

# CEF Legal

## Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 278 | Marzo 2024

ISSN: 2697-1631

### Las controversias inversor-Estado receptor en América Latina

Sarela Enríquez Perales

### La Administración pública sanitaria en España: análisis actualizado del informe anual del SNS desde una perspectiva administrativo-financiera

David López Santos

### Abuso de mercado, administración desleal y estafa de inversión de capital y de crédito (II)

Mariano Castillo García

Ahora 

**S**



**Si sabes**

**lo que quieres,**

**ha llegado el momento**

**de lograrlo.**

## **Cursos del área jurídica**

**Presencial | Telepresencial | Online**

**INICIO MARZO Y ABRIL 2024**

- Curso de Oratoria Jurídica y Redacción Jurídica
- Curso sobre Contratos Mercantiles
- Curso sobre Derecho Digital
- Curso sobre Due Diligence Legal en la Adquisición de Empresas (M&A)
- Curso sobre Práctica Procesal Contencioso-Administrativa
- Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades Mercantiles
- Curso sobre Propiedad Intelectual
- Curso sobre Tasaciones y Valoraciones Inmobiliarias

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 278 | Marzo 2024

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

## Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

## Consejo 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](mailto:revistaceflegal@udima.es)  
Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>  
Depósito legal: M-8500-2001  
ISSN: 2697-1631  
ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



## Imprime

Artes Gráficas Coyve  
C/ Destreza, 7  
Polígono industrial Los Olivos  
28906 Getafe (Madrid)

## Indexación y calidad



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](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631  
ISSN-e: 2697-2239

## Sumario

### Estudios doctrinales

#### Civil-mercantil

- Las controversias inversor-Estado receptor en América Latina 5-42  
*Investor-reception state disputes in Latin America*  
Sarela Enríquez Perales

#### Constitucional-administrativo

- La Administración pública sanitaria en España: análisis actualizado del informe anual del SNS desde una perspectiva administrativo-financiera 43-66  
*Public health administration in Spain: updated analysis of the annual report of the Ministry of Health*  
David López Santos

#### Penal

- Mercados financieros sostenibles (II). Aproximación desde el abuso de mercado, la administración desleal y la estafa de inversión de capital y de crédito 67-114  
*Sustainable financial markets (II). Approach from market abuse, unfair administration and capital and investment fraud*  
Mariano Castillo García

### Comentarios de resoluciones

#### Civil-mercantil

- Privación de la patria potestad en interés del menor (Comentario a la STS de 30 de enero de 2024) 115-122  
Casto Páramo de Santiago

## Casos prácticos

### Civil

- Cesión de préstamo usurario: legitimación pasiva del prestamista cedente 123-128  
Adelaida Medrano Aranguren
- Recurso de casación y su motivación. Autonomía de los derechos fundamentales 129-139  
José Ignacio Esquivias Jaramillo

### Administrativo

- Contrato de suministro. Sanción por incumplimiento de subvenciones públicas. 140-176  
Derecho de información  
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 controversias inversor-Estado receptor en América Latina

**Sarela Enríquez Perales**

*Doctoranda en Economía.*

*Universidad de Valladolid (España)*

sarela99@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4270-1919>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

## Extracto

En los últimos años, el arbitraje internacional sobre inversiones (AII) ha sido el método más utilizado para solucionar controversias surgidas entre un Estado e inversores extranjeros. La opción del arbitraje internacional se encuentra estipulada en la mayor parte de cuerpos legales internacionales referidos a la solución de controversias entre inversores y Estados y suelen formar parte integrante de diversos acuerdos internacionales de inversiones contemporáneos.

Suele ser frecuente que los Estados receptores que desean atraer y promover la inversión extranjera ofrezcan previsibilidad jurídica a los inversores extranjeros mediante la promoción del arbitraje internacional como medio para abordar controversias. En contraparte, los inversores extranjeros tienen predilección por el arbitraje internacional frente a otras alternativas de solución de controversias, al considerarlo como un procedimiento rápido, con foro neutro, eficaz y flexible.

En el presente trabajo se analizan las controversias inversor-Estado en el contexto de América Latina. En concreto, partiendo de la información que provee la base de datos del CIADI, se estudian diversos aspectos de los procesos de arbitraje que tienen como parte involucrada a algún país de la región.

**Palabras clave:** arbitraje; CIADI; inversión; América Latina.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 16-02-2024

**Cómo citar:** Enríquez Perales, S. (2024). Las controversias inversor-Estado receptor en América Latina. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 278, 5-42. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19045>



# Investor-reception state disputes in Latin America

Sarela Enríquez Perales

This work has been selected for publication by: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

## Abstract

In recent years, international investment arbitration has been the most used method to resolve disputes that arise between a state and foreign investors. The option of international arbitration is stipulated in most international legal bodies referring to the resolution of disputes between investors and states and usually form an integral part of various contemporary international investment agreements.

Host states seeking to attract and promote foreign investment often offer legal predictability to foreign investors by promoting international arbitration as a means of addressing disputes. On the other hand, foreign investors have a predilection for international arbitration over other dispute resolution alternatives, considering it as a quick procedure, with a neutral, effective, and flexible forum.

In this study, investor-state controversies are analyzed in the context of Latin America. Specifically, based on the information provided by the ICSID database, various aspects of arbitration processes involving a country in the region are studied.

**Keywords:** arbitration; ICSID; investment; Latin America.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published (online preview): 16-02-2024

**Citation:** Enríquez Perales, S. (2024). Las controversias inversor-Estado receptor en América Latina. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 278, 5-42. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19045>

## Sumario

1. Introducción
2. Peculiaridades de las controversias inversor-Estado
  - 2.1. ¿Pierde soberanía el Estado demandado?
  - 2.2. Sensibilidad de la inversión extranjera en sectores estratégicos
  - 2.3. La controversia inversor-Estado se rige por el derecho internacional público
  - 2.4. El arbitraje internacional como opción principal para el inversor extranjero
  - 2.5. Importes económicos onerosos
3. Ventajas y desventajas del arbitraje internacional
  - 3.1. Ventajas
    - A) Despolitizar las controversias entre inversor-Estado
    - B) Garantía de imparcialidad e independencia en la resolución de una controversia
    - C) Percepción de un arbitraje rápido, económico y flexible
    - D) Control de las partes sobre el procedimiento contencioso
    - E) Laudo arbitral ejecutable
    - F) Percepción de legitimidad
  - 3.2. Desventajas
    - A) Coste del procedimiento arbitral
    - B) Aumento significativo del plazo medio de resolución de las demandas
    - C) Dificiles de gestionar
    - D) Ruptura definitiva entre las partes
    - E) Posibilidad de que se interpongan demandas malintencionadas
    - F) Preocupación sobre la legitimidad del sistema arbitral internacional
    - G) El arbitraje se centra en el pago de una indemnización por daños y perjuicios
4. Las controversias inversor-Estado en el contexto de América Latina
  - 4.1. Base del consentimiento invocada para la solución de controversias ante el CIADI
5. Los países de América Latina frente al arbitraje internacional
  - 5.1. Los dos grandes ausentes
    - A) Brasil
    - B) México
  - 5.2. Los rebeldes del CIADI: Bolivia, Ecuador y Venezuela
  - 5.3. El grupo heterogéneo



6. Un análisis de las controversias inversor-Estado en América Latina
  - 6.1. América Latina a la cabeza de las demandas inversor-Estado ante el CIADI
  - 6.2. Base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI
  - 6.3. Distribución por sectores de la economía de las inversiones en América Latina
  - 6.4. Resultados de los procedimientos iniciados ante el CIADI
  - 6.5. Árbitros nombrados en los casos CIADI
  - 6.6. Firmas de abogados más utilizadas
7. Otras perspectivas para el arbitraje
  - 7.1. La Unión de Naciones Suramericanas
  - 7.2. La alianza bolivariana para los pueblos de nuestra América
8. Conclusiones

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

En la actualidad, todas las áreas del conocimiento se encuentran vinculadas directa o indirectamente con el proceso de la globalización. Este fenómeno se ha insertado en todos los ámbitos de la actividad humana, ha ido adquiriendo un carácter pluridimensional y multivalente. Si bien es cierto que existen diversos y numerosos trabajos sobre el tema, se ha encontrado que la globalización es un fenómeno difícil de definir. En lo que respecta al presente trabajo de investigación, la noción más adecuada y pertinente es la que ofrece Auby (2012), que considera que «la globalización sitúa a los sistemas políticos, económicos y sociales en un estado de interconexión creciente». En este mismo sentido, Goldman (2003) la define como «la interconexión creciente entre las cosas que ocurren en el mundo».

Auby (2012) también señala que «la globalización económica se localiza en el corazón de la globalización y, en el centro de la globalización económica, se halla un intenso desarrollo del comercio internacional». En este sentido, se puede decir que el proceso de globalización se desarrolló con una clara naturaleza económica. Se caracterizó por ser un fenómeno de apertura de los espacios económicos, de liberalización de los intercambios comerciales internacionales y de desregulación estatal.

Resulta indudable la especial interrelación que existe entre el proceso de desarrollo económico aludido y el paralelo avance jurídico que se ha emprendido en los últimos años para que este fuera posible. Hoy en día, la idea del Estado como único sujeto y actor en el ámbito del derecho internacional ha quedado relegada, pues son numerosas las entidades que intervienen de forma variada en la escena internacional. Una parte de ellas ve atribuidas por el derecho internacional ciertas competencias, derechos y obligaciones. De este reconocimiento selectivo de la titularidad de derechos y obligaciones emana la distinción entre actores de la sociedad internacional y sujetos del derecho internacional (Pérez Bernárdez, 2010).

Uno de los aspectos clave de todo este proceso, especialmente desde una perspectiva jurídica, lo constituye la seguridad jurídica. Esto ha sido posible gracias a que se han implementado una serie de instrumentos legales tanto a nivel interno como a nivel internacional

(especialmente tratados de libre comercio –TLC–, tratados bilaterales de inversiones –TBI– y contratos), relacionados con la regulación del comercio exterior y la inversión extranjera principalmente. Cabe resaltar, a este respecto, que estos instrumentos están orientados, fundamentalmente, a formalizar y liberalizar las relaciones económicas internacionales bajo un patrón de principios y normas equilibradas para todas las partes.

