podrá celebrarse referéndum en ninguna de sus modalidades durante la vigencia de los estados de excepción y sitio en alguno de los ámbitos territoriales en los que se realiza la consulta o en los noventa días posteriores a su levantamiento».

⁶⁷ Lo hicieron, cierto es, con aval informal de la Junta Electoral Central. En efecto, gobiernos vasco y gallego plantearon, ya antes de la declaración del estado de alarma, la posibilidad de suspensión de los procesos electorales y manifestaron públicamente que tal decisión debía corresponder, ante la ausencia de normativa aplicable, a la Junta Electoral Central, que abordó el asunto informalmente en una de sus reuniones y llegó a la conclusión de que, en el caso de que la situación lo exigiese, la competencia para decidir sobre la suspensión de los procesos electorales debía recaer en el órgano convocante, sugiriendo asimismo que se contase con la anuencia de las juntas electorales autonómicas. *Vid.* «Las elecciones autonómicas se tambalean» (12/03/2020). *El País*.

⁶⁸ La comarca de La Mariña en Lugo y el municipio de Villafranca de Ordizia en Guipúzcoa.

liario de personas infectadas por el virus y confinamiento forzoso de personas con síntomas compatibles con la infección en los municipios afectados)⁶⁹ que, en la práctica, supusieron la privación del derecho de sufragio activo de cientos de electores. Esa imposibilidad práctica derivó de dos causas: (a) en primer lugar, de la interpretación que del confinamiento obligatorio hicieron las autoridades autonómicas –mediante declaraciones públicas, no mediante normas o actos administrativos–, según la cual aquel tenía como consecuencia inevitable privación del derecho de sufragio de las personas contagiadas o sospechosas de estarlo –salvo que hubieran solicitado el voto por correo antes del 2 de julio–; (b) y, en segundo lugar, de la pasividad de esas mismas autoridades, y de las propias juntas electorales competentes, a la hora de buscar alternativas que hicieran posible el ejercicio del derecho, cuando las mismas existían y eran perfectamente plausibles sin necesidad de forzar la interpretación de las normas –o, en todo caso, sin necesidad de forzarla mucho más de lo que se había hecho, sin ir más lejos, cuando se aplazaron los propios procesos electorales–, como, por ejemplo, haber habilitado franjas temporales específicas de votación para las personas infectadas, haber permitido la aplicación analógica del supuesto de voto asistido previsto en el artículo 87.1 de la LOREG⁷⁰ o, incluso, de haberse querido evitar a toda costa la entrada de estas personas en el colegio electoral, haber previsto que el presidente de la mesa saliese a recoger el voto a la puerta del local, como se hace en ocasiones especiales en las que los electores tienen una discapacidad motora y el local no está adaptado.

4. La difuminación del Parlamento

Emplea Ruiz Robledo (1 de septiembre de 2020) la expresión «parlamentarismo difuminado» –que tomamos prestada– para denunciar el tipo de parlamentarismo que, tras el clásico y el racionalizado (este último asumido por la Constitución de 1978), la pandemia de la covid-19 ha terminado de certificar y en el que, en palabras de este autor,

el Parlamento ya no ocupa el lugar central del sistema político español. Mantiene su función de legitimación, pero difícilmente se puede decir que en él se toman las decisiones políticas más importantes para España, [sino que ve reducidas sus

⁶⁹ Acordado, en el caso gallego, mediante Orden de 5 de julio de 2020 por la que se establecen determinadas medidas de prevención en los ayuntamientos de Alfoz, Barreiros, Burela, Cervo, Foz, Lourenzán, Mondoñedo, Ourense, Ribadeo, Trabada, O Valadouro, O Vicedo, Viveiro e Xove, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del covid-19 (Diario Oficial de Galicia de 5 de julio de 2020); y en el vasco, por Orden de 8 de julio de 2020, de la consejera de Salud, por la que se adoptan medidas especiales en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia covid-19, en el municipio de Ordizia (Boletín Oficial del País Vasco de 9 de julio de 2020).

⁷⁰ Artículo 87.1 de la LOREG: «Los electores que no sepan leer o que, por discapacidad, estén impedidos para elegir la papeleta o colocarla dentro del sobre y para entregarla al Presidente de la Mesa, pueden servirse para estas operaciones de una persona de su confianza».

funciones] a poco más que a legitimar la elección del Presidente del Gobierno y apoyar sus decisiones convalidando sus decretos-leyes.

Es bien sabido que el constituyente de 1978 temía que la llegada de la democracia comportase una situación de inestabilidad política que finalmente la condujese al fracaso, preocupación que tuvo dos principales consecuencias. Por un lado, que nuestro régimen parlamentario respondiese al modelo de «primerministerialismo» inglés o «sistema de canciller» alemán, que personaliza la confianza parlamentaria en la figura del presidente del Gobierno –y no en la totalidad del gabinete–, a quien la Constitución confiere un efectivo liderazgo sobre sus ministros (art. 98.2 CE), pues le otorga facultades que otros ordenamientos atribuyen, en cambio, al Gobierno como colegiado (arts. 112, 115 y 162 CE, entre otros). Por otro lado, que la Constitución y, sobre todo, los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado incluyesen una serie de piezas institucionales y jurídicas ideadas para afianzar gobiernos y hacerlos fuertes en su debilidad, que han distorsionado en la práctica una de las funciones esenciales del Parlamento, la de controlar al Gobierno, que cuenta con numerosas «armas» de disuasión y defensa para evitar ese control.

No cabe duda de que la crisis sanitaria derivada de la covid-19 –y, en particular, el confinamiento generalizado acordado con la declaración del estado de alarma– ha supuesto una grave interferencia en la actividad de los parlamentos españoles (Cortes Generales y asambleas de las comunidades autónomas)⁷¹, los cuales han evidenciado su debilidad en relación con la función de control del Poder Ejecutivo en un momento, además, en el que este acumulaba un poder sin precedentes y, por ende, dicho control era más necesario que nunca. Entre las manifestaciones más significativas de ese debilitamiento de la labor parlamentaria se encuentra la suspensión de la actividad parlamentaria en el primer estadio de la crisis sanitaria y la agudización del uso excesivo e indebido del decreto-ley⁷².

4.1. La suspensión de la actividad parlamentaria al inicio de la pandemia

El artículo 116 de la CE, cuando regula los estados de emergencia constitucional (alarma, excepción y sitio), afirma expresamente que, durante su vigencia, no podrán interrumpir

⁷¹ *Vid.* un análisis de la respuesta de la institución parlamentaria en España durante las semanas de confinamiento por la epidemia provocada por la covid-19 en Tudela Aranda (2020).

⁷² La preterición del Parlamento se ha reflejado también en su función de nombramiento de autoridades públicas. Muestras recientes de ello son el nombramiento de la nueva presidenta interina de la corporación RTVE sin aval parlamentario, las irregularidades en el proceso de elección de la presidencia y adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos o la renovación del CGPJ (en funciones desde 2018), cuyo proceso en el Congreso de los Diputados fue interrumpido por su presidenta sin causa legal para ello (a la espera de que las cúpulas de los dos grandes partidos, PSOE y PP, le comuniquen que puede continuar con el proceso).

pirse ni el funcionamiento de las cámaras ni el de los demás poderes constitucionales del Estado, ni tampoco modificarse el principio de responsabilidad del Gobierno ni de sus agentes. De otro lado, el artículo 1.4 de la LOEAES establece, de manera muy directa, que la declaración de cualquiera de estas situaciones no debe interrumpir el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado. Sin embargo, una vez declarado el primer estado de alarma, las cámaras (nacionales y autonómicas)⁷³ dejaron de reunirse. Es cierto que –además de ser siempre más sencillo realizar un juicio retrospectivo– la crisis sanitaria provocada por la pandemia del coronavirus no aconsejaba los desplazamientos y las reuniones de grupos de personas y que algunos parlamentarios y miembros del Gobierno se contagiaron tempranamente, pero esa suspensión de la actividad parlamentaria⁷⁴ no solo ha supuesto una grave vulneración del derecho fundamental de participación política consagrado en el artículo 23 de la CE, sino que ha incidido todavía más en las debilidades que el control político de los actos del Gobierno presenta en nuestro ordenamiento, como así ha reconocido el Tribunal Constitucional cuando –al resolver un recurso de amparo– ha declarado inconstitucional y nula la Decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 marzo de 2020, que acordó la suspensión del cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraran en tramitación en la citada cámara⁷⁵.

En efecto, el Alto Tribunal recuerda en la Sentencia 168/2021, de 5 de octubre (FJ 1.º), que durante el estado de alarma

⁷³ Las asambleas legislativas de las comunidades autónomas también suspendieron, como regla general, la actividad parlamentaria. En algunos casos (Castilla-La Mancha, La Rioja, Madrid y Murcia) la suspensión fue total (salvo reuniones de la Mesa y de la Junta de Portavoces por vía telemática). En estas cámaras, normalmente, se reanudó la actividad de las comisiones a mitad del mes de abril de 2020, acudiendo a instrumentos como la presencia reducida y el voto ponderado o las sesiones telemáticas. Pero la mayoría de los parlamentos autonómicos mantuvieron una actividad parlamentaria reducida al control de la actuación del Ejecutivo (mediante comparecencias de los miembros de los respectivos gobiernos competentes en las materias más afectadas por los retos sanitarios y sociales derivados de la pandemia), y, eventualmente, a la convalidación de decretos-leyes. Dentro de los parlamentos que escogieron esta solución, el grupo más numeroso (Andalucía, Baleares, Canarias, Castilla y León, Extremadura y Galicia, País Vasco y Valencia) optó por habilitar la convocatoria de la Diputación Permanente como solución de continuidad de la actividad parlamentaria indispensable. Como caso singular, en las Cortes de Aragón se acordó la celebración de sesiones plenarias, pero con la composición de la Diputación Permanente.

⁷⁴ También el Tribunal Constitucional suspendió su actividad y se interrumpieron los plazos administrativos y los procesales.

⁷⁵ Y el acuerdo de la Mesa de 21 de abril de 2020 que desestimó la solicitud de reconsideración presentada por el Grupo Parlamentario Vox. No anula, sin embargo, la suspensión –también acordada por la Decisión de 19 de marzo– del cómputo de los plazos administrativos y de prescripción y caducidad de los procedimientos administrativos del Congreso desde el día de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, en los términos de lo establecido en sus disposiciones adicionales tercera y cuarta.

no puede quedar, pues, paralizada o suspendida, ni siquiera transitoriamente, una de las funciones esenciales del Poder Legislativo como es la del control político de los actos del Gobierno. Además, el Congreso de los Diputados, en cuanto que es la única cámara constitucionalmente habilitada para hacer efectiva la exigencia de responsabilidad política por la actuación del Gobierno, en relación con las iniciativas y medidas que este pueda adoptar y aplicar durante aquel periodo de vigencia, en ningún caso puede dejar de desempeñar esa función; ni siquiera por propia iniciativa de alguno de sus órganos internos, pues el Congreso de los Diputados ostenta una responsabilidad exclusiva para con el diseño constitucional del Estado de derecho, que le obliga a estar permanentemente atento a los avatares que conlleve la aplicación del régimen jurídico excepcional que comporta la vigencia y aplicación de alguno de aquellos estados declarados.

Remarca asimismo el tribunal que

en el estado de alarma, el ejercicio del derecho de participación política de los diputados del Congreso debe estar, en todo caso, garantizado y, de modo especial, la función de controlar y, en su caso, exigir al Gobierno la responsabilidad política a que hubiera lugar (y por el desempeño de todas sus funciones, potestades y atribuciones a aquel le atribuyen la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, ya guarden o no relación, directa o indirecta, con el suceso o situación que propició el acto de la declaración del estado de alarma) [...]. De ese modo, el Congreso de los Diputados, por medio de sus órganos, grupos parlamentarios o de los propios diputados individualmente considerados, ante este tipo de situaciones excepcionales, ha de seguir ejercitando esas funciones, en cuanto que forman parte del núcleo esencial del *ius in officium*.

Precisamente en esa garantía fiscalizadora de la labor del Gobierno vuelve a basarse el Tribunal Constitucional, principalmente, para declarar parcialmente inconstitucionales tanto el real decreto que declaró en octubre de 2020 el segundo estado de alarma para contener la covid-19, como el que lo prorrogó durante seis meses (desde el 9 de noviembre de 2020 hasta el día 9 de mayo de 2021), además del acuerdo del Pleno del Congreso que autorizó tal prórroga⁷⁶. Así, la Sentencia 183/2021, de 27 de octubre⁷⁷ afirma que la Cámara Baja, al

⁷⁶ Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que el Gobierno declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2; Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre; y Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 29 de octubre de 2020, por el que se autorizó la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, respectivamente.

⁷⁷ No obstante, la sentencia no considera inconstitucionales las limitaciones de derechos fundamentales contenidas en el Real Decreto 926/2020: de la libertad de circulación de personas (art. 5); de entrada y salida en comunidades y ciudades autónomas (art. 6); de la permanencia de grupos de personas en

adoptar la decisión de autorizar la prórroga del estado de alarma con la fijación de un plazo de duración de la misma

resuelve cumpliendo las funciones de control del Ejecutivo, de manera que el Congreso de los Diputados, a la vista de la solicitud de autorización del Gobierno y de las medidas que este proponga para el restablecimiento de la normalidad, debe fijar un plazo de duración de la prórroga que le permita hacer efectiva su potestad constitucional de revisar lo actuado por el Ejecutivo en el anterior periodo de alarma y la eficacia de las medidas adoptadas, en relación con la situación de alteración grave de la normalidad producida, [concluyendo que el Congreso] no razonó sobre la debida correspondencia entre el periodo de duración de la prórroga a autorizar y las medidas a aplicar en su transcurso, ni tampoco fue prudente a la hora de establecer un plazo de duración de la prórroga que le permitiera hacer efectivo el control periódico de la revisión de la actuación del Ejecutivo⁷⁸.

Ahora bien, la sentencia también declara que

como el texto constitucional –ni tampoco el legislador orgánico– ha establecido expresamente un plazo taxativo para la duración de la prórroga del estado de alarma, el Congreso de los Diputados puede, por sí o en atención a lo que interese el Gobierno, establecer un determinado periodo de tiempo para la duración de la prórroga solicitada,

razonamiento este del que disentimos, pues si bien es cierto que ni la Constitución ni la LOEAS fijan de manera explícita plazo máximo a las prórrogas del estado de alarma, mientras que para el estado de excepción sí lo hacen («que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual», art. 116.3 CE), creemos que la interpretación teleológica de la norma, que expresa la *voluntas legislatoris*, debe prevalecer cuando la exégesis gramatical de la norma conduce a resultados que subvierten su espíritu. Este canon hermenéutico es, por tanto, obligatorio para realizar una interpretación plena de la ley y descubrir así el su «espíritu y finalidad» (tal y como cierra el art. 3 Código Civil). No hacerlo e interpretar la ley únicamente desde su tenor literal llevaría al absurdo de habilitar a decretar una prórroga, por qué no, de una legislatura⁷⁹.

espacios públicos y privados (art. 7) y de permanencia de personas en lugares de culto (art. 8). También rechaza la infracción del artículo 23 de la CE, «porque los diputados, incluidos los recurrentes, tuvieron oportunidad de participar en los debates y en el trámite de autorización de la prórroga del estado de alarma que había solicitado el Gobierno».

⁷⁸ La sentencia también declara inconstitucional la designación de los presidentes de las comunidades y ciudades autónomas como «autoridades competentes delegadas» para la gestión de las medidas.

⁷⁹ En este sentido se pronuncia, entre otros, Rodríguez Arribas. *Vid.* «La prolongación de 30 días del estado de alarma no es constitucional» (16/5/2020), *Conflegal*.

4.2. La agudización del uso excesivo y arbitrario del decreto-ley

4.2.1. Hacia el paroxismo de un abuso

Tiene razón Garrorena Morales (2014) cuando afirma que

la lógica del Estado Constitucional radica en que solo el Parlamento posee en plenitud la titularidad de la potestad legislativa [...]. La ley ocupa un lugar central en el ordenamiento jurídico, no solo porque las Cortes Generales «representan al pueblo español» (art. 66.1 de la CE), sino también porque su elaboración se sujeta a un procedimiento basado en la discusión y en la publicidad (p. 211).

La importancia de que sea en el Parlamento donde primariamente se lleve a cabo la aprobación de las leyes radica precisamente en el procedimiento, pues únicamente en aquel se da la participación de las minorías políticas en la formación de la ley y la debida publicidad que cabe en tan importante función del Estado. Así pues, el procedimiento legislativo sigue cumpliendo una imprescindible función legitimadora de la ley, precisamente por medio de los mecanismos de publicidad y discusión.

Por el contrario, el decreto-ley es una fuente del derecho de naturaleza y utilización excepcional, pues, por exigencia constitucional (art. 86 CE), la facultad del Gobierno para dictar este tipo de normas con rango de ley solo debería ejercerse en casos de auténtica «extraordinaria y urgente necesidad». Además, este tipo normativo presenta varios problemas jurídicos y prácticos, como, por ejemplo, qué ocurre con los efectos producidos durante la vigencia de un decreto-ley que es derogado por el Congreso de los Diputados. A pesar de ello, desde un principio se concibió por el Poder Ejecutivo como un modo ordinario de legislar, práctica contraria al principio de separación de poderes que se ha agudizado desde la irrupción del virus.

En efecto, la irrupción de la covid-19 provocó, como era previsible, un gran incremento de la actividad normativa en España a fin de contener la propagación del virus entre la población y amortiguar su impacto económico y social. Ciñéndonos ahora a la actividad legislativa nacional, desde el 11 de marzo de 2020⁸⁰ hasta el momento en el que escribimos estas páginas⁸¹ se han aprobado 114 leyes de Cortes⁸², 89 reales decretos-leyes y 1 real decreto-legislativo⁸³, de modo que la casi totalidad de esa legislación nacional aprobada desde la

⁸⁰ Día en el que la OMS declaró la situación de pandemia.

⁸¹ Fecha final de consulta: 24/04/2023. Fuentes: elaboración propia a partir de la consulta a la página web del Congreso de los Diputados: <https://www.congreso.es/>

⁸² 80 leyes ordinarias y 34 leyes orgánicas.

⁸³ Son también normas con fuerza de ley los siete reales decretos de declaración, modificación o prórroga del estado de alarma y las cinco resoluciones del Congreso de los Diputados por las que se ordena la publicación de los acuerdos de autorización de las prórrogas del estado de alarma.

pandemia procede directamente del Gobierno de la nación⁸⁴, representando los decretos-leyes casi la mitad de aquella. También las comunidades autónomas que cuentan con el decreto-ley han incrementado uso del decreto-ley como consecuencia de la pandemia⁸⁵.

Si bien no cabe duda de que la crisis sanitaria provocada por el coronavirus justifica en la mayoría de los casos el acusado recurso a los decretos-leyes, en más de una ocasión el Gobierno ha aprovechado los mismos para regular aspectos ajenos a aquella que no son encuadrables en la «extraordinaria y urgente necesidad» que habilita este tipo normativo, como así ha sentenciado el Tribunal Constitucional en dos supuestos recientes⁸⁶. Así, el Pleno del Alto Tribunal ha declarado inconstitucionales y nulas, por un lado, la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del covid-19, que modificaba la ley del Centro Nacional de Inteligencia para permitir que el entonces vicepresidente, Pablo Iglesias, pudiera formar parte del organismo que supervisa y regula los trabajos de la inteligencia española⁸⁷; y, por otro, varias disposiciones⁸⁸ del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes para apoyar la economía y el empleo, que modificaban la regulación legal del régimen de clases pasivas del Estado en lo que atañe a sus aspectos de gestión, atendiendo a la reorganización prevista en el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales⁸⁹. En ambos casos por entender que tales disposiciones no cumplían el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» previsto en el artículo 86.1 de la CE, obviando, así, el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia.

⁸⁴ Así, más de la mitad de las leyes de Cortes aprobadas durante la pandemia tienen su origen en un proyecto de ley del Gobierno.

⁸⁵ En Valencia la proporción del decreto-ley en la totalidad de la legislación de esa comunidad en el periodo analizado alcanza el 64 %, en Cataluña el 61 %, en Andalucía el 60 %, en Aragón el 46 %, en Castilla y León el 50 %, en la Región de Murcia el 54 %, en Baleares el 83 %, en Navarra el 30 % y en Extremadura el 72 %. Fuentes: elaboración propia a partir de la consulta (fecha final de consulta: 24/04/2023) a las páginas web de los nueve parlamentos autonómicos.

⁸⁶ El actual presidente del Gobierno ostenta el récord en el uso del decreto-ley. Así, desde que Pedro Sánchez se convirtió en presidente el 1 de junio de 2018, sus sucesivos gobiernos han aprobado un total de 139 decretos-leyes. Siendo presidente Adolfo Suárez se aprobaron un total de 51 decretos-leyes; los gobiernos de Felipe González, durante 14 años, recurrieron en 129 ocasiones a este tipo normativo; los de José María Aznar aprobaron 130; durante los 7 años de Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero se evacuaron un total de 108; y los gobiernos de Mariano Rajoy aprobaron un total de 127 decretos-leyes.

⁸⁷ STC 110/2021, de 13 de mayo, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados.

⁸⁸ En concreto, las disposiciones adicionales sexta y séptima, la disposición transitoria segunda y la disposición final primera.

⁸⁹ STC 111/2021, de 13 de mayo, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular del Senado.

Resulta asimismo criticable la utilización recurrente durante la pandemia de la figura del decreto-ley «ómnibus» o de contenido heterogéneo, que afecta directamente a la institución parlamentaria en la medida en que limita su intervención sobre las materias heterogéneas incluidas en el decreto-ley a una mera ratificación del Congreso de los Diputados en el acto de convalidación, lo cual da lugar a un desplazamiento del protagonismo del Poder Legislativo frente al Ejecutivo en la producción normativa, razón por la cual Aragón Reyes (2016a) los ha calificado de «fraude normativo y parlamentario» (p. 93).

4.2.2. Una propuesta *de lege ferenda* para su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia

Otra tendencia que observamos desde la pandemia, en fin, es el fuerte incremento del control político de los decretos-leyes nacionales: la mayoría de los mismos acaban tramitándose como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia, bien porque los grupos de la oposición aprovechan la oportunidad de realizar enmiendas al texto, bien porque el propio Gobierno ofrece tal alternativa a cambio de un voto favorable a la convalidación⁹⁰; incluso un decreto-ley ha sido rechazado⁹¹. Sin perjuicio de que la eventual tramitación de un decreto-ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia supone que las dos cámaras recuperan su capacidad colegisladora (que les atribuye el art. 66.2 CE), no debemos olvidar que, a diferencia del procedimiento legislativo ordinario, el debate parlamentario se ve en gran medida constreñido (por la reducción de plazos y porque en el Congreso no son admisibles enmiendas de totalidad de devolución –sí de texto alternativo–).

Además, en virtud del artículo 26.11 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, a los decretos-leyes no les son de aplicación los trámites que son preceptivos en los anteproyectos de ley (como la consulta pública previa a la elaboración de la norma, la audiencia e información públicas a ciudadanos y organizaciones y asociaciones interesadas, los informes de las secretarías generales técnicas de los departamentos proponentes, etc.)⁹²; ni tampoco es preceptiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la

⁹⁰ Lo que no ha impedido que, por primera vez en el periodo constitucional, en un caso se aprobara su conversión a ley sin el apoyo de los partidos de la coalición de Gobierno: Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

⁹¹ Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales.

⁹² No obstante, el artículo 26.11 de la LG exige el respeto de ciertos trámites: en primer lugar, su redacción debe ir precedida de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y legalidad de la norma (art. 26.1 LG); en segundo término, se debe realizar una memoria abreviada del análisis de impacto normativo (art. 26.3 LG). Asimismo, se debe recabar y obtener el informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa del Ministerio de la Presidencia, que es el instrumento

Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE), la consulta al supremo órgano consultivo del Gobierno. Ello puede encontrar su justificación en la «extraordinaria y urgente necesidad» que –en principio– lo habilita o en su provisionalidad hasta la convalidación por parte del Congreso de los Diputados, pero no tanto cuando esta cámara decide su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

Por ese motivo, a modo de propuesta *de lege ferenda*, creemos conveniente que dicha tramitación incluya, al menos⁹³, dictamen preceptivo del Consejo de Estado (en concreto, de su Comisión Permanente)⁹⁴ sobre el proyecto de ley (salvo en el caso de que el Ejecutivo hubiera recabado en su momento dictamen respecto del proyecto de real decreto del que trae causa)⁹⁵, para lo cual solo habría que reformar el artículo 151.4 del Reglamento del Congreso (RC), bien para que la cámara devuelva el proyecto al Gobierno⁹⁶ con el fin de que sea este quien recabe con carácter urgente del Consejo de Estado tal dictamen⁹⁷, bien para permitir que sea la propia cámara la que solicite directamente el mismo (en ambos casos, por conducto del presidente de la misma).

Los textos del nuevo artículo 151.4 del RC que aquí se proponen (que se corresponden, respectivamente, con cada una de las dos alternativas arriba ofrecidas) son los siguientes:

Convalidado un real decreto-ley, el presidente preguntará si algún grupo parlamentario desea que se tramite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a decisión de la cámara. Si esta se pronunciase a favor, se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, sin que sean admisibles las en-

que da ejecución a las funciones que, en materia de coordinación y calidad de la acción normativa del Gobierno, se atribuyen a dicho departamento ministerial (art. 26.9 LG).

⁹³ Podría ser conveniente obligar también al Gobierno a elaborar una memoria de análisis de impacto normativo del proyecto completa (no abreviada, que es la que exige el art. 26.3 LG para los decretos-leyes), aunque ello podría retrasar en exceso la tramitación.

⁹⁴ Dictamen que tendría carácter consultivo, no vinculante, como es regla general (art. 2.3 LOCE).

⁹⁵ Consulta que es facultativa para el Gobierno (arts. 26.7 LG y 2.3 LOCE).

⁹⁶ Vendría a compensar, en cierto modo, la inadmisibilidad de enmiendas de totalidad de devolución (art. 151.4 RC), si bien en este caso el proyecto no se entendería rechazado. Por otra parte, no sería el único supuesto en el que la cámara se comunica con el Gobierno en el marco de la tramitación parlamentaria de un proyecto. Así, a propósito del ejercicio de la prerrogativa de «veto presupuestario», la ponencia encargada de redactar el informe sobre un proyecto de ley remitirá al Gobierno, por conducto del presidente del Congreso, las enmiendas que, a su juicio, supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios (art. 111.2 RC).

⁹⁷ En cuyo caso el plazo máximo para su despacho sería de 15 días, salvo que el Gobierno o su presidente fijen otro inferior. Si el plazo fijado fuese inferior a 10 días, la consulta será despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, sin perjuicio de que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno (art. 128 Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado).

miendas de totalidad de devolución. En tal caso, y solo si el proyecto de aquel real decreto-ley no fue sido sometido por el Gobierno a consulta del Consejo de Estado, el presidente devolverá el proyecto de ley al Gobierno para que este recabe dictamen urgente sobre el mismo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

Convalidado un real decreto-ley, el presidente preguntará si algún grupo parlamentario desea que se tramite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a decisión de la cámara. Si esta se pronunciase a favor, se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, sin que sean admisibles las enmiendas de totalidad de devolución. En tal caso, y solo si el proyecto de aquel real decreto-ley no fue sometido por el Gobierno a consulta del Consejo de Estado, el presidente recabará dictamen urgente de la Comisión Permanente del Consejo de Estado sobre el proyecto de ley.

En este último supuesto sería necesario modificar también la LOCE y el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (ROCE)⁹⁸. Así, podría añadirse a la ley un nuevo artículo 24 bis así redactado:

El Pleno del Congreso de los Diputados, por conducto de su presidente, solicitará dictamen preceptivo del Consejo de Estado, en Comisión Permanente, en los términos previstos en el artículo 151.4 del Reglamento del Congreso.

Y dar al artículo 2.1 del ROCE la siguiente redacción:

El Consejo de Estado emitirá dictamen en cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros o las comunidades autónomas por conducto de sus presidentes. Asimismo, emitirá dictamen a petición del Congreso de los Diputados en los términos previstos en el artículo 151.4 del Reglamento del Congreso.

La exigencia de dictamen preceptivo del Consejo de Estado aquí planteada es compatible, asimismo, con la reforma del Reglamento del Congreso –propuesta en su día por Martín Rebollo y desarrollada por Aragón Reyes– para que, tras su convalidación en 30 días, las Cortes tramiten siempre los decretos-leyes como proyectos de ley hasta su conversión final en leyes, sin necesidad de que ello sea acordado por el Pleno del Congreso, con excepción de los denominados «coyunturales» (que son aquellos que surten efectos para una

⁹⁸ Esta reforma afectaría a la propia naturaleza del Consejo de Estado como «supremo órgano consultivo del Gobierno» (art. 1.1 LOCE), al añadir al Congreso de los Diputados –si bien exclusivamente en el supuesto aquí tratado– a la lista de sujetos legitimados para someter asuntos a su consulta (el Gobierno o sus miembros o las comunidades autónomas, por conducto de sus presidentes, arts. 2.2 y 24 LOCE y art. 2 ROCE).

situación puramente coyuntural y pierden a continuación su sentido; carácter coyuntural que habría de ser constatado en su caso por la Mesa del Congreso)⁹⁹.

Podría aducirse en contra que introducir alguna de las posibilidades aquí propuestas no se compadece con el acortamiento de los plazos ordinarios que persigue la activación del procedimiento de urgencia. Sin embargo, el acortamiento de la tramitación que implica el procedimiento de urgencia es perfectamente compatible con la aplicación de las reglas generales de ampliación o reducción de tiempos. Reglas que han permitido a la Mesa del Congreso acordar continuas prórrogas del plazo de presentación de enmiendas con el objetivo –eminentemente político– de retrasar la tramitación de iniciativas parlamentarias, práctica de la que no han sido ajenos los proyectos de ley procedentes de decretos-leyes (entre ellos muchos de los tramitados durante la pandemia)¹⁰⁰. Precisamente estas ampliaciones casi automáticas de los plazos de enmiendas (junto a la congelación de la fase de informe de la ponencia) se esgrimieron en su momento por el primer Gobierno presidido por Pedro Sánchez como excusa para justificar su temprana querencia al decreto-ley¹⁰¹, ante lo cual Rubio Núñez, tras rebatir con datos este argumento¹⁰², afirma con acierto que

El problema de fondo sería la necesidad de racionalizar el calendario legislativo del Parlamento para evitar así prácticas como prorrogar plazos de enmiendas semiautomáticamente o congelar la fase de informe de ponencia. Esto se podría resolver estableciendo en el reglamento del Congreso un sistema limitado de prórrogas (con un máximo razonable de 3 o 4), y obligando a que las siguientes prórrogas o bien necesiten una mayoría reforzada o una mayor motivación del acuerdo. A esto se podría añadir el establecimiento, por parte del Gobierno, de un calendario legislativo a largo plazo, que permita que las Cámaras pueden planificar el trabajo legislativo (Rubio Núñez, 10 de marzo de 2019).

⁹⁹ Vid. Aragón Reyes (2016b, p. 15).

¹⁰⁰ Por ejemplo, el proyecto de Ley de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del covid-19 (procedente del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo) ha sufrido 31 ampliaciones del plazo de enmiendas (por un tiempo total de 1 año); y el proyecto de Ley por la que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (procedente del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero), 36 ampliaciones (por algo más de 14 meses).

¹⁰¹ El primer Gobierno de Pedro Sánchez, que durante la XII Legislatura (en concreto, desde el 1 de junio de 2018 –investidura tras moción de censura– hasta el 5 de marzo de 2019 –disolución de las Cortes para la celebración de las elecciones generales del 28 A) aprobó 32 decretos-leyes, lo justificó en el «bloqueo» de la Mesa del Congreso (entonces con mayoría de PP y Cs) a la tramitación de sus proyectos de ley.

¹⁰² Ya que, afirma este autor, «solo 9 de los 32 reales decretos que se pretenden justificar coinciden en su objeto con los proyectos de ley presentados por el Gobierno y las proposiciones de ley presentadas por el grupo socialista. Es decir: el bloqueo de la Mesa, de haber existido como dice el Gobierno, solo habría afectado a 9 de los casos. Los 21 reales decretos restantes serían proyectos legislativos nuevos, iniciados por el Gobierno de Pedro Sánchez, sin relación con propuesta normativa alguna del socialismo» (Rubio Núñez, 10 de marzo de 2019).

5. Conclusiones

La crisis provocada por la covid-19 ha demostrado que las grandes epidemias pueden llegar a exigir la suspensión temporal en el conjunto del país de los derechos fundamentales que posibilitan la movilidad. Pero, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional, el confinamiento total de la población constituye una suspensión de los derechos fundamentales enunciados en el párrafo primero del artículo 19 de la CE, de modo que el estado de alarma, en su actual configuración, no es útil para luchar contra las grandes crisis de salud pública. Por otra parte, y pese a que la STC 148/2021 propugna la declaración del estado de excepción (forzando, como hace, los supuestos de hecho que permiten la declaración de este estado de emergencia al considerar que las pandemias provocan una crisis de orden público constitucional), no nos parece este el instrumento adecuado, principalmente porque impedir la movilidad y las aglomeraciones sociales implica *de facto* una suspensión de otros derechos fundamentales –libertad de culto (art. 16.1 CE), derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE), derecho a la educación (art. 27.1 CE) o, incluso, derecho de participación política (art. 23 CE)– que no cabe en el estado de excepción (art. 55.1 CE). Así pues, nuestro vigente derecho constitucional de emergencia no es operativo para luchar contra las grandes epidemias.

Tampoco la legislación sanitaria –ordinaria y orgánica– permite una correcta lucha jurídica contra las pandemias. Para hacer frente a la actual crisis del coronavirus cuando no ha estado declarado el estado de alarma, las autoridades sanitarias –principalmente autonómicas– se han amparado en la cláusula general incluida en artículo 3 de la LOMESP para adoptar medidas ampliamente restrictivas de derechos fundamentales –que, sorprendentemente, la mayoría de tribunales superiores de justicia y el Tribunal Supremo han avalado–, olvidando, por un lado, que aquella ley no cumple los requisitos exigidos por la propia jurisprudencia constitucional para permitir una acción gubernamental de limitación de derechos generalizada, y, por otro, que el límite de afectación de los derechos fundamentales previsto en el artículo 55.1 de la CE –que ni siquiera en el estado de alarma permite su suspensión– es aplicable tanto a los estados constitucionales de emergencia como a la legislación ordinaria de todo tipo, incluyendo la sanitaria.

Sería buena solución, quizá, reservar los estados excepción y sitio para lo que han servido siempre –esto es, para hacer frente a las crisis de orden público– y destinar el estado de alarma para luchar contra grandes catástrofes de origen natural (grandes incendios, inundaciones, terremotos, etc.) o provocadas por la mano del hombre (grandes accidentes químicos y nucleares, etc.), permitiendo –previa reforma constitucional y de la LOEAE– que durante el mismo puedan suspenderse las libertades consagradas en el artículo 19 de la CE. Tal reforma habría de limitar también la duración máxima de las prórrogas del estado de alarma.

Asimismo, la crisis sanitaria –o, mejor dicho, la reacción de los poderes públicos para afrontarla– ha acentuado el proceso de degradación de nuestra forma de gobierno parlamentaria, el cual, si bien es cierto que se inició hace décadas, ha alcanzado una intensidad

hasta ahora desconocida, como resulta evidente al constatar el agravamiento de dos de sus principales síntomas: el deterioro de la función parlamentaria de control al Gobierno, que ha llegado hasta el extremo de ser aceptado por el propio Congreso de los Diputados, y la utilización abusiva –e indebida– del decreto-ley.

Por lo que se refiere al primero de esos síntomas, la función parlamentaria de control de los actos del Gobierno sufre desde hace tiempo una crisis profunda que la pandemia no ha hecho más que agravar. En efecto, a pesar de que la Constitución atribuye formalmente esta función de control al Parlamento en cuanto órgano (art. 66.2 CE), la realidad lo desmiente, pues la propia exigencia –propia de todo régimen parlamentario– de que el Gobierno cuente con una legitimación democrática, mediada por el Parlamento, ha fundido en una sola y misma voluntad al Ejecutivo y a la mayoría parlamentaria que lo apoya. Como consecuencia, si hay algún agente político interesado en criticar la acción del Gobierno, este no es la mayoría gubernamental, sino la minoría o minorías políticas, de manera que se ha producido un desplazamiento de la titularidad nuclear de la función de control desde el Parlamento en cuanto órgano a un sujeto distinto, la minoría parlamentaria. De ahí que sea más necesario que nunca reforzar a la oposición a través de un auténtico estatuto constitucional que no se limite al simple reconocimiento protocolario del papel de la oposición, sino que la constitucione de modo sustantivo como un auténtico contrapoder del Estado.