Se ha de enfatizar el hecho de que el esfuerzo por atraer inversiones resulta más relevante en unos países que en otros. En el caso concreto de América Latina, una región con un potencial muy elevado en término de recursos naturales, se hace necesario el concurso de empresas extranjeras, puesto que no existe suficiente capital nacional para lograr un desarrollo económico autónomo. Es en este punto donde se torna relevante el desarrollo, a partir de las configuraciones constitucionales propias, de una estructura jurídica que garantiza y beneficia tales inversiones (Aquino, 2003).

En el ámbito internacional, los gobiernos han asumido compromisos contractuales bilaterales (TBI) y multilaterales (TLC), principalmente frente a un inversor concreto, los mismos que constituyen fuente importante de seguridad jurídica, sobre todo si el mecanismo de solución de controversias da credibilidad. Estos instrumentos jurídicos internacionales se caracterizan por disminuir parcialmente la falta de credibilidad en los sistemas jurídicos internos y permiten a los gobiernos ofrecer un escudo protector a los inversores, aun en la presencia de graves problemas a nivel interno.

Según datos proporcionados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), se han suscrito más de mil cien TBI entre países desarrollados, emergentes y poco desarrollados<sup>1</sup>. En el caso de países de América Latina, por ejemplo, Argentina ha suscrito 58 TBI, Bolivia ha suscrito 23 TBI, Brasil ha suscrito 14 TBI, Chile ha suscrito 55 TBI, Ecuador ha suscrito 27 TBI, Perú ha suscrito 35 TBI, Paraguay ha suscrito 25 TBI, México ha suscrito 32 TBI. Estos TBI suelen cubrir cuatro áreas sustantivas: admisión, tratamiento, expropiación y solución de controversias, normalmente dirigidas al CIADI.

Por su parte, los TLC han sido diseñados con base en el modelo Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y contienen un capítulo dedicado exclusivamente al tema de barreras a la inversión extranjera directa y a la forma de dirimir controversias. En el caso de los contratos entre un Estado y un inversor particular, estos suelen contener cláusulas arbitrales que sacan de los tribunales del Estado huésped el conocimiento de potenciales conflictos.

Gracias a este tipo de instrumentos normativos internacionales, los Estados tienen la capacidad de garantizar una serie de requisitos, tales como el reconocimiento a la autonomía

---

<sup>1</sup> Para consultar el estado actual de los TBI, visitar el sitio web del CIADI: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

privada, la garantía de la libertad de empresa y de la protección de la propiedad privada y el respeto contractual mediante una administración de justicia eficiente (Enríquez Perales *et al.*, 2023). Por su parte, las empresas extranjeras se ven protegidas mediante la regulación del comercio internacional y, en casos de controversia con el Estado receptor de la inversión, pueden acudir al arbitraje internacional. Estas potestades de las empresas extranjeras son el resultado de esfuerzos de coordinación entre los grandes inversores extranjeros, al margen del respectivo ordenamiento jurídico estatal.

Este tipo de instrumentos ha servido como base para poder solucionar las posibles controversias que surgen, especialmente, entre empresas y Estados. Las derivas de algunos gobiernos latinoamericanos en los últimos años han vuelto a situar al arbitraje internacional, canalizado a través del CIADI, en el punto de mira. El objetivo del presente trabajo de investigación es realizar una revisión de la situación actual del arbitraje internacional en relación con los países latinoamericanos, pues, lamentablemente, concentran un porcentaje muy relevante de las demandas planteadas. En este sentido, el trabajo se articula de la siguiente manera. En el siguiente epígrafe se realiza un breve repaso teórico a las características del proceso de arbitraje. En el apartado tres, se plantean las ventajas y desventajas del arbitraje internacional, para pasar en el apartado cuatro a situar las posibles controversias inversor-Estado en el contexto latinoamericano. En el epígrafe cinco se describe la situación actual en la región en lo que respecta a la pertenencia de los diversos países al convenio del CIADI. En el apartado seis se realiza un análisis pormenorizado del arbitraje en América Latina, para finalizar en el apartado siete señalando diversas alternativas que han surgido como respuesta al arbitraje que ofrece el CAIDI. Se finaliza el trabajo con unas conclusiones.

## 2. Peculiaridades de las controversias inversor-Estado

### 2.1. ¿Pierde soberanía el Estado demandado?

Después de la Segunda Guerra Mundial, se generalizó la idea de un Estado soberano, el cual debía erigirse como adalid del progreso económico. El Estado debía jugar el papel de árbitro y mediador entre el capital y el trabajo, además de cumplir el papel de empresario. En este sentido, «el Estado debía participar activamente en la construcción y administración de diversas compañías, principalmente de aquellas que ofrecían servicios públicos» (Anzola Gil, 2015).

Sin embargo, en las últimas décadas, esta idea tradicional de Estado parece estar en entredicho. La dimensión y dinámica de las inversiones extranjeras están situando a los Estados en un contexto que en otras épocas parecía poco probable. En la actualidad, pareciera que los inversores extranjeros fundados en una nueva racionalidad económica, en la que los intereses privados prevalecen sobre los intereses públicos, están poniendo en jaque al orden político interno. De acuerdo con esta perspectiva, es imposible pensar en un Estado independiente del contexto económico internacional; la generación de riqueza y bienestar,

principalmente en aquellos emergentes y en desarrollo, depende en gran medida de la inversión extranjera, que suele operar de acuerdo con sus propios intereses.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si el Estado debe renunciar al ejercicio del poder soberano en aras del bienestar económico interno. Según el premio nobel en economía Joseph Stiglitz, «cada vez es más frecuente que la capacidad del Estado para controlar las acciones de individuos o compañías también se vea limitada por los acuerdos internacionales que chocan con los derechos de los Estados soberanos para tomar decisiones» (Stiglitz, 2006). En este sentido, en una controversia inversor-Estado, el Estado suele participar en calidad de Estado soberano demandado. Entonces, se puede entender que, cuando un Estado soberano se somete a un órgano de arbitraje internacional a instancia de actores privados, está cediendo parte de su soberanía al no acudir a tribunales internos.

No obstante, existen autores como Preuss que sostiene que si se sigue la corriente de un Estado soberano absoluto, «el concepto de soberanía de Estado es incompatible con una concepción [...] de una organización jurídica internacional» (Nogueira Alcalá, 1993). En este sentido, el Estado es la principal instancia de mediación entre los hechos y el derecho, en la medida en que son estos los que, a través de su capacidad para crear y aplicar derecho internacional, determinan qué hechos, relaciones, instituciones o instrumentos internacionales se van a formalizar en una norma interna, y seleccionan cuáles son los hechos y relaciones concretas a los que se va a aplicar la norma previamente establecida (Abellán Honrubia, 2005).

Así pues, las partes son diferentes a las de otros tipos de arbitraje, en que ambas partes son entidades mercantiles, como en el caso del arbitraje comercial.

## 2.2. Sensibilidad de la inversión extranjera en sectores estratégicos

Muchas de las controversias inversor-Estado conllevan a menudo cuestiones de política pública, y ponen en entredicho la capacidad del Estado de regular a favor del interés público, incluso cuando pueda perjudicar intereses particulares (inversores extranjeros). Los datos empíricos de varios de los casos del CIADI muestran que la inversión extranjera en ciertos sectores y actividades económicas, consideradas sensibles, pueden provocar el surgimiento de controversias inversor-Estado. En este sentido, el Estado se ve inmiscuido en debates políticos internos y externos que pueden desencadenar en la insatisfacción y rechazo social al arbitraje sobre inversiones. No se debe olvidar que dentro del Estado existen diferentes esferas de poder (autoridades locales, regionales, grupos de interés, ciudadanía en general, etc.), que en muchas ocasiones son actores directos en la toma de decisiones y que pueden afectar compromisos adquiridos por el Estado en ámbitos internacionales.

Un claro ejemplo de la intervención de estos grupos se dio en el caso CIADI ARB(AF)/97/1. Metalclad Corporation, una empresa estadounidense, demandó al gobierno mexicano con

base en considerar haber sido tratada injustamente y constituir una expropiación, ya que en el municipio mexicano de Guadalcázar, del estado de San Luis de Potosí, las autoridades locales, acogiendo la solicitud de la ciudadanía y con fundamento en la protección del medio ambiente, interfirieron en el desarrollo y operación del confinamiento de residuos peligrosos, a pesar de que el proyecto contaba con la aprobación del gobierno central. Como resultado, en agosto del 2000, el CIADI, en el marco del TLCAN y mediante el mecanismo complementario, condenó al gobierno mexicano a indemnizar a la empresa con 16.685 millones de dólares americanos más intereses por incumplir con lo estipulado en el capítulo 11 del TLCAN.

Así, se puede percibir que el Estado sufre una doble presión. Por una parte, externamente, las fuerzas y procesos de la transnacionalización, por otra parte, en el interior, la descomposición económica, la disolución social, la desestabilización política y la segmentación de las sociedades y Estados nacionales en los niveles regionales y locales (Kaplan, 2008).

### 2.3. La controversia inversor-Estado se rige por el derecho internacional público

El derecho aplicable en una controversia inversor-Estado es específico, se rige por el derecho internacional público y suele fundamentarse en la violación de un instrumento internacional (All –arbitraje internacional de inversiones), que constituye una norma fuente del derecho internacional. Sin embargo, el artículo 46.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala como causa de nulidad de un tratado la violación del derecho interno (se puede referir solamente a una ley de importancia esencial).

### 2.4. El arbitraje internacional como opción principal para el inversor extranjero

La gran mayoría de All ofrecen al inversor extranjero, como elemento importante de protección frente al surgimiento de controversias inversor-Estado, la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional ante el CIADI o al arbitraje *ad hoc* mediante el Reglamento de la UNCTAD.

Muchos de los All no exigen recurrir a los tribunales internos del país receptor. También pueden encontrarse tipos similares de disposiciones sobre arreglo de controversias en contratos de concesión, planes de privatización, acuerdos de estabilización o contratos públicos ordinarios, con arreglo a las cuales las presuntas infracciones no se dirimirán en los tribunales internos sino ante tribunales internacionales. Los All también suelen incluir estándares de protección para el inversor extranjero, que incluyen el trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad, el principio de no discriminación, la cláusula de la nación más favorecida, la protección del inversor frente a la expropiación y el compromiso de permitir la libre transferencia de rentas (Fernández Masiá, 2013).

En este sentido, el arbitraje internacional se ha erigido en la solución preferida por los inversores cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el Estado receptor de la inversión. Para un inversor es de gran atractivo contar con un mecanismo de solución de controversias que logra decisiones finales mediante un procedimiento rápido y flexible, en donde las partes tienen un considerable control sobre el mismo (Franck, 2007a). Cabe resaltar que, en los últimos años la inmensa mayoría de demandas ante el CIADI han sido promovidas por parte de los inversores extranjeros.

## 2.5. Importes económicos onerosos

Los montos de dinero en las controversias entre inversor-Estado suelen ser extremadamente elevados, en promedio superiores a las de los casos de arbitraje comercial. En este sentido, Bolivia argumentó como una justificación para su renuncia al CIADI que es extremadamente caro, pues señaló que el sometimiento de un caso de escasa litigiosidad cuesta alrededor de 3 millones de dólares en pago por los honorarios de árbitros, abogados, centro administrador, expertos, etc. (Rodríguez Jiménez, 2010). El Estado boliviano señala que las transnacionales aprovechan para arrancar indemnizaciones millonarias a los Estados. Un claro ejemplo es el caso de Aguas del Tunari (caso CIADI ARB/02/3), donde se demanda a Bolivia por una cantidad de entre 25 y 100 millones de dólares americanos, cuando la inversión realizada no alcanzó el medio millón. De ahí que las cuantiosas sumas de dinero que conllevan las controversias entre inversores y Estados constituyan a menudo una carga considerable para los gobiernos en cuestión (Salacuse, 2005).

## 3. Ventajas y desventajas del arbitraje internacional

### 3.1. Ventajas

#### A) Despolitizar las controversias entre inversor-Estado

Se abordan dos vertientes frente a la despolitización de las controversias inversor-Estado:

- a) La primera tiene que ver con la posibilidad establecida en muchos de los AI, que permite a los inversores extranjeros recurrir ante un tribunal arbitral internacional para dar trámite y resolver sus reclamaciones contra el Estado receptor de la inversión. En este sentido, resulta evidente la desconfianza de los inversores extranjeros hacia los tribunales internos del Estado receptor de la inversión y queda clara la intención de despolitizar la controversia al recurrir a un foro internacional neutral para las partes.
- b) En muchas ocasiones, las controversias surgidas en materia de inversiones han provocado que algunos Estados actúen en defensa de los intereses de sus nacio-

nales en contra de otros Estados a través de la protección diplomática. En este sentido, el artículo 27.1 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversores entre Estados y nacionales de otros Estados del CIADI señala lo siguiente: «Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo».

La obligación contenida en este artículo es aplicable a todos los Estados contratantes del CIADI, siempre y cuando uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter la controversia a la jurisdicción del centro. El propósito de este artículo radica en otorgar seguridad jurídica necesaria al Estado parte en la diferencia de que no será objeto de reclamaciones paralelas, una por el Estado y otra por el inversor extranjero. Así, se debe evitar que un Estado pueda, paralelamente a un procedimiento de arbitraje, efectuar una reclamación internacional en contra de un Estado receptor de la inversión extranjera, por una diferencia ocurrida con uno de sus nacionales que hubiese invertido en ese Estado, tomando en cuenta que este último hubiese recurrido al centro para resolver tal diferencia.

## B) Garantía de imparcialidad e independencia en la resolución de una controversia

Según el artículo 14.1 del Convenio CIADI, «las personas designadas para figurar en las listas de árbitros deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio».

Para regular lo anterior, la regla 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI<sup>2</sup> exige que los árbitros firmen una declaración, en la cual se establece que no existe razón alguna por la que no deba servir en el tribunal de arbitraje, y que juzgará con equidad y no aceptará instrucción o compensación alguna de fuente distinta a lo dispuesto en la Convención CIADI, en adición a brindar una declaración sobre las relaciones que pudieren existir con las partes.

En este contexto, se ha aclarado que la independencia e imparcialidad se suscita no en abstracto, sino en concreto. En relación con una controversia o parte en particular, una persona puede ser perfectamente capaz de ser independiente, pero ser inelegible en caso de que exista un conflicto de intereses en el caso particular (Schereuer, 2001).

---

<sup>2</sup> Para ver las Reglas de Arbitraje del CIADI, consultar en: <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention>

Un ejemplo pertinente al respecto es el caso promovido por la empresa norteamericana Amco Asia Corporation and others contra la República de Indonesia (Caso CIADI ARB/81/1). En esta controversia, la parte demandada propuso la descalificación del árbitro del demandante con fundamento en que había brindado consultoría fiscal al individuo que controlaba a los demandantes, así como la existencia de un acuerdo de participación de utilidades entre el representante legal de los demandantes y el árbitro. No obstante lo razonable de la preocupación, la propuesta para descalificar fue rechazada, por no considerarse lo suficientemente trascendente ante las circunstancias del caso.

### C) Percepción de un arbitraje rápido, económico y flexible

Uno de los principales motivos para elegir el arbitraje internacional en controversias inversor-Estado es la percepción de rapidez y flexibilidad para los inversores extranjeros. En este sentido, se suele pensar que el arbitraje internacional es una forma adecuada para resolver una controversia, en virtud de evitar la prolongación del conflicto y el consiguiente aumento de los costes.

No obstante, se puede encontrar un caso que lleva casi 20 años en proceso, se trata del caso promovido por don Víctor Pey Casado y la Fundación Salvador Allende contra la República de Chile (Caso CIADI ARB/98/2). En esta controversia los gastos judiciales de la parte demandante ascendieron aproximadamente a 11 millones de dólares americanos; mientras que, para la parte demandada, el monto ascendió a los 4,3 millones de dólares, aproximadamente.

### D) Control de las partes sobre el procedimiento contencioso

El arbitraje internacional permite a las partes ejercer cierto control sobre el procedimiento contencioso, ya que en la mayoría de casos las partes pueden designar a los árbitros según sus conocimientos en el tema en cuestión. En el caso concreto del CIADI, una vez que el secretario general registra la solicitud o demanda y notifica a las partes implicadas al respecto, el artículo 37 del Convenio CIADI señala que se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje. Concretamente, el artículo 37.2 señala que:

(a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según acuerden las Partes, (b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada Parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

En este sentido, el art. 38 del Convenio precisa que:

Si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los noventa días siguientes a la fecha de envío de la notificación del acto de registro, hecho por el secretario ge-

neral conforme al artículo 36.3, o dentro de cualquier otro plazo que las Partes acuerden, el presidente, a petición de cualquiera de estas y, en lo posible, previa consulta a ambas Partes, deberá nombrar el árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados. Los árbitros nombrados por el presidente conforme a este artículo no podrán ser nacionales del Estado contratante Parte en la diferencia, o del Estado contratante cuyo nacional sea Parte en la diferencia.

## E) Laudo arbitral ejecutable

El recurrir al arbitraje internacional se considera en la mayoría de casos eficiente, ya que normalmente asegura un laudo arbitral ejecutable en contra de la parte demandada, por lo general un Estado soberano. Los AI y, en particular, los convenios multilaterales relativos a controversias sobre inversiones preveían el carácter definitivo y vinculante de los laudos arbitrales. Un claro ejemplo de esta eficacia es el mecanismo de ejecución directa de laudos arbitrales del CIADI. La decisión del Tribunal del CIADI es considerada como *res judicata* y no admite revisión por las autoridades de tribunales estatales internos, tan solo a un trámite de verificación de forma en cuanto a su autenticidad y algún otro trámite establecido por el Estado.

El artículo 53.1 de la Convención señala que «el laudo será obligatorio para las Partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio». Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este convenio.

En el caso de anulación de un laudo arbitral, las únicas cinco causales para solicitar este recurso son: (1) que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente, (2) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades, (3) que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal, (4) que hubiere quebrantamiento grave de alguna norma del convenio y (5) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos para llegar a esa decisión.

El artículo 54 de la Convención de creación del CIADI establece que «todo Estado contratante reconocerá al veredicto dictado su carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por este como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal interno de dicho Estado».

En este sentido, el artículo 26.1 de la Convención dice que «salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las Partes al procedimiento de arbitraje conforme este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso». Resulta evidente que los Estados deben acatar los laudos y pagarlos voluntariamente, en caso contrario se prevé la aplicación de los artículos 27 y 64 de la Convención de Washington, que permiten la posibilidad de activar la protección diplomática o acudir a la Corte Internacional de Justicia.

## F) Percepción de legitimidad

La elección de acudir al arbitraje internacional para resolver una controversia inversor-Estado genera una percepción de legitimidad. De ahí que, a lo largo de la historia, el arbitraje se perciba como un mecanismo que apoya el respeto de la supremacía de la ley (Franck, 2005). En definitiva, la legitimidad es una condición que algo ostenta y que implica estar ajustada a la ley vigente. El término legitimidad, desde un punto de vista jurídico y legal, significa que algo, una situación, una circunstancia, o un fenómeno, son correctos y apropiados de acuerdo con los parámetros que los diferentes sistemas de leyes y normas establecen para cada caso. Así, la legitimidad de un acto o de un proceso se hace presente cuando, para llevar tal acto o proceso, se siguen las normas preestablecidas. Ejemplos de este tipo de legitimidad pueden ser la firma de contratos de trabajo, de negocios, de acuerdos internacionales propiamente establecidos según las normas leyes de derecho internacional, etc.

No obstante, el aumento de las controversias inversor-Estado en los últimos años, la imprevisibilidad de las interpretaciones de los AIJ, los altos montos dinerarios en juego, la impugnación de algunos actos de política pública y algunas carencias del propio sistema arbitral han planteado preocupaciones, especialmente a los Estados demandados y en menor medida a los inversores extranjeros. En este sentido, han surgido posiciones reticentes a que se acuda al arbitraje internacional para tocar temas en sectores sensibles de la economía. En el caso de América Latina, las situaciones más radicales las han protagonizado Bolivia, Ecuador y Venezuela, que han abandonado el CIADI, notificando sus denuncias el 1 de mayo de 2007, el 2 de julio de 2009 y el 24 de enero de 2012, respectivamente.

## 3.2. Desventajas

El origen de esa insatisfacción se encuentra en las características inherentes al sistema internacional de arbitraje sobre inversiones, a la vez que refleja las prácticas y experiencias recientes en los casos de solución de controversias entre inversores y Estados. Algunas de las principales desventajas del arbitraje basado en tratados de inversión son las siguientes:

### A) Coste del procedimiento arbitral

Los costes del arbitraje inversor-Estado resultan excesivamente onerosos para las partes. Desde la perspectiva del Estado demandado, este deberá pagar una indemnización monetaria por daños y perjuicios a la parte demandante, también hacer frente a la representación legal debida y según corresponda la complejidad del caso a los peritos necesarios.