Excede del objeto de este trabajo concretar todas las reformas que deberían abordarse para dar contenido a ese estatuto de la oposición, de modo que tan solo esbozaremos algunas que afectan a las figuras de control hoy comúnmente previstas en los reglamentos parlamentarios, como la de reconsiderar la posición de los grupos de la oposición en determinados órganos (Mesa, presidencia de comisiones, etc.); permitir la creación de comisiones de investigación a petición de la oposición o, yendo más allá, la creación de comisiones de investigación exclusivas de la oposición sobre la acción del Gobierno (que, además, puedan obligar a los ministros a comparecer); reconocer a la oposición un derecho de inclusión de un asunto en el orden del día o, incluso, regular las figuras del «orden del día reservado a la oposición», a efectos de que pueda disponer del mismo al menos una vez cada cierto número de sesiones, y de un «turno de cuestiones urgentes» que permita al Parlamento debatir con urgencia un problema apremiante; prever la posibilidad de mociones que contengan solo la posición de la oposición, junto a las que expresan la voluntad de la mayoría o la de todo el Parlamento; mejorar el acceso a la información de la oposición (creando por ejemplo una oficina parlamentaria de información y estudio con plena autonomía y transparencia); y garantizar la libertad de palabra y voto del parlamentario individual que hoy la disciplina de partido limita, cuando no anula completamente (cuestión más compleja, aunque no por ello menos deseable, sería adoptar algunos de los instrumentos de control que el derecho parlamentario británico concede a un grupo parlamentario –más correctamente, a los *parliamentary parties*– sobre su propio líder, al que, incluso, pueden hacer dimitir mediante una moción de censura interna).

Respecto del segundo de aquellos síntomas, desde hace más de tres décadas viene advirtiendo la doctrina –infructuosamente– que el instrumento previsto en el artículo 86 de

la CE para que el Gobierno pueda dictar extraordinariamente normas con fuerza de ley acabaría convirtiéndose de forma indebida en un instrumento ordinario para legislar, presagio que en los tiempos de pandemia se ha visto cumplido, hasta el punto de poder concluir que el propósito del constituyente al contemplar ese tipo normativo ha sido un propósito fallido. Por eso es tan importante insistir en la denuncia del uso excesivo y arbitrario de los decretos-leyes (abuso que se ha trasladado a las nueve comunidades autónomas que incorporaron a sus estatutos este tipo normativo) y en actualizar las excelentes propuestas de modificación del régimen del decreto-ley existentes (eso si no se siente uno tentado a hacerlo desaparecer mediante una reforma constitucional), entre las que cabe destacar la de reformar el Reglamento del Congreso para imponer, salvo en los decretos-leyes absolutamente coyunturales y por ello de vigencia temporal muy limitada, la obligatoria tramitación de todos los decretos-leyes, una vez recaída su convalidación por el Congreso de los Diputados, como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia. Por nuestra parte, proponemos que dicha tramitación (sea o no obligada para todo decreto-ley convalidado) incluya el dictamen preceptivo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado sobre el proyecto (salvo en el caso de que el Gobierno hubiera sometido a consulta en su momento el decreto-ley del que trae causa), ya sea recabado aquel directamente por la Cámara, ya lo sea, a instancias de esta, por el Gobierno. E, incluso, podría ser conveniente exigir del Ejecutivo la elaboración de una memoria de análisis de impacto normativo del proyecto completa (no abreviada, que es la que exige el art. 26.3 de la Ley del Gobierno para los decretos-leyes).

Referencias bibliográficas

- Álvarez García, V. (2021). Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura. *RGDA*, 58.
- Aragón Reyes, M. (2016a). Uso y abuso del Decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional. *Iustel*.
- Aragón Reyes, M. (2016b). Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional. *ECESD*, 60.
- Biglino Campos, P. (2020). Introducción: los efectos horizontales de la covid. En P. Biglino Campos y F. Durán Alba (Dirs.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- Cebrián Zazurca, E. (2020). Covid-19 y anulación de procesos electorales autonómicos en País Vasco y Galicia. *RGDC*, 33.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos.
- Doménech Pascual, G. (2021). Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19. *InDret*, 4.
- García-Escudero Márquez, P. (2021). Crisis sanitaria y modelo autonómico. En J. Tudela Aranda (Coord.), *Estado Autonómico*.

- mico y Covid-19: *Un ensayo de valoración general*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- Garrido López, C. (2021). *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*. Marcial Pons.
- Garrorena Morales, A. (2014). *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. (3.ª ed.). CEPC.
- López Ramón, F. (1985). Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *REALA*, 225.
- Nieto García, A. (1987). Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria. *RAP*, 112.
- Quadra-Salcedo Janini, T. de la. (2020). Estado Autonómico y lucha contra la pandemia. En P. Biglino Campos y F. Durán Alba (Dir.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- Rubio Núñez, R. (10 de marzo de 2019). Rodear la ley: el abuso del decreto ley y los bloqueos parlamentarios. *El Confidencial*, 10/03.
- Ruiz Robledo, A. (1 de septiembre de 2020). El parlamentarismo difuminado. *El País*.
- Sáenz Royo, E. 2021: Estado autonómico y COVID-19. *TRC*, 48.
- Salamero Teixidó, L. (30 de marzo de 2022). Sobre la constitucionalidad de la nueva función de autorización y ratificación de medidas sanitarias generales de la jurisdicción contencioso-administrativa. *RCDP blog*.
- Sánchez Muñoz, O. (2020). El Derecho de sufragio en tiempos de pandemia. En P. Biglino Campos y F. Durán Alba (Dir.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- Tajadura Tejada, J. (20 de marzo de 2020). Derecho de crisis y Constitución. *El País*.
- Tajadura Tejada, J. (2021). El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales. *RVAP*, 120.
- Tudela Aranda, J. (Ed.). (2020). *El Parlamento ante la Covid-19*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- Velasco Caballero, F. (2020). Estado de alarma y distribución territorial del poder. *ECESD*, 86-87.

David Parra Gómez. Profesor contratado doctor permanente en el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia. Ha obtenido los premios Manuel Giménez Abad, Antonio Reverte Navarro, Reina María Cristina y el Premio a la Transferencia de Conocimiento de la Universidad de Murcia.

Es miembro investigador, entre otros, del Grupo de Investigación «Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Eclesiástico del Estado», de la Asociación de Constitucionalistas de España y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; sus principales líneas de investigación versan sobre organización territorial del Estado, régimen parlamentario y educación constitucional. <https://orcid.org/0000-0002-1299-4642>



Mercados financieros sostenibles (I). Aproximación desde el abuso de mercado, la administración desleal y la estafa de inversión de capital y de crédito

Mariano Castillo García

Castillo&García. Abogados penalistas.

Especialistas en derecho penal económico y de la empresa (España)

marius.castillo-garcia@icab.es | <https://orcid.org/0009-0006-9104-7163>

Extracto

Este artículo estudia de forma crítica el concepto de mercados financieros sostenibles desde la directiva y el Reglamento de abuso de mercado, relacionados con el Reglamento de índices de referencia y el Reglamento sobre índices de referencia climáticos, el MiFID verde, la Directiva de taxonomía, el Reglamento de divulgación de información sobre sostenibilidad y la Directiva de información de sostenibilidad corporativa.

Palabras clave: abuso de mercado; administración desleal; ASG; doble materialidad; estabilidad financiera; estafa de inversión de capital; finanzas sostenibles; integridad de mercado; inversor razonable.

Recibido: 27-11-2023 / Aceptado: 04-01-2024 / Publicado: 05-02-2024

Cómo citar: Castillo García, M. (2024). Mercados financieros sostenibles (I). Aproximación desde el abuso de mercado, la administración desleal y la estafa de inversión de capital y de crédito. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 277, 73-114. <https://doi.org/10.51302/cefflegal.2024.20167>



Sustainable financial markets (I). Approach from market abuse, unfair administration and capital and investment fraud

Mariano Castillo García

Abstract

This article critically studies the concept of sustainable financial markets from the Market Abuse Directive and Regulation related to the Benchmark Regulation, the climate Benchmark Regulation, the green MiFID, the Taxonomy Directive, the Sustainability Disclosures Regulation and the Corporate Sustainability Reporting Directive.

Keywords: market abuse; unfair administration; ESG; double materiality; financial stability; capital and investment fraud; sustainable finance; market integrity; reasonable investor.

Received: 27-11-2023 / Accepted: 04-01-2024 / Published: 05-02-2024

Citation: Castillo García, M. (2024). Mercados financieros sostenibles (I). Aproximación desde el abuso de mercado, la administración desleal y la estafa de inversión de capital y de crédito. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 277, 73-114. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.20167>



Sumario

1. Introducción
 2. Lenguaje financiero y «tecnocratización» del derecho penal
 3. La regulación *bottom-up*, *top-down* de la estabilidad financiera y la integridad de los mercados financieros sostenibles
 - 3.1. La estabilidad financiera de los mercados financieros sostenibles
 - 3.2. La integridad de los mercados financieros sostenibles
- Referencias bibliográficas

Nota: En la segunda parte de este artículo, de publicación en la revista número 278, se ampliará y continuará la investigación.

1. Introducción

El 25 de septiembre de 2023 la Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos (SEC)¹ informó que DWS, filial del Deutsche Bank, pagará una multa de 25 millones de dólares por infracciones de blanqueo de capitales y declaraciones erróneas sobre inversiones ambientales, sociales y de gobernanza (ASG). Información relacionada con un comunicado de la Fiscalía de Frankfurt a.M.² del 31 de mayo de 2022 por el que una comisión judicial formada por 50 funcionarios (fiscales, policía y del regulador alemán BaFin) practicó un registro en las oficinas del Grupo DWS en Mainer Landstrasse y en los locales comerciales de la empresa matriz del Deutsche Bank en Taunusanlage. La investigación se inició a mediados de enero por sospechas de fraude en inversión de capital (*greenwashing*) y deficiencias en la prevención del blanqueo de capitales después de la investigación del Departamento de Justicia³ de Estados Unidos y de la SEC, motivada por la denuncia de Desiree Fixler⁴, ejecutiva de DWS.

El 24 de julio de 2023 un Tribunal Federal de Melbourne⁵ admitió a trámite una denuncia presentada por la Comisión de Valores e Inversiones de Australia, con petición de multa,

¹ SEC-vs-DWS. Deutsche Subsidiary DWS to Pay \$25 Million for Anti-Money Laundering Violations and Misstatements Regarding ESG Investments. Administrative Proceeding File no. 3-21709. Washington D. C., September 25, 2023. sec.gov/news/press-release/2023-194

² Vid. Barth, U., Razzia bei der DWS. Die Fondstochter der Deutschen Bank wird derzeit von Ermittlern durchsucht. Hintergrund sind die gegen sie erhobenen Vorwürfe des «Greenwashing» von Finanzprodukten. FinanzBusiness, 31.05.22. finanzbusiness.de

³ Vid. Kowsmann, P., Ramey, C. y Michaels, D., U.S. Authorities Probing Deutsche Bank's DWS Over - Sustainability Claims. Investigation by Justice Department, SEC follow allegations from ex-sustainability chief that firm overstated efforts on environment. *The Wall Street Journal*. Aug. 25, 2021. www.wsj.com

⁴ Vid. Temple-West, P. y Tindera, M., Blowing the whistle on ESG. Whistleblower Desiree Fixler on her greenwashing allegations against DWS. *Financial Times*, June 8, 2022. www.ft.com. Cfr. Kowsmann, P. y Brown, K., Fired Executive Says Deutsche Bank's DWS Overstated Sustainable-Investing Efforts. Asset management arm painted a rosier-than-reality picture to investors on ESG, according to Desiree Fixler and documents. DWS says her office didn't gain expected traction. *The Wall Street Journal*. Aug. 1, 2021. www.wsj.com

⁵ Federal Court of Melbourne. File Number VID563/2025. asic.gov.au. Cfr. Temple-West, P. y Darrby Shire, M., SEC Lawyers subpoena fund managers over disclosures. Statements on green and social investments seen as «fertile ground» for enforcement decision. *Financial Times*, Aug., 15, 2023. www.ft.com

contra Vanguard Investments Australia LTD, por un supuesto «blanqueo verde», al comercializar el fondo de cobertura Ethically Conscious Global Aggregate Bond Index (Hedge).

El 28 de marzo de 2023 la SEC⁶ comunicó que, en paralelo a un proceso civil ante un tribunal de Nueva York contra la empresa minera brasileña Vale, SA (uno de los mayores productores del mineral de hierro del mundo, que cotiza en bolsa), se pactó, mediante conformidad, la imposición de una multa por importe de 55,9 millones de dólares por divulgaciones ASG engañosas y falsas sobre su seguridad desde 2016. Según la SEC, la empresa Vale, SA manipuló varias auditorías en numerosos certificados, defraudando a gobiernos locales, ayuntamientos e inversores sobre la seguridad de la represa de Brumadinho, que colapsó en enero de 2019 matando a 270 personas y provocando una pérdida de más de 4.000 millones de dólares en la capitalización bursátil. Igualmente, la SEC multó, con las acusaciones de deficiencia e irregularidades en el folleto-prospecto ESG⁷ de determinados fondos de inversiones, por un lado, el día 23 de mayo de 2022, con 1.500.000 de dólares al fondo de inversiones BNY Mellon Investment adviser, Inc.⁸, filial del Banco Mellon de Nueva York; y, por otro, el día 22 de noviembre de 2022, con 4.000.000 de dólares a Goldman Sachs Asset Management⁹.

El 26 de enero de 2023 el diario *Le Monde*¹⁰ informó sobre la incoación de un proceso penal por la Fiscalía de delitos económicos y financieros de Nanterre contra la multinacional petrolera Total Energies por posible «blanqueo verde», tras la denuncia presentada por colectivos de asociaciones en defensa del medio ambiente.

Estos procesos administrativos y penales causan preocupación e incertidumbre en los inversores en general y, en particular, minoristas (p. ej., fondos cotizados)¹¹, planteando-

⁶ SEC, Brazilian Mining Company to Pay \$55.9 Million to Settle Charges Related to Misleading Disclosures Prior to Deadly Dam Collapse, March 28, 2023. www.sec.gov/news/press-release/2023-63. Cfr. United States District Court Eastern District of New York. Securities and Exchange Commission v. Vale, S.A. Civil Action no. 22-cv-2405. April 28, 2022. www.sec.gov

⁷ Siglas en inglés. ASG en castellano.

⁸ SEC-vs-Bnymellon Investment Adviser, INC, Administrative Proceeding, File no. 3-20867, May 23, 2022. www.sec.gov. Cfr. ESMA. Report on Trends, Risks and Vulnerabilities (TRV Risk Monitor). No. 1.2023. 9 February p. 34. www.europa.eu

⁹ SEC-vs-Goldmann Sachs Asset Management, Administrative Proceeding, File no. 3-21245, November 22, 2022. www.sec.gov. Cfr. ESMA. TRV Risk Monitor. No. 1. 2023, *op. cit.*

¹⁰ *Le Monde*, «Greenwashing»: TotalEnergies visé par une enquête à Nanterre depuis décembre 2021. Cette procédure fait suite à une plainte déposée au pénal en octobre 2020 par plusieurs associations de défense de l'environnement. «[...] soit le fait de se donner une image de marque plus écologiste qu'elle l'est en réalité». Jeudi 26 Janvier 2023. www.lemonde.fr

¹¹ ETFs, siglas en ingles. *Vid.* ASIC commences greenwashing case against Vanguard Investments Australia LTD. cit. Cfr. Mazzacuratti, J., *EU Ecolabel: Calibrating green criteria for retail funds*. ESMA TRV Risk Analysis. 21 December 2022. www.esma.europa.eu. Cfr. Coates, J., *The problem of twelve. When a few financial*

se la obligación de establecer en la industria financiera, en el mercado de derivados ASG¹² (en expansión con contratos de opción de futuros e índices de referencia), en las agencias de calificación, normas de calidad¹³, de certificación¹⁴, contables¹⁵ y de taxonomía global¹⁶, respecto del folleto de sostenibilidad¹⁷ y de los índices, ante la aparente insuficiencia de la

institutions control everything. Columbia Global Reports. 2023. New York. Cfr. Dumitrescu, A., Zakriya, M. y Jarvinen, J., *Hidden Gem of Fool's: Can Passive ESG ETFs outperform the Benchmarks*, February 2022. <https://ssrn.com.abstract=3992745>. Cfr. Scatigna, M. et al.: «[...] AUM of passive funds (ETFs), mutual funds, ESG ETFs primarily on equities». *Achievements and challenges in ESG markets*. BIS Quarterly Review. International banking and financial developments. December 2021, pp. 87-94. www.bis.org

¹² Vid. ESMA. Final Report. Emission allowances and associated derivatives. 28 March 2022. ESMA 70-445-38, p. 7. www.esma.europa.es. Cfr. Scatigna, M. et al., *Achievements and challenges in ESG markets*, op. cit. p. 94. Cfr. Gómez Yubero, M.^a J. y Gullón Ojesto, B., Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad y su contribución al cumplimiento de Desarrollo Sostenible. *Boletín de la CNMV*. Trimestre III. 2021, p. 134. www.cnmv.es. Cfr. Volatility Index (VIX), Barry et al., v. CBOE Global Markets. United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. US District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division no. 20-1843. Ponente Easterbrook, *Circuit Judge*. July 27, 2022. law.justia.com/cases. Cfr. Griffin, J. M. y Shams, A., *Manipulation in the VIX?* May 23, 2017, p. 37. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972979.

¹³ Vid. Gómez Yubero, M.^a J. y Gullón Ojesto, B., *Índices de referencia climática y de sostenibilidad*, op. cit. p. 157. Con la aplicación de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros. DOUE 12.6.2014. L173/349. (En adelante MiFIDII, siglas en inglés). Cfr. Rey Miró, D. y Piffaut, P. V. proponen un índice de calidad financiera que, según mi opinión, podría aplicarse en fondos de inversiones ASG. *Índice de Calidad Financiera* (ICF). Estudios e Infografías sobre el Mercado de Valores. Número 63. Enero 2018. Servicios de Estudios-Bolsa de Barcelona. BME. www.borsabcn.es. Cfr. Newton, P. D. et al., *Banks vs. markets: Are banks more effective in facilitating sustainability?* The Bank of Finland Institute for Emerging Economics. BOFIT Discussion papers 5*2022. www.bofit.fi/en

¹⁴ Bank of America Merrill Lynch, Barclays MSCI y Standard&Poors emiten certificaciones sobre índices de bonos verdes globales. Barclays formó parte de un cártel secreto con Citicorp, JP Morgan, Royal Bank of Scotland (RBS) y UBS AG durante más de cinco años, manipulando el tipo de cambio, facturando miles de millones de dólares a costa de clientes e inversores, siendo multados, conjuntamente, por un total de 5 mil millones de dólares, mediante conformidad con el Departamento de Justicia norteamericano en 2015. En conformidad adicional, el grupo bancario suizo UBS AG pactó la acusación por la manipulación del tipo de interés. Vid. Warren, E., *Rigged Justice 2016: How Weak Enforcement Lets Corporate Offenders Off Easy*, January 2016, p. 2. www.warren.senate.gov. Cfr. Ehlers, T. y Packer, F., Green bond finance and certification. *BIS Quarterly Review*, September 2017, p. 92. www.bis.org

¹⁵ Vid. Eccles, R. G. y Mirchandani, B., We need Universal ESG Accounting Standards. *Harvard Business Review*. February 15, 2022. hbr.org. Cfr. Ehlers, T. y Gao, D. (N.) y Packer, F. A. Taxonomy of sustainable finance taxonomies. Bank for International Settlements. BIS Papers no. 118. October 2021. www.bis.org

¹⁶ Vid. Scatigna, M. et al., *Achievements and challenges in ESG markets*, op. cit., p. 94.

¹⁷ Circular 3/2022, de 21 de julio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre el folleto de las instituciones de inversión colectiva y el registro del documento con los datos fundamentales para el inversor. BOE núm. 186. 4 de agosto de 2022. Cfr. Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros. DOUE L 317/1.9.12.2019. En adelante, «SFDR», siglas en inglés.

normativa existente¹⁸. Necesidad causada, en parte, por las disfunciones de las autoridades del mercado de valores nacionales y de la Unión Europea¹⁹ generadas, por ejemplo, por la aplicación del «método Lamfalussy»²⁰, que vulnera la separación de poderes de un Estado de derecho, el «elevado número de índices de referencia existente y los diferentes efectos que tienen para la estabilidad financiera y la economía real»²¹, y las prácticas de oligopolio²². Número de índices que aumentan con los *climate transition indices*²³ en la génesis de mercados de inversión sostenible de ámbito continental²⁴, en cuya regulación de finanzas

¹⁸ Vid. Peirce, H. M., *Tow Truck Taxonomies Remarks before Eurofi*. U.S. Securities and Exchange Commission. Stockholm, Sweden. April 28, 2023.

¹⁹ Vid. Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. DOUE 15.11.2014. L330/1. Cfr. Reglamento delegado (UE) 2021/1352 de la Comisión, de 6 de mayo de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) 2016/11 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican las condiciones para garantizar que la metodología para la determinación del índice de referencia cumple los requisitos de calidad. DOUE 13.8.2021. L291/16.

²⁰ Vid. Nieto Martín, A.: «Son las autoridades del mercado de valores, nacional y europea, las que a través de un procedimiento muy singular, el denominado método *Lamfalussy*, determinan en última instancia muchas de las conductas prohibidas, a través de la fijación de los *safe harbours*. El margen de la libertad con que se mueven es mucho más amplio que el que existe en las decisiones administrativas, y mucho mayor aún que el que tiene la Administración a través de su potestad reglamentaria. Por si fuera poco, que las mismas autoridades que se encargan de sancionar (administrativamente) fijen los comportamientos que van a ser objeto de sanción es algo que no encaja con una mínima separación de poderes inherente al Estado de Derecho». *Protección penal de la competencia y del mercado de valores*. Derecho penal económico y de la empresa. VV. AA. Dykinson. 2018, p. 387.

²¹ Vid. considerando 9 del Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión y por el que se modifican las Directivas 1008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) núm. 596/2014. DOUE 29.6.2016, L 171/1. Cfr. considerandos 21, 22, 24; artículo 9.1.2 y 4. Reglamento (UE) [SFDR] 2019/2088.

²² Vid. Olof-Ors, N., UBS's Credit Suisse Takeover, 'Deal of The Century'. International Business Times, 09/12/23. [ibtimes.com/ubs-credit-suisse-takeover-deal-century-3711599](https://www.ibtimes.com/ubs-credit-suisse-takeover-deal-century-3711599). Cfr. Scatigna, M. et al, *Achievements and challenges in ESG markets*, op. cit. p. 94. Cfr. Mazzacurati, J., *ESG ratings: Status and key issues ahead*. Report on Trends, Risks and Vulnerabilities (TRV), no. 1, 2021, March, p. 113. ESMA50-165-1524. www.esma.europa.eu. Cfr. Paredes Castañón, J. M., *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores*. Crisis Financiera y Derecho Penal Económico. VV. AA. Eduardo Demetrio Crespo (Dir.) y Manuel Maroto Calatayud (Coord.), Edisofer-Editorial B de F. 2014. Buenos Aires-Montevideo, pp. 794, 799, 800-803, 811 y 829.

²³ Vid. OECD: «Table 7. Description of selected climate transition indices, Stoxx Climate Transition and Paris-aligned Benchmarks indices; MSCI Climate Change; S&P Climate Transition and Paris Aligned Climate Indices; FTSE TPI Climate Transition Index». Financial Markets and Climate Transition. Opportunities, Challenges and Policy Implications, 2021, p. 90.

²⁴ Vid. ESMA, Strategy 2023\2028. September 2022, p. 26. ESMA22-439-1076. www.europa.eu. Cfr. Mazza-Curati, *ESG ratings: Status and key issues ahead*. Report on Trends, Risks and Vulnerabilities (TRV), no. 1, 2021, March, p. 104. ESMA 50-165-1524.

sostenibles²⁵, *de lege ferenda*, el legislador de la Unión Europea debería debatir la inclusión de los derivados, las ventas en corto (p. ej., *carbon emissions*)²⁶ y el préstamo de valores en el ámbito del abuso de mercado, como plantea la supervisora británica²⁷.

2. Lenguaje financiero y «tecnocratización» del derecho penal

Los mercados bursátiles, las autoridades supervisoras nacionales (CNMV)²⁸ y supranacionales (ESMA²⁹, FSB³⁰, IOSCO³¹) y la doctrina³² debaten sobre la regulación y gestión de los riesgos financieros y las nuevas categorías de índices derivados del cambio climático o de bajo impacto carbónico. La CNMV³³ siguiendo, por una parte, la política de reorientación de la Comisión Europea con el *Plan de Acción: Financiar el desarrollo sostenible*³⁴ y, por otra, las iniciativas del Financial Stability Board (FSB), pretende contribuir «a la implementación del marco

²⁵ Vid. Reglamento delegado (UE) 2021/1253 de la Comisión, de 23 de abril de 2021, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2017/565 en lo que respecta a la integración de los factores, riesgos y preferencias de sostenibilidad en determinados requisitos organizativos y condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión. 2.8.2021. DOUE. L 277/1.

²⁶ Vid. Franco, C. de, *Offsetting carbon emissions with the short positions: Do it for the money, not for the impact*.

²⁷ Vid. Financial Conduct Authority (FCA), Sustainability Disclosures Requirements (SDR) and investments labels. Discussion Paper. November 2021, pp. 21-22. www.fca.org.uk

²⁸ CNMV, Líneas estratégicas de la CNMV 2021-2022. Plan de actividades 2021, pp. 29-30. www.cnmv.es. Cfr. Tapia Hermida, A. J., Sostenibilidad financiera. Documentos de la CNMV sobre la normativa de sostenibilidad aplicable a los productos financieros. RDBB 167. Julio-septiembre 2022, pp. 213-220. Cfr. Fuentes Naharro, M., La CNMV sobre la inversión sostenible. RDBB 167. Julio-septiembre 2022, p. 221.

²⁹ ESMA, Preliminary report. Emissions Allowances and derivatives thereof. 15 November 2021. ESMA 70-445-7. www.esma.europa.eu

³⁰ FSB, FSB Roadmap for Addressing Climate-Related Financial Risks. 7 July 2021. www.fsb.org

³¹ IOSCO, Report on Sustainability-related Issuer Disclosures. Final Report. FR04/2021. June. www.iosco.org

³² Vid. Gómez Yubero, M.^a J. y Gullón Ojesto, B., Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad, *op. cit.*, pp. 125-158. Cfr. Krahnhen, Rocholl, Thum, «A primer on Green finance: From whisful thinking to marginal impact». Leibniz Institute for Financial Research SAFE. White Paper no. 87. October, 2021. Cfr. Trogger y Steuer, «The Role of Disclosure in Green Finance». Law Working Paper no. 604. August, 2021. Goethe University. Leibniz Institute for Financial Research. SAFE. ssrn.com/abstract-id=3908617. Cfr. Alogoskoufis *et al.*, Climate-related risks to financial stability. European Central Bank. *Financial Stability Review*. May, 2021, pp. 100-114. www.ecb.europa.eu. Cfr. Scatigna *et al.*, *Achievements and challenges in ESG markets*, *op. cit.* pp. 83-94.

³³ CNMV, Líneas estratégicas de la CNMV 2021-2022, *op. cit.*, pp. 29-30.

³⁴ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 8.3.COM (2018) 97 final.

normativo de emisiones verdes y demás productos e instrumentos de inversión sostenibles y facilitar la creación de índices que tomen en consideración la huella de carbono». Riesgos financieros que, asociados al impacto de la digitalización, el cambio climático³⁵, la expansión del *soft law*³⁶ y la estandarización³⁷, aumentan con la emisión de bonos verdes por entes supranacionales (p. ej., el Banco Europeo de Inversiones³⁸, el Consejo de la Unión Europea³⁹,

³⁵ Vid. Beau, D., What role should banks play in the twin digital and climate revolution? Speech at the conference Jean Monnet University, Saint-Etienne, 15 April 2022. www.bis.org. Cfr. Securities and Markets Stakeholder Group [SMSG], Advice to ESMA. European Commission's request to EBA, EIOPA and ESMA for technical advice on digital finance and related issues. 30 July 2021, pp. 1-2. ESMA 22-106-3473. www.esma.europa.eu. Cfr. Traders Magazine, «Financial Services Struggles with Digital Transformation», January 14, 2021. www.tradersmagazine.com

³⁶ Vid. Mülbert, P. O. y Sajnovits, A., The Inside Information Regime of the MAR and the Rise of the ESG Era. *European Company and financial Law Review* (ECR)2021, 256-290. European Corporate Governance Institute-Law. Working paper no. 548. 2020. 7 May 2021, p. 7. ssrn.com/abstract=3719944. Cfr. Nieto Martín, A., *Protección penal de la competencia y del Mercado de valores*, op. cit., pp. 80 y 398. Cfr. Feijóo Sánchez, B. ¿Transformación del Derecho Penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global? *Revista de Ciencias Penales*. Sexta Época, vol. XLII, núm. 4 (2015), pp. 15-48. Cfr. Nieto, A., *Una introducción al derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 22 y 68. Cfr. Implementations OECD Guidelines for Multinational Enterprises: The National Contact Points From 2000 to 2015. mneguidelines.oecd.org. Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Autorregulación y corregulación en el marco legislativo de la Unión Europea»: »1) Los mecanismos de autocontrol y autodisciplina, incluidos en los estudios de impacto *ex ante* (cabe citar: el control ejercido por el BDI (Bundesverband der Deutschen Industrial) de la adecuada aplicación del acuerdo celebrado en 1995 en Berlín entre el Gobierno y las empresas sobre las condiciones y el control del efecto invernadero a través de la reducción de las emisiones CO2 en Alemania, de conformidad con el convenio de Kioto (dictamen de iniciativa) (2015/C291/05)». Ponente único. Jorge Pegado Luz. C-291/33; C-291/35-36. DOUE 4.9.2015. Cfr. Coffee, J. C. Jr., *Extraterritorial Financial Regulation. Why E.T. Can't Come Home*, 2014, pp. 3-14 y 18. ssrn.com/abstract=2347556. Cfr. Palá Laguna, R., *Soft law, moral suasion y autorregulación ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas*. Seminario Permanente sobre validez, invalidez y eficacia de la Universidad de Zaragoza. Mayo 2010.

³⁷ Vid. Nieto Martín, A., *Protección penal de la competencia y del mercado de valores*, op. cit., p. 80.

³⁸ Vid. Tribunal de Cuentas Europeo: »En 2007, la Bolsa de Luxemburgo admitió a cotización el primer bono verde que se introdujo en el mercado: el «bono con conciencia climática», del Banco Europeo de Inversiones». Informe Especial 2021-2022. Finanzas sostenibles: La UE necesita una actuación más coherente para reorientar la financiación hacia inversiones sostenibles, p. 31. eca.europa.eu.

³⁹ Vid. Council of the EU, Sustainable finance: Council agrees its position on European Bonds: «proposal to create European Bonds. Designation 'European Green Bond' or 'EuGB'». Press release 371/22. 13/04/2022. www.consilium.europa.eu/press. Cfr. Delgado, M.: »La Unión Europea también se ha unido al grupo de emisores de bonos verdes al realizar recientemente su primera emisión de 12.000 millones de euros, la mayor de un bono verde del mundo hasta ahora. La Unión Europea se convertirá en breve en el mayor emisor de bonos verdes del mundo, dado que esta solo es la primera emisión del programa de bonos verdes asociados a la financiación de *Next Generation*, que está prevista que alcance los 250.000 millones de euros para finales de 2026. Curiosamente, el bono se ha emitido bajo los principios de ICMA (al igual que lo hizo la obligación del Tesoro español), pues todavía no existe el estándar

el Banco Central Europeo⁴⁰, por Estados miembros⁴¹ con supervisión de bancos centrales, p. ej., el Banco de España), y por el sector privado⁴², siendo cuestionado por un sector de la doctrina alemana⁴³ y por la industria financiera (p. ej., OICVM)⁴⁴, ya que pueden afectar, parece ser, a la estabilidad financiera de los mercados financieros y a la integridad del mercado. Así, se infiere de las áreas prioritarias de ESMA (Autoridad Europea de Valores y Mercados) sobre sostenibilidad financiera⁴⁵ y *carbon markets under MAR*⁴⁶, criminalizando acciones y omisiones mediante la subsunción de conductas en los artículos 12, 16, 17 y en el Anexo I

européo». *Finanzas sostenibles. La visión de los bancos centrales*. Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros. Banco de España. 28.10.2021, p. 3. www.bde.es

⁴⁰ Vid. Delgado, M., *The Role of central banks in sustainable finance*. 11th Funseam International Business Symposium-Sustainable Finance: challenges and opportunities. Barcelona. 06.02.2023. bis.org/review/r2304270.pdf. Cfr. Krogstrup, S. »Denmark's first green government bonds«. 2021. www.bis.org/review/r211228a.htm. Cfr. ESMA, Sustainable debt. T. 87. Green financial technology. Supporting green bond issuers and investors: [... intangible or tangible assets, tokens]. TRV. Report on Trends, Risks and Vulnerabilities. No. 1, 17 March, 2021, pp. 44-45. ESMA 50-165-1524. www.esma.europa.eu

⁴¹ Vid. Delgado, M.: «En septiembre de este año, se realizó la primera emisión de un bono verde soberano por parte del Banco de España. La acogida de esta emisión fue muy favorable, con una demanda de 60.000 millones de euros, 12 veces por encima de la oferta, y esto llevó a que el Tesoro pudiera obtener financiación a 20 años con un tipo del 1 %, cuando el coste medio de la deuda pública es de 1,65 %, y su duración media es de 8 años». *Finanzas sostenibles, op. cit.*, p. 3.

⁴² Vid. *El Nacional*: «Ferrovia lanza una emisión de bonos verdes de 500 millones de euros. Ferrovial, con sede en los Países Bajos, lanza una emisión de bonos verdes de 496 millones de euros. El vencimiento se fija para dentro de siete años, el 13 de septiembre de 2030, con un interés del 4,375 % que se abonará anualmente. Según informa este jueves la compañía que preside Rafael del Pino a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la operación le reportan unos fondos netos de aproximadamente 496 millones de euros que prevé destinar a atender "necesidades corporativas generales"». 7 de septiembre de 2023. elnacional.cat. www.elnacional.cat. Cfr. Moreno Mendieta y Salobral, N. Inversión sostenible. El mercado menosprecia el cambio climático en bonos verdes. *CincoDías*. 5 de septiembre de 2023.

⁴³ Vid. Fuest, C., Grüner, H. y Wieland, V., «Europäische Zentralbank auf grünen Abwegen Gasterbeitrag». ifo Institut-Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung and der Universität München e. V., 15. Mai 2021. www.ifo.de/node/63806

⁴⁴ Vid. ESMA, ESG UCITS. Performance and Costs of EU Retail Investment Products. ESMA Annual Statistical Report, 5 April 2022. ESMA 50-165-1677, pp. 21-25. www.esma.europa.eu. Cfr. Scatigna, M., Xia, D., Zabai, A. y Zulaica, O., Achievements and challenges in ESG markets, *op. cit.* pp. 94. Cfr. Gambón Murcia, M.^a C. e Ispuerto Mate, A., Características de las IIC sostenibles españolas en 2020. Documentos de trabajo núm. 77, febrero, p. 10. www.cnmv.es. Cfr. Kim Park, S. Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution. 2018. *Stanford Journal of International Law*, 3/6. law.stanford.edu/publications

⁴⁵ ESMA, Sustainable Finance Roadmap 2022-2024, 10 February 2022. ESMA 30-379-1051, p. 7 y ss. www.esma.europa.eu

⁴⁶ ESMA. Final Report. Emission allowances and associated derivatives. 28 March 2022, *op. cit.* Cfr. Ross, V., DSW Conference «ESG – Next Level Reporting, Risk Management, Strategy and Responsibility». Keynote Speech, 19th November, 2021 pp. 15-18. ESMA 32-67-800. www.esma.europa.eu. Cfr. ESMA, *Strategy on Sustainable Finance*, 6 February 2020. ESMA 22-105-102.

del Reglamento de abuso de mercado⁴⁷, en relación con el artículo 7(6) del Reglamento 1031/2010 de la Comisión⁴⁸ y el artículo 26 del Reglamento de instrumentos financieros⁴⁹; áreas inherentes al diseño de una política criminal expansiva del derecho penal europeo simbólico⁵⁰, reflejada en las leyes penales españolas con un incremento de penas superior al de

⁴⁷ Vid. Reglamento (UE) núm. 596/2014. DOUE 29.6.2016. L171/1. En adelante «MAR», siglas en inglés, según la Circular/2017, de 26 de abril, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre los contratos de liquidez. BOE núm. 111. Miércoles 10 de mayo de 2017. Cfr. Directiva (UE) 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado). DOUE 12.6.2014. L173/179. En adelante, «MADI». Cfr. Tapia Hermida, A. J., Abuso de mercado. Obligación de comunicación de operaciones sospechosas. RDBB 167. Julio-septiembre 2022. pp. 207-212.

⁴⁸ Reglamento (UE) núm. 1031 de la Comisión, de 12 de noviembre de 2010, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. DOUE 18.11.2010 L302/1.

⁴⁹ Vid. Reglamento (UE) núm. 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros. DOUE 12.6.2014. L173/84. En adelante, «MiFIR». Cfr. Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. DOUE 12.6.2014 L173/349. En adelante, «MiFIDII».

⁵⁰ Vid. Rubio Lara, P. A.: «La armonización del Derecho penal no siempre es el instrumento adecuado para la lucha contra la delincuencia transnacional, dado el carácter simbólico que en numerosas ocasiones se ha dotado al derecho penal sustantivo de la UE, existiendo entonces una falta de justificación de la regulación penal en la criminalización de conductas y la no adopción de medidas alternativas extrapenales más adecuadas. De este modo se incumple el principio de *ultima ratio*, ya que las instituciones comunitarias no justifican el motivo de su política criminal ni de la tipificación de conductas concretas, limitándose a señalar que se trata de proteger los «intereses comunitarios» (expresión insuficiente para motivar la existencia de una conducta que se pretende sea armonizada por los distintos Estados miembros). No podemos seguir admitiendo estos déficits en la justificación de las normas penales, que junto con el problema [...] de falta de democratización en la legislación penal de la UE podría conducirnos a consecuencias indeseadas. En consecuencia, se ha de justificar el recurso al derecho penal», *El Derecho penal europeo en la legislación española. Influencia actual y previsiones de futuro*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 164-165. Cfr. Paredes Castañón, J. M.: «Ejemplo paradigmático de utilización simbólica –reputada ilegítima– del Derecho Penal, pretendiendo simplemente reforzar la confianza ciudadana en norma y valores y tranquilizar a la opinión pública frente a la sensación de inseguridad y de injusticia que los grandes fenómenos de delincuencia económica generan, pero sin ninguna aspiración de aplicación efectiva generalizada». Delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal Económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 11 (2003), p. 98. Cfr. Morillas Cueva, L.: «La rigorista tendencia actual hacia la que parece orientada, por ejemplo, la Unión Europea [...]. Un Derecho Penal equilibrado entre lo que se ha venido en denominar "huida hacia el Derecho Penal" y "Derecho Penal simbólico"». Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 04-06 (2002), pp. 22-23. Cfr. Hassemer, V., *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, trad. E. Larrauri, *Pena y Estado*, 1, 1991. Cfr. VOB, *Symbolische Getetzgebung*, 1989. Cfr. García Amado: «Crece el número de disposiciones legales que solo muestran eso que los sociólogos llaman la función simbólica de la ley en las normas la tipificación de supuestos». Sociología sistémica y política legislativa. Anuario de Filosofía del Derecho. BOE 1988, p. 243. Cfr. Noll, *Symbolische Gesetzgebung*, *SchwZSt* 97 (1981), pp. 347 y ss.

la «MADII»⁵¹, vulnerando el principio de proporcionalidad⁵². Se emplea un lenguaje en la regulación-supervisión del mercado del carbono y del ASG, equiparable a un «nuevo idioma»⁵³, con sus signos, símbolos o indicios de la norma primaria en el ámbito de la automatización del mercado bursátil⁵⁴. Mercado del bono sostenible⁵⁵, facturación verde⁵⁶, CapEx-OpEx sostenible⁵⁷, activos o fondos intangibles o tangibles (*intangible or tangible assets*)⁵⁸, «comercio en la sombra» (*shadow trading*)⁵⁹, criptoactivos⁶⁰, el mercado monitorizado por el *data quality* para preservar

⁵¹ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: «El interrogante político-criminal que surge es obvio ¿por qué el legislador español de 2022 asigna al delito del art. 285-1 (con una pena de prisión cuyo límite máximo es de seis años) cuando la Directiva solo obliga a fijar un límite máximo de cuatro años?». La elevación de las penas previstas para el delito de abuso de información privilegiada del Art. 285-5 del Código Penal. *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*. VV. AA. José González Cussac (Coord.). Tirant lo Blanch, 2023. pp. 86. Cfr. Ortiz de Urbina Gimeno, I., Recapitulación y posibles líneas de avance. Estado actual y necesidades detectadas. *La elaboración de las leyes penales en España*. VV. AA. José Becerra Muñoz. Samuel Rodríguez Fernández (Eds.). Tirant lo Blanch, 2021, p. 122.

⁵² Vid. Martínez-Buján Pérez, C., *La elevación de las penas previstas para el delito de abuso de información privilegiada*, *op. cit.*, pp. 86. Cfr. Beccaria, C.: «Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico», *Dei delitti e delle pene* (1764), capítulo 2, Derecho de castigar, *De los delitos y de las penas*. Estudio preliminar de José Jiménez Villarejo. Traducción de Juan Antonio de las Casas, Tecnos, 2008, p. 16.

⁵³ Vid. Martínez Parera, M., Empresas y sostenibilidad: la importancia de un reporte fiable y comparable. CNMV. 14 de abril de 2023. p. 5. www.cnmv.es

⁵⁴ Vid. US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, ICE v. SEC. núm. 20-1470. January 21, 2022. pp. 4-5. law.justia.com/cases. Cfr. Nieto Martín, A.: «Debe tenerse presente que en gran medida la compra y venta de valores y productos financieros está hoy altamente automatizada, son ordenadores los que toman la decisión de realizar una operación al detectar variaciones mínimas en los precios de los productos. La idoneidad para alterar el precio por tanto debe interpretarse de manera similar a las «manipulaciones» en el caso de la estafa informática», *Protección penal de la competencia y del mercado de valores*, *op. cit.*, p. 403.

⁵⁵ Delgado, M., 7th Sustainable Bond Forum. Closing remarks. ICO/Madrid. 8.6.2023. p. 2.

⁵⁶ Vid., CNMV. La CNMV recuerda a las sociedades cotizadas que deben explicar mejor sus medidas alternativas de rendimiento para no confundir a los inversores. 17 de abril de 2023. p. 2. www.cnmv.es

⁵⁷ *Ibid.*, Cfr. CNMV. Informe sobre los desgloses relativos a la Taxonomía Europea. Ejercicio 2022. pp. 2-5. www.cnmv.es

⁵⁸ Vid. ESMA, Sustainable debt. T. 87. Green financial technology. Supporting green bond, *op. cit.* pp. 44-15.

⁵⁹ Vid. United States District Court Northern District of California San Francisco Division. Securities and Exchange Commission vs. Mathew Panuwat. Case: 21-cv-06322. August 17, 2021. www.sec.gov/news/press-release/2021-155. Cfr. Posner, C., SEC's «shadow trading» case survives motion to dismiss, January 20, 2022. Cooley Pubco. cooleypubco.com/2022/01/20/shadow-trading-case-survives-dismissal/. Cfr. Eglite, E. y Staermans, D., How widespread is shadow trading in ETFs? SSE Riga Sotckholm School of Economics. SSE Riga Student Research papers. May 2022:1(243). sseriga.edu

⁶⁰ Vid. artículo 3.1 «Criptoactivo». Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados criptoactivos. Comisión Europea. Bruselas 24.9.2020 COM (2020) 596 final - 2020/265(COD). En adelante, «MiCA», siglas en inglés.

la integridad del mercado de la manipulación⁶¹, *machine learning*⁶², *distributed ledger technology*⁶³, ESG⁶⁴ (p. ej., *derivatives*)⁶⁵ mediante el uso de algoritmos⁶⁶ (cuestionado con el caso del Grupo DWS), la estabilidad de los mercados financieros⁶⁷, *green fintech*⁶⁸, *green sandboxes*⁶⁹,

- ⁶¹ Vid. Cazenave, N., «ESMA as a data driven regulator and supervisor». AFME 5th Annual European Compliance and Legal Virtual Conference, 8 October 2021. ESMA 74-362-2159. www.ema.europa.eu. Cfr. Cdo. 1 «MADII». Cdo. 2, cdo. 4, cdo.8, cdo. 23, cdo. 24, cdo. 63 «MAR».
- ⁶² Vid. ESMA Strategy 2023\2028, *op. cit.*, p. 28. Cfr. Rouen, E. y Sachdeva, K. y Yoon, A., The Evolution of ESG Reports and the Role of Voluntary Standards. 31 Oct. 2022. ssrn.com/abstract=4227394
- ⁶³ Cfr. Reglamento (UE) 2023/11134 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) núm. 1093/2010 y (UE) núm. 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. «MiCA».
- ⁶⁴ Vid. Lacroix, K., ESG's «Biggest Risk», October 17, 2022. The D&O Diary. www.dando.com. Cfr. Macey, J. R., ESG Investing: Why Here? Why Now? *Law&Economics Center at George Mason University Scalia Law School Research Paper Series*, 22-013. March 2022. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3942903. Cfr. Ehlers, T. *et al.*, Deconstructing ESG Scores: How to Invest with your own Criteria, March 2022, BIS WP no. 1008. www.bis.org. Cfr. Coffee, J. C. J., Climate- Risk Disclosures and «Dirty Energy» Transfers: «Progress» Through Evasion. *CLS*, January 2022, 25. clsbluesky.law.columbia.edu/2022/01/25/climate-risk-disclosures-and-dirty-energy-transfers-progress-through-evasion. Cfr. Cazenave, N.: «Europe is home to the largest ESG fund market, reflecting a shift in European investor preferences towards sustainable investments», »How asset management industry can contribute to the Capital Markets Union and the climate transition». EFAMA Investment Management Forum 2021, 19 November 2021, p. 11. ESMA 34-38-278. www.esma.europa.eu. Cfr. Curtis *et al.*, Do ESG Mutual Funds Deliver on Their Promise?, *Michigan Law Review*, vol. 10, núm. 3, December 2021, pp. 393-450. Cfr. Billio, M. *et al.*, Inside the ESG Ratings(Dis)agreement and performance. Ca' Foscari University of Venice. Department of Economics. WP. No 17/WP/2020, June 22, 2020.
- ⁶⁵ Vid. Hiemstra, L. M., The Financial Side of Energy Markets in the Low-Carbon Transition. European University Institute Robert Schumann. Centre for Advanced Studies. The Florence School of Regulation. RSC Working Paper 2022/50, p. 11.
- ⁶⁶ Vid. ESMA. Final Report. Emission allowances and associated derivatives. 28 March 2022. ESMA 70-445-38, p. 7. www.esma.europa.eu. Cfr. Amzallag, A., Levi, M. y Vasios, M., Text mining ESG disclosures in rating agency press releases. ESMA TRV Analysis. ESMA 80-195-1352. 10 February 2022.
- ⁶⁷ Vid. Cdo. 73 «MAR». Cfr. Allen, J. H., What is «Financial Stability»? The need for some common language in international financial regulation. *Georgetown Journal of International Law*, 2014, vol. 45, pp. 929-952.
- ⁶⁸ Vid. Wuermeling, J.: «The environmental, social and governance sector, ESG for short, in particular has been growing rapidly. Between 2019 and 2021, the number of FinTechs with an ESG reference roughly doubled according to a study by Ernst and Young, making Berlin one of the "places to be" in the field of ESG». Setting regulatory standards for a unified framework in the financial sector-Germany at the heart of Europe as a Fintech hub. Keynote speech, at the Global FinTech Festival, Mumbai, 6 September 2013. BIS-Central bankers' speeches.[bis.org/review/r230907e.pdf](https://www.bis.org/review/r230907e.pdf). Sorprende esta declaración grandilocuente de marketing de un miembro del *Buba* después del escándalo del caso Wirecard, objeto de concurso y proceso penal, que cuestiona la función de las autoridades reguladoras alemanas y la intervención de una de las empresas auditoras multinacionales. Cfr. EBA-ESMA-EIOPA, 2022 Work Programme of the Joint Committee of the European Supervisory Authorities, Annex EFIF, 29 September 2021, pp. 13, JC 2021 34.
- ⁶⁹ Vid. EBA-ESMA-EIOPA, 2022 Work Programme of the Joint Committee, *op. cit.*

prima de riesgo verde (*greenium*)⁷⁰, ecoblanqueo (*greenwashing*)⁷¹, la inteligencia artificial⁷² (*deep learning*)⁷³, la negociación algorítmica y de alta frecuencia⁷⁴, la organización delictiva⁷⁵. Lenguaje que necesita, en general, una interpretación de su significado por el jurista⁷⁶ a efectos probatorios⁷⁷, estando asociado, en particular, a la «tecnocratización» del derecho

⁷⁰ Vid. Gómez Yubero, M.^a J., Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilar, M., *Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad y su contribución al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible* (segunda parte). *Boletín de la CNMV*. Trimestre I. 2023. p. 123. www.cnmv.es. Cfr. ESMA, Sustainable finance ESG growth continues amid valuation concerns. Report on Trends, Risks and Vulnerabilities (TRV risk monitor), no. 1, 50-165-2058, 15 February 2022, p.25. www.esma.europa.es. Cfr. Loeffler, K. U., Petroski, A. y Stephan, A., Drivers of green bond issuance and new evidence on the «greenium». *Eurasian Economic Review* (2021) 11:1-24. Springer. doi.org/10.1007/s40822-020-00165-y

⁷¹ Vid. Gómez Yubero, M.^a J., Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilar, M., *Índices de referencia climáticos*, *op. cit.*, p. 123. Cfr. ESMA, Sustainable Finance Roadmap 2022-2024, *op. cit.*, pp. 7-8. Cfr. EBA-ESMA-EIO-PA, 2022 Work Program me, *op. cit.* p. 13. Cfr. Walz, Do Banks Care About the Environment? Estimating the Greenium and Implications for Bank Lending. August 12. ssrn.com/abstract=418847. Cfr. Cambón Murcia, M. I. e Ispuerto Mate, A., Características de las IIC sostenibles españolas en 2020. Documentos de trabajo, núm. 77, febrero. CNMV, p. 10. www.cnmv.es

⁷² Vid. ESMA Strategy 2023\2028, *op. cit.*, p. 28. Cfr. Bagattini, G., Benetti, Z. y Guagliano, G., Artificial intelligence in EU securities markets. *ESMA TRV Risk Analysis 1*. February 2023. www.esma.europa.eu. Cfr. Lin, T. C. W., Artificial Intelligence, Finance, and the Law. *88 Fordham Law Review* 531 (2019). *Temple University Legal Studies Research Paper*, no. 2019-31. ssrn.com/abstract=34800607. Cfr. D'Antona Jr., J., «JPX Introduces Artificial Intelligence to Market Surveillance Operations». Japan Exchange Regulation («JPX-R») and Tokyo Stock Exchange, Inc («TSE») decided to apply artificial intelligence(AI) to market surveillance operations to detect such misconduct as market manipulation. Deployment of AI to market surveillance operations. *Traders Magazine Online News*. March 27, 2018. www.tradersmagazine.com

⁷³ Vid. Finra, «Deep Learning. The Future of the Market Manipulation Surveillance Program». Podcast, January 25, 2022. www.finra.org/media-center/finra-unscripted/deep-learning-market-surveillance.ce. Cfr. Cazenave, N., «Big Data and Artificial Intelligence». ESMA as data driven regulator and supervisor, *op. cit.*, p. 6. Cfr. Fritz-Morgenthal, S., Hein, B. y Papenbrock, J., Financial Risk Management and Explainable, Trustworthy, Responsible AI, December 27, 2001. ssrn.com/abstract=3873768. Cfr. Palma Herrera, Inteligencia artificial y ciencias penales. Aproximación a las bases de una compleja relación. *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos*. VV. AA. Coordinación Alfonso Galán Muñoz y Silvia Mendoza Calderón. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 39-61. Cfr. Pérez Estrada, M. J., El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías. *Claves de la justicia penal. Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad*. VV. AA. Editora Silvia Barona Vilar. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 235-253.

⁷⁴ Vid. ESMA Strategy 2023\2028, *op. cit.*, p. 28. Cfr. Cdo. 38 «MAR». Cfr. ESMA: «ESMA has observed activity from high-frequency trading firms and market makers engaging in algorithmic trading, often from the UK and US, that are however only holding small net positions». Final Report. Emission allowances and associated derivatives, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁵ Vid. Cdo. 11 «MADII». L 173/19. Cfr. Cancio Meliá, M., El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 74, mayo-agosto 2008, pp. 248-287.

⁷⁶ Vid. Tapia Hermida, A. J., Decálogo europeo de la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. *Diario La Ley*, núm. 10248; Sección Tribuna, 15 de marzo de 2023, p. 2.

⁷⁷ Vid. Ido Baum and Dov Solomon, When Should You Abstain? A Call for a Global Rule of Insider Trading. *88 U. Civ. L. Rev.* 67 (2019). ssrn.com/abstract=3938239

penal⁷⁸ y a la «administrativización» del Código⁷⁹ (norma secundaria), «con las posibilidades de subsunción lingüística de la conducta enjuiciada en el tenor literal del tipo penal» (Paredes Castañón, 2014, p. 978), desde la filosofía analítica, la lógica y «el giro lingüístico» (*linguist turn*)⁸⁰. Porque el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, como todo derecho, son lenguaje⁸¹, parafraseando a González Cussac⁸². Siendo

el camino adecuado para fijar el significado de los términos típicos y, por ende, para establecer quién realiza en cada caso la acción típica, es atender al uso del lenguaje en los casos (o tipos de casos) *concretos* [...]. En síntesis, el «núcleo duro» (en expresión de Wittgenstein, según nos recuerda Vives), que posibilita seguir una regla que se concreta de caso en caso y constituye ya el presupuesto del significado⁸³.

Por tanto, en el marco del Reglamento Delegado (UE) 2021/1351 de la Comisión de 6 de mayo de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican las características de los sistemas y controles para la identificación y la comunicación de cualquier conducta que pueda comportar información privilegiada o manipulación o intento de manipulación de un índice de referencia⁸⁴ (habida cuenta que «la información privilegiada y la manipulación de mercado representan las dos caras de la misma moneda»⁸⁵), se estudia, a continuación, la regulación *bottom-up*, *top-down* de la estabilidad financiera, la integridad de los mercados financieros sostenibles, la información privilegiada (relacionada con el concepto

⁷⁸ Vid. Rubio Lara, P. A., *El Derecho penal europeo en la legislación española*, op. cit., p. 15.

⁷⁹ Vid. García Arán, M., *Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias? Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), 2003, p. 193. www.cienciaspenales.net

⁸⁰ Vid. González Cussac, L., *Lenguaje y dogmática penal*. (Coord.). VV. AA., Actas del II Congreso Ibero-Americano de Derecho Penal y Filosofía del Lenguaje, p. 12. Tirant lo Blanch Alternativa, 2019, p. 12. Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala 2.ª, de 28 de junio de 2012, asunto: C-19/2011. Ponente: Lohmus Markus. *Geltl vs. Daimler AG*, información privilegiada, Marg. 41-43.

⁸¹ Vid. STJUE, Sala Segunda, de 28 de junio de 2012. C-19/2011. *Markus Geltl v. Daimler AG*. Ponente U. Lohmus. (marg. 42 y 43). cvria.europa.eu. Cfr. Duffy, J., Firedman, D., Rabanal, J. P. y Rud, O. A., Trade, Voting, and ESG Policies: Theory and evidence, January 13, 2023, p. 28. Cfr. Rouen, E., Sachdeva, J. y Yoon, A., The Evolution of ESG Reports, op. cit., p. 34. ssrn.com/abstract=4227934. Cfr. United States District Court. Northern District of Illinois. Eastern Division. *CFTC v. Kering Capital LTD*. no. 15C5859. December 9, 2016. www.cftc.gov

⁸² Vid., González Cussac, L., *Lenguaje y dogmática penal*, op. cit.

⁸³ Martínez-Buján Pérez, C., Autoría, autoría mediata y coautoría a la luz de la concepción significativa del delito. *Lenguaje y dogmática penal*. VV. AA., op. cit., pp. 136-137.

⁸⁴ DOUE 13.8.2021 L291/13. Cfr. Reglamento (UE) 2019/2089 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 armonizados con el Acuerdo de París y la divulgación de información relativa a la sostenibilidad de los índices de referencia. DOUE 9.12.2019 L/317/17.

⁸⁵ Vid. Nieto Martín, A., *Protección penal de la competencia y del Mercado de valores*, op. cit., p. 398.

de inversor razonable en el marco del mercado ASG y del carbono) y la posible calificación jurídico-penal del blanqueo verde⁸⁶ como administración desleal o estafa de inversión de capital y de crédito en el marco de la Directiva de abuso de mercado «MADII» y del Reglamento «MAR».

3. La regulación *bottom-up*, *top-down* de la estabilidad financiera y la integridad de los mercados financieros sostenibles

Los conceptos estabilidad del sistema financiero e integridad del mercado aparecen como bienes jurídicos protegidos en diversos considerandos y artículos de derecho de la Unión Europea sobre la materia. En concreto, el considerando 25 del Reglamento (UE) 2019/2089 sobre los índices de referencia de transición climática⁸⁷, siguiendo la política marcada por la Comisión mediante «MADII», el Reglamento sobre el abuso de mercado «MAR» y el Reglamento (UE) núm. 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre la integridad y transparencia del mercado mayorista de la energía⁸⁸. Así, la estabilidad financiera de los mercados financieros consta en el considerando 18 de la «MADII» y en el considerando 52, el considerando 73 y en el artículo 17.5.a («información privilegiada») del «MAR». Teniendo reflejo en comunicados de la CNMV⁸⁹ y en medidas urgentes en materia financiera⁹⁰. La integridad del mercado en los considerandos 1, 2 y 12 de la «MADII»; y en los considerandos 1, 8 y 44 del «MAR». Asimismo, ambos conceptos normativos constan en los artículos 297 y 298 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los mercados de valores y de los servicios de inversión⁹¹, y en el parágrafo 4.e de la FinDAG⁹² del derecho alemán.

⁸⁶ Vid. Goldman, N. C. y Zhang, Y., Social Washing or Credible Communication? An Analysis of Corporate Disclosures of Diversity, Equity, and Inclusion in 10-K Filings. October 2022. ssrn.com/abstract=4244954

⁸⁷ Vid. cdo. 25: «La interrupción de un índice de referencia crucial podría tener un efecto en la integridad del mercado, la estabilidad financiera, los consumidores, la economía real, y en la financiación de hogares y empresas en los Estados miembros. La interrupción de un índice de referencia crucial podría afectar también a la validez de los contratos financieros o de los instrumentos financieros y podría causar perturbaciones tanto a los inversores como a los consumidores, con repercusiones potencialmente graves en la estabilidad financiera». L 317/20.

⁸⁸ DOUE 8.12.2011 L 236/1.

⁸⁹ Vid. CNMV, Fuentes de riesgo. Cambio climático y ámbito ASG. Nota de estabilidad financiera núm. 20, octubre 2021, p. 12. www.cnmv.es

⁹⁰ Vid. Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera. BOE 2 de noviembre de 2018. BOE núm. 284, de 24 de noviembre. Cfr. Real Decreto-ley 11/2017, de 23 de junio. BOE núm. 150, de 24 de junio de 2017.

⁹¹ BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2023.

⁹² Vorschriften über die Verarbeitung personenbezogener Daten. Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht-Gesetz-FinDAG. 24 Juni 2022 (BGBl.S.959). Cfr. Paragr. 4b Produktintervention. Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz-WpHG). 30 Juni 2016.

La integridad de los mercados financieros se refleja en el Código Penal español⁹³ y se configura como bien jurídico-penal protegido en los tipos penales sobre manipulación de mercado e información privilegiada cuando concorra como circunstancia cualificada. En concreto, en los artículos 284.2.º c), 3.º c) con la frase «que se causara un grave impacto en la integridad del mercado» –manipulación de mercado– y en el artículo 285.1.c) –información privilegiada–.

Partiendo de esta base, esta investigación pretende repensar, por un lado, desde la metodología de la protección de los bienes jurídicos supraindividuales y difusos de los delitos de peligro abstracto⁹⁴, el delito de manipulación de mercado (artículo 284 CP) y el delito de información privilegiada (arts. 285 y ss. CP)⁹⁵, la antijuricidad material y el desvalor del hecho⁹⁶ en el marco de los mercados ASG y del carbono. Tipos penales vinculados a la «MADII», el «MAR» –norma secundaria–, y relacionados el Reglamento de índices de referencia⁹⁷, los índices de sostenibilidad, la «MiFIDII»⁹⁸ y el «MiFIR» –normas primarias–. Y, por otro, desde la metodología (*bottom-up*)⁹⁹, (*top-down*)¹⁰⁰, la posible subsunción jurídico

⁹³ Vid. Preámbulo II de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. BOE núm. 45, 21 de febrero de 2019.

⁹⁴ Vid. Gómez Lanz, J., El Derecho penal y la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible conectados con la protección del medio ambiente. *El sistema penal y los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030*. VV. AA. ACM CEI. Deusto. Comillas. Universitat Ramon Llull. Tirant lo Blanch. 2023, p. 387. Cfr. Paredes Castañón, J. M., *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores*, op. cit., p. 822. Cfr. Paredes Castañón, J. M., Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 11 (2003), p. 129 y ss. Cfr. Martínez-Buján Pérez, C., Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial. *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. VV. AA. José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández y Eduardo Demetrio Crespo (Directores). Colex 2010. Madrid. pp. 93-96.

⁹⁵ Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal del ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes y contrabando. BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2022.

⁹⁶ Cfr. Paredes Castañón, J. M., *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores*, op. cit., p. 790.

⁹⁷ Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión y por el que se modifican las directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el «MAR». L 171/1.

⁹⁸ Cfr. Reglamento Delegado (UE) 2017/564 de la Comisión de 25 de abril de 2016 por el que se completa «MiFIDII».

⁹⁹ Vid. FSB, Supervisory and Regulatory Approaches to Climate-related Risks. Interim Report, 29 April 2022, p. 3. www.fsb.org. Cfr. Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), Climate-related financial risks-measurement methodologies, April 2021, p. 6. www.bis.org. Cfr. Dennis, B. N., Climate Change and Financial Policy: A Literature Review. Finance and Economics Discussion Series 2022-048. Board of Governors of the Federal Reserve System, Washington, 2022. <https://doi.org/10.17016/FEDS>. Cfr. Rao, N. y Baer, P., »Decent Living» Emissions: A Conceptual Framework. Sustainability,

penal del blanqueo ecológico en el delito de administración desleal (art. 252 CP), o en el delito de estafa de inversión de capital y de crédito¹⁰¹ (art. 282 bis CP) ante la expansión del *soft law*¹⁰². Esto es, si tanto la estabilidad del sistema financiero como la integridad de los mercados financieros sostenibles se configuran, penalmente, como bienes protegidos¹⁰³ siguiendo los postulados del Reglamento (UE) 2019/2089¹⁰⁴ de la Unión Europea. Máxime cuando la doctrina¹⁰⁵ ha criticado la existencia de cierta confusión del legislador español al insertar los «índices de referencia» en el artículo 284.1.1.º, 2.º y 3.º del Código Penal mediante una incorrecta transposición de la «MADII»¹⁰⁶ y del «MAR»¹⁰⁷. No obstante, antes de

2012, 656-681. doi: 10.3390/su400656. ssrn.com/abstract=2047022. Cfr. Fujiwara, N., The Merit of sectorial approaches in transitioning towards a global carbon market. CEPS Special Report. Nov. 2016. www.ceps.eu. ssrn.com/abstract=2863987. Cfr. Törner, A., Egenhofwe, C. y Georgiev, A., Benchmarking in the EU: Lessons from the EU Emissions Trading System for the Global Climate Approach. Policy Studies, Brussels 2016, IV.

¹⁰⁰ Vid. Crisóstomo, R., Riesgo de transición en los fondos de inversión españoles. Boletín de la CNMV. Trimestre I. 2023, p. 83. www.cnmv.es. Cfr. Tadori, G. y Usha Kiran, ESG Portfolio Vs. Traditional Analysis. A Study of MSCI ESG indices. 4th International Conference in Banking&Finance «Towards a Sustainable Future in Banking & Finance». International Management Institute, Bhubaneshwar Odisha, 25th & 26th February 2022. ssrn.com/abstract=4049979. Cfr. FSB, Supervisory and Regulatory Approaches to Climate-Related risks, *op. cit.*, p. 3. Cfr. BCBS, Climate-related financial risks-measurement, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰¹ Vid. Janz, C., Rilke, R. M. y Burcin Yurtoglu, B., Does ESG Information Impact Individual Investors' Portfolio Choices? Evidence from an Experiment. January 2023. ssrn.com/abstract=4332893. Cfr. Krahnhen, J., Rocholl, J. y Thum, J., *Green Finance: From Wishful Thinking to Marginal Impact*. Econ Pol Forum 1 2023. January, vol. 24. CES IFO Institute, p. 8. www.econpol.eu

¹⁰² Vid. Nieto Martín, A., *Protección penal de la competencia y del mercado de valores*, *op. cit.*, pp. 80 y 398. Cfr. Feijóo Sánchez, B., El Derecho penal español frente a fraudes bursátiles transnacionales. ¿Protege el Derecho penal del mercado de valores los mercados internacionales. *Crisis financiera y Derecho penal Económico*. VV. AA. Eduardo Demetrio Crespo (Dir.). Manuel Maroto Calatayud (Coord.). Edisofer-Editorial BdeF. 2014, p. 882.

¹⁰³ Vid. Feijóo Sánchez, B. ¿*Transformación del Derecho Penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global?*, *op. cit.*

¹⁰⁴ Cfr. Índice designado como índice de referencia en relación con índice general de mercado, Cdo. 19 del Reglamento Delegado (UE) 2022/1288 de la Comisión de 6 de abril de 2022. DOUE 25.7.2022 L 196/4. Completa el Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo. («SFDR»).

¹⁰⁵ Vid. Doval Pais, A., La confusa armonización de los delitos de manipulación de mercado (art. 284 CP) por la LO 1/2019. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020). Cfr. Feijóo Sánchez, B., La manipulación del precio de un instrumento financiero tras la reforma del 2019: Retos dogmáticos frente a un desatino. *La Ley Penal* núm. 138, mayo-junio 2019, 1 mayo, Wolters Kluwer. Cfr. Martínez-Buján Pérez, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 6.ª ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 363-364. Cfr. Quintero Olivares, G., La Reforma del Código Penal de 2019: la modificación de los delitos contra el mercado. *Las Reformas Penales de 2019*. VV. AA. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 82. Cfr. Gómez-Jara Díez y Tejada Plana, La reforma del delito de manipulación de mercado en el Código Penal español: Luces, sombras y algún claroscuro. *Diario La Ley*, núm. 9383, Sección Doctrina, 22 de marzo de 2019. Wolters Kluwer. La Leydigital.

¹⁰⁶ Cdo. 7; arts. 1.4 c); art. 5.2 c).

¹⁰⁷ Art. 3.1.29.; art. 5.2 c).

continuar con la argumentación surgen cuestiones tendentes a clarificar conceptualmente, por un lado, qué se entiende por mercado financiero o de valores como bien jurídico-penal protegido y, por otro, la existencia de un «mercado» o mercados diferentes. Para obtener respuestas, en primer lugar, es obligado acudir a la Constitución Española de 1978. El artículo 38 de la Carta Magna –situado en la Sección 2.^a «De los derechos y deberes de los ciudadanos» del título I «De los derechos y deberes fundamentales»– dice: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». En segundo lugar, al Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado sobre el concepto de mercado de valores¹⁰⁸:

El concepto de mercado de valores no se entiende si no es integrado en el concepto más amplio de «sistema financiero» del que forma parte. Si por sistema financiero se tiene al conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de los cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando (oferta) dinero u otros medios de pagos para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda), el mercado de valores no es sino un elemento o parte integrante del sistema financiero. En concreto, aquel que comprende las operaciones las operaciones de colocación y de financiación a largo plazo, así como las instituciones que efectúan principalmente estas operaciones. Más específicamente aún, el elemento definidor del mercado de valores lo constituyen los valores negociables representados por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos –emitidos por personas o entidades públicas o privadas– y agrupados en emisiones. La emisión de dichos valores, y su consecuente negociabilidad, puede tener lugar en el mercado primario de valores (arts. 25 a 30 Ley del Mercado de Valores) o en los mercados secundarios oficiales de valores (arts. 31 a 61 Ley del Mercado de Valores), integrados, según el art. 31 por las Bolsas de Valores, el Mercado de Deuda Pública y aquellos otros de ámbito estatal y referentes a valores representados mediante anotaciones en cuenta que se creen en virtud de lo previsto en el art. 59 de la Ley¹⁰⁹.

En tercer lugar, a la doctrina. Sobre el concepto de mercado¹¹⁰ y la existencia de un «mercado» o mercados diferentes, «de manera que lo que para un determinado mercado sea con-

¹⁰⁸ STC, Pleno, 133/1997, de 16 de julio de 1997. FD 3.º Ponente Mendizábal Allende. Cfr. Sánchez Andrés. Aporta su concepto. *Estudios jurídicos sobre el mercado de valores*, 2008, p. 30. Cfr. Estrada i Cuadras, A. Refiere el concepto de Sánchez Andrés. Presente y futuro del delito de alteración de precios (Art. 284 CP). *InDret*, enero de 2014, p. 6. www.indret.com

¹⁰⁹ Cfr. TRLMV (2015): Art. 33, Mercado primario de valores. *Libertad de emisión*; art. 34, *Obligación de publicar folleto informativo*; art. 35. *Oferta pública de venta o suscripción de valores*. Mercados secundarios oficiales de valores, arts. 43-50; art. 51, De los mercados secundarios oficiales de ámbito autonómico. Sección 2.^a *Del mercado de deuda pública en anotaciones*, art. 59.

¹¹⁰ *Vid.* Íñigo Corroza, E.: «El concepto de mercado no entraría dentro de la categoría de los bienes jurídicos tradicionalmente protegidos. El mercado o su subsistencia responde más al concepto de *ratio legis*, campo previo de protección a un bien jurídico de corte tradicional. [...] Creo que ha quedado suficientemente

siderado penalmente típico deje serlo, sin embargo, para otros» (Paredes Castañón, 2014, p. 798), es necesario abordar la investigación desde la realidad, más «a ras del parquet» (p. ej., los mercados del carbono¹¹¹, el mercado del bono sostenible¹¹², el mercado de derivados ASG¹¹³,

justificada por algunos autores (así, por ejemplo, Schünemann, GA, 1995, pp. 207 y ss.) la necesidad de modificar los criterios tradicionales de protección penal para lograr así que el Derecho penal sea efectivo y cumpla su función de hacer posible el orden social». La relevancia del fraude en los delitos de competencia. En concreto: maquinaciones para elevar el precio de las cosas (art. 284CP) y uso de información privilegiada (art. 285 CP). VV. AA. *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Marcial Pons, 2003, pp. 286-287.