Según datos financieros del CIADI, los principales costes a cubrir son los siguientes:

- a) Al registrar una demanda, la parte que solicite el procedimiento arbitral deberá pagar al CIADI un derecho no reembolsable de 25 mil dólares americanos.

- b) Anticipos monetarios. Por lo general cada parte paga la mitad de los anticipos, aunque el tribunal puede ordenar una distribución diferente en cualquier etapa del procedimiento. El primer anticipo se solicita poco tiempo después de la constitución del tribunal y por lo general está en el orden de 100 mil a 150 mil dólares americanos por cada una de las partes implicadas. Los anticipos sirven para cubrir los honorarios y gastos de los miembros del tribunal; cada miembro del tribunal tiene derecho a percibir 3 mil dólares americanos por cada día de reuniones y el reembolso de gastos relativos (viajes, hoteles, comidas y otros). También se paga con los anticipos, según sea necesario, a intérpretes, transcritores, mensajeros o alquileres de salas extras para la celebración de audiencias.
- c) Gastos y derechos administrativos del CIADI. Estos gastos por lo general también se dividen por igual entre las partes. El centro cobra una tasa anual de 42 mil dólares americanos. Este importe cubre el tiempo empleado por todos los miembros del equipo dedicados al caso, incluida la asistencia del secretario durante las audiencias y la administración financiera de la cuenta del caso.

En definitiva, se trata de cantidades difícilmente asumibles, principalmente por estados emergentes o poco desarrollados. En cualquier caso, estos montos suponen una tremenda distorsión para cualquier empeño gubernamental de canalizar recursos públicos para actividades productivas o políticas sociales.

## B) Aumento significativo del plazo medio de resolución de las demandas

En la mayor parte de ocasiones las partes, principalmente la parte demandada, hacen uso de todas las opciones procesales para evitar la ejecución de laudos arbitrales dictados en su contra, lo que evidentemente alarga el proceso. Las partes muchas veces recurren a procedimientos de anulación y otros procedimientos de inadmisión, los Estados recurren casi sistemáticamente a la separación de la jurisdicción y el fondo de una controversia, así como a medidas provisionales.

El promedio de duración de los casos vistos y resueltos definitivamente oscila entre los tres a cuatro años, mientras que el promedio entre la vista oral sobre el fondo de la controversia y la emisión del laudo definitivo tarda 392 días aproximadamente. Estos datos señalan que el plazo necesario para resolver litigios de índole comercial en tribunales u organismos administrativos internos no difiere mucho del que se requiere en el arbitraje basado en los AIJ.

## C) Difíciles de gestionar

Las partes envueltas en controversias inversor-Estado resultan ser meros actores pasivos. Más allá de llegar al acuerdo de someterse al arbitraje y designar a los árbitros, las partes tienen escasa influencia sobre el propio procedimiento arbitral.

## D) Ruptura definitiva entre las partes

En varios casos, se ha comprobado que la situación de llegar al arbitraje internacional en una controversia inversor-Estado termina con la ruptura de la relación entre ambas partes, lo que probablemente sentará un referente negativo tanto al Estado receptor de la inversión como al inversor extranjero. No obstante, llegar a una ruptura definitiva es todo lo contrario a lo que pretenden los Estados cuando adoptan estrategias de promoción activa de las inversiones a fin de establecer relaciones a largo plazo con los inversores extranjeros y fomentar contribuciones dinerarias significativas para el desarrollo económico del Estado receptor. Por otro lado, una ruptura tampoco es ideal para el inversor extranjero, ya que el inversor suele presentarse con interés genuino en obtener utilidades de su inversión, lo que usualmente requiere un largo tiempo de actividad ininterrumpida en términos adecuados para la inversión.

Ante el riesgo de afectar una buena relación de largo plazo con el Estado receptor de la inversión, tanto Estados como inversores extranjeros han comenzado a considerar el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, en particular aquellos de carácter preventivo.

## E) Posibilidad de que se interpongan demandas malintencionadas

El aumento de demandas ante el CIADI, especialmente en América Latina, ha despertado inquietudes, especialmente en los Estados receptores de inversión extranjera ante la posibilidad de que se interpongan demandas frívolas y malintencionadas en su contra. Un claro ejemplo de estas desconfianzas se dio en el caso de Argentina. Como se sabe, entre 2001 y 2002 el país vivió una de las peores crisis económicas de su historia; en este contexto el gobierno argentino adoptó una serie de medidas para menguar la crisis financiera, dentro de estas medidas, congeló las tarifas de los servicios públicos y devaluó la moneda. Acto seguido, el país recibió más de 40 demandas en el contexto del arbitraje internacional. A inicios del 2014, el país había sido condenado a pagar un total de 980 millones de dólares americanos en concepto de indemnización a inversores extranjeros.

## F) Preocupación sobre la legitimidad del sistema arbitral internacional

Muchas de las preocupaciones sobre la legitimidad del sistema de arbitraje internacional están fundadas en la percepción de incoherencia en la interpretación de la jurisprudencia de diversos laudos arbitrales<sup>3</sup>, y también en el hecho de que un tribunal arbitral esté integrado usualmente por tres miembros, que investigan sobre medidas y normas internas y las interpretan en última instancia, a lo que hay que sumarle la inexistencia del recurso de apelación.

---

<sup>3</sup> En este sentido, el Tribunal del CIADI señaló que a pesar de que existen similitudes entre diversos casos, las bases de competencia y las reglas aplicables, cada Tribunal es soberano y puede mantener una solución diferente para resolver un mismo problema.

En este sentido, existe un debate continuo sobre si es conveniente recurrir a tribunales arbitrales para que dictaminen sobre cuestiones relacionadas con políticas públicas, ya que no tienen el mismo nivel de salvaguardia de la responsabilidad y la transparencia que suele exigirse a los tribunales nacionales.

#### G) El arbitraje se centra en el pago de una indemnización por daños y perjuicios

En la actualidad, el arreglo de una controversia mediante el arbitraje internacional se suele centrar por completo en el pago de una indemnización por daños y perjuicios derivada del incumplimiento de las disposiciones de un tratado. En este sentido, el artículo 48.3 del convenio señala que «el laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las Partes al Tribunal y será motivado». Por lo tanto, si las pretensiones de las partes fueron en pago de suma de dinero, esta opción es válida y respetada.

Por su parte, el artículo 54.1 del mismo instrumento normativo, convenio, también señala que «todo Estado contratante reconocerá el laudo dictado conforme al Convenio de carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado». En consecuencia, esta disposición de este artículo indica que los Estados, además de reconocer el laudo dictado, deberán hacer ejecutar las obligaciones pecuniarias derivadas de él.

En términos generales, no se deja espacio para que las partes lleguen a otros acuerdos, por ejemplo, sobre posibles modificaciones de la propia medida para ofrecer otras alternativas de indemnización.

## 4. Las controversias inversor-Estado en el contexto de América Latina

La inversión extranjera se constituyó en América Latina como uno de los pilares fundamentales sobre los que se basó el proceso de apertura económica de la mayoría de Estados. Sin embargo, como era previsible, asociado a la expansión de la inversión extranjera, comenzaron a surgir controversias inversor-Estado.

En este sentido, el arbitraje internacional se instauró como la solución más utilizada ante estos conflictos, y «el CIADI como la institución arbitral más utilizada en el ámbito de las inversiones internacionales, en especial por sus caracteres de autonomía e independencia [...] régimen de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales» (Fernández Masiá, 2010), que ha dado cobijo casi de manera exclusiva a estos procesos. Esto debido a que en la ma-

yoría de AII, algunas normas internas<sup>4</sup> y en varios contratos inversor-Estado, suscritos por los países de América Latina, se estipulaba acudir a esta institución en casos de controversias.

#### 4.1. Base del consentimiento invocada para la solución de controversias ante el CIADI

Las partes pueden consentir someterse al arbitraje internacional del CIADI mediante tres mecanismos diferentes: (a) en un convenio arbitral incorporado en un contrato de inversión celebrado entre las partes, (b) en una estipulación arbitral contenida en un AII, en su forma de TBI o en un capítulo de inversiones de un TLC, (c) mediante la aceptación de una oferta contenida en la legislación del Estado receptor de la inversión extranjera (Kundmüller y Rubio, 2006).

La razón fundamental de la amplia utilización del arbitraje internacional se encuentra principalmente en la marcada proliferación de AII.

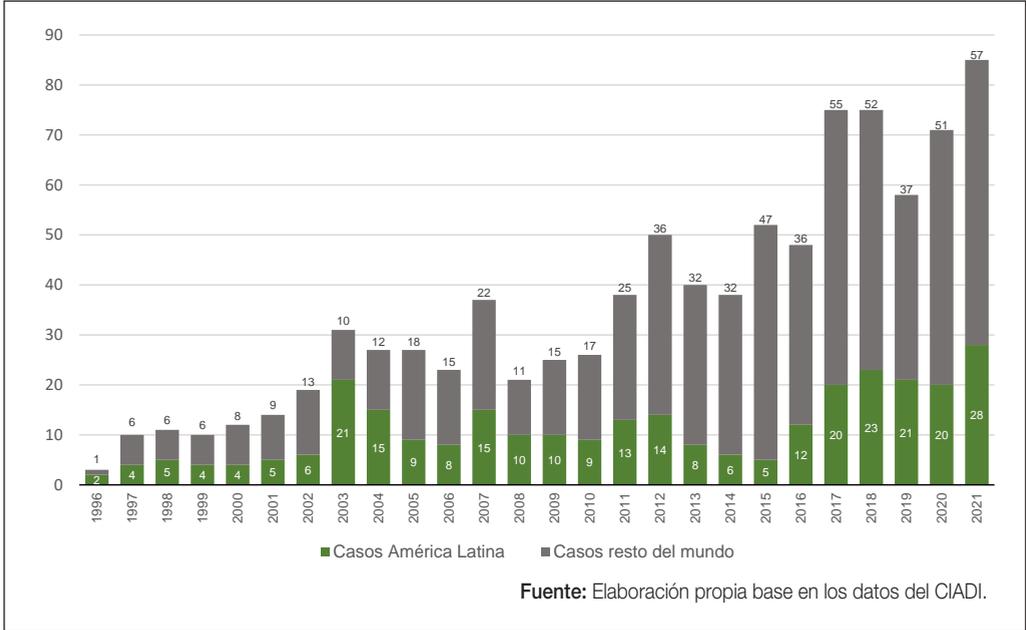
Dentro de los AII se puede encontrar:

- a) Los TBI que se desarrollaron en la década de los años noventa, producto del Consenso de Washington y de la globalización. La mayoría de ellos designa al CIADI como centro de solución de conflictos. Estos tratados constituyen, en la actualidad y a falta de un gran instrumento multilateral, los instrumentos básicos de regulación de la protección jurídica de las inversiones extranjeras. En los mismos y configurándose como una garantía más de protección de inversiones, se incluyen las disposiciones que contemplan los métodos de resolución de controversias entre inversor-Estado. Dentro de estas, la presencia del arbitraje internacional como método de solución preferido y el consentimiento otorgado por los Estados parte a someterse al mismo es casi una constante. En contraparte, los inversores extranjeros manifiestan su consentimiento mediante la solicitud de iniciación del proceso presentada ante el secretario general del CIADI.
- b) Por otro lado están los TLC, que son acuerdos comerciales de carácter vinculante que suscriben dos o más países para reglamentar sus relaciones comerciales, con el propósito de incrementar los flujos de comercio e inversión. Dentro de un TLC existen variados aspectos normativos con respecto al comercio, estos van desde el acceso a nuevos mercados o las inversiones hasta la solución de controversias, entre otros.