¹¹¹ Vid. IOSCO publishes a final report to help its members develop sound well-functioning compliance carbon markets. IOSCO/MR/18/2023. Madrid, 17 July 2023. www.iosco.org. Cfr. Commodity Federal Trade Commission (CFTC): «Information related to potential fraud in the carbon markets including but not limited to manipulative and wash trading, «ghost» credits, double counting, fraudulent statements relating to material terms of the carbon credits, and potential manipulation of tokenized carbon markets. Whistleblower Office Issues Alert Seeking Tips Relating to Carbon Markets Misconduct. June 20, 2023. www.cftc.gov. Cfr. International Monetary Fund (IMF), Euro Area: IMF Staff Concluding Statement of the 2023. Mission on Common Policies for Member Countries. The EU is showing global leadership on the use of price-based carbon reduction mechanisms. June 16, 2023. imf.org. Cfr. Delacroix, G., Picaud, E. y Martinon, L.: «Las cuotas se subastan todos los días a las 11 de la mañana. Al principio, las transacciones representaban diariamente alrededor de un millón de toneladas de CO₂. Desde entonces, el mercado ha ganado profundidad y se ha vuelto más sofisticado. Se extiende a cerca de 18.000 instalaciones y los industriales, a través de bancos, fondos de inversión, corredores y una decena de sociedades mercantiles, ahora intercambian entre 20 y 30 millones de toneladas CO₂ al día, anticipando las futuras fluctuaciones en el precio del carbono. El mercado se ha vuelto muy interesante para los inversores. Hay que decir que el precio del carbono era inicialmente de 7 euros por tonelada, luego subió a 24 euros en agosto de 2008 y ahora ronda los 100 euros. Algunos predicen que alcanzará los 150 euros en 2030 y, mientras tanto, más del 80% de las transacciones son especulativas y ya no se relacionan con problemas medioambientales. Aunque se espera que los volúmenes disminuyan con el tiempo, estas existencias pueden convertirse potencialmente en auténticas minas de oro». *El negocio sucio del CO₂. Derecho a contaminar: cómo una medida medioambiental se convirtió en un fiasco de miles de millones de euros*. Una investigación exclusiva de *elDiario.es* y *Le Monde* revela cómo desde 2005 los fabricantes de cemento y acero de España y Francia han aprovechado las cuotas de emisiones de CO₂ que les asigna gratuitamente la UE para revenderlas y aumentar sus ganancias financieras. *elDiario.es*. 30 de mayo de 2023. www.eldiario.es. Cfr. Tribunal de Cuentas Europeo. Informe Especial 2021-2022. Finanzas sostenibles, *op. cit.*, pp. 18-19. Cfr. Pinheiro de Matos, L., Murillo Gili, R., *Carbon prices: design and macroeconomic impact*. Dossier. Energy prices: present and future. Monthly Report (MR01). January 2022, pp. 36-36. CaixaBank Research. www.caixabankresearch.com. Cfr. Delis, M., Ongena, S., Greiff, K. de, *The carbon bubble and the pricing of bank loans*. VOXEU/CEPR.27. May 2018. cepr.org/voxeu/columns/carbpn-bubble-and-pricing-banks-loans

¹¹² Vid. Delgado, M., 7th ICO Sustainable Bond Forum, *op. cit.*

¹¹³ Vid. ESMA: «Trading in the secondary market between June 2021 and December 2021 averaged EUR 57 billion per month. Most of trading in the secondary market takes places through derivative contracts. Derivative markets are dominated by compliance entities and other non-financials that are holding long positions for hedging purposes and trading with investment firms holding short positions to make a market». Final Report. Emission allowances and associated derivatives, *op. cit.*, p. 7. Cfr. Scatigna *et al.*, Achievements and challenges in ESG markets, *op. cit.* p. 94. Cfr. Gómez Yubero y Gullón Ojeto, Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad, *op. cit.*, p. 134.

el mercado de deuda soberana sostenible¹¹⁴, el mercado al contado¹¹⁵, el mercado de derivados¹¹⁶, el mercado de criptoactivos¹¹⁷ [p. ej., *crypto-asset derivatives*]¹¹⁸, el mercado DeFi¹¹⁹, el mercado de divisas, el mercado-segmento OTC¹²⁰, el mercado de repos¹²¹, los *dark pools*¹²², etc.).

- ¹¹⁴ Vid. Lupo-Pasini, F., Sustainable Finance and Sovereign Debt: The Illusion to Govern by Contract. *Journal of International Economic Law*, 2022, 25, 680-698. 22 November 2022. Oxford. doi.org/10.1093/jiel/jgac047
- ¹¹⁵ Vid. Ross, V., Comparecencia-Discurso de la Presidenta de ESMA ante el Economic and Monetary Affairs Committee European Parliament. *Spotlight on markets*. 1 December 2022, p. 9. [esma24-436-1489. www.esma.europa.eu](https://www.esma.europa.eu)
- ¹¹⁶ *Ibid.* Cfr. Griffin, J. M. y Shama, A., *Manipulation in the VIX?*, op. cit. p. 37. Cfr. Gomber, P. y Nassauer, F., Neuordnung der Finanzmärkte in Europa durch MiFIDII/MiFIR. White Paper Series no. 20. SAFE. Sustainable Architecture for Finance in Europe. Goethe University Frankfurt. Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, volume 26, issue 4 2014. www.safe-frankfurt.de
- ¹¹⁷ Vid. «MiCA».
- ¹¹⁸ Vid. Guagliano, C., et al. *Crypto-assets and their risks for financial stability*. ESMA TRV Risk Analysis. ESMA 50-165-2251. 4 October 2022, p. 5. www.esma.europa.eu
- ¹¹⁹ Vid. Panetta, F., *Crypto dominos: the bursting crypto bubbles and the destiny of digital finance*. Keynote speech at the Insight Summit held at the London Business School. ECB. London, 7 December 2022. www.bis.org
- ¹²⁰ Vid. ESMA: «An increase in the relative share of options in total national volumes traded in late 2021 is development that warrants monitoring - as do trends in the less transparent OTC market segment». Final Report. Emission allowances and associated derivatives, op. cit., pp. 7-8.
- ¹²¹ Vid. cdo. 48 del Reglamento (UE) 2019/876 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 575/2013 en lo que se refiere a la ratio de apalancamiento de fondos propios y pasivos admisibles, el riesgo de crédito de contraparte, el riesgo de mercado, las exposiciones a entidades de contrapartida central, las exposiciones a organismos de inversión colectiva, las grandes exposiciones y los requisitos de presentación y divulgación de información, y el Reglamento (UE) núm. 648/2012. DOUE.7.6.2019 L 150/8. En adelante, «CRR». Cfr. Federal Reserve Bank of New York. Standing Repo Facility Counterparties. April 8, 2022. newyorkfed.org/markets/standing-repo-facility-counterparties.
- ¹²² Vid. Aquilina, M., Foley, S., O'Neill, P. y Ruf, T., *Sharks in the dark: quantifying HFT dark pool latency arbitrage*. BIS Working papers no. 1115. August 2023. bis.org/publ/work1115.pdf. Cfr. Chicago Tribune. Editorial: Those stock market «dark pools» need transparency and light, by The Editorial Board. Chicago Tribune. Feb 28, 2022. www.chicagotribune.com. Cfr. Morris, K.: «SEC Chairman Gary Gensler attended the European Parliament ECON Committee meeting. Gensler offered new information about the current *dark pool* crisis plaguing this institutional trading world. He said: «[We are] seeing a great deal of concentration, really found around this small handful of market makers that are buying a significant portion of the retail activity in the US. And we have approximately half of our market now not going to the lit exchange, they are going to the dark pools and the wholesalers (who are also dark). So there are some inherent conflicts». Twitter@GaryGensler: «We must guard against fraud and manipulation, whether from big actors, hedge funds, or elsewhere». They have been one of Gensler's main focuses during his tenure as SEC Chair, as he views them as manipulation. This also echoes the overarching theme of the USSEC, which is one of abject transparency» SEC Chief: About «Half of Our Markets» Go to Dark Pools. Dark Pools continue to erode the integrity of the American stock market. Gensler sees this-will take action? The Tokenist, September 02, 2021. tokenist.com. Cfr. Mascareñas, J., Mercado Financiero de Renta Variable (Financial Market on Variable Income Securities), 2018, Universidad Complutense de Madrid, p. 27-32. Cfr. Rey Miró, D. y Piffaut, P. V.: «Es importante enfatizar que no se ha

En cuarto lugar, a la ciencia económico-financiera (la teoría microeconómica)¹²³, para deslindar e interpretar la acción delictiva¹²⁴ y la antijuricidad material. En concreto, por un lado, la inglesa con Keynes (1936), al entender que «existe la inestabilidad debido a ser característica de la naturaleza humana», y, por otro, la norteamericana (Minsky, 1992)¹²⁵, que planteó la hipótesis de que la «inestabilidad financiera» es inherente al capitalismo, generando conflictos en la regulación entre la integridad del mercado y la estabilidad financiera (Spatt, 2010). Así, se ha comprobado con los derivados extrabursátiles OTC¹²⁶

tenido en cuenta los *dark pools* como operaciones fuera de horario oficial de negociación en otras plataformas, los cuales pueden presentar diferentes condiciones de negociación comparado con un mercado oficial», Índice de Calidad Financiera (ICF), *op. cit.* Cfr. Petrescu, M. y Wedow, M., Dark pools in European equity markets: emergence, competition and implications. Occasional Paper Series no. 193. July 2017. European Central Bank. www.ecb.europa.eu. Cfr. Gomber, P., The German Equity Trading Landscape. White Paper no. 34. SAFE. Sustainable Architecture for Finance Europe. Goethe University Frankfurt. *Journal of Applied Corporate Finance*, 27(4). February 2016, pp. 6-8. www.safe-frankfurt.de. Cfr. Yadav, Y., Dark pools and the decline of Market Governance, Vanderbilt Law School, Feb. 13, 2017. Cfr. Gómez-Jara Díez, C., *La protección penal transnacional de los mercados financieros*, Marcial Pons, 2014, pp. 100-103. Cfr. Gil de Blas, C. y González Pueyo, J., Villanueva Fresán, M.^a V., *Desarrollos recientes en la microestructura de los mercados secundarios de acciones*. Documentos de Trabajo núm. 50. CNMV, agosto 2011. www.cnmv.es. Cfr. Dodd, R., Opaque Trades. Finance&Development. March 2010. www.imf.org

¹²³ Vid. Paredes Castañón: «Resulta imprescindible un análisis más realista, más «a ras de suelo». Es decir, más atento a lo que la ciencia económica tiene que decirnos acerca de la realidad (económica) en que la acción delictiva ha de incidir. Una realidad que –conviene resaltarlo– no es uniforme sino más bien variopinta», *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios, op. cit.*, p. 796.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Cfr. Boyarchenko, N., Favara, G. y Schularick, M.: «Glossary. *Financial instability». *Financial Stability Considerations for Monetary Policy: Empirical Evidence and Challenges*. Finance and Economics Discussion Series 2022-006. Board of Governors of the Federal Reserve System. February 2022, p. 16.

¹²⁶ Vid. Esteve Pardo, J., Los derivados extrabursátiles. Retos y contradicciones de su regulación, *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*. María Amparo Salvador Armendáriz (Directora). VV. AA. Thomson Reuters Aranzadi - ICS Universidad de Navarra. Instituto de Cultura y Sociedad, 2014. pp. 321-343. Cfr. Banco de España/CNMV/SEC. Memorandum of Understanding, Cross Border Over-the-Counter Derivatives Entities «MAR»; «MiFID»; Anti-Money Laundering Directive, Directive (EU) 2015/849; Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection of 2010, 21 October 2021, pp. 4-5. Cfr. cdo. 8 «MAR»: [...] instrumentos financieros que se negocian únicamente en mercados no organizados (OTC); cdo. 9 «MAR»: Cuando un instrumento financiero se utiliza como precio de referencia, un derivado negociado en un OTC puede utilizarse para beneficiarse de precios manipulados o para manipular el precio de un instrumento financiero negociado en un centro de negociación [...]. El presente Reglamento se aplica asimismo a los casos en que el precio o el valor del instrumento negociado en un centro de negociación dependa del instrumento negociado en un OTC. Cfr. Gómez-Jara Díez, C., *La protección penal transnacional de los mercados financieros, op. cit.* p. 68. Cfr. Esteve Pardo, J., Los derivados extrabursátiles. Retos y contradicciones de su regulación. *Regulación Bancaria. Transformaciones y Estado de Derecho*. VV. AA. ICS Universidad de Navarra. Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 321-341. Cfr. Salonen, A. P., *Transnational Law of the Over-the-Counter Derivatives Market. A Study of the Interactions between Finance and Law*. Faculty of Law. University of Helsinki. Finland, 2019. Cfr. Dudley, W. C., Global Financial Stability-the Road Ahead. Speech. February 26, 2014. Reserve Bank of New York. Cfr. Coffee, J. C. Jr., Extraterritorial Financial Regulation, *op. cit.*, pp. 3, 25-52-75.

(p. ej., *caso Archegos*)¹²⁷, (p. ej., *caso Greensill Capital*)¹²⁸, que «comprometen» la estabilidad financiera¹²⁹, el *shadow banking*¹³⁰, en la falta de transparencia en los mercados¹³¹ y, actualmente, parece ser, que acontece con el cambio climático y la consiguiente intervención de las aseguradoras y la industria financiera (Stiglitz, 2022, p. 58).

3.1. La estabilidad financiera de los mercados financieros sostenibles

Desde la crisis financiera de 2008¹³² y de la soberana de 2012¹³³, en la regulación de los mercados financieros angloamericanos y europeos por las autoridades reguladoras, super-

¹²⁷ Vid. Bank of England, The Prudential Regulation Authority has fined Credit Suisse International and Credit Suisse Securities (Europe) Ltd. Pounds 87 million for significant failures in risk management and governance between 1 January 2020 and 31 March 2021, in connection with firms' exposures to Archegos Capital Management. 24 July 2023. bankofengland.co.uk. Cfr. Board of Governors of the Federal Reserve System. In the matter of: UBS Group AG, Credit Suisse Ag, Credit Suisse Holdings (USA), Inc., Credit Suisse AG, New York Branch. Archegos Capital Management. Penalty \$268,494,109. 20. Docket nos. 23014-B-FB, et. al. federalreserve.org. Cfr. Murillo Gili, R., *La intervenció del Silicon Valley Bank i les seves implicacions*. Mercats Financers. Focus. IM04. CaixaBank Research. Abril 2023, pp. 9-10. www.caixabankresearch.com. Cfr. Bouveret, A. y Haferkom, M., *Leverage and derivatives-the case of Archegos*. Financial Stability. TRV Risk Analysis. ESMA document. 50-165-2096. May 2022. www.esma.europa.eu.

¹²⁸ Vid. Murillo Gili, R., *La intervenció del Silicon Valley Bank i les seves implicacions*, op. cit., p. 9.

¹²⁹ Vid. cdo. 4 del Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones. DOUE 27.7.2012 L 201/1. Cfr. Reglamento (UE) 2019/876 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 575/2013.

¹³⁰ Vid. Reglamento (UE) 2015/2365 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre transparencia de las operaciones de financiación de valores y de reutilización y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012. DOUE 23.12.2015 L 337/1. Cfr. Becard, Y. y Gauthier, D., *Banks, shadow banks, and business cycles*. Bank of England. Staff Working Paper no. 907, February 2021. Cfr. Judge, K., *Information Gaps and Shadow Banking*. The Center for Law and Economic Studies. Columbia University School of Law. WP no. 529. 103 Virginia Law Review 2017. clsbluesky.law.columbia.edu. Cfr. Chen et al., What we Learn From China's Rising Shadow Banking: Exposing the Nexus of Monetary Tightening and Bank's Role in Entrusted Lending. WP. 21890, January 2016. National Bureau of Economics Research. Cfr. Avgouleas, E., *Regulating Financial Innovation: A multifaced Challenge to Financial Stability. Consumer Protection and Growth*, February 10, 2015, pp. 8-17. papers.ssrn.com/sol3/paper/abstract_id=2458335. Cfr. Dudley, W. C., *Global Financial Stability*, op. cit. Cfr. Palá Laguna, R., *Shadow Banking*. La Reforma Bancaria en la Unión Europea y España. El modelo de regulación surgido de la crisis. AA. VV. Civitas-Thomson Reuters. 2014, pp. 377-425. Cfr. Tiedemann, K., *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*. Tirant lo Blanch, 2010, p. 380.

¹³¹ Vid. Dudley, *Global Financial Stability*, op. cit.

¹³² Vid. cdo. 7 Reglamento (CE) núm. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia. DOUE 17.11.2009 L 302/2.

¹³³ Vid. Arqué, G., Fernández, E. y Plata García, C. T., *¿Un sistema europeo de garantía de depósitos?* Fundación ICO. Anuario del Euro 2016, pp. 175-178. www.fundacionico.es. Cfr. Carmassi et al., *Completing*

visoras y los bancos centrales, el concepto normativo de la estabilidad financiera constituye un nuevo paradigma, ahora asociado al cambio climático¹³⁴, al decrecimiento económico¹³⁵ y al ecoblanqueo en los mercados ASG¹³⁶. ESMA¹³⁷ e IOSCO¹³⁸ han identificado sectores en los que actualmente se percibe que los riesgos y problemas relacionados con los mercados ASG y del carbono tienen el mayor potencial en la protección de los inversores, el orden de los mercados y la estabilidad financiera. Sin embargo, ¿qué se entiende por finanzas sostenibles?¹³⁹, ¿cómo se mide la estabilidad financiera?¹⁴⁰, ¿la estabilidad financiera está

the Banking Union with a European Deposit Insurance Scheme. Who is afraid of cross-subsidiation? European Central Bank. Occasional Paper Series. No. 208/April 2018. www.ecb.europa.eu

- ¹³⁴ Vid. cdo. 14: «La suma de múltiples decisiones de inversión que no tienen debidamente en cuenta los riesgos con la sostenibilidad puede crear riesgos sistémicos que amenacen la estabilidad financiera. El Banco Central Europeo (BCE) y organizaciones internacionales como el Consejo de Estabilidad Financiera han llamado la atención sobre estos riesgos sistémicos, en particular por lo que respecta al clima». Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014 y la Directiva 2004/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad de las empresas. DOUE 16.12.2022. L 322/15. En adelante, «CSRD», siglas en inglés. Cfr. Crisóstomo, R., *Riesgo de transición en los fondos de inversión españoles*. Boletín Trimestre I. 2023. CNMV, p. 79. www.cnmv.es. Cfr. Walker, C. J., *Climate Change and Financial Stability*. Speech. May 11, 2023, p. 2. IE University-Banco de España-Federal Reserve Bank of St. Louis Conference. Challenges in Economics and Finance. Madrid. www.big.org. Cfr. Sitiglitiz, J. E., *Green Swan 2021*, op. cit., p. 58. Cfr. Brunetti, C. et al., *Climate-Related Financial Stability Risks for the United States: Methods and Applications*. Finances and Economics Discussion Series 2022. Board of Governors of the Federal Reserve System. Washington, 2022. doi.org/10.17016/FEDS.2022.043, p. 23.
- ¹³⁵ Vid. Olk, C., Schneider, C. y Jason, H., *How to pay for saving the world: Modern Monetary Theory for a degrowth transition*. Ecological Economics. Volume 214, December 2023. doi.org/10.1016/j.ecolecon.2023.107968
- ¹³⁶ Vid. cdo. 2, «CSRD» L 322/16. Cfr. Brunetti, et al., *Climate-Related Financial Stability Risks*, op. cit., p. 23. Cfr. Goldamn, N. C. y Zhang, Y., *Social Washing or Credible Communication?*, op. cit.
- ¹³⁷ Esma: «a. Investment management; b. Investment services; c. Issuers' disclosure and governance; d. Benchmarks; e. Ratings (credit ratings and ESG ratings); f. Trading and post-trading; g. Financial innovation». Sustainable Finance Roadmap 2022-2024. 10 February 2022, p. 9. ESMA30-379-1051. www.esma.europa.eu
- ¹³⁸ IOSCO, Compliance Carbon Markets. Final Report, p. 18. FR/09/23. July 2023. www.iosco.org
- ¹³⁹ Vid. Tribunal de Cuentas Europeo: «Finanzas sostenibles. La incorporación de consideraciones medioambientales sociales y de gobernanza en las decisiones empresariales y de inversión en el sector financiero». Finanzas sostenibles: La UE necesita una actuación más coherente, op. cit. Glosario, p. 81. Cfr. Teng Chua, H., et al., Sustainable Finance' Chapter 6. Global Finance Stability Report. IMF. October 2019. Lower for longer. www.imf.org. Cfr. Naciones Unidas. Asamblea General. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución aprobada el 25 de septiembre de 2015. Septuagésimo periodo de sesiones. Temas 15 y 116 del programa.
- ¹⁴⁰ Vid. Buch, C.: «There is no simple metric that measures "financial stability". Rather, financial stability is shaped by the complex interaction between the financial products that are offered market structure, leverage and governance of financial institutions, regulation and not least, the incentives and objectives of the people who are providing these financial services». *Are crypto-assets a threat to financial stability?*. Speech prepared for the seminar series Women in Finance - University of Hohenheim. 25 April 2023.

disociada de la monetaria?¹⁴¹. La estabilidad del sistema financiero, asimismo, consta como «valor público objeto de protección», en primer lugar, en la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los mercados de valores y de los servicios de inversión¹⁴². En segundo lugar, en el Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros¹⁴³. En tercer lugar, en la Directiva (UE) 2019/2034 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019¹⁴⁴; en cuarto lugar, el Reglamento (UE) núm. 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una autoridad europea de supervisión –ESMA–¹⁴⁵; en quinto lugar, la normativa de la Comisión Europea sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, la Directiva «MADII»¹⁴⁶ (norma secundaria); en sexto lugar, en el Reglamento de abuso de mercado «MAR»¹⁴⁷ (norma secundaria); en séptimo lugar, en la directiva y en el Reglamento relativos a los instrumentos financieros «MiFIDII/MiFIR» (norma primaria). En octavo lugar, en el Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, sobre un régimen piloto de infraes-

BIS. [bis.org/review/r230426b.htm](https://www.bis.org/review/r230426b.htm). Cfr. Walker, C. J., «Financial stability is at the core of the Federal Reserve and our mission. The Federal Reserve was created in 1913, following the Banking Panic of 1907, with the goal of promoting financial stability avoiding banking panics. [...]The Federal Reserve's goal in financial stability is to help ensure that financial institutions and financial markets remain able to provide critical services to households and businesses so that the can continue to support a well-functioning economic through the business cycle [...]. Take, for example, Detroit. In 1950, Detroit was the fifth largest city in the United States, but now it isn't even in the top 20, after losing two-thirds of the population [...] yet the decline in Detroit's population, and commensurate decline in property values, did not pose a financial stability risk to the United States», *Climate Change and Financial Stability*, op. cit., p. 2,7. Cfr. Montilla, A. y Del Val, D., *Consideraciones sobre estabilidad financiera en tiempos de endurecimiento monetario*. Mercados financieros. Focus. Informe mensual 478. Mayo 2023. CaixaBank Research, pp. 9-10. [caixabanresearch.com](https://www.caixabanresearch.com)

¹⁴¹ Vid. Schnabel, I., *Monetary and financial stability-can they be separated?* Speech at the Conference on Financial Stability and Monetary Policy in the honour of Charles Goodhart. London, 19 May 2023. [bis.org/review/r230522i.pdf](https://www.bis.org/review/r230522i.pdf)

¹⁴² Preámbulo III.

¹⁴³ Vid. cdo. 19. «El análisis de los factores de sostenibilidad durante los procesos de asesoramiento y toma de decisiones de inversión puede brindar beneficios que trasciendan los mercados financieros, ya que puede incrementar la resiliencia de la economía real y la estabilidad del sistema financiero. Resulta, por tanto, fundamental que los participantes en los mercados financieros y los asesores financieros proporcionen la información necesaria para que los inversores finales puedan adoptar decisiones de inversión fundamentadas». DOUE L 317/4. 9.12.2019. «SFDR».

¹⁴⁴ Relativa a la supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión y por la que se modifican las Directivas 2002/87/CE, 2009/65/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE y 2014/65/UE. DOUE 5.12.2019. Vid. en concreto cdo. 7 L 314/65 y cdo. 14 L 314/66.

¹⁴⁵ Siglas en inglés. Vid. cdo. 11) L 331/84. Reglamento que modifica la Decisión núm. 716/2009CE y se deroga la Decisión 2009/77 de la Comisión. DOUE 15.12.2010.

¹⁴⁶ Cdo. 18 L 173/81.

¹⁴⁷ Cdo. 52. L 173/10; cdo. 73 L 173/14; art. 17.5.a. »información privilegiada», L 173/35.

estructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado¹⁴⁸. Y, en octavo lugar, en el Reglamento (UE) 2022/2554 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero¹⁴⁹.

Concepto normativo mencionado por economistas¹⁵⁰ y penalistas¹⁵¹ ante, por un lado, la persistencia en los mercados financieros de asimetría informativa¹⁵², por ejemplo, con el precio del bono verde y el riesgo de ecoblanqueo (*greenwashing*); asimetría informativa mencionada por el «SFDR»¹⁵³, el Reglamento (UE)2019/2089¹⁵⁴; y de asimetría «en el tratamiento

¹⁴⁸ Cdo. 6. Se modifican «MiFIDII/MiFIR» y el Reglamento (UE) 909/2014. DOUE 2.6.2022. L 151/3, con remisión específica al «MAR». En adelante, «DLT».

¹⁴⁹ Modifica los Reglamentos (CE) núm. 1060/2009, (UE) núm. 648/2012, (UE) núm. 600/2014, (UE) núm. 909/2014 y (UE) 2016/1011. Vid. cdo. 8. L 333/3. DOUE. 27.12.2022. En adelante, «DORA».

¹⁵⁰ Vid. Gao, Y. y Schmittmann, J. M., *Green Bond Pricing and Greenwashing under Asymmetric Information*. IMF Working paper WP/22/246. December 2022. imf.org. Cfr. Stiglitz, J. E., Green Swan 2021, *op. cit.* Cfr. Brunetti, et al., *Climate-Related Financial Stability Risks*, *op. cit.*, p. 58. Cfr. Osborne, S., *The Asymmetric Private Information Mask: A Comparative Analysis of Private Equity and Tender/Merger Offers*. School of Accountancy, QUT Business School, QLD, September 11, 2019. ssrn.com/abstract=3440999. Cfr. Lof, M. y Van Bommel, J., *Asymmetric Information and the Distribution of Trading Volume*. Aalto University School of Business. University of Luxembourg. May 29, 2019. ssrn.com/abstract=2720187

¹⁵¹ Vid. Segrelles de Arenaza, I., *Delitos de manipulación de los mercados financieros. Derecho Penal de Sociedades Mercantiles*. Bernardo del Rosal Blasco (Coordinador). VV. AA. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 508-531. Cfr. Nieto Martín, A. y Foffani, L., *Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo*. Liber Amicorum. VV. AA. Estudios Jurídicos en Homenaje al prfo. Dr.h.c. Juan Terradillos Basoco. Tirant lo Blanch, 2018, p. 341. Cfr. Paredes Castañón, J. M., *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores*, *op. cit.*, pp. 797, 802 y 811.

¹⁵² Cfr. STS, Sala Primera, núm. 21/2021, de 21 de enero de 2021, recurso núm. 3005/2018, ponente Seoane Spiegelberg. Contrato de permuta financiera (Swaps). Norma primaria, «MiFIDI». F. D. primero: «[...] asimetría de conocimientos existentes entre las partes con respecto a las características del producto financiero». Cfr. Aquillina, M., Foley, S., O'Neill, P. y Ruf, T., *Sharks in the dark: quantifying HFT dark pool*, *op. cit.* Cfr. Gao, Y., Schmittmann, J. M., *Green Bond Pricing and Greenwashing under Asymmetric information*. International Monetary Fund. WP/22/246.2022 DEC. www.imf.org. Cfr. Gambacorta, L., Gambacorta, R. y Mihet, R., *FinTech, investor sophistication and financial portfolio choices*. BIS Working Papers no. 1091. April 2023. bis.org/publ/work1091.pdf. Cfr. Paredes Castañón, J. M., *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores*, *op. cit.*, pp. 797, 802 y 811.

¹⁵³ Vid. cdo. 10: «El presente Reglamento tiene como finalidad reducir las asimetrías de información en las relaciones comitente-agente respecto de la integración de los riesgos de sostenibilidad, el análisis de las incidencias adversas en materia de sostenibilidad, la promoción de características ambientales sociales, así como de la inversión sostenible, al requerir de los participantes en los mercados financieros y asesores financieros la divulgación de los inversores finales de información precontractual y en curso cuando actúen como agentes de dichos inversores finales». Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros». DOUE 9.12.2019 L 317/3.

¹⁵⁴ Vid. cdo. 18: «Los usuarios de los índices de referencia no siempre cuentan con la información necesaria para saber en qué medida la metodología empleada por los administradores tiene en consideración los factores ASG. A menudo, dicha existente está dispersa o no existe y no permite una comparación eficaz transfronteriza con fines de inversión», Reglamento (UE) 2019/2089 del Parlamento Europeo y del Consejo,

de la financiación a corto plazo, como las operaciones con pacto de recompra y las operaciones de préstamo a corto plazo, como los pactos de recompra inversa» generada por la expansión *soft law* (p. ej., CSBB, en el marco de Basilea III)¹⁵⁵, así como de irracionalidad¹⁵⁶. Y, por otro, el riesgo sistémico de los mercados del carbono¹⁵⁷ con precios desorbitados¹⁵⁸ causantes de una *new greenflation*¹⁵⁹ (burbuja material)¹⁶⁰, unidos al de combustibles fósiles, al «tratamiento de las operaciones con derivados en la ratio de financiación estable neta (NFSR)»¹⁶¹ elaborada por el CSBB, a los *crypto-asset derivatives* muy especulativos¹⁶², al *green bond markets* mediante productos financieros (p. ej., *asset-backed security* [ABS])¹⁶³ y al *green swan*¹⁶⁴. Planteándose escenarios con posibles graves consecuencias para el sistema financiero global muy superiores a la quiebra de Lehmann Brothers¹⁶⁵.

de 27 de noviembre de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/1011 en lo relativo a los índices de referencia de transición climática de la UE, los índices de referencia de la UE armonizados con el Acuerdo de París y la divulgación de información relativa a la sostenibilidad de los índices de referencia. DOUE 9.12.2019 L 317/19.

- ¹⁵⁵ Vid. cdo. 49 «CRR» L 150/8. Cfr. Nieto Martín, A., *Protección penal de la competencia y del mercado de valores*, op. cit., pp. 80 y 398. Cfr. Feijóo Sánchez, B., *El Derecho penal español frente a fraudes bursátiles transnacionales*, op. cit., pp. 884.
- ¹⁵⁶ Vid. Paredes Castañón, J. M., *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores*, op. cit., p. 811.
- ¹⁵⁷ Vid. European Systemic Risk Board (ESRB), Positively green: Measuring climate change risks to financial stability. European System of Financial Supervision. European Central Bank. June 2020. esrb.europa.eu. Cfr. Stiglitz, J. E., *Green Swan 2021*, op. cit., p. 58.
- ¹⁵⁸ Vid. Stiglitz, J. E., *Green Swan 2021*, op. cit., p. 57.
- ¹⁵⁹ Vid. Roubini, N., *The Age of Megathreats*. Project Syndicate. Nov. 4, 2022. project-syndicate.org
- ¹⁶⁰ Vid. Gómez Yubero, M.^a J., Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilera, M., *Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad*, op. cit., p. 123. Cfr. Borio, C., Claessens, S. y Tarashev, N., *Finance and Climate Change Risk: Managing Expectations*. Econ Pol Forum 1 2023 January Vol. 24. CES IFO Institute, p. 6. www.econpol.eu. Cfr. Delis, M., Ongena, S. y De Greiff, K., *The carbon bubble and the pricing of bank loans*. VOXEU Colum. Environment. Financial Markets, 27 May 2018. cepr.org/vox-eu/columns
- ¹⁶¹ Vid. Cdo. 48 L 150/8; art. 449 bis (Divulgación de información sobre riesgos ambientales, sociales y de gobernanza) (riesgos ASG) («CRR») L 150/201; Cfr. art. 449 a) y d) sobre contratos de derivados del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/637 de la Comisión de 15 de marzo de 2021, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a la divulgación pública por las entidades de la información a que se refiere la parte octava, títulos II y III del «CRR». 21.4.2021 DOUE L 236/265. Cfr. FSB, *Supervisory and Regulatory Approaches to Climate-related Risks*, op. cit., p. 8.
- ¹⁶² Vid. Guagliano, C. et al., *Crypto-assets and their risks for financial stability*. ESMA, TRV, Risk Analysis. ESMA 50-165-2251. 4 October 2022, op. cit., p. 5. www.esma.europa.eu. Cfr. Panetta, F., *Crypto dominos: the bursting crypto bubbles*, op. cit.
- ¹⁶³ Vid. OECD, *Financial Markets and Climate Transition*, op. cit., p. 94. Cfr. Schünemann, B., *La llamada crisis financiera: ¿fracaso del sistema o crimen organizado? Delincuencia, finanzas y globalización*. VV. AA. (ed. Amando Fernández Stenko). Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013, pp. 335-370.
- ¹⁶⁴ Vid. Stiglitz, J. E., *Green Swan*, op. cit. Cfr. OECD, *Financial Markets and Climate Transition*, op. cit., p. 99.
- ¹⁶⁵ Cfr. Casos Credit Suisse, Sylicon Valley Bank, First Republic, Signature, Deutsche Bank, etc.

La doctrina europea ha calificado la estabilidad financiera como un nuevo mantra y casi una mutación constitucional¹⁶⁶, por un lado, con la creación de la ESMA asumiendo el deber de «proteger valores públicos como la integridad y estabilidad del sistema financiero»¹⁶⁷. Y, por otro, con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, «por el que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión»¹⁶⁸.

No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al dictar sentencias sobre abuso de mercado¹⁶⁹, no menciona de forma expresa el concepto estabilidad financiera y que la Fiscalía Europea carece de competencias sobre la materia¹⁷⁰, aunque sí Eurojust¹⁷¹ sobre «operaciones con información privilegiada y manipulación del mercado financiero», pero que en la práctica es intrascendente por inoperatividad¹⁷², al

¹⁶⁶ Vid. Comparato, G., Financial stability in private law: intersections, conflicts, choices. *Common Market Law Review* 58. 2021 Kluwer Law International, p. 392. Cfr. Tuori and Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis* (Cambridge University Press, 2014), p. 117. La mutación se refiere, en concreto, al artículo 127.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), DOUE 30.3.2010 C83/175. Situado en el capítulo 2 sobre la política monetaria donde se menciona la «estabilidad del sistema financiero» vinculada al Sistema Europeo de Bancos Centrales («SEBC»).

¹⁶⁷ Vid. cdo. 11 del Reglamento (UE) núm. 1095 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados). DOUE 15.12.2010 L 331/86.

¹⁶⁸ Directiva 2014/59/UE, por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE, 2013/36/UE y los Reglamentos (UE) núms. 1093/2010 (UE) y 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo. L 173/190 DOUE 12.6.2014.

¹⁶⁹ Por todas, STJUE (Gran Sala) de 15 de marzo de 2022, asunto C-302/20, ponente F. Biltgen. Sr. A v. Autorité des Marchés Financiers (AMF), FJ 33-43. Cfr. STJUE, Sala 2.ª, de 28 de junio de 2012, asunto C-19/2011. Markus Gellert v. Daimler AG. Ponente U. Löhms.

¹⁷⁰ Vid. artículo 2 *Ámbito de aplicación*. Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. BOE Núm. 157, 2 de julio de 2021. Dinamarca, Países Bajos, Hungría, Irlanda y Suecia quedan fuera. Cfr. Sabadell Carnicero, C., La competencia material de la Fiscalía Europea. *Diario La Ley*, núm. 10298. 1 de junio de 2023. Cfr. Nieto Martín, A., *Protección penal de la competencia y del mercado de valores*, op. cit., p. 77.

¹⁷¹ Vid. Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo. DOUE 21.11.2018. 295/138.

¹⁷² Vid. Luchtman, M. J. J. P. y Vervaele, J. A. E.,: «[...] en última instancia, las autoridades judiciales nacionales tomarán una decisión sobre si van a iniciar las investigaciones penales o no». Aplicación del régimen de abuso de mercado (operaciones con información privilegiada y la manipulación de mercado): ¿Hacia un modelo integrador de la aplicación de la ley penal y administrativa en la UE? Traducido del inglés al español a cargo de Luz María Palomero Rojo. *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. VV. AA. Ana Isabel Pérez Cepeda (Dir.), Ediciones Universidad de Salamanca. Tirant lo Blanch, 2016, p. 789.

ser competencia de las autoridades supervisoras nacionales¹⁷³. En mi opinión, la técnica jurídica utilizada para regular el abuso de mercado por la Comisión Europea se realiza acorde con los intereses (*private interest theories of regulation*)¹⁷⁴ de los *lobbies* en Bruselas (grandes empresas y multinacionales)¹⁷⁵.

Donde el TJUE¹⁷⁶ sí se ha pronunciado de forma clara es en «garantizar la estabilidad del sistema bancario y financiero» interpretando la norma primaria¹⁷⁷. Ante esta posición jurisprudencial, surge la pregunta: ¿esta interpretación de la norma primaria es extensible a la norma secundaria? En mi opinión, la respuesta es negativa. Parafraseando a Feijóo Sánchez (2019, pp. 142-143), «el orden socio-económico hace referencia más bien a un fin político-criminal de un nivel de abstracción tan elevado que no condiciona los requisitos para determinar la tipicidad de una conducta». Máxime, si las infraestructuras (p. ej., ciberseguridad-*quantum computers*)¹⁷⁸ pueden ser causa de disfunciones al quedar obsoletas impactando seriamente en la estabilidad financiera¹⁷⁹. Por un lado, en proveedores de servicios no regulados (p. ej., *crypto-asset service providers* [CASP])¹⁸⁰; y, por otro, en infraestructuras reguladas que ofrecen productos comerciales y servicios de compensación de *crypto-asset derivatives*¹⁸¹, pero, estando expuestas, aunque sea temporalmente, a la volatilidad del mercado y a los riesgos asociados con terceros¹⁸². No obstante, estas

¹⁷³ Vid. Ross, V., Comparecencia-Discurso de la Presidenta de ESMA ante el Economic and Monetary Affairs Committee European Parliament, p. 2, *op. cit.*

¹⁷⁴ Vid. Den Hertog. Review of Economic Theories of Regulation. Discussion paper Series nr. 10-18. Tjalling C. Keopmans Research Institute Utrecht School of Economics. Utrecht University. Dec. 2010, p. 2. www.uu.nl/rebc/economie/discussionpapers

¹⁷⁵ Cfr. Hayek, Derecho, Legislación y Libertad. *El orden político de una sociedad libre*. Vol. 3. Traducción del inglés por Luis Reig Albiol. Unión Editorial, 1976, pp. 41-42. Cfr. Mulcahy, Lobbying in Europe. Hidden Influence, Privileged Access, 2015, p. 19. www.transparency.org

¹⁷⁶ Vid. STJUE (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20. Banco Santander, SA, y J.A.C./M.C.P.R. Ponente N. Piçarra, citando reiterada jurisprudencia. Cfr. Tapia Hermida, J. A., Estabilidad financiera vs. Accionistas de bancos rescatados. *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*.

¹⁷⁷ Vid. Directiva 2014/59/UE; art. 1307 CC; Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de inversión que transpone la mencionada Directiva y la Decisión SRB/EES/2017/08 de la Junta única de Resolución de 7 de junio de 2017 del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.

¹⁷⁸ Vid. «DORA». Cfr. Cdo. 69 «(CRR)» L 150/12. Cfr. Bank for International Settlements (BIS), Project Leap. Quantum-proofing the financial system. June 2023. www.bis.org. Cfr. EBA/ESMA/EIOPA, Joint Committee of the European Supervisory Authorities, 2022 Work Programme, *op. cit.* pp. 5-6. www.esma.europa.eu. Cfr. Lacroix, K., ESG's «Biggest Risk»? , *op. cit.*

¹⁷⁹ Vid. BIS, Project leap. Quantum, *op. cit.*

¹⁸⁰ Vid. «MiCA».

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Vid. García Ocampo, D., Branzoli, N. y Cusmano, L., *Crypto, tokens and DeFi: navigating the regulatory landscape*. Financial Stability Institute. FSI Insights on policy implementation. No. 49. May 2023. bis.org/fsi/pub/insights49.pdf. Cfr. Guagliano, C., *et al.*, *Crypto-assets and their risks for financial stability*, *op. cit.*, p. 11.

actividades no afectan directamente en la estabilidad financiera de los mercados tradicionales de forma general, aunque sí particularmente en el mercado *cryptoasset system*¹⁸³.

Sin embargo, parafraseando a Peirce (2023)¹⁸⁴, surgen preguntas en el ámbito de los mercados ASG y del carbono: ¿puede ser causa de inestabilidad financiera la presión internacional para converger¹⁸⁵ en un solo conjunto de estándares¹⁸⁶, que comporte que erróneas decisiones adoptadas por cada jurisdicción¹⁸⁷ mediante similares políticas de capital motivadas por ries-

¹⁸³ Vid. Consultative Group of Directors of Financial Stability (CGDFS), *Financial stability from cryptoassets in emerging market economies*. August 2023. BIS Papers. No. 138. www.bis.org

¹⁸⁴ Cfr. Chaigneau, P. y Shauguet, N.: «The harmonization ESG ratings may have a counterproductive effect. Indeed, we have shown that gaming ESG ratings (e. g. greenwashing) is harder to accomplish when there are several different competing measures of ESG performance, i.e. several ESG raters that use a verity of methodologies». *ESG ratings for Corporate Governance*. January 2023, p. 25. ssrn.com/abstract=4345102

¹⁸⁵ Vid. cdo. 43, párrafo segundo: «Las normas de la Unión deben tener en cuenta cualquier norma de presentación de información sobre sostenibilidad elaborada bajo los auspicios de la Fundación de las Normas Internacionales de Información Financiera. Para evitar una fragmentación innecesaria de la regulación que pudiera tener consecuencias negativas para las empresas que operan a escala mundial, las normas de presentación de información sobre sostenibilidad de la Unión deben contribuir al proyecto de convergencia de las normas de presentación de información sobre sostenibilidad a escala mundial, apoyando la labor del Consejo de Normas Internacionales de Sostenibilidad (ISSB)». «CSRD» L 322/29. Cfr. Mosca, Ch. y Picciau, Ch., *Inside Information and Issuer Disclosure Obligation: The Long Way to Convergence between the European Union and the United States. Research Handbook on Global Capital Markets Law*, edited by Iris H-Y Chiu and Iain G. MacNeil, Edward Elgar Publishing Ltd. July 23, 2022. ssrn.com/abstract=4376881. Cfr. Jeber, R., *The Convergence of Financial and ESG Materiality: Taking Sustainability Mainstream*. American Business Law. September 2019.

¹⁸⁶ Vid. European Commission. Annex I European Sustainability Reporting Standard (ESRS). Annex to the Commission Delegated Regulation (EU) / Supplementing Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council as regards sustainability reporting standards. Brussels, 31. 7. 2023. C(2023)5303 final. ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/csrd-delegated-act.2023-5303-annex-1_en.pdf. Cfr. IOSCO endorsement assessment of the ISSB standards for sustainability related disclosures. 26 jun. 2023. www.iosco.org. Cfr. CNMV: «En relación con las medidas financieras que utilizan una referencia o calificación ASG (p. ej., facturación verde, CAPEX sostenible...), y considerando su carácter novedoso, se recuerda que se considerarán APM asimismo si no se han determinado de acuerdo con estándares obligatorios, recogidos en la normativa aplicable, tales como el Reglamento de Taxonomía o el Reglamento de divulgación (SFDR), por sus siglas en inglés». La CNMV recuerda a las sociedades cotizadas que deben explicar mejor sus medidas alternativas de rendimiento para no confundir a los inversores, *op. cit.*, p. 2. Cfr. Cambón Murcia, M.^a I. e Ispuerto Maté, A., *Características de las IIC sostenibles españolas en 2020*. Documentos de Trabajo núm. 77. Febrero 2022, p. 15. www.cnmv.es. Cfr. Wuermeling, J., *Setting regulatory standards for unified framework in the financial sector - Germany at the heart of Europe as a FinTech hub*, *op. cit.*

¹⁸⁷ Vid. OECD. *G20/OECD Principles of Corporate Governance 2023*. OECD Publishing, p. 46 y ss. doi.org/10.178/ed/50b30-en. Cfr. La posición de dominio de UBS, con posibles prácticas de oligopolio -tras la quiebra y compra del *Credit Suisse* con cuantiosas pérdidas para inversores AT1- tanto en Suiza (no miembro de la UE) como en España, a través de SIX Group AG (accionista mayoritario de Bolsas y Mercados Españoles según la Oferta pública voluntaria de adquisición de las acciones. Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, S.A. y Anexo 2. Zurich, 25 de marzo de 2020). www.cnmv.es. UBS abandonó en marzo de 2013 el Panel de Bancos Contribuidores del EURIBOR. Fuente: European

gos financieros relacionados con el cambio climático¹⁸⁸ y los riesgos tecnológicos¹⁸⁹ se repliquen y repercutan, negativamente, en la economía global con efectos de burbuja¹⁹⁰-dominó? Pregunta que evidencia posibles disfunciones sistémicas en los mercados ASG y del carbono, al margen de los fallos en la supervisión¹⁹¹, la parcial desregulación del sistema financiero¹⁹²,

Money Markets Institute. Cfr. Olof-Ors, N.: «Samuel Bendahan, a Socialist MP and economics profesor at the University of Laussane, the Swiss State «would have taken on the risk, but these \$29 billion would have gone to the population». Instead, the takeover has created a «monopolistic situation», he told AFP, warning that while this might strengthen UBS, it puts Switzerland in an extremely risky position if the new mega-bank were to one day face a crisis», UBS' s Credit Suisse Takeover, *op. cit.* Cfr. Gómez Yubero, M.^a J., La regulación de los índices de referencia y la reforma del Euribor. *Revista de Estabilidad Financiera* 11/2016. N.º 31. Banco de España. Eurosistema, p. 21. www.bde.es. Cfr. Martínez-Buján Pérez, C.: «Antes de la reforma de 2019, cabía afirmar que los tipos penales aquí descritos tutelaban únicamente el mercado español y no los mercados internacionales, por los que no cabía hablar de un bien jurídico "global" o "universal". Sin embargo, tras dicha reforma hay que matizar que el nuevo art. 285 ter extiende explícitamente el ámbito de aplicación del precepto a los instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes previstos en la normativa europea [...] en materia de mercado de instrumentos financieros». *Derecho penal económico y de la empresa, op. cit.* p. 357.

¹⁸⁸ Vid. Financial Stability Oversight Council (FSOC), Annual Report 2022, p. 12. treasury.gov/system/files/261/FSOC2022AnnualReport.pdf

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁹⁰ Vid. Peirce, H. M., *Tow Truck Taxonomies Remarks before Eurofi*, *op. cit.* Cfr. Borio, C., Claessens, S. y Takashev, N., *Finance and Climate Change Risk, op. cit.*

¹⁹¹ Vid. Barr, M. S., *Review of the Federal Reserve's Supervision and Regulation of Silicon Valley Bank*. Board of Governors of the Federal Reserve System. April 28, 2023, pp. 2-88. www.federalreserve.gov/publications/files/svb-review-20230428.pdf. Cfr. Board of Governors of The Federal Reserve System. Financial Stability Report. May 2023, pp. 31-54. www.federalreserve.gov. Cfr. Government Accountability Office United States (GAO), Report to the Committee on Financial Services, House of Representatives. Bank Regulation. Preliminary Review of Agency Actions. Related to March 2023 Bank Failures. April 2023, pp. 1, 17, 26 y 27.

¹⁹² Vid. Mascher, N., Sole, J. y Strauch, R., *Fast and Furious... but tameable: lessons from the recent banking turmoil for the EU*. European Stability Mechanism (ESM). 24/05/2023. esm.europa.eu/blog/fast-and-furious-tameable-lessons-recent-banking-turmoil. Cfr. Barr, M. S., *Review of the Federal Reserve's Supervision and Regulation of Silicon Valley Bank, op. cit.* Cfr. Warren, E.: «In 2018, First Republic Bank spent hundreds of thousands of dollars lobbying Congress in support of S.2155, the *Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act*, which now-famously rolled back important Dodd - Frank rules for First Republic and similar banks. Following the passage of that law, your predecessor as CEO, James H. Herbert, gave over \$2.1 million in campaign contributions to supporter of the law». *Letter CEO First Republic Bank*. United States Senate. May 3, 2023. www.warren.senate.gov. Cfr. Cassidy, J., Deregulating banks is dangerous as First Republic bank is sold to JPMorgan, the Federal Reserve releases some important lessons. *The New Yorker*. May 1, 2023. [newyorker.com](https://www.newyorker.com). Cfr. Díez, J. R., *Nous reptes per als bancs centrals*. CaixaBank Research. Editorial. Abril 2013. IM04. www.caixabankresearch.com. Cfr. Murillo Gil, R., *La intervenció del Silicon Valley Bank i les seves implicacions, op. cit.* pp. 9-10. Cfr. Welburn, J. W., Zardavas, R. y Winkelman, Z., *Let's (Not) Play Games with Dodd-Frank*. Autores que aplicando la teoría de los videojuegos basada en el baloncesto predijeron la crisis financiera de febrero-marzo de 2023 que en los EE.UU. ocasionó la quiebra del Silicon Valley Bank (SVB), First Republic Bank, Signature Bank, y en Europa Credit Suisse, causando grandes pérdidas a accionistas y necesitando la ayuda financiera e intervención mediante fondos públicos. Rand corporation. May 4, 2017. www.rand.org

la ausencia de un sistema europeo de garantías de depósitos¹⁹³ (equiparable al sistema estadounidense), el «sistema bancario en la sombra»¹⁹⁴ o la existencia de cuasiparaísos fiscales en algunos socios de la Unión que generan evasión¹⁹⁵ en otros, afectando al PIB y la pobreza de sus ciudadanos. Sin que esta sea objetivo prioritario de gestión por la Comisión Europea¹⁹⁶ y el Consejo, con una política neoliberal¹⁹⁷, que no afronta, mediante una renta básica europea¹⁹⁸, los retos de la implementación de la cuarta revolución industrial, la tran-

¹⁹³ Vid. Arqué, G., Fernández, E. y Plata García, C. T. *¿Un sistema europeo de garantía de depósitos?*, op. cit., pp. 175-178. Cfr. Carmassi, et al., *Completing the Banking Scheme*, op. cit. Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/49/UE en lo que respecta al alcance de la protección de los depósitos, la utilización de los fondos de los sistemas de garantía de depósitos, la cooperación transfronteriza y la transparencia. 2023/0115(COD).

¹⁹⁴ Vid. cdo. 4 del Reglamento (UE) 2015/2365 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre transparencia de las operaciones de financiación de valores y de reutilización, op. cit. L 337/2.

¹⁹⁵ Vid. Bardin, P. Bouveret, A. y Jackson, G., *Money Laundering poses a risk to Financial Sector Stability. Curbing cross-border illicit proceeds demands a united global effort and innovative approaches*. September 4, 2023. IMF blog. imf.org. Cfr. Sempere, P.: «Explica el economista francés Gabriel Zucman, coautor del informe que recoge los datos, que buena parte del dinero acaba en el corazón de Europa. Tan sólo Bélgica, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Suiza, todos ellos territorios de baja tributación, reciben en conjunto casi 465.000 millones fruto de la evasión». España pierde más de 4.000 millones al año por la elusión fiscal. *CincoDías*. Economía. 16 dic. 2022, p. 3. [cincodias.elpais.com/](https://www.cincodias.elpais.com/)

¹⁹⁶ Vid. Reglamento delegado (UE) 2021/1255 de la Comisión, de 21 de abril de 2021, por el que se modifica el Reglamento delegado (UE) núm. 231/2013 en lo que atañe a los riesgos de sostenibilidad y los factores de sostenibilidad que deben tener en cuenta los gestores de fondos de inversión alternativos. Cdo. 2: «El Pacto Verde Europeo constituye una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la Unión en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna eficiente, en la que no habrá emisiones netas de efecto invernadero a partir de 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos. DOUE 2.8.2021. L 277/11. Cfr. Varoufakis, Y., *Austerity Ruined Europe, and Now It's Back*. Project Syndicate. Jul. 19, 2023. [project-syndicate.org](https://www.project-syndicate.org). Cfr. Laborda, J., *¿Ante quiénes responden de sus errores los bancos centrales?* [elDiario.es](https://www.eldiario.es). 11 de julio de 2023. Cfr. Bernardos, G., *La desastrosa gestión de la Comisión Europea*. Crónica Global. 30.11.2022. Cfr. Gómez Inieta: «El debate sobre la europeización de las legislaciones nacionales no es nuevo, e incluso, como se ha subrayado en la actualidad, hay sectores donde su influjo ha sido mínimo (educación, salud, etc.). La protección penal de la información privilegiada. *Derecho penal económico y teoría del delito*. VV. AA. Director Eduardo Demetrio Crespo. Coordinadores Mónica de la Cuerda Martín y Faustino García de la Torre García. Tirant lo Blanch. 2020, p. 634.

¹⁹⁷ Vid. Von der Leyen, U., State of the Union. Answering the Call of History. Strasbourg, 13 September 2023. ec.europa.eu. Cfr. Wilkin, S., What Ursula von der Leyen said vs. what she meant. We peel back the rhetorical layers of the Commission president's carefully calibrated State of the Union speech. Politico. Thursday, September 14, 2023. [politico.eu/article/von-der-leyen-state-of-the-union-europe-speech-strasbourg](https://www.politico.eu/article/von-der-leyen-state-of-the-union-europe-speech-strasbourg). Cfr. Stiglitz, J. E., *Inequality and Democracy*. Project Syndicate. Aug 31, 2023. [project-syndicate.org/](https://www.project-syndicate.org/). Cfr. Nair, N., *When Minsky and Godley Met Structuralism: A Stock-flox Consistent Approach to the Currency Hierarchy*. Levy Economics Institute. Working paper no. 1024. July 2023, pp. 31-34.

¹⁹⁸ Vid. Arcarons, J., Raventós, D. y Torrens, LL., *Una Renta Básica Europea*. Fundació Irla. Coppieters foundation. Maig 2023. [irla.cat/rendabasica](https://www.irla.cat/rendabasica)

sición al decrecimiento¹⁹⁹ y la aplicación de estándares sobre medioambiente, social y de gobierno, con efectos serios en el factor trabajo²⁰⁰. A diferencia de la política sobre cambio climático CO₂ de la Comisión (elevada a la categoría de principio constitucional, según el artículo 191 del TFUE desarrollado con legislación²⁰¹ *ad hoc*), dotada con miles de millones de euros de fondos públicos de la Unión Europea y de los Estados miembros, que genera un sistema financiero complejo y opaco en los mercados del carbono²⁰², de extraterritorialidad²⁰³, con repercusión en el derecho internacional público²⁰⁴.

A mayor abundamiento, y respecto al Código Penal español, en la transposición del «MAR» en el artículo 284 y en el artículo 285 mediante la Ley Orgánica 1/2019 no consta la estabilidad financiera como bien jurídico-penal protegido²⁰⁵, aunque un sector de la doctrina la haya mencionado, antes de la mencionada reforma, pero en «espacios de riesgo permitido» (Paredes Castañón, 2014)²⁰⁶. Cuestionándose después, «todo al asocaire del mante-

¹⁹⁹ Vid. Oik, C., Schneider, C. y Jason, H., *How to pay for saving the world: Modern Monetary Theory for a degrowth transition*, op. cit.

²⁰⁰ Vid. World Economic Forum (WEF). Future of Jobs Report 2023. Insight Report. May 2023. www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2023

²⁰¹ Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999. DOUE 9.7.2021 L 243/1.

²⁰² Vid. Delacroix, G., Picaud, E. y Martinon, L.: «Muy rápidamente, el sistema se reveló defectuoso. Las transacciones son difíciles de rastrear, incluso para los expertos en el sector. El sistema es bastante opaco. En todos los niveles, incluida la Comisión Europea, nadie tiene una visión global y unánime. Es una caja negra. Solo los directores financieros o los industriales de las empresas involucradas saben exactamente qué se hace con dichas cuotas», El negocio sucio del CO₂. Derecho a contaminar. *elDiario.es*. cit. Cfr. Tribunal de Cuentas Europeo. Informe Especial. Finanzas sostenibles: La UE necesita una actuación más coherente para reorientar la financiación hacia inversiones sostenibles, op. cit., pp. 18-19.

²⁰³ Muchas empresas fuera de la UE, incluidas empresas con sede social en Estados Unidos, podrían ver un impacto en sus divulgaciones de cambio climático con los nuevos estándares de divulgación de la UE (ESRS), debido al amplio alcance de la «CSRD». Estos estándares exigen que las empresas realicen evaluaciones de materialidad sobre cada tema de sostenibilidad sujeto a un estándar de «doble materialidad», que está sujeto a una evaluación de si la información es material desde una perspectiva financiera o de impacto. El cumplimiento de estos requisitos requerirá mucho tiempo, será costoso y oneroso. Cfr. Lacroix, K., *EU Adopts Mandatory ESG Reporting Requirements*. August 22, 2023. www.dandodiary.com. Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011. Asunto C-366/10. *Air Transport Association of America and others v. Secretary of State for Energy and Climate Change*. Ponente C. Torder. Cfr. Gehring, M., *Border Carbon and the CBAM Mechanism's Legality in the EU Legal Order*. Paper no. 7/2023. April 2023. ssrn.com/abstract=4409236. Cfr. Peirce, H. M., *Tow Truck Taxonomies Remarks before Eurofi*, op. cit.

²⁰⁴ Vid. Gehring, *Border Carbon and CBAM Mechanism's Legality*, op. cit. Cfr. Peirce, H. M., *Tow Truck Taxonomies Remarks before Eurofi*, op. cit.

²⁰⁵ Vid. cdo. 5 «MiCA». Cfr. *Caso Mango Markets*. United States District Court Southern District of New York. United States of America v. Avram Eisenberg. CASE 23 CRIM 010.01/09/23. www.justice.gov

²⁰⁶ Paredes Castañón: «Al igual que ocurre en otras muchas conductas delictivas propias del Derecho Penal económico, también en la manipulación de precios pueden y deben reconocerse importantes espacios de

nimiento de una supuesta estabilidad financiera» (Segrelles de Arenaza, 2022). De todas formas, es irrelevante, según el artículo 284.2.º del CP, circunstancia a), si el beneficio obtenido por el autor no supera los 250.000 euros «o se causara un perjuicio de idéntica cantidad». Según Feijóo Sánchez (2019, p. 143), «no hace falta indagar el efecto perturbador que haya podido tener su conducta para la estabilidad de los mercados».

En el considerando 25²⁰⁷ del mencionado Reglamento (UE) 2019/2089 se menciona el concepto la estabilidad financiera en dos ocasiones. Por un lado, respecto al nivel de afectación de la interrupción de un índice de referencia crucial, los consumidores y la economía real. Y, por otro, en la validez de los contratos financieros o de los instrumentos financieros, «con repercusiones potencialmente graves en la estabilidad financiera», formando parte de la norma primaria europea con la regulación de los referidos instrumentos financieros «MiFIDII/MiFIR». El Reglamento (UE) 2019/2089 modifica el mencionado Reglamento (UE) 2016/1011, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión. Habiendo modificado este el «MAR», entre otras disposiciones. El Reglamento (UE) 2016/1011 reconoce, como se ha comentado, «el elevado número de índices de referencia existentes y los diferentes efectos que tienen para la estabilidad financiera y la economía real» (considerando 9)²⁰⁸; así como «muchos índices de inversión están afectados por importantes conflictos de intereses, y se utilizan para medir la rentabilidad de fondos tales como los fondos de tipo OICVM. Algunos de esos índices se publican y otros se ponen a disposición del público o de un sector del público» (considerando 11)²⁰⁹. Ambos reglamen-

riesgo permitido: es decir, un importante conjunto de acciones que, aun si resultan peligrosas (e incluso concretamente peligrosas, y previsiblemente peligrosas, y aunque el autor sea consciente de ello) para el bien jurídico (para la estabilidad del mercado), deben ser consideradas, pese a todo, no negligentes (y no disvaliosas, por consiguiente), si el sujeto actuante cumple determinadas condiciones [...] existe riesgo permitido cuando el sujeto adopta las medidas –medidas de cuidado– técnicamente necesarias en principio para mantener el riesgo (aquí, de alteración de los precios de mercado y de desestabilización de este) bajo control. Y ello, incluso si la acción realizada es en sí misma bastante peligrosa para el bien jurídico (para la estabilidad del mercado), cuando se trate –como en nuestro ejemplo, del mercado de valores– de un sector de la vida económica en el que la propensión al riesgo de los intervinientes se presume elevada». *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores*, op. cit., pp. 833-834. Cfr. Íñigo Corroza, E.: «Las conductas que supongan la modificación de los precios de mercado pero que no se hayan llevado a cabo con los medios establecidos por el legislador y que hemos considerado fraudulentos, no son penalmente sancionables (podrían considerarse supuestos de riesgo permitido dentro de una determinada política económica). No basta con la difusión de noticias falsas si no influyen en los precios (con independencia del delito al que pudiera dar lugar la publicación de noticias falsas, o el engaño o en empleo de violencia o intimidación). Lo mismo puede decirse cuando las conductas se lleven a cabo por estos medios y, a pesar de que supongan una alteración de los precios del mercado en sentido estricto, no pueda decirse que esto pone en peligro o lesiona la estabilidad del sistema económico de mercado», *La relevancia del fraude en los delitos de competencia*, op. cit., p. 296.

²⁰⁷ L 317/20.

²⁰⁸ L 171/3.

²⁰⁹ *Ibid.*

tos muestran la evolución de la técnica jurídico-penal expansiva de la Comisión Europea, ampliando el bien jurídico-penal protegido, la integridad de los mercados, en los índices de referencia establecido con el «MAR». Asimismo, el concepto de estabilidad financiera consta en diversos considerandos del Reglamento (UE) 2015/2365, de 25 de noviembre de 2015, sobre transparencia de las operaciones de financiación de valores y de reutilización, que intenta regular «el sistema bancario en la sombra»²¹⁰.

3.2. La integridad de los mercados financieros sostenibles

El concepto normativo de integridad de los mercados ASG se menciona por ESMA en la divulgación de la sostenibilidad en los folletos²¹¹ y en la estrategia²¹² 2023-2028. Concepto asociado a la regulación de los mercados financieros que se establece en Europa, por un lado, con la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso de mercado)²¹³ –sin sanciones penales–. Y, por otro, con el CESR (The Committee of European Securities Regulators) en el marco del First Achievement of the Lamfalussy Process: A Robust Regime Against Market Abuse²¹⁴, el 8 de enero de 2004. Posteriormente, tras la crisis financiera de 2008, consta en el Acuerdo 11 de la Declaración del G20 en la Cumbre de Seúl de 2010²¹⁵, convirtiéndose en una forma de *evangelio* que se difunde y expande *urbi et orbi* por los reguladores y supervisores nacionales y supranacionales.

La génesis del concepto de integridad del mercado aparece en la sentencia *Basic, Inc. v. Levinson de 1998*²¹⁶ del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América sobre fraude en el mercado de valores. Resolución que, posteriormente, se ha reflejado en otras sentencias,

²¹⁰ Cdo. 9, L 337/3; cdo. 13, L 337/3-4; cdo. 21, L 337/5. Cfr. Calimanni, S., Haleg, G. y Zochewski, Simulating fire-sales in a banking and shadow banking system. ESRB. European Systemic Risk Board. Working Paper Series no. 46/June 2017. www.esrb.europa.eu

²¹¹ ESMA. Public statement. Sustainability disclosure in prospectuses. 11 July 2023. ESMA 32-1399193447-441. www.esma.europa.eu

²¹² ESMA Strategy 2023-2028, *op. cit.*, p. 26.

²¹³ *Vid.* cdo. 11): «El actual marco jurídico comunitario de protección de la integridad del mercado está incompleto». L 96/17; cfr. cdo. 24, L 96/18; cdo. 34; cdo. 43, L 96/18, y cdo. 43, L96/19 DOUE 12.4.2003 L 96/16. En adelante, «MADI».

²¹⁴ CESR: «Welcomes the adoption by the European Commission of the first set of level 2 legislation to establish Europe's new framework for promoting market integrity». /04-008b. www.esma.europa.eu. Cfr. Final Report of the Committee on Wise Men on The Regulation of European Securities Markets. Brussels, 15 February 2001. www.esma.europa.eu. Cfr. CNMV. Proceso Lamfalussy. Marzo 2001. www.cnmv.es

²¹⁵ The G20 Seoul Summit Leader's Declaration, November 11-12, p. 3. g20.utoronto.ca/2010/g20seoul.html.

²¹⁶ *Basic Industries, Inc. v. Levinson*, 485 US 224(1998) FD 5. supreme-justia.com. Cfr. Munter, P., *Assesing Materiality: Focusing on the Reasonable Investor When Evaluating Errors*. US Securities and Exchange Commission (SEC). March 9, 2022. sec.gov.

creando jurisprudencia²¹⁷, y por las autoridades supervisoras (p. ej., SEC, CFTC). Asimismo, por el legislador, en primer lugar, por la Sección 747 de la Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de 2010²¹⁸, en segundo lugar, la Commodity Exchange Act («Act») mediante la reforma en 2012 del párrafo 7 1 y siguientes del U.S.C., que se materializa en acciones de derecho administrativo sancionador y de derecho penal presentadas por la SEC²¹⁹ y la CFTC²²⁰. Siguiendo esta tendencia, por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo, con la mencionada «MADI» y, posteriormente, a través de la legislación y normativa sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado «MADII/MAR»²²¹ y el «DLT»²²². Del mismo modo, por los índices de referencia de la Unión Europea armonizados con el Acuerdo de París y la divulgación de información relativa a la sostenibilidad de los índices de referencia²²³.

²¹⁷ P. ej. United States Court Of appeals for the Second Circuit. *Ark Tchf Ret. Sys v. Goldman Sachs Corp, Inc.* Docket no. 22-484. August 10, 2023, p. 5. Refiere la «integridad del precio del Mercado». law.justia.com/cases/federal/apellate-courts.

²¹⁸ Pub. L No. 111-203, párrafo 747, 124 Stat 1376, 1739.

²¹⁹ *Vid.* SEC Charges 16 Wall Street Firms with Widespread Recordkeeping Failures: «SEC Chair Gary Gensler said "finance, ultimately, depends on trust. By failing to honor their recordkeeping and books-and-records obligations, the market participants we have charged today have failed to maintain that trust [...] such recordkeeping has been vital to preserve market integrity"». Firms admit to wrongdoing and agree to pay penalties totaling more than \$1.1 billion. Sept. 27, 2022. sec.gov/press-release/2022-174. Sanciones administrativas que se imponen, sin pruebas, sobre supuestas infracciones de derecho administrativo sancionador, sin daños causados acreditados, con ausencia de dolo, simplemente por el uso de algunos bancarios de chats de WhatsApp sobre ofertas, reuniones con clientes, condiciones de mercado, etc. Sanciones que se enmarcan en el ámbito del derecho penal simbólico. Cfr. Levine, M., WhatsApp, Bloomberg Opinion. Money Stuff, February 2, 2023. www.bloomberg.com

²²⁰ United States District Court for the Northern District of Illinois. Eastern Division. U.S. Commodity v. Igor B. Oustacher and 3 Red Trading LLC. October 19, 2015. www.cftc.gov

²²¹ *Vid.* cdo. 24: «La cuestión de si una persona ha infringido la prohibición de realizar operaciones con información privilegiada o ha intentado realizarlas ha de analizarse teniendo en cuenta el objeto del presente Reglamento, que es de proteger la integridad de los mercados financieros». L 173/5. Cfr. cdo. 15: «A fin de mejorar la integridad del mercado y evitar, al mismo tiempo, una divulgación de información excesiva, resulta adecuado establecer los valores umbrales mínimos en un nivel que dejen exentas a las empresas con poca probabilidad de disponer de información privilegiada». Reglamento delegado (UE) 2016/522 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, por el que se completa el «MAR» respecto a la exención relativa a determinados bancos centrales y organismos públicos de terceros países, los indicadores de manipulación de mercado, los umbrales de divulgación, la autoridad competente para las notificaciones de retrasos, la autorización de negociación durante periodos limitados y los tipos de operaciones de notificación obligatorios realizados por los directivos. DOUE 5.4.2016, L 88/3. Cfr. art. 295.1 TRLMV. Precepto que, relacionado de los artículos 7 y 17.1 del «MAR», según mi opinión, no es interpretado de forma teleológica en el caso de Telepizza Group, SA. por la STS, Sala de lo Contencioso, Secc. 3.ª, núm. 1395/2022 de 31 de octubre de 2022, ponente Del Riego Valledor. Cfr. ESMA, «A main objective of the Market Abuse Regulation is to enhance market integrity». Questions and Answers on the Market Abuse Regulation (MAR), p. 12. ESMA 145-111. Versión 17.

²²² Cdo. 2 L 151/1, con remisión al «MAR».

²²³ *Vid.* Reglamento delegado (UE) 2020/1818 de la Comisión, de 17 de julio de 2020, por el que se complementa el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los estándares mínimos aplicables a los índices de referencia de transición climática de la UE y los índices de referencia de la UE armonizados con el Acuerdo de París. DOUE 3.12.2020 L 406/17. Este reglamento

En segundo lugar, por la ESMA, al establecer en su mandato de creación una determinada política regulatoria basada en la defensa de protección de «valores públicos tales como la integridad del sistema financiero», entre otros²²⁴. Esto es, por un lado, en la interpretación sobre la «importante distinción entre la especulación financiera y la manipulación del mercado»²²⁵, y, por otro, respecto a una política estratégica sobre finanzas sostenibles para los años 2023-2028, basada en la eficacia y la integridad de los mercados ASG²²⁶. En tercer lugar, por la IOSCO con la política de buen cumplimiento en los mercados del carbono²²⁷. En cuarto lugar, por la OCDE, por un lado, mediante Financial Markets and Climate Transition: Opportunities, Challenges and Policy Implications²²⁸, y, por otro, en los objetivos de desarrollo sostenible adoptados con el Acuerdo de París de 2020 en el ámbito de la lucha contra la corrupción en las infraestructuras, pero sin efectos judiciales²²⁹. En quinto lugar, por los artículos 297 y 298 de Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los mercados de valores y de los servicios de inversión²³⁰. Y, en sexto lugar, por la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada²³¹.

Verena Ross, presidenta de la ESMA, en comparecencia ante el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, el día 1 de diciembre de 2022²³², interpretando el abuso de mercado, planteó la existencia de «una importante distinción entre especulación financiera y manipulación de mercado», constituyendo esta una amenaza para la integridad del mercado:

modificó los artículos 19 y 35 del «MAR». Cfr. Reglamento (UE) 2019/2089 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019. DOUE 9.12.2019, L 317/17.

²²⁴ Entre los cuatro «valores públicos» que «debe proteger», «la integridad» es el primero. La «protección de los inversores» ostenta el último lugar de la lista. *Vid.* cdo. 11: «La Autoridad debe proteger valores públicos tales como la integridad y estabilidad del sistema financiero, la transparencia de los mercados y los productos financieros y la protección de los inversores». Reglamento (UE) núm. 1095/2010, de 24 de noviembre de 2010, L 331/86, *op. cit.*

²²⁵ *Vid.* Ross, Comparecencia-discurso ante el Economic Monetary Affairs Committee European Parliament, *op. cit.*, p. 9.

²²⁶ ESMA, Strategy 2023\2028, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

²²⁷ IOSCO: «At secondary market level, the recommendations focus on market integrity, transparency and structure», publishes a final report to help its members develop sound well-functioning compliance carbon markets, *op. cit.*

²²⁸ OECD Paris. www.oecd.org

²²⁹ OECD, *Catalysing Collective Action to Combat Corruption in Infrastructure Accountable and Effective Non-Judicial Grievance Mechanisms*. OECD Business and Finance Policy Papers. doi.org/10.17817/ce6d1b84-en

²³⁰ Cfr. STS, Sala de lo Contencioso, Secc. 3.^a, de 31 de octubre de 2022. Rec. núm. 3257/2021. Resol. núm. 1395/2022. Rec. casación contencioso-administrativo (LO 7/2015). Pte. Del Riego Valledor. Ministerio de Asuntos Económicos - CNMV. Telepizza Group. FD 3.º. Menciona el TRLMV derogado.

²³¹ *Vid.* Luzón Cánovas, A., *Delitos contra el mercado y los consumidores: La protección penal de la integridad de los mercados financieros. Actividad: »Frustración en la ejecución e insolvencias punibles. Novedades en la Ley 1/2015»*, 21 y 22 de septiembre de 2017. Cfr. cdo. 11 «MADII».

²³² Ross. V., *Economic and Monetary Affairs Committee European Parliament*, *op. cit.*, p. 2.

En términos generales, las condiciones volátiles del mercado tienden a atraer a más participantes que negocian, o algunos «especulan» [en los mercados]. Es importante distinguir entre especulación y manipulación de mercado. Mientras que los especuladores pueden exacerbar los movimientos de precios, son parte de la dinámica de los mercados libres y desempeñan un papel en la provisión de liquidez. [Al hacer esto, los especuladores podrían arriesgarse a obtener pérdidas si sus predicciones no se cumplen]. La manipulación del mercado, por otra parte, constituye una amenaza para la integridad y el funcionamiento ordenado del propio mercado. Significa manipular el sistema para su propio beneficio. Esto es por lo que los reguladores financieros están presentes para vigilar, para garantizar la integridad del mercado, la transparencia y la eficiencia²³³.

En mi opinión, esta denominada «importante distinción entre especulación y manipulación de mercado» que, según parece, comporta «una amenaza para la integridad del mercado» esgrimida por la presidenta Ross, no es muy afortunada desde una interpretación jurídico-penal; causa confusión, equívocos e inseguridad jurídica en la práctica del derecho administrativo sancionador y del derecho penal. En primer lugar, la distinción se formula como si esta se plantease en comportamientos estancos de blanco o negro y no mediando matices. Sobre la especulación, Keynes (1936) la asociaba a la inestabilidad. En segundo lugar, la especulación se constata en la actualidad, por un lado, en Fintech (p. ej., el concurso y proceso penal de Wirecard)²³⁴, y, por otro, en las *criptocurrencias*²³⁵, que generan liquidez en el mercado que se *exacerba* por el exceso generalizado de garantías en los préstamos DeFi para compensar los riesgos planteados por los prestatarios anónimos, pero también *crash* (p. ej., Terra USD²³⁶, concurso de BlockFi²³⁷, concurso de FTX Trading²³⁸ con reper-

²³³ Traducción del inglés, nuestra.