---

<sup>4</sup> Un claro ejemplo es la Ley de Inversiones extranjeras de El Salvador, de 14 de octubre de 1999, que conforme al artículo 15 señala que «en el caso de controversias referentes a inversiones surgidas entre inversores extranjeros y el Estado, los inversores podrán remitir la controversia al CIADI».

**Gráfico 1. Número total de casos CIADI registrados por año frente al total de casos CIADI de América Latina**



Como se puede observar, en los últimos 25 años, el CIADI se ha convertido en el principal foro de arbitraje internacional a escala mundial para la resolución de controversias inversor-Estado (Manciaux, 2005), especialmente para los países de América Latina. Es la única institución arbitral en mantener un registro público de todos los casos presentados. Resulta relevante señalar que varios de los Estados latinoamericanos han concentrado el mayor número de demandas inversor-Estado a nivel mundial en los últimos años ante esta institución. En este sentido, y acorde con la apertura económica de los años noventa, la mayor parte de países de la región han suscrito el Convenio CIADI. Excepcionalmente, el último país en suscribir el convenio fue la República Dominicana en el año 2000. En la tabla 1 se recoge el año de adhesión, ratificación y entrada en vigor de este tratado internacional para los Estados latinoamericanos y caribeños en el CIADI.

**Tabla 1. Año de adhesión, ratificación y entrada en vigor de los países de América Latina en el CIADI**

País	Firma	Depósito del instrumento de ratificación	Entrada en vigor
Argentina	21/05/1991	19/10/1994	18/11/1994





País	Firma	Depósito del instrumento de ratificación	Entrada en vigor
Chile	25/01/1991	24/09/1991	24/10/1991
Colombia	18/05/1993	15/07/1997	14/08/1997
Costa Rica	29/09/1981	25/04/1993	27/05/1993
Rep. Dominicana	20/03/2000	--	--
El Salvador	09/06/1982	06/03/1984	05/04/1984
Guatemala	09/11/1995	21/01/2003	20/02/2003
Honduras	28/05/1986	14/02/1989	16/03/1989
Nicaragua	04/02/1994	20/03/1995	19/04/1995
Panamá	22/11/1995	08/04/1996	08/05/1996
Paraguay	27/07/1981	07/01/1983	06/02/1983
Perú	04/09/1991	09/08/1993	08/09/1993
Uruguay	28/05/1992	09/08/2000	08/09/2000
Belice	19/12/1986	--	--
Guyana	03/07/1969	--	--
Haití	30/01/1985	27/10/2009	26/11/2009
Jamaica	23/06/1965	09/09/1966	14/10/1966
Saint Kitts y Nevis	14/10/1994	04/08/1995	03/09/1995
Santa Lucía	04/06/1984	04/06/1984	04/07/1994
S. Vicente y las Granadinas	07/08/2001	16/12/2002	15/01/2003
Trinidad y Tobago	05/10/1966	03/01/1967	02/02/1967

Fuente: Elaboración propia en base a los datos del CIADI.

## 5. Los países de América Latina frente al arbitraje internacional

La literatura al respecto suele considerar tres grandes bloques de países en lo que a actitud frente al arbitraje internacional se refiere. Así, se puede considerar, en primer lugar,

a los dos grandes ausentes del Convenio CIADI: Brasil y México. En segundo lugar, se encuentran los países que si bien un día fueron Estados contratantes del Convenio CIADI, hoy en día, por razones principalmente políticas, están fuera. Por último, se encuentran el resto de países contratantes.

## 5.1. Los dos grandes ausentes

### A) Brasil

Brasil es un Estado que tiene una economía bidireccional, es decir, posee muchas inversiones fuera de sus fronteras (especialmente en África y algunos países de América Latina) y a la vez recibe un gran flujo de inversión extranjera. En 2015, la inversión extranjera representó el 4,2 % del PIB del país. Ante este gran volumen de inversión extranjera y las posibles controversias que pudiesen surgir, Brasil no ha ratificado ningún TBI que contenga cláusulas de arbitraje involucrando al Estado, ni es parte del Convenio CIADI. Entre 1994 y 1999, Brasil suscribe 14 TBI<sup>5</sup> con diversos Estados. En este sentido, 6 de estos acuerdos llegan al Congreso brasileño, no son aprobados y en marzo de 2002, bajo el mandato del presidente Fernando Henrique Cardoso, se creó un grupo de trabajo interministerial que determina la conveniencia de retirar dichos acuerdos internacionales pendientes de aprobación congresal (Actis, 2014).

Según Stephen Krasner (1983), «los Estados, como actores internacionales, forman parte de un régimen siempre que perciban una reciprocidad de intereses o relación ganar-ganar». En este sentido, el gobierno brasileño, al analizar el contexto en el que se encuentra ante el sistema de solución de controversias internacional no estima que los beneficios de estar incorporado a instituciones como el CIADI sean mayores a los actuales, por lo que eligen estar fuera del sistema. No obstante, existe un grupo de empresarios brasileños a los que les gustaría que su gobierno suscriba algunos TBI, ya que realizan inversiones en países como Angola, Nigeria, Mozambique y Sudáfrica, y tienen la percepción de cierta fragilidad jurídica en los mencionados Estados (Bas, 2015).

### B) México

Como se sabe, México es uno de los Estados más importantes en cuanto a desarrollo económico en América Latina, ello debido en gran parte al flujo de inversiones extranjeras posicionadas en el país. También cabe señalar que México es una de las naciones de

---

<sup>5</sup> Los TBI suscritos fueron con: Alemania, Bélgica y Luxemburgo, Chile, Corea, Cuba, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suiza y Venezuela.

América Latina más demandada ante el Tribunal del CIADI, aunque no es contratante del Convenio CIADI.

No obstante, México tiene suscritos y ratificados una veintena de TBI<sup>6</sup> con sus principales socios inversores y también es parte del TLCAN. Estos AII le permiten acceder a diferentes sistemas alternativos de solución de controversias (CIADI mediante su mecanismo complementario<sup>7</sup> y CNUDMI a través de un sistema de arbitraje *ad hoc*). Cabe resaltar que el procedimiento vía mecanismo complementario se rige por sus propias normas, y que «el éxito e importancia del Mecanismo Complementario radica en el considerable número de AII que lo consideran entre su articulado como un eventual mecanismo alternativo de solución de controversias, así como en los contratos en los que se llegue a estipular dicho procedimiento» (Rodríguez Jiménez, 2009).

En este contexto, cabe resaltar algunos rasgos distintivos dentro del mecanismo complementario que inciden en el propio laudo arbitral y, en su caso, en el recurso de anulación. Con respecto al primero de ambos, conviene destacar en primer lugar que el laudo, con base en el convenio, debe ser reconocido como obligatorio por todos los Estados contratantes del mismo, quienes han de ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas, como si de una sentencia suya se tratara. Por su parte, el laudo dictado por el mecanismo complementario no tiene por qué ser reconocido por los Estados contratantes del Convenio de Washington, lo que supone que el laudo dictado conforme al convenio tiene muchas más posibilidades de reconocerse y ejecutarse en los Estados que han firmado y ratificado el convenio. Por su parte, en el laudo dictado mediante el mecanismo complementario en orden a asegurar la más amplia posibilidad de reconocimiento internacional y ejecución, los procedimientos arbitrales han de ser desarrollados en Estados que sean parte del Convenio de Nueva York de 1958, sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Rodríguez Jiménez, 2009). En segundo lugar, debe recordarse que el laudo del mecanismo complementario no estará aislado, en la fase de reconocimiento y ejecución, del derecho nacional, estando regido en este aspecto por el derecho del foro, incluyendo así los convenios internacionales aplicables. Respecto al recurso de anulación, el laudo emitido conforme al mecanismo complementario podrá ser anulado por el tribunal de la sede del arbitraje. En este sentido un claro ejemplo lo constituye el caso CIADI ARB(AF)/97/1 Metalclad contra México, cuyo procedimiento de anulación fue conocido por el juez Tysoe en el seno de la Corte Suprema de la Columbia Británica en Canadá, a diferencia de los casos tradicionales del CIADI, que acuden a una sede arbitral neutra.

<sup>6</sup> En la lista se encuentran: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Corea, Cuba, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Bélgica-Luxemburgo y Uruguay.

<sup>7</sup> La creación del Mecanismo Complementario del CIADI nació para dar respuesta a numerosas solicitudes particulares y gubernamentales que pedían que los servicios de arbitraje estuvieran disponibles también para Estados no contratantes del convenio.

## 5.2. Los rebeldes del CIADI: Bolivia, Ecuador y Venezuela

El artículo 71 de Convenio CIADI señala que «todo Estado Contratante podrá denunciar el Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efectos seis meses después del recibo de dicha notificación». Los primeros Estados en denunciar el Convenio CIADI en América Latina fueron Bolivia, Ecuador y Venezuela, los cuales y también están en el proceso de denunciar varios de los AIJ en vigor.