²³⁴ Vid. Taub, B., How the biggest Fraud in German History Unravelled. The tech company Wirecard was embraced by the German elite. But a reporter discovered that behind the façade of innovation were lies and links to Russian intelligence. February 27, 2023. A reporter at large March 6, 2023 issue. *The New Yorker*. www.newyorker.com. Cfr. Busch, D., The future of EU financial law. *Capital Markets Journal*, 2022, vol. 17, no. 1, pp. 57-58. academic.cup.com. Cfr. Mock, S., Wirecard European Company and Financial Law. *European Company and Financial Law Review*. DeGruyter, vol. 18(4), August, 2021, pp. 519-554. Cfr. Lehmann y Schürger, *Staatshaftung für Versäumnisse der BaFin im Fall Wirecard*. Teil I, WM 2021, Heft 18, 857. C.H. Beck. Cfr. Castillo García, M., *Wirecard AG Leading Fintech «trilemma» Case*. RMV, núm. 28, 1 de enero de 2021. Editorial Wolters Kluwer. Cfr. Brühl, V., *Mehr Nachhaltigkeit im deutschen Leitindex DAX-Reformvorschläge im Lichte des Wirecard-Skandals*. Center for Financial Studies. Goethe University. No. 643. 11 November 2020. www.fk-cfs.de

²³⁵ Vid. «MiCA». Cfr. García Ocampo, D., Branzoli, N. y Cusmano, L., *Crypto, tokens and DeFi*, op. cit. Cfr. Panetta, F., *Crypto dominos: the bursting crypto bubbles*, op. cit. Cfr. Auer, R. y Tercero-Lucas, Distrust or speculation? The socioeconomic drivers of US cryptocurrency investments. BIS Working Papers, no. 951, July, 2021, p. 30.

²³⁶ Vid. OECD, Lessons from the crypto Winter: DeFi versus Cefi, OECD Business and finance, pp. 17 y ss.

²³⁷ Vid. Panetta, F., *Crypto dominos: the bursting crypto bubbles*, op. cit.

²³⁸ Vid. United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, FTX Trading Ltd. et al., Lead Case no. 22-11068 (JTD). November 23, 2022. www.justice.gov. Cfr. OECD, Lessons from crypto, op. cit., pp. 27

cusiones penales²³⁹) y en conductas manipuladoras (p. ej., mediante Bitcoin, caso *Mango Markets*²⁴⁰) inherentes al *shadow financial*²⁴¹.

A mayor abundamiento, si desde una perspectiva jurídico-penal, esto es, desde «MADII/MAR», el Código Penal, relacionados con la norma primaria «MiFIDII/MiFIR», al adjetivo integridad –cuestionado por la doctrina–²⁴² se añaden conceptos²⁴³, con lenguaje ambiguo, por ejemplo, el concepto de «inversión sostenible» del artículo 2 del «SFDR»²⁴⁴, el concepto de «doble materialidad» de la Directiva (UE) 2022/2464²⁴⁵, relacionado con el concepto inversor razonable

y ss. Cfr. Panetta, F., *Crypto dominos: the bursting crypto bubbles*, op. cit. Cfr. Rogoff, K., Will Crypto Survey? Project Syndicate. Nov. 25, 2022. www.project-syndicate.org

²³⁹ Vid. United States District Court Soutgern District of New York, CFTC v. Samuel Bankman - Fried, FTX Trading LTD D/B/A ftx.com, and Alameda Research LLC. Case 1:22-cv-10503. Jury trial demanded. December 13, 2022. www.cftc.gov. Cfr. Department of Justice: «A federal grand jury in Manhattan returned an indictment today charging Samuel Bankman-Fried, aka SBF, 30, of Stanford, California, with conspiracy to commit securities fraud, conspiracy to commit money laundering and conspiracy to defraud the Federal Election Commission and commit campaign finance violations». FTX Founder Indicted for Fraud, Money Laundering, and Campaign Finance Offenses. December 23, 2022. www.justice.gov

²⁴⁰ Vid. United States District Court Southern District of New York. United States of America v. Avraham Eisenberg, op. cit. Cfr. United States District Court Southern District of New York, CFTC v. John Barry Thompson, EFC Case No. 19-CV-9052. September 30, 2019. www.cftc.gov

²⁴¹ Vid. Aquilina, M., Frost, J. y Schrimpf, A., Addressing the risks in crypto: laying out the options. Núm. 66. January 2023. www.bis.org.

²⁴² Vid. Feijóo Sánchez, B.: «Es difícil entender exactamente qué quiere afirmar el Preámbulo cuando manifiesta que la integridad de los mercados y la confianza de los inversores no se configura en atención al propio orden socioeconómico más allá de la evidencia de que el correcto funcionamiento del sistema económico no es un fin en sí mismo, pero es evidente que existe la *voluntas legis* de no configurar los arts. 284 y 285 CP como injustos de contenido patrimonial en el que la tendencia lesiva relevante sea el patrimonio de los inversores». *La manipulación del precio un instrumento financiera tras la reforma del 2019*, op. cit. pp. 3-4. Cfr. Quintero Olivares, G.: «Se puede plantear la posibilidad de que acciones de esa clase se realicen sin que por ello pueda apreciarse peligro alguno para la integridad del mercado, entendiéndose por «integridad» una imagen de solidez y transparencia que propicia la confianza de los que participan en él. Visto así, se puede imaginar acciones irregulares que no tengan la capacidad de mermar esa confianza. En todo caso, es obligado reconocer que esta última circunstancia es la de más difícil concreción y apreciación». *La Reforma del Código penal de 2019*, op. cit. p. 91. Cfr. Morales Prats, F.: «El bien jurídico protegido se configura en torno a la integridad de los mercados y confianza de los inversores, y no tanto en relación con el contenido patrimonial y el orden socioeconómico. Lo anterior no obsta para que la referencia a que se cause un grave impacto en el mercado constituya la inclusión de una cláusula penal indeterminada que quedará al albur interpretativo de los Tribunales». La protección de los inversores y la confianza en los mercados financieros: la modificación del art. 285 CP. *Las Reformas Penales de 2019*. VV. AA. Thomson Reuters Aranzadi, p. 97. Cfr. Austin, J., What exactly is market integrity? An analysis of one of the core objectives of securities regulation. 8. *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 215 (2017). ssrn.com/abstract=2814986

²⁴³ Vid. ESMA. Concept of estimates across the EU Sustainable Finance framework. 22 November 2023. ESMA 30-1668416927-2548.

²⁴⁴ L 317/8. Cfr. Chesney, M. y Lambillon, A. T., *How green is 'dark green'? An Analysis of SFDR Article 9 funds*. February 22, 2023. ssrn.com/abstract=4366889

²⁴⁵ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por par-

del artículo 7.4 del «MAR»²⁴⁶, asociado, por la CNMV²⁴⁷ y un sector doctrinal a la divulgación informativa-gobernanza²⁴⁸ o prácticas de buena gobernanza²⁴⁹, información medioambiental²⁵⁰

te de las empresas. DOUE 16.12.2022, L 322/15. «CSRD». Cfr. European Commission: «Double materiality. The CSRD incorporates the concept of "double materiality" this means that companies have to report not only on how sustainability issues might create financial risks for the company (financial materiality), but also on the company's own impacts on people and the environment (impact materiality). Sustainable Finance. Political agreement on Corporate Sustainability Reporting Directive will improve the ways firms report sustainability information». 26/7/2022. ec. europa.eu/newsroom/fisma/items/754701/en

²⁴⁶ Cdo. 14: «Los inversores razonables basan sus decisiones de inversión en información ya disponible, es decir, en información *ex ante*. Por consiguiente, la cuestión acerca de si, al decidir sobre una inversión, un inversor razonable probablemente tenga en cuenta una determinada información, debe analizarse sobre la base de la información disponible *ex ante*». L 173/3. Cfr. artículo 7.4: «A efectos del apartado 1, se entenderá por información que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre los precios de instrumentos financieros, instrumentos financieros derivados, contratos de contado sobre materias primas relacionados con ellos, o productos basados en derechos de emisión, aquella información que un inversor razonable utilizaría probablemente como uno de los elementos de la motivación básica de sus decisiones de inversión». L 173/25. Cfr. STS, Sala de lo Contencioso, Secc. 3.^a, de 31 de octubre de 2022, FD 4.º, p. 9. Caso Telepizza Group, SA, *op. cit.*

²⁴⁷ CNMV. Informe sobre los desgloses relativos a la Taxonomía Europea. Ejercicio 2022. www.cnmv.es. Cfr. Aramonte, S. y Packer, T., *Information governance in sustainable finance*. BIS. Paper no. 132. December. bis.org/publ/bppdf/bispap132.pdf

²⁴⁸ Vid. Lin, T. C. W., Reasonable investors(s), *Boston University Law Review* (Vol 95: 2015), pp. 478-479.

²⁴⁹ Vid. artículo 226 de la Ley de sociedades de capital. Cfr. Cdo. 2 «CSRD». Cfr. Artículo 2 «SFDR». Cfr. Artículo 9, *Obligaciones en materia de gobernanza de productos para las empresas de inversión que produzcan instrumentos financieros*, y Artículo 10, *Obligaciones en materia de gobernanza para los distribuidores*. Directiva delegada (UE) de la Comisión de 7.4.2016 por la que se complementa «MiFIDII», en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios. Cfr. Bacigalupo, E., Efectos de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) en el ámbito del derecho penal. *Diario La Ley*, núm. 9513, Sección Tribuna, 7 de noviembre de 2019. Wolters Kluwer. Cfr. Sánchez-Calero Guilarte, J., *La modificación del deber de diligencia*. RDBB núm. 163 (2021) p. 231-278. Mismo autor, *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad. Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 898. Cfr. Moreno Bernal, A. I. y Caminero García, T., Analysis of ESG Disclosures in Pillar 3 Reports. A text mining approach. Documentos Ocasionales núm. 2204. March 2022. Banco de España. www.bde.es. Cfr. Angelim, P., Net Zero pledges of financial firms: trade-off and problems. Round table on New Frontiers in Banking and Capital Markets. University la Sapienza. Rome. 15 December 2022. bis.org/review/r230124f.pdf. Cfr. Watson, H., A year for sharpened focus 2020 ESG Report April 2021. Rothschild&Co Wealth Management, p. 4. Rothschildandco.com. Cfr. Cornell, B. y Damodaran, A., Valuing ESG: Doing or Sounding Good? March 20, 2020, p. 2. ssrn.com/abstract=3557432. Cfr. Bebchuk, L. y Tallarita, R., The Illusory Promise of Stakeholder Governance. Discussion paper no. 10521 2/2020. March 24, 2020. ssrn.com/abstract=3581259

²⁵⁰ Vid. Reglamento delegado (UE) 2022/1288 de la Comisión, de 6 de abril de 2022. DOUE 25.7.2022. L 196/1. Cfr. Gómez Lanz, J.: «El término "medioambiente" puede caracterizarse cabalmente como una expresión técnicamente vaga, toda vez que su uso se encuentra determinado por límites borrosos y, en tal medida, no se encuentra completamente regulado, de forma que existen casos límite respecto de los que no hay certeza de su aplicación [...]. De este modo, y como corresponde a un término vago, puede afirmarse que, desde el punto de vista semántico, se caracteriza, ante todo, por su indeterminación». *El Derecho penal y la consecución de los objetivos de desarrollo sostenibles conectados con la protección del medio ambiente*, *op. cit.*, p. 359.

y social, información no financiera²⁵¹, el adjetivo sostenible²⁵² del artículo 3, apartado 3, del TFUE, la confusión, la incertidumbre²⁵³ y la inseguridad jurídica aumentan, quedando la sostenibilidad de los mercados financieros, con sus conceptos indeterminados *ad hoc*, sujeta a la interpretación de los tribunales. Así consta, por un lado, en el considerando 21, índice de sostenibilidad del «SFDR»,²⁵⁴ en la definición de inversiones sostenibles del artículo 2 (17) «SFDR»²⁵⁵, habiéndose designado o no un índice de referencia de transición climática de la Unión Europea o un índice de referencia de la Unión Europea alineado con el Acuerdo de París –según el art. 9 «SFDR»²⁵⁶. Y, por otro, la definición de inversión medioambientalmente sostenible²⁵⁷ del artículo 2 del Reglamento de taxonomía²⁵⁸ –con posibles infracciones de derecho administrativo sancionador y penales– que, en mi opinión, se contradicen²⁵⁹.

²⁵¹ Vid. cdo. 3: «La divulgación de información no financiera resulta esencial para la gestión de la transacción hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a la largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente». Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. DOUE 15.11.2014. L 330/1. Cfr. Tadori, G., Usha Kiran, V., ESG Portfolio vs. Traditional Portfolio Analysis. A Study of MSCI ESG Indices, *op. cit.*

²⁵² Vid. DRAE: «Sostenible. 2. Adj. Especialmente en ecología y economía, que se puede sostener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente. *Desarrollo, economía sostenible*». *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario. Cfr. Tapia Hermida, A. J., Decálogo europeo de la diligencia debida de las empresas, *op. cit.*, p. 2.

²⁵³ Vid. Cheney, M. y Lambillon, A. T., *How Green is 'dark green'?*, *op. cit.*

²⁵⁴ L 317/5.

²⁵⁵ Artículo 2 (17) «inversiones sostenibles» L 317/8. En mi opinión, no está clara la distinción entre inversor y el impacto empresarial. Uno de los conceptos básicos para entender como los inversores pueden influir en su éxito. Cfr. Cheney, M., Lambillon, A. T., *How Green is 'dark green'*, *op. cit.* Cfr. cdo. 11: «La disponibilidad de productos financieros que persigan objetivamente medioambientalmente sostenibles». Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. DOUE 22.6.2020 L 198/14 («Reglamento de taxonomía»). Cfr. EBA/EIOPA/ESMA Joint Committee of the European Supervisory Authorities. Definition of sustainable investment. Consolidated questions and answers (Q&A) on the SFDR (Regulation (EU) 2019/2088) and the SFDR Delegated Regulation (Commission Delegated Regulation (EU) 2022/1288) JC 2023 18.17 May 2023, p. 6 y ss. www.esma.europa.eu. Cfr. Busch, T., *et al.*, Classification Scheme for Sustainable Investments. Accelerating the just sustainable transition of the real economy. Eurosif. Universität Hamburg. Hamburg/Brussels, July 2022.

²⁵⁶ Artículo 9. Transparencia de las inversiones sostenibles en la información precontractual. L 317/12. Cfr. artículo 8.1 b) Transparencia de la promoción de las características medioambientales o sociales en la información precontractual. L 317/12. Cfr. Cheney, M. y Lambillon, A. T., *How Green is 'dark green'?*, *op. cit.*

²⁵⁷ Cfr. Gómez Lanz, J., *El Derecho penal y la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible conectados con la protección del medio ambiente*, *op. cit.*, p. 359.

²⁵⁸ L 198/26.

²⁵⁹ Para solventar, aparentemente, la contradicción se promulgó posteriormente el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el «SFDR». DOUE 22.6.2020 198/13. Vid. cdo. 14: «Con objeto de hacer frente a los actuales obstáculos al funcionamiento del mer-

Referencias bibliográficas

- Feijóo Sánchez, B. (2019). La imputación objetiva y subjetiva en los delitos socioeconómicos. En A. Camacho Vizcaíno (Dir.), *Tratado de derecho penal económico*. Tirant lo Blanch.
- Keynes, K. M. (1936). *The general theory of interest, employment and money*. MacMillan.
- Minsky, H. P. (1992). The financial instability hypothesis. *Working paper núm. 74*. Levy Economics Institute of Bard College. <https://www.levyinstitute.org/>
- Paredes Castañón, J. M. (2014). Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores. En E. Demetrio Crespo (Dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), *Crisis financiera y derecho penal económico*. Edisofer-Editorial B de F.
- Peirce, H. M. (2023). Tow truck taxonomies remarks before Eurofi. U.S. Securities and Exchange Commission. <https://www.sec.gov/>
- Segrelles de Arenaza, I. (2022). Delitos de manipulación de los mercados financieros. En B. del Rosal Blasco (Coord.), *Derecho penal de sociedades mercantiles* (pp. 508-531). Thomson Reuters Aranzadi.
- Spatt, C. S. (2010). Regulatory conflict: Market Integrity vs. Financial Stability. *University of Pittsburgh Law Review*, 625, 625-639.
- Stiglitz, J. E. (2022). Green Swan 2021. Coordinating finance on climate change. (Conference). Bank for International Settlements. <https://www.bis.org/>

cado interior y prevenir la aparición de tales obstáculos en el futuro, resulta oportuno disponer que los Estados miembros y la Unión utilicen un concepto común de "inversión medioambientalmente sostenible" a la hora de establecer requisitos a nivel nacional y de la Unión que los participantes en el mercado financiero o los emisores deberán cumplir a efectos del etiquetado de los productos financieros o las emisiones de renta fija privada que sean comercializados como medioambientalmente sostenibles». L 198/15. Asimismo, el concepto consta en la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión. Cdo. 52: «Las políticas que promuevan la introducción y el uso sostenible de herramientas de ciberseguridad de código abierto». DOUE 27.12.2022 L 33/90. Cfr. Busch, T., et al., Classification Scheme for Sustainable Investments, *op. cit.*, p. 26.

Mariano Castillo García. Abogado en ejercicio en el Colegio de la Abogacía de Barcelona. Diplomado en Estudios Avanzados de Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona. Becado por la International Technology Law Association de Estados Unidos en la European Conference 2009 sobre Comercio Electrónico. Ha colaborado en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Autónoma de Barcelona y en la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona, así como en la sección de derecho penal militar de la *Revista General de Derecho* mediante la publicación de artículos. También ha publicado sobre el mercado de valores en revistas especializadas. <https://orcid.org/0009-0006-9104-7163>

Vulneración del derecho a la intimidad por incumplimiento de las obligaciones de custodia de grabación

Comentario a la STS de 27 de noviembre de 2023

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Los hechos sobre los que se sustenta esta sentencia –en su día notorios– tienen la siguiente base fáctica: el incumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales como consecuencia de una grabación a una señora en el centro comercial Eroski el 5 de mayo de 2011, posteriormente filtrada a la prensa y difundida en diferentes medios durante el año 2018.

El centro comercial fue demandado por vulneración a la intimidad, al honor y a la imagen. La indemnización solicitada fue alta (450.000 euros). El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la audiencia estima parcialmente el recurso y considera que la vulneración producida es la del derecho a la intimidad por incumplimiento de la normativa específica de la Ley de protección de datos. La indemnización fijada consistió en 30.000 euros.

Vistos, sucintamente, los hechos, diremos que la divulgación de los mismos –que puede, en principio, encontrar amparo en la libertad de expresión o el derecho a la información, así como en la autonomía de ambos derechos– no impide preservar la intimidad de la persona afectada cuando los datos, fuente de la noticia, no han sido custodiados convenientemente. En el conflicto de intereses que se produce, siempre se dice que los dos primeros dere-

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 31 de enero de 2024).

chos son preeminentes, pero sin que esta afirmación, utilizada en el juicio de ponderación, no pueda ser revisada con arreglo a unos parámetros. Por ejemplo, el interés de la noticia, el derecho a estar informados, la naturaleza pública o privada del personaje, la veracidad de la información, o la base fáctica que sustenta la expresión, etc. Pero, en este supuesto, la persona tiene el derecho a preservar asuntos de naturaleza privada, o la facultad de impedir que se conozcan aspectos íntimos que se deben proteger. O, como sucede aquí, el incumplimiento de la normativa de protección de datos por el error en la custodia de los mismos nos puede llevar a la vulneración de la intimidad, como luego veremos.

Para llegar a esta conclusión se estudia la normativa de la ley de protección de datos, así como la constitucional. Y se invocan los siguientes preceptos:

Sobre la vulneración del derecho a la intimidad de la demandante, se infringe el artículo 20.1, que dice así: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Luego se invocan los artículos 2.1 y 8.1 de la Ley de protección al honor, la intimidad personal familiar y a la propia imagen. Sobre «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen», que «quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona, reservado para sí misma o su familia». Añade que «no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Pretextándose con la invocación de este precepto la no vulneración del derecho a la intimidad y, por tanto, la autorización a la grabación de las imágenes sin merma de la normativa.

Por ello, a continuación, la sentencia invoca en recurso de casación, como motivo segundo, la inexistencia de infracción de las obligaciones de la Ley de protección de datos por Cecosa Hipermercados, infracción del artículo 217 de la LEC e infracción de los artículos 72, 73 y 74 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) con base en el siguiente planteamiento: se señala a quién corresponderá la carga de la prueba, pero sabiendo que la norma no dice cómo y qué se debe probar –como tantas veces ha reiterado la jurisprudencia–, sino solo las consecuencias de la falta de prueba. Además, y esto es lo importante, cuando se alega esa vulneración de la carga de la prueba, debe hacerse por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, no por casación, estrictamente reservada para infracciones sustantivas, que no procesales. Pero si este motivo es suficiente para desestimar la casación por vulneración del artículo 217 de la LEC, más contundente es el siguiente que se esgrime en la sentencia:

Además, la sentencia recurrida no parte de que los hechos reveladores del incumplimiento de la obligación de custodia de la grabación no han resultado probados sino, al contrario, parte de que han resultado probados, por lo que no aplica las reglas de la carga de la prueba. Por tanto, aunque la infracción hubiera sido denunciada en un recurso extraordinario por infracción procesal y no en un recurso de casación, tampoco habría podido ser estimada.

Es decir, los hechos de la falta de custodia han sido probados, y no hay vulneración por tanto del artículo 217. Añadimos a este comentario, que, tras la reforma del recurso de casación, que ya no distingue expresamente entre casación e infracción procesal, sino que engloba ambos motivos dentro de la casación, el análisis de este motivo no habría podido ser rechazado o inadmitido, en su caso, a trámite, pero sí rechazado igualmente por el razonamiento probatorio indicado.

La recurrente alega que la demandante no ha probado que la demandada hubiera infringido la normativa de protección de datos; asimismo alude a la prescripción de las faltas, y por ello a la vulneración de los artículos que las regulan (72, 73 y 74) de la LOPD. Artículos que se refieren a las infracciones muy graves, graves y leves. Finalmente, se invoca la vulneración del artículo 9.3 de la Ley de Protección al honor, la intimidad personal familiar y a la propia imagen sobre la «fijación de la indemnización en razón de un criterio arbitrario generador de indefensión». Sirviendo, sobre esto, que es difícil el acceso a la casación por la indemnización por daños morales fijada, salvo cuando la imposición sea irracional o infundada.

Aunque se menciona que el razonamiento de la sentencia de la audiencia discurre al margen del conflicto entre la libertad de expresión, el derecho a la información y la intimidad, al enfocarse más bien desde la perspectiva de la infracción de la normativa de la LOPD, no está de más ilustrar un poco sobre cómo entiende la jurisprudencia ese derecho fundamental a la intimidad, pues el derecho a la intimidad consiste en preservar del conocimiento ajeno los aspectos de la vida personal o familiar que el particular entiende reservados, a diferencia de la protección constitucional del dato, que se centra en el control por el titular del mismo, de su uso o destino, para apartarlo del conocimiento público o de terceros, eludiendo asimismo el tráfico no consentido.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de febrero de 2013, núm. 29/2013 (NormaCEF NSJ046447), nos dice que

la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (STC 144/1999, de 22 de julio NormaCEF NFJ068939), en cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado.

Porque, como añade la STC 292/2000 (NormaCEF NCJ051718),

el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no solo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precep-

to; [añadiendo en el fundamento jurídico 5 que] la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental, tan afín como es el de la intimidad, radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.

Y en cuanto a la protección de los datos y su relación con la intimidad o con la previsión constitucional, el Tribunal Constitucional, tras reconocer el carácter reservado de los datos, advierte que

el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos que se deriva del art. 18.4 CE no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos (STC 292/2000, FJ 6.º [NormaCEFL NCJ051718]).

Y sobre la necesaria ponderación, ilustra el Tribunal Supremo de la siguiente manera (Sec. 1.ª, STS de 12 de noviembre de 2015, núm. 609/2015, rec. núm. 899/2014 [NormaCEFL NSJ052680])

conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre los límites que pueden sufrir los derechos fundamentales, los cuales pueden resumirse en los siguientes: «que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo» (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.º [NormaCEFL NCJ065131] y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6.º).

Tampoco resulta intrascendente llamar la atención sobre la distinta intensidad de protección del dato, según su naturaleza. La STS (Civil), Sec. 1.ª, de 22 de septiembre de 2020, núm. 483/2020, rec. núm. 1203/2019 (NormaCEFL NSJ061747) nos recuerda: conforme al principio general de que los datos serán únicamente recogidos, tratados y transmitidos a terceros con el consentimiento del afectado, con las excepciones legalmente previstas, se considera que solamente algunos pertenecen al acervo más íntimo del individuo, que nuestra legislación clasifica en tres grupos: a) ideología, religión y creencias; b) origen racial, salud y vida sexual; y c) comisión de infracciones penales o administrativas.

Pues bien, hechas las precedentes precisiones, la sentencia que estamos comentando matiza algo muy importante y que también puso de manifiesto el Ministerio Fiscal en su in-

forme: la razón de la estimación de la demanda no está en el conflicto entre el derecho a la libertad de información y la intimidad, sino en el incumplimiento de la custodia de la grabación efectuada. La difusión no fue cosa de la demandada, sino de un medio de comunicación. De ahí el déficit de custodia que sanciona la conducta negligente de la le empresa. Por otro lado, la invocación de los preceptos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, no es válida porque no estaban en vigor cuando sucedieron los hechos. Siendo igualmente intrascendente si hubo o no infracciones administrativas, si hubo o no prescripción de las mimas, puesto que no se pidió la subsanación, en su caso, en la instancia y no fue objeto de pronunciamiento, y es sabido que aquello que no forma parte del objeto del proceso no es susceptible de invocación en casación, al ser una cuestión nueva.

Sobre las cuestiones nuevas, el Tribunal Supremo tiene dicho lo siguiente en su sentencia núm. 61/2018, de 5 de febrero (NormaCEF NCJ062983):

La sentencia número 398/2016, de 14 junio, recurso número 169/2014, recoge que afirma la sentencia de 13 de octubre de 2015, Rc. 2117/2013, que: «Es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS de 13 de julio de 2011, rec. n.º 912/2007, 6 de mayo de 2011, rec. n.º 2178/2007, 21 de septiembre de 2011, Rc. n.º 1244/2008, y 10 de octubre de 2011, Rc. n.º 1331/2008) que no resulta admisible plantear en casación cuestiones nuevas, entendiéndose por tales tanto las que no fueron suscitadas por la parte recurrente en primera instancia como las que sí lo fueron pero no integraron el objeto del debate en apelación y, por tanto, quedaron fuera de la razón decisoria de la sentencia de la segunda instancia, ya que el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada, que únicamente resultarán predicables respecto de aquellas cuestiones sobre las que se haya pronunciado por constituir objeto del recurso de apelación (SSTS de 28 de mayo de 2004, Rc. n.º 2171/1998, 3 de diciembre de 2009, Rc. n.º 2236/2005, 21 de julio de 2008, Rc. n.º 3705/2001, 10 de mayo de 2011 Rc. n.º 1401/2007, 10 de octubre de 2011, Rc. n.º 1331/2008, y 30 de abril de 2012, Rc. n.º 515/2009)». Es una manera de evitar que la otra parte alegue indefensión, pues no puede aprovecharse el recurso extraordinario de casación para introducir cuestiones que no fueron debatidas en la instancia, sobre las que la otra parte no se puede pronunciar. Esa novedad procesal que plantea la sentencia que comentamos (hacer referencia a las infracciones administrativas) implica privar a la otra parte del principio de igualdad, de preclusión y defensa, «al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate (SSTC de 1 de julio de 2004 y 27 octubre 2004), y así se desprende del artículo 477.1 LEC.

Normalmente se dice que lo que es nuevo en la apelación más lo es en casación. Si la audiencia se ve sorprendida por alegaciones nuevas, más lo estará el Tribunal Supremo cuando se le pide un pronunciamiento extraño al proceso en la instancia. Por ello, el Tribunal Supremo dice literalmente, cuando se invocan la infracción de los artículos 72, 73 y 74

de la Ley Orgánica 3/2018: «El objeto del litigio no es determinar si han existido infracciones administrativas (que es lo regulado en esos preceptos legales) y sancionarlas, por lo que la sentencia recurrida no ha podido infringir tales preceptos».

Finalmente, la sentencia trata un tema recurrente en este tipo de demandas cuando la condena a la indemnización no se considera proporcional o adecuada. Al ser un daño moral, y no poder cuantificar el mismo por su propia naturaleza, se acude a criterios de ponderación o de valoración porque se presume siempre que la vulneración de la intimidad conlleva un daño. También se dice que normalmente la valoración de los tribunales no tiene acceso a la casación, porque es función «soberana» de tribunales de instancia y depende de las circunstancias del caso y del prudente arbitrio. No obstante, se admite a trámite la casación cuando hay una notoria desproporción o un error grave o manifiesto en su cálculo con arreglo a los criterios o a las bases del mismo. Y no puede desconocerse que no es necesaria la prueba del daño moral, pues este (como se ha dicho) se presume. Por tanto, la mera disconformidad de la recurrente con el importe fijado (30.000 euros) no es motivo suficiente para la estimación del recurso.

Exoneración del crédito público en el BEPI: directivas comunitarias

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

En un procedimiento concursal relativo a los deudores, estos presentaron, el 3 de marzo de 2021, una solicitud de exoneración de deudas, a la que se opuso la AEAT, por lo que se refería a una deuda de un importe de 192.366,21 euros, que consideraba como constitutiva de un crédito público privilegiado. El 30 de julio de 2021, un juzgado de primera instancia de España resolvió acordar la conclusión del concurso y conceder a los deudores el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI), con excepción de los créditos de derecho público y por alimentos.

Los deudores interpusieron recurso de apelación contra dicha resolución ante una audiencia provincial, y este órgano judicial, a la vista de la fecha de la solicitud de los deudores, considera que la versión de la Ley concursal que debe tenerse en cuenta no es la derivada de la Ley 16/2022, por la que se transpuso la Directiva 2019/1023, sino la resultante del Real Decreto legislativo 1/2020, publicado estando ya en vigor dicha directiva, durante el periodo de transposición. Ambos instrumentos establecen la exclusión de los créditos públicos de la exoneración de deudas.

Ahora bien, y a la vista de la división existente en la actualidad, al estar la jurisprudencia española muy dividida, algunas audiencias consideran que los créditos públicos son exonerables y otras concluyen que no, sin perjuicio de que todas las resoluciones acuden, como criterio interpretativo, a la Directiva 2019/1023. Es aquí donde debemos albergar dudas en cuanto a la compatibilidad del TRLC con esa directiva, en lo que se refiere a la exclusión o no de los créditos públicos de la exoneración de deudas. A tal efecto, debemos preguntarnos si la exclusión de los créditos públicos de la exoneración de deudas en el derecho español está debidamente justificada, pues el artículo 23 de la Directiva 2019/1023 permite

establecer excepciones a la norma general recogida en el artículo 20, apartado 1, de dicha directiva, que contempla una plena exoneración de deudas. Este artículo 23, apartado 4, de la directiva ofrece a los Estados miembros la posibilidad de excluir algunas categorías específicas de créditos de la exoneración de deudas, siempre y cuando la exclusión esté «debidamente justificada y, a diferencia de la Ley 16/2022, el TRLC, en la versión resultante del Real Decreto legislativo 1/2020, no contiene justificación alguna para la exclusión de los créditos públicos de la exoneración. Este es el problema esencial.

Por otro lado, es imprescindible saber si la relación de categorías específicas que pueden excluirse de la exoneración de deudas, que figura en el artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023, es una lista exhaustiva, pues, en tal caso, la Ley concursal, en la versión resultante del Real Decreto legislativo 1/2020, sería contraria al citado artículo. Considera, en cambio, que si la relación fuera meramente ejemplificativa, la ley se adecuaría al referido artículo. El hecho de que los créditos públicos no estén incluidos en la relación del artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023, pese a que tienen una extraordinaria relevancia dentro de los procedimientos de insolvencia, podría ser un indicio del carácter exhaustivo de esa lista. Si hay una absoluta y plena libertad de los Estados miembros para excluir deudas de la exoneración, y la posible diversidad, por tanto, de legislaciones internas sobre la materia, podría afectar al funcionamiento del mercado interior y al ejercicio de las libertades fundamentales, como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

Informemos sobre la cuestión.

Cuestiones planteadas:

- Interpretación de la normativa comunitaria y nacional en la materia cuando los hechos (como sucede en el caso propuesto, atendida la fecha de solicitud de exoneración del pasivo) se han producido en el periodo intermedio entre su entrada en vigor y la fecha límite de transposición, y la legislación nacional aplicable no es la que transpone la directiva (Ley 16/2022).
- ¿Es compatible con el artículo 23, apartado 4, de la directiva, una normativa interna, como la española en los términos previstos en el TRLC, que no ofrece justificación alguna para la exclusión del crédito público de la exoneración del pasivo insatisfecho?
- ¿El artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023, contiene una relación exhaustiva y cerrada de categorías de créditos excluibles de la exoneración, o bien, al contrario, esa relación es meramente ejemplificativa y el legislador nacional goza de absoluta libertad para establecer las categorías de créditos excluibles que tenga por convenientes, con tal de que estén debidamente justificadas con arreglo a su derecho nacional?

Solución

Con carácter previo a informar sobre la cuestión, se hace imprescindible detallar cuál es el derecho comunitario aplicable y cuál la normativa interna española; el artículo 23 de la Directiva 2019/1023, titulado «Excepciones», dispone en su apartado 4:

Los Estados miembros podrán excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas, o limitar el acceso a la exoneración de deudas, o establecer un plazo más largo para la exoneración de deudas en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas, como en los siguientes casos:

- a) deudas garantizadas;
- b) deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas;
- c) deudas derivadas de responsabilidad extracontractual;
- d) deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad;
- e) deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y
- f) deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

Del tenor de los artículos 34, apartados 1 y 2, y 35 de dicha directiva se desprende que esta entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y que el plazo de transposición expiró el 17 de julio de 2021, si bien se previó una prórroga de un año en caso de experimentar especiales dificultades. El Reino de España disfrutó de este plazo adicional.

En cuanto al derecho interno español, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, modificó la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal e introdujo un nuevo artículo 178 bis relativo al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Esta disposición estableció un doble sistema, que permitía al deudor optar bien por la exoneración inmediata de la deuda (art. 178 bis, apartado 3, n.º 4), bien por la exoneración de la deuda en un plazo de cinco años, sometiéndose a un plan de pagos (art. 178 bis, apartado 3, n.º 5). En caso de exoneración diferida de la deuda con sujeción a un plan de pagos, el artículo 178 bis, apartado 5, n.º 1, de la Ley concursal disponía:

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos:

1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

El Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal (TRLR), introdujo una nueva modificación a la Ley concursal mediante la cual el artículo 178 bis de la Ley concursal fue sustituido por un nuevo capítulo y se aprovechó para excluir los créditos de derecho público del régimen de la exoneración de deudas, tanto inmediata como diferida.

El artículo 491, apartado 1, del TRLR establecía:

Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

El artículo 497, apartado 1, n.º 1, del TRLR tenía el siguiente tenor:

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores que hubiesen aceptado someterse al plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar insatisfecha, de los siguientes créditos:

1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva 2019/1023, modificó el TRLR y confirmó la exclusión de los créditos de derecho público del ámbito aplicación de la exoneración de deudas, tanto inmediata como diferida. De conformidad con el artículo 489, apartado 1, n.º 5, del texto modificado del TRLR:

La exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas, salvo las siguientes:

5.º Las deudas por créditos de Derecho público. No obstante, las deudas para cuya gestión recaudatoria resulte competente la [AEAT] podrán exonerarse hasta el importe máximo de diez mil euros por deudor; para los primeros cinco mil euros de deuda la exoneración será íntegra, y a partir de esta cifra la exoneración alcanzará el cincuenta por ciento de la deuda hasta el máximo indicado. Asimismo, las deudas por créditos en seguridad social podrán exonerarse por el mismo importe

y en las mismas condiciones. El importe exonerado, hasta el citado límite, se aplicará en orden inverso al de prelación legalmente establecido en esta ley y, dentro de cada clase, en función de su antigüedad.

El preámbulo de la Ley 16/2022 dispone, en su sección IV, en particular:

La Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de segunda oportunidad para evitar que los deudores se vean tentados a deslocalizarse a otros países que ya acojan estos institutos, con el coste que esto supondría tanto para el deudor como para sus acreedores. Al tiempo, la homogeneización en este punto se considera imprescindible para el funcionamiento del mercado único europeo.