La salida de estos Estados del Convenio CIADI se traduce en el abandono de un sistema legal e internacional de solución de controversias, ya que, en el entendimiento de estos Estados, los costes de permanecer en CIADI son mayores que los beneficios de permanecer fuera de él. El caso de Ecuador es de peculiar interés por los precedentes y opciones que presenta. El 4 de diciembre de 2007, la ministra de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador envió una carta dirigida a la secretaria general del CIADI en la que se señalaba que

la República de Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del CIADI, las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador con eficacia inmediata a partir de esta fecha.

Como consecuencia de esta misiva y de la política renovadora del expresidente Rafael Correa, el 2 de julio de 2009, Ecuador denuncia oficialmente el Convenio CIADI. A su vez, revisa, reestructura y denuncia una serie de AIJ, dentro de los que destaca el suscrito con Estados Unidos en 1997, ya que este sirvió de base para varias demandas en contra del país. En este sentido, en el periodo de 2001 al 2009, el Estado ecuatoriano ha sido demandado 14 veces ante el Tribunal del CIADI. Coincidentemente, Ecuador recibió la última demanda en el año que decidió denunciar el Convenio CIADI. En este sentido, respecto a las demandas pendientes de resolver, el gobierno ecuatoriano se ha planteado constituir diferentes mesas de trabajo para renegociar los contratos con las multinacionales y llegar a un entendimiento pacífico y equitativo para ambas partes (Rodríguez Jiménez, 2009).

En el año 2013, el gobierno ecuatoriano creó la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA). Esta comisión se encuentra conformada por expertos en materia de inversiones y derecho internacional provenientes de instituciones estatales y de la sociedad civil. Las funciones de CAITISA son analizar los AIJ y todos los instrumentos internacionales relativos a inversiones que obliguen a Ecuador, así como

las normas de arbitraje internacional y los casos contra el Estado ecuatoriano (Bas, 2015). Con estos referentes y a iniciativa del gobierno ecuatoriano, desde 2009 se ha impulsado la creación de un organismo regional de solución de controversias en materia de inversiones en el ámbito de la UNASUR. Ecuador ha propuesto que este sistema de solución de controversias alternativo al CIADI incluya un centro de arbitraje, un centro de asesoría legal y un código de conducta para árbitros.

El otro caso es el de Venezuela. Como es bien conocido, en la actualidad el país se encuentra inmerso en una difícil coyuntura política, económica y social. En el marco de esta situación alargada en el tiempo, se sabe que la República Bolivariana de Venezuela, al mando del expresidente Hugo Chávez, denunció el Convenio del CIADI el 24 de enero de 2012; desde entonces la actitud gubernamental continúa siendo contraria al arbitraje de inversiones y propulsora de una corriente nacionalizadora única en la historia del país (Hernández Bretón y Esis Villarroel, 2010).

### 5.3. El grupo heterogéneo

El tercer grupo de Estados lo comprenden Argentina, Chile, Colombia, Paraguay, Perú, Uruguay, Costa Rica y Panamá, además de algún otro país centroamericano. Estos países siguen la tendencia de suscribir TBI y ser partes contratantes del Convenio CIADI.

Un caso destacable para analizar es el de Argentina ya que, como ya ha sido avanzado, es el Estado con mayor número de demandas interpuestas ante el tribunal arbitral del CIADI. No obstante, estas se dieron principalmente en el periodo de gran crisis económica que experimentó el país, lo que, a su vez, perjudicó sobremanera a las inversiones extranjeras y causó en cierta medida la avalancha de demandas contra el país. En este contexto, era tan mala la situación del país que se llegó a comparar la crisis argentina con una «invasión militar». Estas afirmaciones se dieron en medio del proceso del caso LG&E a través de un tribunal arbitral conformado por Tatiana de Maekelet, Francisco Rezek y Albert Jan Van den Berg, lo que implicó reconocer «el estado de necesidad en que se vio inmerso el Estado argentino».

La coyuntura respecto a las demandas internacionales contra Argentina llegó a ser tan preocupante, que el gobierno del país se planteó diferentes alternativas para evitar perder millones de dólares americanos en indemnizaciones a inversores privados. La primera medida consistió en la idea de crear un foro nacional para la administración de las disputas relativas a inversiones con inversores extranjeros, la segunda y la más difundida públicamente fue declarar inconstitucional la Ley 24.353 de 28 de julio de 1994, por la que Argentina se incorporaba al CIADI, y la tercera y última se fundamentaba en renegociar en bloque los contratos internacionales por los cuales se recibe capital extranjero en la República Argentina. Hasta el momento, la opción seguida por el gobierno argentino ha sido la de renegociar los contratos internacionales y buscar desistimientos por parte de las empresas

que ya han demandado. En este orden de ideas se señala que «de 41 causas presentadas, menos de la mitad continuaron en trámite», por lo que hasta el 2007 se llegaron a paralizar el 40 % de los reclamos. Bajo este marco, cabe resaltar que las empresas que retiraron su demanda fueron: las españolas Gas Natural Ban y Telefónica, SA, la americana Pioneer Natural Resources, la francesa *France Telecom*, Aguas Cordobesas, Aguas de Santa Fe, Telecom, Edenor, Edesur, Enersis, Camussi, Transpa, SA y RGA Reinsurance Company (Rodríguez, Jiménez, 2009).

Otro caso interesante de considerar es el de Chile. En los últimos años el país ha experimentado un crecimiento económico significativo. Desde los años 70, una de las políticas fundamentales del gobierno chileno fue la atracción de inversor extranjera, lo que contribuyó al destacado crecimiento económico de Chile a nivel mundial. El punto de partida para el establecimiento de normas a favor de los inversores extranjeros se dio en 1974, bajo el mandato del expresidente Augusto Pinochet, quien dictó el Decreto Legislativo 600 con respecto a la inversión extranjera, para «dar un trato igualitario a los inversores extranjeros; libre acceso a los mercados nacionales y la casi total prescindencia del Estado en relación con las actividades relacionadas con empresas extranjeras» (Muñoz, 2003).

En este sentido, Chile implementó una política internacional activa. A lo largo de los años, el gobierno chileno propició la celebración de una gran cantidad de acuerdos con otros Estados, llegando a ser el país con más AII suscritos en América Latina. Estos AII perseguían una doble finalidad: en primer lugar, contribuir a la apertura comercial entre Estados, así como también reducir los costes y diversos inconvenientes que se generan por las transacciones en materia de comercio internacional, como por ejemplo determinar las normas aplicables en la solución de conflictos en materias de inversión extranjera (Sáez y Valdés, 1999). El gobierno chileno, mediante Decreto Supremo 1.304 de 1991, se adhirió al Convenio CIADI como mecanismo de solución de controversias. En este sentido, el gobierno chileno manifiesta su preocupación no solo por las posibles contingencias económicas que pudieran devenir de controversias que pueden surgir con los inversores extranjeros, sino que también se preocupa por que la imagen de Chile quede dañada, ya que, como se sabe, se declara como una economía abierta, receptora de inversión extranjera y sobre todo como un Estado que tiene una vocación de respeto a sus acuerdos internacionales mediante la seguridad jurídica respectiva (Jequier Lehuédé, 2010).

El primer caso registrado contra Chile fue el iniciado por don Víctor Pey Casado y la Fundación Salvador Allende (ARB/98/2). En este caso se demandó a Chile por la confiscación de dos empresas periodísticas en 1973 y 1975, el mismo que fue conocido como el caso Clarín, y que guarda relación con el actual diario *El Clarín* de Chile, uno de los más conocidos del país. En este caso, el Tribunal del CIADI condenó al Estado chileno a pagar a los demandantes más de 10 millones de dólares americanos. Se puede concluir que Chile constituye un caso paradigmático en América Latina respecto a la aceptación de inversión extranjera y a la buena disposición para la acogida y aplicación del arbitraje internacional.

## 6. Un análisis de las controversias inversor-Estado en América Latina

### 6.1. América Latina a la cabeza de las demandas inversor-Estado ante el CIADI

El CIADI es la única instancia arbitral internacional que cuenta con un registro público de casos. A pesar de que el Convenio CIADI fue establecido en 1966, el primer caso iniciado ante este Tribunal se dio el 13 de enero de 1972, las empresas Holiday Inn, SA de Suiza y la Occidental Petroleum Corp. de Estados Unidos contra el Reino de Marruecos (Caso ARB/72/1). Desde ese entonces y hasta el 2021, se han podido contabilizar un total de 926 casos registrados al amparo del Convenio CIADI y el Reglamento de Mecanismo Complementario de la misma institución.

En el contexto de América Latina, la primera demanda iniciada contra un país de la región fue el registrado el 22 de marzo de 1996 ante el CIADI. La Compañía del Desarrollo de Santa Elena, de nacionalidad costarricense, demandó al Estado de Costa Rica por un tema del sector turismo (caso ARB/96/1). En este sentido, desde 1996 hasta 2021, existen 297 demandas registradas ante el CIADI contra países de América Latina. No obstante, cabe señalar que tres de ellas son casos de CNUDMI llevados por el CIADI: UNCT/13/1 (Perú), UNCT/13/2 (Costa Rica) y UNCT/15/3 (Costa Rica).

Como se puede observar en el tabla 2, Argentina es el Estado con más demandas en su contra, en total 56. Venezuela es el segundo país con más demandas, un total de 50. En tercer lugar, se encuentra Perú, con 40 demandas. En los últimos años, y por diferentes causas económicas, políticas y sociales, se puede observar que la cantidad de demandas inversor-Estado se han incrementado considerablemente en la región. También se ha de resaltar que en los últimos cuatro años, Perú y Colombia han incrementado de manera significativa las demandas contra ellos.

Al respecto, resulta peculiar resaltar que el caso más antiguo y pendiente de resolución es el promovido el 20 de abril de 1998 por D. Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende contra la República de Chile (caso ARB/98/2), el mismo que se fundamentó en el TBI suscrito entre Chile y España en 1991.

### 6.2. Base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI

Como se puede observar en el gráfico 2, según la información que se ha podido obtener con base en los datos ofrecidos por el CIADI, desde 1996 hasta el 2021 se registran un total de 297 casos que tienen a algún país de América Latina como protagonista. De ellos, 255 se encuentran fundamentados en diversos AIJ (de los cuales 202 en TBI, 42 en TLC, 10 en DR-

CAFTA, y finalmente 1 basado en el Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Panamá de 2007), 31 de ellos basados en contratos inversor-Estado, 11 basados en la Ley de Inversiones de Venezuela de 1999 y 1 en la Ley de Inversiones de El Salvador de 1999<sup>8</sup>.

Gráfico 2. Bases del consentimiento invocadas para establecer la jurisdicción del CIADI

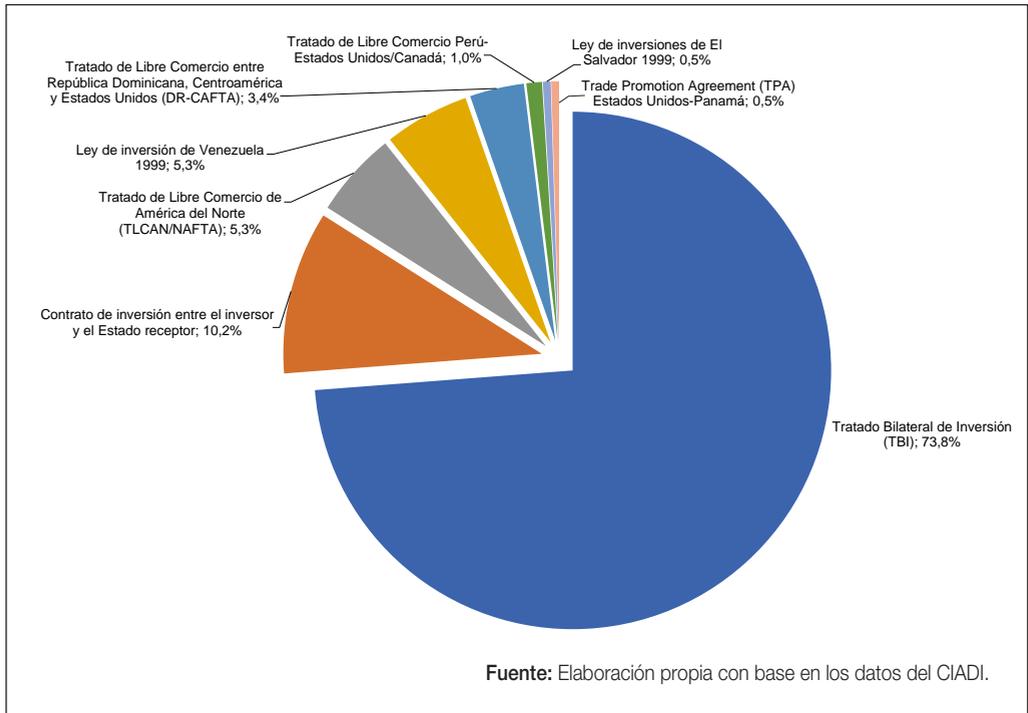


Tabla 2. Carga de casos CIADI por países

Argentina	Bolivia	Colombia	Costa Rica	Chile	Ecuador	El Salvador	Guatemala	Honduras
1996			1					

<sup>8</sup> Esta distribución es análoga a la que podemos encontrar a nivel mundial, donde el 59,8% de los casos está fundamentado en TBI, el 3,5% se fundamenta en diversos TLC, el 16,7% se fundamenta en contratos inversor-Estado, el 9,5% se fundamenta en la Ley de inversiones del Estado receptor y el 9,8% se fundamenta en otro tipo de tratados. Esta información se puede consultar en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>



	Argentina	Bolivia	Colombia	Costa Rica	Chile	Ecuador	El Salvador	Guatemala	Honduras
1997	2								
1998	1				1				
1999	2								1
2000									
2001	3				1	1			
2002	4	1				1			
2003	17					1	1		
2004	8				1	1			
2005	4					2			
2006		1				3			
2007	5	1		1				1	1
2008	2			2		4			
2009	1			1		1	2	1	1
2010		1						1	
2011									
2012	1			1					
2013				2			1		
2014	1			1					
2015	2			1					
2016			3						
2017	1				1				
2018		1	6					1	1
2019	2		3	1		1			
2020			3	1				1	
2021			2	1	2		1	2	
<b>Total</b>	<b>56</b>	<b>5</b>	<b>17</b>	<b>13</b>	<b>6</b>	<b>15</b>	<b>5</b>	<b>7</b>	<b>4</b>



	México	Nicaragua	Rep. Dominicana	Panamá	Paraguay	Perú	Uruguay	Venezuela
1996								1
1997	2							
1998	1				1	1		
1999	1							
2000	2							2
2001								
2002	1							
2003						2		
2004	4							1
2005	2							1
2006		1		1		1		1
2007					2	1		3
2008								2
2009	1							2
2010						2	1	4
2011						3		10
2012	1					2		9
2013	1			1		2		1
2014			1	1		1		1
2015	1			1				
2016	1			3		1	1	3
2017	3	1		1		2		2
2018	1		1			5		3
2019	3			1		2	2	3



	México	Nicaragua	Rep. Dominicana	Panamá	Paraguay	Perú	Uruguay	Venezuela
2020	4		1	3		6		1
2021	3			1		9		
<b>Total</b>	<b>32</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>13</b>	<b>3</b>	<b>40</b>	<b>4</b>	<b>50</b>

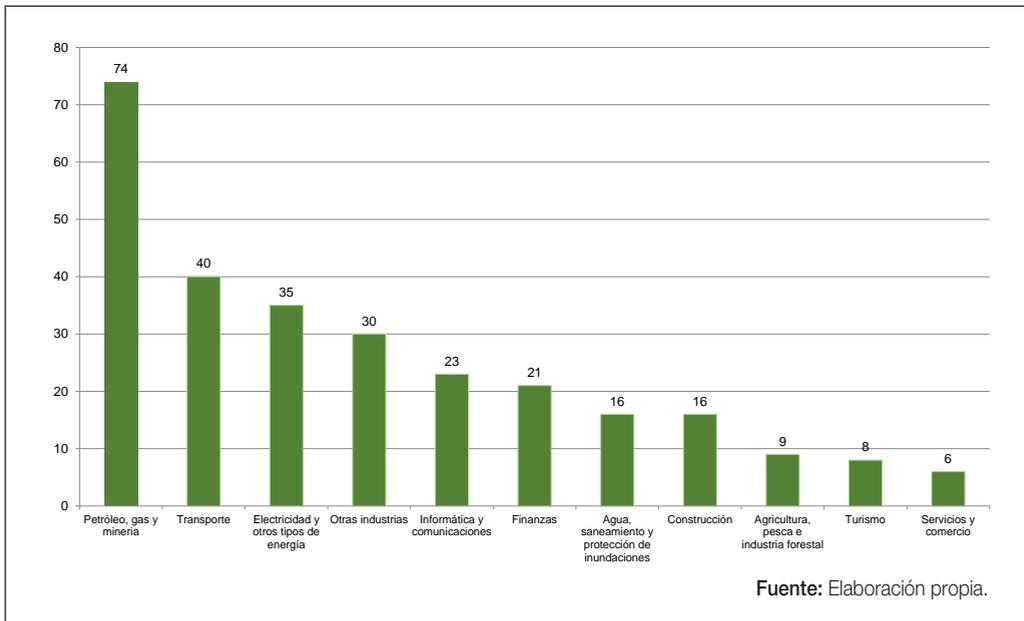
**Nota:** El total de casos que tienen a algún país de América Latina como protagonista es 297. En la presente tabla se registran un total de 275 casos, debido a que no se han incluido los paraísos fiscales.

**Fuente:** Elaboración propia con base en los datos del CIADI.

### 6.3. Distribución por sectores de la economía de las inversiones en América Latina

Según el gráfico 3, se puede observar que los casos más numerosos los han promovido empresas que se encuadran en sectores extractivos, como el petróleo, el gas y la minería, con 74 casos. También es reseñable la importancia del sector transporte (40 casos) y el de suministros (35 casos).

Gráfico 3. Distribución por sectores de la economía de las inversiones en América Latina



## 6.4. Resultados de los procedimientos iniciados ante el CIADI

Cabe señalar que en estos resultados se incluyen tanto los procedimientos de arbitraje bajo el Convenio CIADI como los iniciados bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. En este sentido, el tribunal competente emitió laudo declinando su jurisdicción en 59 casos, dictó laudo dando lugar parcial o totalmente a las reclamaciones en 40 casos y dio laudo dando lugar a todas las reclamaciones planteadas en 12 casos.

Por su parte, la terminación del procedimiento a solicitud de ambas partes se dio en 18 casos, la terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes se dio en 16 casos, la terminación del procedimiento por falta de pago del anticipo requerido se dio en 8 casos, el proceso concluyó por acuerdo de avenimiento incorporado en el laudo a solicitud de las partes en 4 casos; finalmente la terminación del procedimiento por abandono de la instancia se dio en 3 casos.

## 6.5. Árbitros nombrados en los casos CIADI

Según el artículo 37.2 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del CIADI, existen dos modalidades para la constitución del Tribunal:

- a) El tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las Partes.
- b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte, y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo.

En este sentido, se ha podido analizar, de acuerdo a la base de datos de casos del CIADI, que:

- a) En 113 casos en que algún país de América Latina se ha visto inmerso, a la hora de escoger árbitros, las partes han optado por participar directamente en la elección de árbitros (art. 37.2.a).
- b) En 122 casos, el tribunal de arbitraje CIADI fue quien designó a los árbitros del caso correspondiente (art. 37.2.b).

También resulta interesante saber que los árbitros que han intervenido en las controversias entre empresas extranjeras contra algún país de América Latina han provenido de diferentes regiones. En la tabla 3 se recoge la distribución de los nombramientos por región geográfica:

Tabla 3. Distribución geográfica de los nombramientos arbitrales

Europa Occidental	América del Norte (Canadá, Estados Unidos y México)	América del Sur	Centroamérica y el Caribe	Oriente Medio y África del Norte	Europa Oriental y Asia Central	Asia del Sur y Oriental y el Pacífico
218	127	97	19	8	6	4

Fuente: Elaboración propia con base en los datos del CIADI.

En la práctica, la mayoría de los árbitros que han intervenido en casos en los que una de las partes ha sido un país de América Latina «proceden de importantes despachos de abogados especializados en el arbitraje internacional, mayoritariamente ubicados en Europa Occidental y América del Norte» (Franck, 2007b). Si se pone énfasis en su nacionalidad, cabe resaltar que los países de origen de los árbitros en su mayoría son: 58 estadounidenses, 52 españoles, 49 franceses y 36 canadienses. En este sentido, también es importante señalar que los árbitros latinoamericanos participaron del siguiente modo: 36 argentinos, 33 mexicanos, 20 colombianos y 16 chilenos.