Se articulan dos modalidades de exoneración: la exoneración con liquidación de la masa activa y la exoneración con plan de pagos. Se amplía la exoneración a todas las deudas concursales y contra la masa. Las excepciones se basan, en algunos casos, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de derecho (como las deudas por alimentos, las de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o incluso las deudas por responsabilidad extracontractual). Así, la exoneración de deudas de derecho público queda sujeta a ciertos límites y solo podrá producirse en la primera exoneración del pasivo insatisfecho, no en las sucesivas.

A partir de ambas normativas, y respecto a la cuestión de si es posible aplicar el principio de interpretación conforme cuando los hechos en cuestión se han producido entre la fecha de entrada en vigor de una directiva y la fecha de expiración del plazo previsto para su transposición, y la legislación aplicable a esos hechos no es la que transpone dicha directiva, sino otra adoptada entre ambas fechas, la duda surge en referencia al artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023, que enumera una serie de posibles excepciones al principio de plena exoneración de la deuda establecido por esta directiva.

A la hora de informar sobre esta cuestión, conviene señalar que, en la sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, el Tribunal de Justicia declaró que, antes de la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a una directiva, no cabe reprochar a los Estados miembros que no hayan adoptado aún las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento jurídico a la misma, y que la obligación general en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar su derecho interno de conformidad con la directiva nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a dicha directiva. Por otra parte, durante el periodo de adaptación del derecho interno a una directiva, los Estados miembros destinatarios deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente la consecución del resultado prescrito por dicha directiva. Tal obligación de abstención se impone a todas las autoridades nacionales, de modo que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su derecho interno de un modo que pueda com-

prometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por esta.

A la vista de estas consideraciones, debemos estimar sobre esta primera cuestión que, entre la fecha de entrada en vigor de la Directiva 2019/1023 y la fecha de expiración del plazo previsto para su transposición, los órganos jurisdiccionales nacionales no están obligados a interpretar su derecho interno de conformidad con el artículo 23, apartado 4, de esa directiva.

Sobre el carácter exhaustivo o no de la lista que figura en el artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 y el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para transponer esa disposición, sobre la primera de ambas cosas, la lista que figura en el artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 no es de carácter exhaustivo, en la medida en que se establece que podrán excluirse de la exoneración de deudas algunas categorías específicas, como las seis que se enumeran seguidamente en ese apartado.

Es posible que la redacción inicial de este artículo, según la cual los Estados miembros podían «excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas [...], en los siguientes casos», pudiera llevar a equívoco. Pero esta formulación fue sustituida por «como en los siguientes casos» mediante una corrección de errores de la directiva con la que la versión en lengua española quedó alineada con el resto de versiones lingüísticas.

Por consiguiente, ya no hay lugar a dudas: el uso de la expresión «los Estados miembros podrán excluir [...] de la exoneración de deudas» y del adverbio «como» implica que la lista que figura en el artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 constituye, en efecto, una relación no exhaustiva de categorías de deudas que pueden excluirse de la exoneración, que puede ser completada por los Estados miembros.

En cuanto al margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para transponer la disposición, es preciso distinguir entre el principio de exclusión de una categoría de deudas y los requisitos para tal exclusión.

Por lo que respecta al principio de la exclusión de los créditos públicos, debe señalarse que el artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 enumera seis casos de categorías de deudas que los Estados miembros pueden excluir de la exoneración de deudas, o en los que pueden limitar el acceso a la exoneración de deudas o establecer un plazo más largo para la exoneración. Estas categorías son las siguientes: las deudas garantizadas; las deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas; las deudas derivadas de responsabilidad extracontractual; las deudas relativas a obligaciones de alimentos; las deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y las deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de ese procedimiento. Existe un vínculo entre estas distintas categorías de deudas que justifica que no se reconozca a los Estados miembros un margen de apreciación pleno para establecer excepciones al principio de plena exoneración de deudas, en función la naturaleza de la deuda de que se trate.

Ese vínculo se explica por consideraciones de justicia material: en primer lugar, el deudor no debe poder eludir tipos de responsabilidad que no estén relacionados con una conducta empresarial ordinaria (deudas relacionadas con obligaciones familiares, deudas de carácter penal o deudas derivadas de la responsabilidad civil). En segundo lugar, añade que, para garantizar la eficacia del procedimiento de condonación de deudas, las deudas generadas en relación con dicho procedimiento, o las deudas ulteriores, no pueden ser objeto de exoneración. En tercer lugar, también pueden excluirse las deudas garantizadas, puesto que, en estos casos, los acreedores se han protegido específicamente contra las consecuencias de una insolvencia.

Por último, es evidente que la Directiva 2019/1023 es una directiva de armonización mínima en materia de plena exoneración de deudas, cuyo objetivo es la creación de este tipo de procedimiento en cada uno de los Estados miembros, y no la creación de un procedimiento armonizado de exoneración de deudas. Ciertamente, las negociaciones brindaron a los Estados miembros la ocasión de recordar que este procedimiento, nuevo o no según el Estado miembro de que se trate, debía poder adaptarse suficientemente para no interferir con los sistemas nacionales que funcionan con eficacia, debido a las interconexiones que presenta con otros ámbitos del derecho nacional, y que la situación económica y las estructuras jurídicas difieren de un Estado miembro a otro.

En cambio, en lo tocante a los requisitos de exclusión de una categoría de créditos, el artículo 23, apartado 4, de la Directiva 2019/1023 exige que las «exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas». En consecuencia, si bien el margen de apreciación de los Estados miembros no está limitado por la naturaleza de las categorías específicas que pueden excluirse, sí lo está en cuanto a la justificación que dichos Estados deben presentar para sustentar la exclusión.

En conclusión, considero que la Directiva 2019/1023 es una directiva de armonización mínima que tiene por objeto que cada uno de los Estados miembros instaure un procedimiento de exoneración de deudas cuyos límites en cuanto al carácter de los créditos excluibles de dicha exoneración están sujetos en gran medida a la apreciación de los Estados miembros, siempre que las exclusiones estén debidamente justificadas.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Real Decreto legislativo 1/2020 (TR Ley concursal), arts. 491 y 497.
- Directiva de la UE 2019/1023 (marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas), art. 23.4.

Ejercicio de acciones procesales en procedimientos diferentes por el mismo actor contra la misma demandada. Identidad de causa de pedir. Preclusión y cosa juzgada

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Enunciado

El demandante administrador único de unas sociedades interpone demanda contra una entidad bancaria interesando la resolución del artículo 1124 del CC de dos contratos de crédito por 200.000 euros cada uno, con las consecuencias indemnizatorias de los daños y perjuicios causados por los incumplimientos del demandado; dicha demanda fue desestimada, siendo firme la sentencia dictada. Posteriormente, el demandante interpone una segunda demanda interesando que se declare la inexistencia o nulidad absoluta por ilicitud de la causa de los contratos, y la condena a devolver unas determinadas cantidades, los intereses devengados y, subsidiariamente, ejercita una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en los incumplimientos por parte del banco. La demanda es estimada en primera instancia y el recurso de apelación que interpuso la entidad bancaria fue desestimado; el banco se plantea recurrir en casación la sentencia de la audiencia provincial.

Cuestiones planteadas:

1. Planteamiento: identidad de objeto. Preclusión de alegaciones.
2. La cosa juzgada: sentencias desestimatoria y posterior reclamación solicitando nuevamente indemnización de daños y perjuicios.
3. Conclusión.

Solución

1. Es posible que entre las mismas partes procesales se dirijan diferentes procedimientos, pudiendo surgir supuestos en que se pueda pretender la identidad del objeto.

En este caso la primera demanda se ejercita la acción de resolución de los contratos por incumplimiento contractual, al amparo del artículo 1.124 del Código Civil (CC), y la petición de indemnización era complementaria a la resolución contractual, también al amparo del artículo 1.124 del CC.

En la segunda demanda, el demandante pidió, con base en la acción ejercitada, una acción de nulidad absoluta de los contratos por concurrencia de causa falsa y, subsidiariamente, una acción de responsabilidad contractual por incumplimiento por la demandada de sus obligaciones informativas en cuanto a los contratos suscritos, ex artículo 1.101.

Tras el procedimiento correspondiente, la sentencia del juzgado desestimó la demanda y el recurso de apelación correspondiente.

Deben mencionarse, además, los artículos 400 y 222.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC).

El artículo 400 dispone que

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

Por otro lado, el artículo 222.1 establece que:

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

La jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo sobre la cosa juzgada y la preclusión de alegaciones señala, por lo que ahora interesa, lo siguiente:

- a) Para que sea efectiva la previsión que contiene el artículo 400 de la LEC se «requiere, como presupuesto previo, la existencia de identidad de pretensión y que esta –como resulta obvio y la propia norma exige– se haya formulado en demanda o, en su caso, en reconvencción».
- b) Los supuestos en los que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de cosa juzgada parten siempre del ejercicio de acciones idénticas.

Por el contrario, no se apreció cosa juzgada, aun tratándose de los mismos hechos, cuando se ejercitaron acciones con presupuestos y consecuencias jurídicas distintas.

- c) La identidad de la acción no depende del fundamento jurídico de la pretensión sino de la identidad de la causa de pedir, es decir, del cómputo de medios esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la actora. La ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyen la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir, exclusivamente, el demandante. Entiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles «causas a pedir» con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda, pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula.
- d) Las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda están en íntima conexión con la acción ejercitada en la misma, de manera que la decisión sobre la identidad de las pretensiones no puede abstraerse de la acción ejercitada que las sustenta. Asimismo, la calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando aquella comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos. Por esta razón, la jurisprudencia ha aludido en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado.

En este caso se plantea si se puede aplicar esta doctrina respecto de una acción resolutoria del artículo 1.124 del CC y en el segundo procedimiento una acción de nulidad absoluta de los contratos por concurrencia de causa falsa y, subsidiariamente, una acción de responsabilidad contractual por incumplimiento por la demandada de sus obligaciones informativas en cuanto a los contratos suscritos, ex artículo 1.101, y por tanto si existe identidad de objeto entre ambos procedimientos.

2. La jurisprudencia sobre la eficacia de cosa juzgada material en relación con la preclusión de alegaciones. Sobre la eficacia de cosa juzgada material del artículo 222 de la LEC, en relación con la preclusión de alegaciones del artículo 400 de la LEC, podemos señalar como sentencias la 5/2020, de 8 de enero, y 423/2021, de 22 de junio, que señalan lo siguiente:

Como hemos declarado en otras resoluciones, así en la sentencia 169/2014, de 8 de abril, «la cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto».

El efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes, en su aspecto negativo, que es el que ahora interesa, «excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo» (art. 222.1 LEC), y «afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes» (art. 222.3 LEC).

Aunque, en principio, la cosa juzgada material exige una plena identidad de los procedimientos en cuanto a los sujetos, las cosas en litigio y la causa de pedir, también hay cosa juzgada material cuando lo resuelto en la sentencia del proceso anterior es preclusivo respecto del proceso posterior, conforme a lo previsto en el artículo 400.2 LEC. De tal forma que el art. 222 LEC se integra con la previsión de preclusión de alegaciones prevista en el art. 400 LEC, que dispone lo siguiente: «[...] a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este».

«Con esta norma se pretende, por una parte, impedir que en [el] mismo proceso se altere la *causa petendi* con alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos distintos de los invocados en la demanda, con la consiguiente indefensión para el demandado que habrá articulado su contestación en relación con una determinada *causa petendi*. Y, por otra, impedir que, resuelto el primer pleito con desestimación de la demanda, el demandante pueda volver a formular la misma pretensión sobre la base de unos hechos o fundamentos jurídicos que, pudiendo haber sido invocados en el pleito inicial, no lo fueron» (sentencia de 14 de octubre de 2015).

En síntesis, y en lo que ahora interesa, el efecto de «preclusión de alegaciones» respecto de las verdades por la demandante en el primer pleito, una vez firme la sentencia que lo resuelve, da lugar a que esa sentencia tenga eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo respecto de las pretensiones interesadas en un segundo pleito que se apoyan en hechos y fundamentos jurídicos afectados por el efecto preclusivo.

De este modo, «del texto del precepto (400 LEC) se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda» (sentencia de 5 de diciembre de 2013). Teniendo en cuenta que esta regla no requiere la identidad estricta entre pedimentos, sino que basta su homogeneidad (sentencia de 19 de noviembre de 2014).

En definitiva, como recuerda la sentencia 628/2018, de 13 de noviembre, «conforme a la jurisprudencia de esta sala sobre los arts. 400 y 222 LEC, lo decisivo o determinante es la pretensión (sentencia 664/2017, de 13 de diciembre [Norma CEF NCJ062957]), de modo que no se puede volver a reclamar lo ya reclamado en un litigio anterior (sentencia 417/2018, de 3 de julio), ni solicitar el cumplimiento de un mismo contrato por dos veces (sentencia 9/2012, de 6 de febrero [Norma CEF NCJ056482]), pues "la finalidad de la cosa juzgada es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente" (sentencia 164/2011, de 21 de marzo [Norma CEF NCJ054869])».

La aplicación de esta jurisprudencia exige comparar las pretensiones ejercitadas en la demanda que inició el primer pleito con la que ahora interesa de las ejercitadas en la demanda que inició el segundo pleito.

En ambos casos, el demandante y la demandada son los mismos.

En la primera demanda se solicita la resolución de los contratos suscritos y el abono de la indemnización correspondiente por el incumplimiento del demandado, que es desestimada. Las consecuencias del incumplimiento contractual suponen la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes consecuencia del ejercicio de la acción con base en el artículo 1.124 del CC.

La segunda demanda viene determinada por la desestimación de la primera, solicita la nulidad o inexistencia de los contratos suscritos, con la devolución de cantidades e intereses y subsidiariamente indemnización de daños y perjuicios con base en los incumplimientos del banco, si bien amparada en el artículo 1.101 del CC.

Ambas acciones parecen distintas; la acción ejercitada en esta segunda demanda (de responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones contractuales) es distinta de la ejercitada en la primera (resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados). Sin embargo, la pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios sufridos por el demandante como consecuencia de la concertación de los contratos de crédito financieros coincide con la pretensión ejercitada en la segunda, en la que se solicita también la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la contratación de ambos créditos. En ambas demandas pide la condena de la entidad bancaria a pagar más los intereses legales.

La primera demanda pudo fundar no solo la resolución de los contratos, sino también el incumplimiento de las obligaciones contractuales del artículo 1.101 del CC y, al limitarse únicamente a la primera *causa petendi*, la resolución de los contratos firmados por incumplimiento contractual, se produjo el efecto de la preclusión de alegaciones del artículo 400.2 de la LEC respecto de esa otra causa de pedir, la fundada en la acción de incumplimiento de las obligaciones contractuales del artículo 1.101 del CC. De tal forma que, una vez desestimada la primera demanda, no cabía ejercitarla en una segunda demanda como consecuencia del efecto de cosa juzgada material en sentido negativo de la sentencia ya firme que desestimó la primera demanda.

3. En conclusión, si bien inicialmente nos encontraríamos con un supuesto de litispendencia que de haberse observado habría dado lugar a la inadmisión de la demandada, tal como dispone el artículo 400 de la LEC, para evitar el efecto de cosa juzgada, es decir, que puedan existir sentencias contradictorias sobre el mismo objeto procesal, y, por ello, el artículo 222.1 de la LEC dice que esta excluye «conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo», la litispendencia se adelanta a este efecto, precisamente para evitarlo.

Los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta sala para que pueda entenderse que concurre litispendencia son tres:

- 1.º La identidad de las partes o identidad subjetiva.
- 2.º La identidad del objeto del proceso o identidad objetiva.
- 3.º La pendencia de auténticos procesos, por lo que se requiere que se hayan interpuesto demandas que resulten admitidas, de acuerdo con el artículo 410 de la LEC y que el primer procedimiento deba acabar con una sentencia que produzca los efectos de cosa juzgada.

En el caso propuesto, no se apreció por el juzgado de primera instancia ni tampoco se mencionó por la audiencia provincial, y por ello la interposición del recurso de casación resulta imprescindible, que daría lugar a que el Tribunal Supremo apreciara la cosa juzgada material y la preclusión de las alegaciones por identidad del objeto del proceso.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1101 y 1124.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 221, 222 y 400.
- SSTS, Sala Civil, 164/2011, de 21 de marzo; 9/2012, de 6 de febrero; de 5 de diciembre de 2013; 169/2014, de 8 de abril; de 14 de octubre de 2015; de 19 de noviembre de 2014; 628/2018, de 13 de noviembre; 5/2020, de 8 de enero, y 423/2021, de 22 de junio.

Expropiación forzosa y procedimiento sancionador. Derecho de funcionario público a indemnización y derecho de información de un delegado sindical. Contratos administrativos

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

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

Enunciado

Usted se encuentra destinado en la Asesoría Jurídica de Asuntos Generales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, siendo su función elevar propuestas de resolución, mediante informes razonados, a los distintos órganos administrativos resolutorios del ministerio que así lo soliciten. A tal fin, le llegan los siguientes asuntos o expedientes sobre los cuales debe informar:

HECHOS 1. El ministerio ha puesto en marcha diversos procedimientos de expropiación forzosa, entre cuyos expropiados se encuentra un inmueble perteneciente a un ayuntamiento de 40.000 habitantes, dedicado a depósito y archivo de documentos inutilizados. El objeto de la expropiación es ubicar una oficina de información administrativa, dada la importante población que existe en esa localidad, con un alto porcentaje de inmigración a lo largo del año, que necesitan información continua relacionada con dicho ministerio.

En el proceso expropiatorio, en el acuerdo de necesidad de ocupación y la notificación del mismo al ayuntamiento no constaba si el acto ponía fin o no a la vía administrativa, ni los recursos procedentes, ni, en su caso, los órganos competentes para resolverlos, ni el plazo para interponerlos. Por ello, a los tres meses de la referida notificación, el ayuntamiento expropiado interpuso recurso contencioso-administrativo alegando indefensión del artículo 24 de la Constitución.

Finalizado los procedimientos expropiatorios se construyó el edificio que albergó la referida oficina. Y a los cinco años de servir para el fin por el que había sido expropiado, por parte del Estado se produce una transferencia de la competencia sobre la materia objeto de la oficina de información administrativa a la comunidad autónoma a la que pertenecía la

referida población, que dedicó dicho inmueble a la ampliación de un edificio de su propiedad. Ante ello, el ayuntamiento expropiado en su momento ejercita el derecho de reversión, al haberse transferido la propiedad del inmueble a otra administración distinta de la expropiante y destinarlo a otra finalidad.

Realice el correspondiente informe sobre:

- 1. ¿Cómo se resolverá el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ayuntamiento?**
- 2. Si se ha de acceder a la reversión solicitada por aquel.**

Legislación: Legislación administrativa general y Ley y Reglamento de expropiación forzosa.

HECHOS 2. Le ha llegado un expediente sancionador por el que se impuso, por parte de un director general, obrando por delegación del ministro, a un ciudadano, por infracción en materia competencia del ministerio, una sanción económica. La citada sanción fue notificada el día 4 de mayo. El día 22 de igual mes interpuso recurso de reposición.

Se plantea la cuestión y se solicita informe sobre ¿cuándo se iniciará el plazo de prescripción de la sanción en este caso?

Legislación: Legislación administrativa general.

HECHOS 3. Recibe otro expediente incoado como consecuencia de que un funcionario del ministerio fue denunciado ante la jurisdicción penal por otros dos funcionarios que le acusaron de un delito de malversación de caudales públicos, procediendo el juzgado de instrucción correspondiente a la incoación de unas diligencias penales que, tras la celebración de la vista oral, dictó sentencia absolutoria con base en que el funcionario imputado había realizado aquellas acciones en el ejercicio legítimo de sus funciones y amparado por la normativa aplicable al caso. Para la defensa de la causa contrató un letrado por su cuenta, sin que tuviera conocimiento la Administración, que, tras quedar firme la sentencia del juzgado de lo penal, le presentó una minuta por importe de 2.000 euros, con fundamento en las normas legales aplicables. Ante ello, dirigió escrito al órgano competente de la Administración, solicitando el abono de la minuta del letrado. Esta solicitud dio origen al expediente que Vd. recibe.

Se solicita informe de forma razonada si debe accederse a lo pedido por el funcionario.

Legislación: Legislación administrativa general y Estatuto Básico de la Función Pública y normas de desarrollo.

HECHOS 4. Ha recibido un expediente sobre solicitud de información realizada al ministerio y donde consta, según se desprende de la documentación obrante en el expediente, que el reclamante, en su condición de delegado sindical, solicitó en fecha 7 de julio de 2022 al ministerio, al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la siguiente información:

La remisión a la sección sindical del Ministerio de Trabajo y Economía Social y Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de los listados de productividad del año 2022 con indicación de los perceptores y cantidades mensuales abonadas a los mismos de los empleados y empleadas de la Dirección Provincial de la TGSS de Madrid ya sean funcionarios o personal laboral.

El 29 de septiembre de 2023 el órgano competente del Ministerio propuso contestar lo siguiente:

Primera.- De accederse a lo solicitado, se podría producir a una eventual colisión entre el derecho de libertad sindical y el derecho a la protección de datos, amén de que no se justificaron las razones por las que para el ejercicio de su función sindical resultaba necesaria la información solicitada.

Según la disposición adicional segunda de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales «la publicidad activa y el acceso a la información pública regulados por el Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como las obligaciones de publicidad activa establecidas por la legislación autonómica, se someterán, cuando la información contenga datos personales, a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la Ley 19/2013, en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica».

Específicamente, la ponderación en los términos que dispone el artículo 15 de la mencionada Ley Orgánica 19/2013. Ponderación entre la finalidad perseguida por el solicitante de la información (y su legitimación) y el derecho a la protección de los datos personales de las personas que se pudieran ver afectadas por la cesión de la información solicitada.

En consecuencia, puede afirmarse que, en el presente caso, al denegar la cesión de los datos personales que les fueron solicitados, los poderes públicos han satisfecho la obligación que recae sobre ellos de proceder al tratamiento de los datos personales «contenidos en los ficheros públicos con las debidas garantías. La vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales puede suponer una infracción sancionable en diversos ámbitos, entre otros, en el administrativo, e incluso en el ámbito penal (arts. 197, 197 bis y 197 ter de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que en el caso de ser realizado por una autoridad o funcionario público conllevaría penas de prisión superiores a los 3 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 12 años).

Se le solicita informe sobre el ajuste a derecho de la propuesta de resolución realizada sobre el derecho de información ejercitado. Si el informe y la resolución final fuera coincidente con la propuesta, ¿de qué remedios legales dispondría el reclamante?

Legislación: Legislación administrativa general; Ley Orgánica 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y Ley 30/1984, de medidas de reforma de la función pública.

HECHOS 5.

I. Se ha dirigido solicitud de informe con el siguiente tenor:

Este ministerio pretende utilizar los procedimientos establecidos en el artículo 159, abierto simplificado y abierto simplificado sumario (art 159.6 LCSP) para la contratación de varios contratos de suministro e instalación de bienes (equipos contra incendios, mobiliario de parques infantiles, mantenimiento de los mismos, etc.), tratándose de un contrato mixto. En el informe que le ha llegado se establece, respecto al procedimiento: «5.º En cuanto al procedimiento de adjudicación la cláusula 11.ª del PCAP establece que el contrato se adjudicará por el procedimiento de adjudicación abierto, sumario regulado en el artículo 159.6 de la LCSP.

Sin embargo, el firmante de ese informe previo no cree que dicho procedimiento sea el legalmente establecido para los contratos mixtos. Y ello con base en los siguientes razonamientos:

- a) El artículo 131 de la LCSP establece lo referente a los procedimientos de adjudicación. En su punto 2.º establece que la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. El artículo sigue relatando cuándo se podría acudir al procedimiento negociado con o sin publicidad. Por lo tanto, la regla general es la aplicación de alguno de estos tres procedimientos de adjudicación.
- b) A su vez la subsección 2.ª, de la sección 2.ª, del capítulo I, del título I de la Ley de contratos del sector público se refiere al procedimiento abierto, y dentro de esta subsección el artículo 159 se refiere a un procedimiento especial de contratación, el abierto simplificado. Y a su vez dentro del propio artículo 159, el punto 6.º del mismo hace referencia a otra subespecialidad dentro del abierto simplificado, que se ha venido a llamar coloquialmente como «sumario, supersimplificado, etc.»
- c) Ni el artículo 159.1 ni el 159.6 se refieren en ningún momento a los contratos mixtos. Y por lo tanto cabe interpretar que el legislador estatal no ha querido incluir dicha categoría de contratos, los mixtos, entre los que se les pueda aplicar este procedimiento especial.

- d) En virtud de lo previsto en el artículo 34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPAC), los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas se producirán por el órgano competente, ajustándose no solo a los requisitos sino al procedimiento establecido. Lo de ajustarse a los procedimientos legalmente establecidos «no es baladí o indiferente», puesto que el artículo 47 de la LPAC sanciona con la nulidad de pleno derecho una serie de actos, y entre estos los de la letra e), que son los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.
- e) Que la Administración pública está sometida al principio de vinculación positiva a la ley, lo que quiere decir que la Administración pública solo puede hacer lo que la ley le permite hacer, y viene recogido expresamente en la ley. Lo que no viene expresamente recogido no es posible hacerlo. Este principio de sometimiento a la ley viene establecido en la propia constitución, artículo 103.1 de la misma, y es un principio general del derecho contenido en el artículo 9.3 y viene también en desarrollo de la Constitución española, en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, del régimen jurídico del sector público (LRJSP). Principio este de vinculación positiva de la ley que se contrapone al de vinculación negativa de los ciudadanos, que pueden hacer todo lo que no les prohíba la ley.

Se solicita informe sobre el ajuste a derecho de la respuesta dada en ese informe previo.

II. El ministerio tiene adjudicado un contrato, con un valor estimado inferior a cuatro millones de euros, de concesión de servicios de la gestión integral del alumbrado interior de su sede y organismos y entes adscritos, por un plazo de 16 años y cuya fecha de formalización fue el 29 de julio de 2021.

Este contrato se compone de cuatro prestaciones: P1 (gestión energética), P2 (mantenimiento), P3 (garantía total), P4 (inversiones) y P5 (alumbrado decorativo navideño). El importe anual del contrato adjudicado son 61.633,44 euros más IVA, respondiendo dicho importe al pago mensual fijo efectuado por la Administración. Los pliegos recogen cláusulas relativas a la revisión de precios ordinaria para cada una de las prestaciones objeto de contrato, así como una revisión de precios extraordinaria en relación con el aumento o disminución del número de puntos de luz. (Cláusula 17 PCAP). La empresa adjudicataria ha solicitado una revisión de precios, acompañado de informe justificativo, consecuencia de la elevación al alza de los costes energéticos que ha venido soportando, superando el coste energético previsto en contrato, revisión de precios que igualmente repercute en las otras prestaciones objeto de contrato. La revisión de precios solicitada por la empresa conlleva unos atrasos acumulados desde la fecha de revisión anual, 1 de agosto de 2023, hasta el 31 de diciembre de 2023, con indicación expresa de que la próxima revisión tendrá lugar el 1 de agosto de 2024. Lo anterior supone que el pago mensual fijo previsto en contrato (6.214,71 euros)

se incrementa de manera constante, pasando a alcanzar 16.493,20 euros mensuales, lo que representa un incremento del 165,40 %. Si bien es cierto que se cumplen las premisas del artículo 103.2 de la LCSP, en cuanto a que el periodo de recuperación de la inversión es igual o superior a 5 años (se contempla un periodo de recuperación de la inversión de 10 años) y del artículo 9.2 del Real Decreto 55/2017, en cuanto a que la revisión de los precios está prevista en el pliego, no existe justificación previa en el expediente, ni tramitación del procedimiento contemplado en la normativa para ello.

Es de hacer constar que el órgano de contratación, durante la tramitación del expediente de contratación no requirió o solicitó a cinco operadores económicos del sector la remisión de su estructura de costes. Esto provocó una queja del adjudicatario, señalando que le podría perjudicar si, dadas las circunstancias, procedía la revisión de precios.

Se solicita informe sobre:

- 1.º ¿Qué efectos tiene la no tramitación procedimental de la fórmula de revisión de precios? ¿Es posible dejar sin efecto la misma?**
- 2.º En caso afirmativo, ¿se pueden entender los elementos objeto de revisión incluidos en el concepto de riesgo operacional e incluso en el riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario?**
- 3.º En caso negativo, y teniendo en cuenta una hipotética falta de liquidez por parte del ayuntamiento para afrontar la subida del precio de la energía, ¿qué soluciones pueden ponerse en práctica? Y, ¿qué efectos supondrían las mismas?**

Solución

HECHOS 1

1. ¿Cómo habrá de resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ayuntamiento?

El artículo 21.2 de la Ley de expropiación forzosa (LEF) de 26 de diciembre de 1954 señala, respecto al acuerdo de necesidad de ocupación:

2. Dicho acuerdo [se refiere al acuerdo de necesidad de ocupación que inicia el expediente expropiatorio] se publicará en igual forma que la prevista en el artículo dieciocho para el acto por el que se ordene la apertura de la información pública.
3. Además habrá de notificarse individualmente a cuantas personas aparezcan como interesadas en el procedimiento expropiatorio, si bien en la exclusiva parte que pueda afectarlas.

Por su parte, el artículo 18.2 señala:

Quando se trate de expropiaciones realizadas por el Estado, dicha relación [se refiere a los bienes y derechos expropiados] habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado y en el de la provincia respectiva y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, si lo hubiere, comunicándose además a los Ayuntamientos en cuyo término radique la cosa a expropiar para que la fijen en el tablón de anuncios.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la omisión del pie de recurso en las notificaciones a las Administraciones públicas (STS núm. 215/2023, de 21 de febrero de 2023). Esta omisión tiene distintas consecuencias para los particulares y las administraciones, pues estas cuentan con personal técnico y jurídico, siendo exigible una mayor diligencia en su actuación.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre las consecuencias de la omisión, en una notificación administrativa, de los requisitos exigidos por el artículo 40.2 de la LPAC (la indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, y el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos), así como de si los efectos son los mismos en atención a si el destinatario es un particular o una Administración pública.

La sala entiende que los requisitos establecidos por la ley son exigibles en todas las notificaciones, cualquiera que sea su destinatario, pero en cuanto a sus consecuencias, sí existen diferencias. Las Administraciones públicas están en una posición privilegiada respecto a los particulares, debido a que disponen de personal técnico y jurídico, sobradamente formado en estas cuestiones, siendo exigible una mayor diligencia en la articulación y presentación de sus escritos y recursos.

En el caso que nos ocupa, el Ministerio de Fomento se dirigió al Ayuntamiento de Valdepeñas para notificar la resolución de delimitación de tramo urbano en la autovía A-4, sin indicación del pie de recurso. El ayuntamiento, disconforme, interpuso el recurso contencioso-administrativo pasado el plazo de dos meses. Esta omisión no impide que el recurso sea declarado como extemporáneo. Para llegar a tal conclusión, el Supremo trae a colación la doctrina del Tribunal Constitucional, que mantiene que la finalidad de la obligación de incorporar el pie de recurso tiene un mayor sentido respecto a los particulares, a quienes se debe informar de los recursos disponibles porque carecen de los conocimientos técnicos necesarios para impugnar las resoluciones administrativas.

El consistorio cuenta con asesoría jurídica propia, altamente especializada, que está obligada por su propia normativa a dar cuenta a los responsables políticos de la corporación de las consecuencias legales de los actos de otras Administraciones públicas que les son notificados, de las consecuencias legales que se derivan de estas y a informarles de los medios de impugnación que caben contra las mismas.

Por ello, en el caso de las Administraciones públicas no cabe admitir que la omisión genera sin más indefensión, sino que deben analizarse de forma individualizada las circunstancias concurrentes en cada caso.

El ayuntamiento no actuó con el mínimo de diligencia exigible a quien trata de hacer valer sus pretensiones. De hecho, existe un reconocimiento expreso de que el consistorio sí tuvo conocimiento del contenido íntegro de la resolución objeto de recurso —acuerdo de necesidad de ocupación—, sobre lo que no se le informó es sobre los recursos procedentes, órganos y plazo, y a pesar de contar con servicios jurídicos propios que le permiten conocer las consecuencias de interponer o no recursos y plazo para hacerlo, exteriorizó sus discrepancias con el contenido del acuerdo de forma extemporánea.

Finalmente, la sentencia declara que los derechos del artículo 24 de la Constitución no pueden invocarse con éxito para convalidar conductas negligentes o contrarias a la colaboración que a todos es exigible —y más a una Administración pública—.

2. Solicitud el derecho de reversión por parte del ayuntamiento

Respecto a la posibilidad de expropiación de bienes patrimoniales —no dedicados al uso o servicio público—, como es nuestro caso, no plantea ningún problema, pues estos no tienen el carácter de inalienables (art. 132.1 CE, art. 6 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, y artículo 80 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local).

El artículo 54.2 b) de la LEF señala que:

2. No habrá derecho de reversión, sin embargo, en los casos siguientes: [...] b) Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

Resulta evidente que, en este caso, no había transcurrido dicho plazo cuando el inmueble pasa a ser propiedad de la comunidad autónoma como consecuencia de un traspaso de la competencia sobre la materia (solo transcurrieron cinco años).

Las mutaciones intersubjetivas se producen:

- a) Cuando los bienes expropiados no hayan adquirido la categoría de bienes demaniales, cualquier cambio de titularidad del bien, ya sea entre personas jurídico-privadas, entre personas públicas o entre personas privadas y públicas, en tanto en cuanto se mantenga la afectación del mismo al destino que legitimó la utilización del método expropiatorio, no influirá en modo alguno en el nacimiento del dere-

cho de reversión, puesto que nuestro derecho positivo configura como elemento básico para dar lugar al nacimiento de tal derecho que se opere un cambio en la afectación, no solo en la titularidad del bien.

b) Mayores problemas se plantean cuando los bienes expropiados pasan a la categoría de demaniales, toda vez que, en un sentido estricto, cualquier cambio intersubjetivo en la titularidad del bien conllevará necesariamente una previa desafectación del mismo, dado que una de las características de los bienes de dominio público es la de ser inalienables. Tal interpretación nos llevaría a la conclusión de que la transmisión de un bien de dominio público exigiría su previa desafectación, lo que significaría una cesación, aunque sea con una intención temporal, del fin para el que fue expropiado, naciendo, por tanto, el derecho de reversión en favor de los expropiados.

Pero el análisis de esta cuestión puede provocar que sea posible que se produzca un cambio simultáneo en la titularidad del bien y en la del servicio a que está afecto, en cuyo caso no estaríamos ante una verdadera transmisión de los bienes expropiados, sino ante una sucesión parcial de entes administrativos. En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia número 58/1982, de 27 de junio, sobre determinados artículos de la Ley de patrimonio catalana, «en el caso de transferencias del Estado a la Generalidad, estas se producen, por el contrario, como consecuencia del traspaso del servicio a los que los bienes (que de otra forma no hubieran podido ser cedidos sin una previa desafectación) estaban afectados. No se trata, por tanto, en rigor de una cesión, sino de una sucesión parcial en el ejercicio de las funciones públicas entre dos Entes de esta naturaleza». La sucesión por las comunidades autónomas en la competencia de determinadas materias que antes lo eran del Estado conlleva, también, todos aquellos «medios personales y reales necesarios para ejercerlas», por lo que no es necesaria la previa desafectación y, por tanto, no nace derecho de reversión alguno. Piénsese que si se tratara de una verdadera cesión en lugar de una sucesión, en la que, además, mantuviéramos con un criterio estricto el principio de inalienabilidad de los bienes de dominio público, los bienes transferidos a las comunidades autónomas, junto con la competencia, por ejemplo, sobre las líneas férreas que transcurren exclusivamente por el territorio de cada una de ellas, implicaría que los terrenos en los que se asientan las vías del ferrocarril, que en su momento fueron adquiridos mediante expropiación forzosa, podrían volver a ser de sus antiguos propietarios, porque nacería el derecho de reversión en su favor, al haberse producido una previa declaración de alienabilidad de los bienes y, por tanto, de desafectación para poder proceder a su transmisión conjunta con la competencia.

De todas formas, el artículo 54.2 a) de la LEF señala que:

2. No habrá derecho de reversión, sin embargo, en los casos siguientes: a) Cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. En este supuesto la Administración dará publicidad a la sus-

titución, pudiendo el primitivo dueño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión, si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previsto.

En conclusión, lo importante no es la titularidad pública del bien en favor de una u otra Administración, sino el mantenimiento de la utilidad pública o el interés social del bien expropiado. Por ello, si la comunidad autónoma que ha adquirido la propiedad del bien como consecuencia de la transferencia de la competencia por parte del Estado, lo dedica a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social, no habrá lugar al derecho a la reversión por parte de primitivo propietario, que era el ayuntamiento, al ser de aplicación el citado artículo 54.2 a) de la LEF. Ahora bien, si no lo destina a un fin de utilidad pública o interés social, indudablemente el ayuntamiento tendría el derecho de reversión en los términos y con las exigencias que determina el artículo 54 de la LEF.

HECHOS 2

¿Cuándo comenzará el plazo de prescripción de la sanción si se interpone recurso de reposición?

Impuesta la sanción, cabe recurso administrativo frente a ella, que, según los casos, podrá ser un recurso de alzada o un recurso potestativo de reposición. La interposición del recurso retrasa la ejecución de la sanción hasta que se dicte y notifique resolución expresa al recurso administrativo formulado por el administrado sancionado.

La Administración tiene un plazo determinado para resolver los recursos administrativo, que es de 3 meses en el caso del recurso de alzada y de 1 mes en el del recurso de reposición. La falta de cumplimiento de dicho plazo no le libera de su deber de resolver, aunque sea fuera de plazo. El sancionado puede seguir aguardando a que se le notifique la resolución de su recurso, pues, aunque se desestime, solamente deberá cumplir la sanción a partir de la notificación de la resolución desestimatoria de su recurso.

La cuestión es: ¿puede computar para la prescripción de la sanción impuesta el tiempo que la Administración tarde en resolver el recurso administrativo? Hasta el año 2015, la respuesta era negativa. Ningún precepto permitía sostener tal efecto y el Tribunal Supremo se había pronunciado expresamente en contra en sentencias perfectamente razonadas.

Sin embargo, con la Ley 40/2015, el legislador sí quiso permitir que los sancionados pudiesen aprovechar la prescripción de las sanciones impuestas por la tardanza de la Administración al resolver sus recursos como remedio frente a la inseguridad que se derivaría del mantenimiento indefinido en el tiempo de resoluciones sancionadoras ejecutables, pendiendo de resolución un recurso administrativo.

Así, el párrafo tercero del artículo 30.3 de la LRJSP establece que, a diferencia del régimen jurídico anterior, ahora sí correrá el plazo de prescripción de la sanción desde que la Administración haya incumplido el plazo máximo de resolución del recurso. El texto legislativo es el siguiente:

El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla. En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.

Como se puede apreciar, la literalidad de la norma únicamente permitiría su aplicación para el supuesto de las resoluciones sancionadoras recurridas en alzada, pero no para aquellas que hubiesen sido recurridas en reposición por tratarse de resoluciones dictadas por un órgano administrativo que carece de superior jerárquico.

Ahora bien, ¿y qué pasa con las sanciones recurridas en reposición? Sobre esta cuestión no se pronunció el Tribunal Supremo, sin embargo sí tenemos resoluciones de otros órganos jurisdiccionales que dan una interpretación a la cuestión; sin duda alguna, de entre estas, una de las más didácticas y recientes es la Sentencia 597/2015, de 1 de octubre del TSJ Madrid (SP/SENT/830165). En ella, el Tribunal Superior de Justicia considera que no es posible asimilar sin más el régimen que, en interés de la ley, interpretó y estableció el Tribunal Supremo para negar la ejecutividad (y, por tanto, la posibilidad de que comience el cómputo del plazo de prescripción) a las resoluciones sancionadoras susceptibles de recurso de alzada –en tanto este recurso no haya sido resuelto–, a las resoluciones que, poniendo fin a la vía administrativa, solo son susceptibles de recurso potestativo de reposición. Y ello, continua la sala, por cuanto tal asimilación conduciría a desconocer la diferente naturaleza jurídica de los recursos administrativos mencionados (jerárquico y obligado para poner fin a la vía administrativa, el de alzada; meramente potestativo, el de reposición), alterando igualmente la configuración legal de los actos administrativos que son susceptibles de revisión mediante uno y otro.

Es decir, en el caso de resoluciones únicamente recurribles en reposición, se considera que las mismas, al poner fin a la vía administrativa, son firmes y ejecutivas desde el mismo momento de su notificación, por lo que la eventual y potestativa interposición de un recurso de reposición no impide que puedan ser ejecutadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 138.3 de la Ley 30/1992 (art. 90.3 de la actual Ley 39/2015). Consecuencia de este razonamiento es que, una vez notificada la sanción, comienza a computarse el plazo de prescripción de la misma que, por lo tanto, no queda demorado en estos casos hasta la resolución expresa de reposición.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de noviembre de 2020, núm. 1627/2020, permitió la extensión de ese mismo efecto prescriptivo a las resoluciones san-

cionadoras recurridas en reposición a pesar de que el precepto únicamente menciona la desestimación presunta del recurso de alzada y no la desestimación presunta del recurso potestativo de reposición.

La cuestión a resolver está en que el artículo 30 de la LRJSP no establece previsión específica acerca de qué ocurre en los supuestos de desestimación presunta del recurso de reposición, cuando, de forma expresa, el artículo 90.3 de la LPAC dispone que «la resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado», debiendo de entender que, al utilizar el término recurso ordinario, quedan englobados tanto el recurso de alzada como el de reposición y, de esta manera, no podrá ser ejecutiva la resolución, en tanto no se resuelva el recurso de reposición.

Se plantea la duda de la aplicación de dicho criterio en relación con el recurso potestativo de reposición, por cuanto la norma no se refiere al mismo, sin embargo, en una interpretación conforme a su finalidad y teniendo en cuenta la identidad de situaciones y contenido de ambos recursos, la respuesta ha de ser positiva.

Así, y como resulta del artículo 112 de la Ley 39/2015, ambos recursos, de alzada y de reposición, pueden fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la ley, su resolución estimatoria o desestimatoria producen los mismos efectos en cuanto al reconocimiento del derecho controvertido, ambos recursos tienen establecido un plazo para dictar y notificar su resolución, transcurrido el cual podrán entenderse desestimados, de todo lo cual resulta que la inactividad de la Administración en su resolución, que puede ser igual y de la misma duración en ambos casos e, incluso, más relevante en el caso del recurso de reposición, para cuya resolución se apremia más a la Administración estableciendo el plazo de solo un mes, da lugar a una misma situación de pervivencia indefinida de la resolución sancionadora, que se trata de evitar por el precepto en cuestión, de manera que existiendo identidad de razón y en garantía del principio de igualdad en la aplicación de la ley respecto de los administrados que se encuentran en idéntica situación, ha de entenderse que el precepto resulta de aplicación al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

No se advierte que el carácter potestativo del recurso de reposición justifique una respuesta diferente, pues el ejercicio de tal facultad de impugnación exige la misma respuesta de la Administración, cuya inactividad produce los mismos efectos que se tratan de solventar con la aplicación del referido artículo 30.3, párrafo tercero.

En consecuencia, y en relación con la cuestión planteada, ha de entenderse que el cómputo del plazo en los términos establecidos en el artículo 30.3, párrafo tercero (Ley 40/2015, LRJSP), para el recurso de alzada es aplicable al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

HECHO 3

¿Se debe acceder a la petición del funcionario de que la Administración se haga cargo de los honorarios de su letrado?

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de febrero de 2023, en el recurso de casación número 5318/2021, se ha referido a esta cuestión.

Al funcionario o empleado público le ampara el principio general de indemnidad, lo que le atribuye el derecho a que la Administración para la que presta servicios le resarza por los perjuicios que sufra en el ejercicio de sus funciones, derecho correlativo al deber de la Administración de protegerlo. Este derecho se integra en su estatuto profesional y no se identifica necesariamente con el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El artículo 14 f) del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) atribuye al funcionario el derecho a la defensa jurídica y protección de la Administración para la que presta servicios, pero lo condiciona a que se ejerza cuando se trate de procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos. La cuestión no se centra en las exigencias sustantivas para satisfacer este derecho, sino en un aspecto procedimental administrativo: cuáles son los requisitos y la forma para ejercer este derecho a la asistencia o defensa jurídica y, en especial, si en todo caso es necesaria la previa solicitud del funcionario o cabe eximirle de la carga de solicitarlo cuando haya conflicto de intereses con la Administración.

La satisfacción de ese derecho implicará para la Administración asumir el coste de la asistencia procesal, luego debe valorar si el proceso judicial en el que está incurso el funcionario obedece al ejercicio de sus funciones, que ese ejercicio haya sido legítimo y que no haya conflicto de intereses con la propia Administración. Esto hace que el del artículo 14 f) sea un derecho individual cuya satisfacción depende de la iniciativa del funcionario: en su mano está ejercerlo o no, luego que asuma la carga formal de instarlo. Y forma parte de este derecho que el funcionario opte por acudir a profesionales de su elección, en cuyo caso la Administración debe autorizarla, para apreciar la concurrencia de los requisitos expuestos, valorar el coste y no optar porque le defienda el abogado del Estado u otro letrado escogido por ella. Esto opera con normalidad en procesos judiciales en trámite, que es lo ordinario, pues tal derecho se ejerce respecto de los «procedimientos que se sigan». Pero la lógica del artículo 14 f) rige también para procesos judiciales concluidos y, obviamente, de manera favorable para el funcionario.

En caso de conflicto de intereses –como es el caso que nos ocupa, puesto que fueron otros dos funcionarios de la Administración los que denunciaron los hechos que dieron origen a las diligencias penales– también es exigible al funcionario la carga de solicitar la asistencia o de pedir autorización para ser asistido por profesionales de la propia elección, aun cuando el funcionario finalmente quede exento de toda responsabilidad. La razón es que seguimos en la lógica del artículo 14 f) y las exigencias formales de su ejercicio están vinculadas a las

sustantivas. Y esto es así aun cuando al inicio de las actuaciones no fuese claro que hubiere conflicto de intereses: la Administración debe tener la posibilidad de apreciarlo siquiera indiciariamente para rechazar la asistencia y, llegado el caso, si la hubiese asumido, abandonarla.

En fin, la exigencia de la carga procedimental de la previa solicitud está presente en la doctrina de los tribunales superiores de justicia, sin que medie razón para que esta sala la enmiende. Pero es que de la normativa reguladora de los distintos servicios jurídicos de las Administraciones también se deduce tal exigencia, es más, también se prevé que si el funcionario opta por contratar los servicios de unos profesionales de su elección, deberá pedir autorización, y que si lo hace sin previa autorización, se entiende que renuncia a que, llegado el caso, los gastos los asuma la Administración.

HECHO 4

I. Ajuste a derecho de la propuesta de resolución que se eleva para su consulta

Esta cuestión fue objeto de análisis en el Expediente 172/2003, resuelto por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno del Estado (LTAIBG).

La LTAIBG reconoce en su artículo 126 el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendiéndose por tal, según dispone en el artículo 13, «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones». De este modo, la LTAIBG delimita el ámbito material del derecho a partir de un concepto amplio de información, que abarca tanto documentos como contenidos específicos y se extiende a todo tipo de «formato o soporte». Al mismo tiempo, acota su alcance, exigiendo la concurrencia de dos requisitos que determinan la naturaleza «pública» de las informaciones: (a) que se encuentren «en poder» de alguno de los sujetos obligados, y (b) que hayan sido elaboradas u obtenidas «en el ejercicio de sus funciones». Cuando se dan estos presupuestos, el órgano competente debe conceder el acceso a la información solicitada, salvo que justifique de manera clara y suficiente la concurrencia de una causa de inadmisión o la aplicación de un límite legal.

Esta reclamación trae causa de una solicitud, formulada en los términos que figuran en los antecedentes, en la que se pide información relativa a los complementos de productividad abonados a los empleados públicos de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Madrid en el año 2022, con indicación de los perceptores y la cantidades mensuales.

La propuesta pone de manifiesto, principalmente, que en el ámbito de las entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social las organizaciones sindicales son informadas bianualmente de las productividades percibidas por los trabajadores, y que resulta de aplicación el Criterio Interpretativo CI/001/2015, de fecha 12 de

noviembre, en aquellos supuestos en los que se produzca una colisión entre el derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceso a la información, cuando el objeto de la solicitud fuera el acceso a retribuciones de los empleados públicos o asimilados.

Centrado el debate en estos términos, conviene recordar que en la solicitud de acceso se identificaba claramente cuál era la información a la que se pretendía acceder: productividades con identificación de sus perceptores en la Dirección General de la TGSS. Sobre este particular, y partiendo de las alegaciones que realiza el ministerio en su propuesta, conviene recordar que es criterio consolidado de este Consejo de Transparencia que, en relación con el acceso a datos relativos a productividades, debe realizarse la ponderación suficientemente razonada que exige el artículo 15.3 de la LTAIBG –en la medida no pueden considerarse datos meramente identificativos (art. 15.2 LTAIBG), aunque tampoco pertenecen a las categorías especiales reguladas en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos (art. 15.1 LTAIBG)–. Esa ponderación es necesaria a fin de determinar si resulta prevalente el interés público en divulgar la información o la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los afectados. No obstante esa premisa de partida, lo cierto es que, en este caso, concurre la circunstancia particular de que el solicitante es delegado sindical y que lo solicitado es conocer el reparto de los complementos de productividad abonados mensualmente al personal funcionario y laboral en el ámbito de su organización, cuestión en la que existe en nuestro ordenamiento una regla legal específica establecida en el artículo 23.3 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), según cuyo tenor, y en lo que aquí interesa, «en todo caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del departamento u organismo interesado, así como de los representantes sindicales».

Este precepto, contra lo sostenido en la propuesta del ministerio, continúa hoy en día en vigor, como demuestra el análisis de las disposiciones legales sobre la materia aprobadas en 2007 y 2015 por el legislador estatal, es decir, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, actualmente vigente. En efecto, en la disposición derogatoria de la Ley 7/2007 se preveía la derogación, entre otros, del citado artículo 23 de la LMRFP, con el alcance establecido en la disposición final cuarta que, tras disponer la entrada en vigor de la norma en el plazo de un mes desde su publicación en el BOE, establecía, en lo que aquí interesa que:

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

2. No obstante, lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

La disposición final tercera 2 del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas

que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.

3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongán a lo establecido en este Estatuto.

Es decir, que el legislador dispuso expresamente que determinados capítulos de la Ley 7/2007 no producirían efectos hasta la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dictasen en su desarrollo. Entre ellos, precisamente, el capítulo III del título III de la Ley 7/2007 es el dedicado a los derechos retributivos. De ello se deduce que en tanto no se apruebe la correspondiente ley reguladora de la función pública estatal, como es el caso hasta el presente, seguiría vigente la LMRFP en esta materia. Ello explica que los conceptos tradicionalmente regulados en la LMRFP –complemento de destino, específico y de productividad– carezcan de regulación en la Ley 7/2007, al haberse deferido por el legislador a las futuras leyes de función pública que se dictaran en su desarrollo, permaneciendo hasta entonces vigente la regulación en la materia de la LMRFP.

Esta situación no se ha visto alterada por la aprobación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015. Y ello porque, por las peculiaridades propias de esos instrumentos normativos, contaba con una doble disposición derogatoria. De un lado, la disposición derogatoria del propio Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que, entre otras muchas disposiciones, derogó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. De otro lado, la disposición derogatoria del propio texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que dispone:

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas con el alcance establecido en el apartado 2 de la disposición final cuarta, las siguientes disposiciones: b) De la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los artículos 3.2.e) y f); 6; 7; 8; 11; 12; 13.2, 3 y 4; 14.4 y 5; 16; 17; 18.1 a 5; 19.1 y 3; 20.1.a), b) párrafo primero, c), e) y g) en sus párrafos primero a cuarto, e i), 2 y 3; 21; 22.1 a excepción de los dos últimos párrafos; 23; 24; 25; 26; 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7; 30.3 y 5; 31; 32; 33; disposiciones adicionales tercera.2 y 3, cuarta, duodécima y decimoquinta, disposiciones transitorias segunda, octava y novena.

Y su disposición final cuarta establece:

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

1. Lo establecido en los capítulos II y III del título III, excepto el artículo 25.2, y en el capítulo III del título V, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de

las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. La disposición final tercera del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del capítulo III del título III con la aprobación de las leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.

Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se pongan a lo establecido en este Estatuto.

Así pues, aunque la disposición derogatoria contenga una mención al apartado 2 de la disposición final cuarta, lo cierto es que el apartado 1 de esta sigue estableciendo, como ya lo hiciera la Ley 7/2007, que la regulación de los derechos retributivos (capítulo III del título III) solo producirá efecto cuando entren en vigor las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público.

Entre tales preceptos, como ya ha sido expuesto, se encuentra el artículo 23 de la LMRFP en su integridad –incluido su apartado 3 c), antes transcrito–. Cabe señalar que esta interpretación también es la mantenida por el Consejo de Estado. Así, en el dictamen número 1100/2015, de 29 de octubre, emitido en relación con el entonces Proyecto de real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; evidenciándose, además, que en las leyes reguladoras de la función pública aprobadas por numerosas comunidades autónomas pervive el principio de publicidad y acceso a la información pública contenido en dicho precepto de la LMRFP; tal como se expone de forma más pormenorizada en la citada resolución de este Consejo R/928/2021, de 9 de junio de 2022.

Sentado que el artículo 23.3 c) de la LMRFP se encuentra plenamente vigente, hay que señalar que en todo caso cabe fundamentar el derecho de acceso a la información en los propios preceptos de la LTAIBG, en particular en lo previsto en los artículos 12, 13 y 15.3, que configuran la obligación legal requerida en la letra c) del artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos para legitimar el tratamiento de datos de carácter personal, y que se concreta en el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, como seguidamente se verá. En este caso, como ya se ha señalado, se trata de una información –cantidades abonadas a cada empleado público de la Dirección General de la TGSS en concepto de complemento de productividad– que tiene carácter público, conforme al artículo 13 de la LTBG y que ha de ser puesta en conocimiento de los demás funcionarios del departamento u organismo de que se trate, así como de los representantes sindicales. Existe, por consiguiente, una norma con rango legal que establece el acceso de los representantes sindicales a ese tipo de información pública y, por ello, el tratamiento de datos consistente en la cesión de la información se fundamenta, precisamente, en el cumplimiento de

la obligación legal de atender al derecho de acceso a la información pública regulado en una norma con rango de ley, como es la LGTAIB, a la que en este caso se viene a sumar la previsión del artículo 23.3.c) de la LMRFP.

Además, son de constatar igualmente:

- 1.º Que la solicitud de información no exige fundamentación alguna. En este sentido, el artículo 17 de la Ley de transparencia señala:

El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud.

- 2.º No existe motivación alguna concreta sobre la denegación ni sobre la ponderación entre el interés público y los derechos de los afectados y se incumple con lo previsto en el artículo 15.3 de la Ley 19/2013, que establece que:

Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

En atención a lo expuesto y a los fundamentos jurídicos descritos, procede:

Primero: Estimar la reclamación presentada frente al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Segundo: Instar al citado ministerio a que, en el plazo máximo de 15 días hábiles (o los días que se fijen), remita al reclamante la siguiente información: remisión a la sección sindical de los listados de productividad del último año con indicación de los perceptores y cantidades mensuales abonadas a los empleados y empleadas de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Madrid, ya sean funcionarios o personal laboral.

- II. Si el informe y la resolución final fueran coincidentes con esa propuesta, ¿de qué remedios legales dispondría, en su caso, el reclamante?

El artículo 24 de la LTAIBG se refiere a la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en los siguientes términos:

1. Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa.

2. La reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.

3. La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actuales Leyes 39/2015 y 40/2015].

Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada.

5. Las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados.

El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo.

6. La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponderá al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, salvo en aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta Ley.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.2 c) de la LTAIBG y en el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el presidente de esta autoridad administrativa independiente es competente para resolver las reclamaciones que, en aplicación del artículo 24 de la LTAIBG, se presenten frente a las resoluciones expresas o presuntas recaídas en materia de acceso a la información.

Además, de acuerdo con el artículo 23.17 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la actual Ley 39/2015 de la LPAC. Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses, ante los juzgados centrales de

lo contencioso-administrativo de Madrid, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

HECHOS 5

- I. En relación con los hechos descritos bajo la referencia «I», ¿es posible la aplicación del procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 de la LCSP y del procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6 a los contratos mixtos?

Esta cuestión fue objeto de recomendación mediante Informe 18/2023, de 26 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Sobre el procedimiento abierto simplificado abreviado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes ocasiones analizando diversos aspectos de su régimen jurídico específico (informes 6/2018, de 2 de julio; 115/2018, de 4 de marzo de 2019; 13/2019, de 15 de julio de 2019; 50/2019, de 16 de marzo de 2020, o 5/2020, de 29 de julio).

El punto de partida de todos estos informes es, como recuerda la Recomendación de esta junta de 24 de septiembre de 2018, en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE del artículo 159, recogiendo párrafos de la exposición de motivos de la LCSP, la vocación del procedimiento abierto simplificado de convertirse en un procedimiento muy ágil «en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato».

Adicionalmente, la misma exposición de motivos de esta norma explica que «se habilita además una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias», en referencia al procedimiento abierto simplificado abreviado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP.

La ubicación del artículo 159 de la LCSP en la regulación del procedimiento abierto, en la subsección segunda de la sección 2.^a del capítulo I del título I del libro segundo de esta norma, unida a la declaración expresa de la observancia de las normas generales aplicables al procedimiento abierto en lo no previsto en dicho artículo (art. 159.4.h LCSP), y la correspondiente cláusula de supletoriedad de la regulación del procedimiento abierto simplificado para la tramitación sumaria prevista en su apartado 6, último inciso, llevan a la consideración de que tanto el procedimiento abierto simplificado como el procedimiento abierto simplificado abreviado son especialidades procedimentales del tronco común del procedimiento abierto.

Llegados a este punto se plantea la cuestión de que, definido en ambos casos su ámbito de aplicación por referencia a los contratos de obras, suministro o de servicios que no superen una cuantía de valor estimado, unida a otras condiciones relativas a los criterios de adjudicación o a las prestaciones (art. 159.1 y 6 LCSP), la ausencia de una mención a los contratos mixtos pudiera entenderse como una exclusión de los mismos de su ámbito de aplicación.

Sin embargo, tal cuestión no debe analizarse desde el punto de vista de su singularidad procedimental respecto al procedimiento abierto, sino desde la consideración del régimen jurídico a aplicar a los contratos mixtos conforme a la LCSP, lo que analizaremos a continuación.

La sección 1.^a del capítulo II del título preliminar de la LCSP regula la delimitación de los tipos contractuales, indicando en su artículo 12.1 que «los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección», detallando a continuación en los artículos 13 a 17 lo que ha de entenderse por cada uno de ellos. Con base en esta tipificación, la LCSP determina la aplicación tanto de las normas relacionadas con la preparación y adjudicación de los contratos como con sus efectos, cumplimiento y extinción.

Ahora bien, junto a estos tipos contractuales, y como es tradicional en nuestro derecho y en el de la Unión Europea, el legislador reconoce la existencia de contratos que contienen prestaciones correspondientes a varios de ellos, a los que denomina contratos mixtos. Para ellos, el artículo 18 de la LCSP no establece un régimen jurídico distinto de los típicos, a añadir al de estos, sino unas reglas para determinar su régimen jurídico por referencia a las normas aplicables a los contratos típicos. En concreto, en lo que se refiere a la determinación de las normas que regirán la adjudicación del contrato, el artículo 18 indica que hay que atender «al carácter de la prestación principal» (Informe 28/2018, de 2 de julio, de esta junta consultiva).

De lo expuesto se deduce que la ausencia de una mención expresa a los contratos mixtos en el artículo 159 de la LCSP no debe interpretarse como una exclusión de la aplicación de los procedimientos abreviados regulados en dicho artículo, sino que habrá que proceder de acuerdo con el artículo 18 de la LCSP. Es decir, para cada contrato mixto habrá que determinar, primero, si la prestación principal del mismo es identificable con un contrato de obras, de servicios o de suministros para, a continuación, comprobar si el valor estimado del contrato, de conformidad con el artículo 101 de la LCSP, está dentro de los valores contemplados en los artículos 159.1 y 159.6 de la LCSP para dichos contratos. Ello sin perjuicio de comprobar que se cumpla el resto de las limitaciones contenidas en el artículo 159 de la LCSP respecto a la ponderación de los criterios de adjudicación evaluables por juicio de valor o los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas se pueden establecer las siguientes **conclusiones**:

1. El procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 de la LCSP y el procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6 de la LCSP son ordinariamente procedimientos abiertos con tramitaciones específicas, cuya finalidad es la de facilitar la agilidad en el procedimiento de adjudicación.
2. La no inclusión expresa de los contratos mixtos en la redacción de los artículos 159.1 y 159.6 de la LCSP no cabe interpretarse como la exclusión de la aplicación del procedimiento abierto simplificado ordinario o del procedimiento abierto simplificado abreviado a este tipo de contratos, sino que deberán seguirse las reglas del artículo 18 de la LCSP. De acuerdo con este artículo, la adjudicación de un contrato mixto podrá llevarse a cabo a través del procedimiento abierto simplificado ordinario o del procedimiento abierto simplificado abreviado cuando, una vez determinada la prestación principal del mismo, se compruebe que la suma de las prestaciones contenidas no exceda de los límites contemplados en los artículos 159.1 y 159.6 de la LCSP para los contratos de obras, servicios y suministros, dependiendo del tipo contractual que resulte de la determinación de la prestación principal.

II. En relación con los hechos descritos bajo la referencia «II»

La primera cuestión que procede aclarar a este respecto es que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el citado artículo 328 de la LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la junta consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos. A este respecto, cabe recordar los criterios de esta junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00) y 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la junta consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto. Con estas premisas, el informe de esta secretaría se pronunciará con carácter general sobre las cuestiones sometidas a consulta, correspondiendo al ayuntamiento la aplicación de la doctrina general al caso concreto.

1.º ¿Qué efectos tiene el defecto procedimental alegado por el adjudicatario respecto de la fórmula de revisión de precios? ¿Es posible dejar sin efecto la misma?

La primera cuestión que se plantea es la existencia de un defecto en la tramitación del expediente de contratación y si es posible dejar sin efecto la cláusula de revisión de precios por ese motivo. En concreto, el escrito señala que, durante la tramitación del expediente de contratación, se omitió el trámite de solicitud a cinco operadores de costes exigido por el artículo 9.8 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que señala que:

Para los contratos con un precio inferior a cinco millones de euros, el órgano de contratación solicitará a cinco operadores económicos del sector la remisión de su estructura de costes. El órgano de contratación elaborará una propuesta de estructura de costes de la actividad. Para ello utilizará, siempre que sea posible, la información de las respuestas que reciba. La propuesta de estructura de costes será sometida a un trámite de información pública por un plazo de 20 días, con carácter previo a la aprobación de los pliegos.

En caso de que se presenten alegaciones en dicho trámite, el órgano de contratación deberá valorar su aceptación o rechazo de forma motivada en la memoria.

A este respecto, cabe recordar que el principio de la vinculación al contenido contractual (art. 189 LCSP) impide a la Administración dejar sin efecto unilateralmente sus cláusulas, no obstante, la constatación de un vicio en sus actos preparatorios que pudiera afectar a su validez.

Cuando se advierta esta circunstancia, el artículo 41.1 de la LCSP señala que «la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», por lo que, en su virtud, podrá procederse a tramitar el procedimiento correspondiente dependiendo de la causa de invalidez.

En este sentido, corresponde al órgano de contratación determinar, a la vista de los artículos 39 y 40 de la LCSP, en concordancia con los artículos 47 y 48 de la LPAC, si el vicio mencionado es causa de nulidad o anulabilidad del contrato y proceder, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el capítulo I del título V de la LPAC.

2.º En caso afirmativo, ¿se pueden entender los elementos objeto de revisión incluidos en el concepto de riesgo operacional e incluso en el riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario?

Dicho lo anterior, y vigente la cláusula en tanto no se produzca un pronunciamiento judicial al respecto, puesto que se ha anunciado recurso judicial, se pregunta si los elemen-

tos objeto de revisión están incluidos en el concepto de riesgo operacional e incluso en el riesgo y ventura que corresponde soportar al concesionario.

Sobre esta cuestión cabe traer a colación la doctrina de la junta consultiva expresada recientemente en su Informe 13/2023, de 18 de julio, con cita de informes previos (en particular, informes 18/2019 y 24/2021, y Recomendación de 10 de diciembre de 2018), de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Consejo de Estado sobre el particular.

Como punto de partida, cabe recordar que, como señalaba el informe 24/2021, de 28 de julio,

recogida una cláusula de revisión de precios en un contrato, su aplicación deberá realizarse en los términos previstos en la misma, ya que les corresponde a las partes cumplir las obligaciones a que se han comprometido conforme al principio *pacta sunt servanda*. De acuerdo con ello, tanto el artículo 89.4 del TRLCSP como el artículo 103.4 de la LCSP, expresamente reconocen el carácter invariable de la cláusula de revisión de precios durante la vigencia del contrato.

A partir de aquí, cabe destacar las siguientes afirmaciones contenidas en el informe 13/2023 respecto de las cláusulas contenidas en los contratos:

La ejecución de los contratos públicos está presidida por un principio rector fundamental en materia contractual, cual es la obligación de cumplir los acuerdos celebrados entre las partes *–pacta sunt servanda–* consagrado en el artículo 189 de la LCSP: «los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas [...]». De dicho principio se inducen dos consecuencias: la inmutabilidad general de las prestaciones pactadas y la atribución al contratista del riesgo y ventura que pueda ocasionar la ejecución del contrato (Cf. artículo 197 de la LCSP y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015) [...].

De lo anterior se colige que el fundamento legal del principio de riesgo y ventura implica, *per se*, un elemento de aleatoriedad en los resultados económicos del contrato; esto es, que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en cuenta para consentir el contrato no le libera de cumplir lo pactado ni le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación, tal como manifestamos en nuestra Recomendación de 10 de diciembre de 2018. Por tanto, ni el incremento sobrevenido de los beneficios del contratista autoriza a la Administración a reducir el precio pactado ni, en caso contrario, la disminución del beneficio calculado –o, incluso, la existencia de pérdidas– genera derecho alguno en el contratista a instar un incremento del precio o una indemnización.

En su virtud, incluida en el contrato una cláusula de revisión de precios vinculada a la evolución de determinadas variables, dicha cláusula resulta obligatoria para las partes, tanto para el contratista como para la Administración, debiendo soportar estas tanto el riesgo

como la ventura derivada de la evolución de dichas variables, y su influencia sobre el precio del contrato, debiendo asumir, en este caso, la Administración el mayor coste del contrato.

Por otra parte, si estas afirmaciones sobre el riesgo y ventura son aplicables con carácter general a todos los contratos, con más motivo lo son a las concesiones de servicios en las que está presente el riesgo operacional, que implica una exposición real a las incertidumbres del mercado en la prestación del servicio, tal y como señalan los artículos 14 y 15 de la LCSP.

3.º En caso negativo, y teniendo en cuenta una hipotética falta de liquidez por parte de la Administración para afrontar la subida del precio de la energía, ¿qué soluciones, con independencia de las financieras, pueden ponerse en práctica? Y, ¿qué efectos supondrían las mismas?

Esta cuestión fue objeto del Informe 11/2023, de 26 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Finalmente, se pregunta por las posibles soluciones ante una hipotética falta de liquidez para afrontar la subida del precio de la energía y sus efectos. Dejando de lado las medidas de índole financiero, respecto a las posibilidades que ofrece la legislación de contratos del sector público cabe realizar las siguientes consideraciones:

1. El concesionario tiene derecho a la contraprestación económica prevista en el contrato de acuerdo con el artículo 289 de la LCSP, debiendo estarse, en el caso de que no se hiciese efectiva, a las consecuencias contempladas en el artículo 292 de la misma norma.
2. Respecto a la posibilidad de efectuar una modificación contractual conforme al artículo 290 de la LCSP, cabe señalar que los límites para la modificación de la cláusula de revisión de precios son los que afectan al precio mismo a abonar por la Administración, lo que justifica su invariabilidad (art. 103.4 LCSP). En este sentido, como señaló el Informe 13/2023, de 18 de julio, de la junta consultiva anteriormente citado,

en el sentido apuntado, tanto el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-496/99 P Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA, de 29 de abril de 2004, y C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur contra Republik Österreich (Bund), de 19 de junio de 2008), como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –haciéndose eco de estas sentencias– en su resolución 436/2022, de 7 de abril de 2022, se manifiestan contrarios a la modificación del precio en un contrato de suministro regido por la LCSP, argumentado que la alteración del precio pactado, aun concurriendo causa imprevisible, afecta a las condiciones esenciales del contrato, lo que encubriría una revisión de precios no prevista en el contrato, debiendo asumir esa subida el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato.

De igual modo, la subida extraordinaria de los precios de la energía y su incidencia en la cláusula de revisión de precios no es susceptible de encuadrarse en los demás supuestos contemplados en el artículo 290.4 de la LCSP para restablecer el equilibrio económico (*factum principis* y fuerza mayor), por lo que la Administración deberá soportar los efectos que resulten de la aplicación de la cláusula de precios analizada.

3. Por otra parte, el derecho al desistimiento del contrato cuando resulta extraordinariamente oneroso únicamente es posible en los supuestos a que hace referencia el artículo 290.6 de la LCSP, para las circunstancias allí previstas, y no para la Administración pública contratante.
4. Finalmente, la opción del rescate del servicio solo cabe en las circunstancias previstas en el artículo 294 c) de la LCSP, justificadas adecuadamente conforme a lo señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de julio de 2023 (rec. núm. 2831/2021), sección 3.^a, con las consecuencias previstas en el artículo 295 de dicha norma.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, se alcanzan las siguientes **conclusiones**:

- Para dejar sin efecto una cláusula de revisión de precios incluida en un contrato por la concurrencia de un defecto en la tramitación del expediente de contratación será necesario proceder a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos, de conformidad con lo establecido en el capítulo I del título V de la LPAC, siempre dentro de los límites del artículo 110 de esta norma, y conforme a lo señalado por el artículo 41.1 de la LCSP.
- Incluida en un contrato una cláusula de revisión de precios vinculada a la evolución de determinadas variables, dicha cláusula resulta obligatoria para las partes, tanto para el contratista como para la Administración, debiendo soportar estas tanto el riesgo como la ventura derivada de la evolución de dichas variables, y su influencia sobre el precio del contrato.
- La cláusula de revisión de precios a abonar por la Administración en un contrato de concesión de servicios no se puede modificar conforme a lo dispuesto en el artículo 290 de la LCSP, y la excesiva onerosidad para la Administración provocada por la evolución de los precios no es susceptible de encuadrarse en los demás supuestos previstos en el artículo 290.4 de la LCSP para restablecer el equilibrio económico (*factum principis* y fuerza mayor), por lo que la Administración deberá soportar los efectos que resulten de su aplicación. Por otra parte, el derecho al desistimiento del contrato cuando resulta extraordinariamente oneroso únicamente es posible en los supuestos a que hace referencia el artículo 290.6 de la LCSP, para las circunstancias allí previstas, y no para la Administración pública contratante.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 24 y 132.
- Ley Orgánica 3/2018 (protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), art. 8.
- Ley de expropiación forzosa de 26 de diciembre de 1954, arts. 8, 18 y 54.
- Ley 30/1984 (medidas para la reforma de la función pública), art. 23.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 9.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 15, 17, 23, 24, 38 y 126.
- Ley 2/2015 (desindexación de la economía española), art. 9.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 40, 47, 48 y 112.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 30 y 90.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 12 a 17, 39, 40, 41, 89, 101, 103, 159, 189, 197, 289 y 292.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (TR Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), art. 14, disp. der. y disp. final.
- Real Decreto 30/1991 (régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), art. 328.
- Reglamento (UE) 2016/679 (general de protección de datos), art. 9.
- SSTS, Sala 3.^a, de 28 de octubre de 2015, 1627/2020, 5318/2021, 215/2023 y de 25 de julio de 2023.
- SSTSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 597/2015, de 1 de octubre.
- Resolución 436/2022, de 7 de abril, del Tribunal Central de Recursos Contractuales.
- Expediente 172/2003 resuelto por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno del Estado.
- Informes 62/1996, 28/2018, 18/2019, 24/2021, 11/2023, 13/2023, 18/2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.
- Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 10 de diciembre de 2018.

CEF.-



Más de

28.000 opositores

aprobados gracias

al #MétodoCEF.-

S puedo

Preparamos el acceso a:

- Administración General
- Administración Local
- Banco de España
- Comunidades Autónomas
- Cuerpos de Informática
- Empleo y Seguridad Social
- Ministerio de Hacienda
- Ministerio de Justicia
- Ministerio del Interior
- Unión Europea

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta www.cef.es y descubre el #MétodoCEF.-

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.