## 6.6. Firmas de abogados más utilizadas

Los países de América Latina han utilizado en varias ocasiones para su defensa los servicios de diversos estudios de abogados internacionales. Según los datos de la base de datos de los casos del CIADI, los más utilizados han sido Foley&Hoag (Estados Unidos), que solo patrocina Estados, White&Case (Estados Unidos), Arnold&Porter (Estados Unidos), Dechert, Sidley Austin (Estados Unidos), Foley&Hoag (Estados Unidos), Curtis Mallet (Estados Unidos), Fheshfields Bruckhaus Deringer (Reino Unido), King&Spalding (Estados Unidos), etc.

Cabe resaltar que tanto Arnolds&Porter como White&Case también han patrocinado a algunas empresas ante el CIADI. Algunas firmas internacionales de abogados suelen subcontratar los servicios de estudios de abogados del país involucrado en una controversia; se ha podido detectar el caso de la firma internacional Dechert (caso CIADI ARB/10/2) de Perú y (caso CIADI ARB/15/14) de Panamá.

Según Cecilia Olivet y Pia Everhardt<sup>9</sup>, investigadoras del Observatorio Corporativo Europeo, existe un negocio dominado por un selecto grupo de firmas internacionales de abogados, que incitan a las corporaciones a demandar a los Estados. En algunos casos, los abogados

<sup>9</sup> Eberhardt, P. y Olivet, C., «Abogados y Árbitros ganan millones con las demandas inversor-Estado», *Observatorio Corporativo Europeo*, <https://corporateeurope.org/es/pressreleases/2013/abogados-y-arbitros-ganan-millones-con-las-demandas-de-inversores-estados>

de las partes también actúan como árbitros, además de ser académicos investigadores, asesores gubernamentales e incluso tener vínculos comerciales con las empresas demandantes.

Uno de los casos más emblemáticos que grafica una demanda supuestamente incitada es la iniciada por la empresa suiza tabacalera Philip Morris Brand Sàrl contra la República de Uruguay (caso CIADI ARB/10/7). En este caso, el gobierno uruguayo, por bienestar sanitario, aumentó la imposición tributaria a los cigarrillos, prohibió fumar en lugares públicos y obligó a las empresas tabacaleras a poner advertencias sanitarias en cuanto al peligro de fumar en sus cajetillas y publicidad en general. Estas medidas de orden sanitario fueron suficientes para demandar al país. En este caso el tribunal respectivo, a pesar de no ordenar una indemnización a favor de Philip Morris, señaló que la República de Uruguay debía pagar la mitad de los costes de honorarios legales, tribunal arbitral y gastos administrativos del CIADI, monto que ascendía a 3.750 millones de dólares americanos.

## 7. Otras perspectivas para el arbitraje

### 7.1. La Unión de Naciones Suramericanas

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) aprobó su tratado constitutivo el 23 de mayo de 2008, en el que se designó como sede permanente de la secretaría general a Quito, Ecuador, y sede de su parlamento a Cochabamba, Bolivia. Son Estados miembros de UNASUR: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

En diciembre de 2010, en una reunión de los ministros de asuntos exteriores de los países miembros de UNASUR, en Guyana, se decidió que Ecuador presidiese un grupo de trabajo denominado «mecanismo para la solución de controversias en materia de inversiones en el marco de UNASUR» (Fernández Masiá, 2010). Después de algunas otras reuniones, Ecuador presenta una propuesta que contempla tres acciones para la solución de controversias de los Estados contratantes de UNASUR:

- a) La creación de un centro de asesoría legal en materia de inversiones.
- b) La adopción de un código de conducta para los miembros de los procesos de manejo de conflictos y tribunales arbitrales del centro de arbitraje de UNASUR.
- c) La elaboración de un reglamento del centro de solución de controversias de UNASUR<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Los documentos relativos al Mecanismo para la Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el Marco de UNASUR se encuentran disponibles en: <http://docs.unasursg.org/latest-documents>

Una de las funciones del centro de asesoramiento sería proporcionar información, orientación, apoyo y representación legal ante cualquier foro internacional con el propósito de impedir, comprender, gestionar y resolver cualquier tipo de controversia relativa a las inversiones extranjeras. La falta de preparación de muchos de sus funcionarios en estos temas supone el tener que buscar asesoramiento jurídico en firmas internacionales de abogados, lo que implica, entre otras cosas, que los costes de acudir al arbitraje internacional sean sumamente onerosos para las arcas de los Estados. En este sentido, el centro de asesoramiento estaría abierto en un principio únicamente a los Estados miembros de UNASUR, aunque posteriormente podría admitir la participación de otros Estados de América Latina e incluso terceros.

En cuanto a la adopción de un código de conducta para los árbitros del centro, se debe a la intención de contar con un sistema de solución de controversias eficiente, independiente e imparcial. Esto en clara contraposición respecto a las críticas que tiene el actual sistema de solución de controversias internacional, concretamente el CIADI.

Respecto al reglamento, destacan los siguientes puntos:

- a) Se restringe el ámbito competencial del arbitraje, ya que se excluyen las diferencias en materia de salud pública o medio ambiente.
- b) Se prevé la posibilidad de que los Estados puedan requerir la obligación de agotar las instancias internas.
- c) Se modifica el proceso de designación de árbitros, pues en caso de desacuerdo se realizará un sorteo.
- d) Se admite el recurso de apelación.
- f) Se fijan reglas sobre transparencia de los procedimientos arbitrales.

## 7.2. La alianza bolivariana para los pueblos de nuestra América

La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) es una organización internacional de ámbito regional, cuyos objetivos principales son la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Actualmente se encuentra conformada por Venezuela, Cuba, Bolivia, Nicaragua, Dominica, Ecuador, San Vicente y las Granadinas, Antigua y Barbuda, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves y Granada.

El 22 de abril de 2013, se reunieron en Guayaquil (Ecuador) representantes de los distintos Estados miembros de ALBA, para analizar en qué medida los intereses de las empresas transnacionales influyen en los Estados (Burch, 2013). En la declaración final de la reunión se ha propuesto la creación, como una instancia política permanente, de un comité ejecutivo de la Conferencia Ministerial de los Estados Latinoamericanos afectados por intereses transnacionales, y como una instancia de apoyo, un observatorio internacional.

Dentro de las funciones del comité ejecutivo se contemplan: el diseño de acciones conjuntas en el ámbito jurídico, compartir alertas sobre disputas judiciales que impliquen a cualquiera de los Estados miembros, coordinar la defensa conjunta frente a las posibles demandas mediante la creación de equipos legales de expertos internacionales, y diseñar campañas de comunicación que puedan servir de contrapeso a las estrategias de comunicación emprendidas por las multinacionales en la difusión de los distintos aspectos legales, económicos y sociales de las controversias que se puedan plantear.

Por su parte, el observatorio tiene como objetivos: dar cuenta del desarrollo de los posibles litigios, proponer mecanismos para la reforma de las instancias arbitrales existentes y potenciar formas alternativas de solución de controversias, así como realizar estudios y actividades que puedan servir a los Estados como apoyo en sus actuaciones ante los tribunales arbitrales.

Junto a la creación de estas dos nuevas instituciones, la Declaración de los Principios Fundamentales de ALBA señala su apoyo a «la constitución y puesta en marcha de instancias regionales para la solución de controversias en materia de inversiones, que garanticen reglas justas y equilibradas al momento de dirimir conflictos entre empresas transnacionales y Estados». En el preámbulo de la declaración se señala que «los recientes acontecimientos en diversos países de la región latinoamericana, relativos a disputas entre Estados y empresas transnacionales, han demostrado que persisten casos de fallos violatorios del derecho internacional y de la soberanía de los Estados, así como de su institucionalidad jurídica, debido al poder económico de ciertas empresas y a las deficiencias de los sistemas internacionales de solución de controversias en materia de inversiones, hechos que deben ser evaluados a profundidad por los Estados en espacios intergubernamentales establecidos para estos efectos».

En este sentido, la declaración de ALBA promueve la retirada conjunta de los Estados miembros de ALBA y a su vez contratantes del Convenio CIADI. También promueve la denuncia de los AI suscritos entre Estados miembros de ALBA y Estados que supuestamente van en contra de los intereses de los países más pobres y menos desarrollados. A su vez, promueve el replanteamiento de cumplimiento y ejecución de laudos emitidos por el CIADI que involucren a países de América Latina y, como último punto, propone establecer un centro de arbitraje regional.

## 8. Conclusiones

El desarrollo económico de Latinoamérica en las últimas décadas ha estado sustentado, entre otras causas, en la capacidad de muchos de sus gobiernos para emprender reformas legislativas que permitieran una mayor atracción de la inversión extranjera. La seguridad jurídica se ha convertido en un elemento clave para garantizar el éxito de dichas operaciones.

En este contexto, la mayor parte de países en la región se han servido de la firma de All de diversa índole, los cuales han canalizado dichas inversiones, revertiendo en una sustancial mejora económica. Sin embargo, no es menos cierto que la región se caracteriza, lamentablemente, por un alto índice de volatilidad institucional, que ha obligado a incluir en dichos All diversos mecanismos de resolución de controversias. Las controversias inversor-Estado tienen unas particularidades que se derivan de los diferentes intereses de las partes y, en muchos casos, el carácter internacional de la inversión. En este sentido, el arbitraje, especialmente aquel que facilita el CIADI, se ha constituido como la herramienta preferida para solucionar dichas controversias, lo cual no está exento de problemas.

El arbitraje internacional supone, en parte, una cierta cesión de la soberanía jurisdiccional de un país. Este aspecto es especialmente relevante en una región como la latinoamericana, donde diversos gobiernos han puesto en cuestión dicho sistema en los últimos años. Por otro lado, si bien el CIADI provee de un foro *a priori* objetivo para dirimir las controversias, no es menos cierto que la percepción es que muchas veces no se alcanza un acuerdo satisfactorio para el país involucrado.

Gracias al trabajo de campo realizado, analizando la información que proporciona la base de datos de casos del CIADI, se puede concluir, en primer lugar, que se hace necesario que los All sean más claros a la hora de señalar en base a qué casuística se terminará por acudir al arbitraje internacional. Se ha detectado que los procesos son muy largos y costosos, especialmente por las discrepancias que surgen entre las partes en cuanto a los mecanismos que deben regir el procedimiento de arbitraje.

Por otro lado, como hemos señalado, en la mayor parte de controversias surgidas entre empresas y Estados se ha optado por acudir al CIADI. Empero, se constata que hay varios Estados que consideran que sus resoluciones no son equitativas. Además, el CIADI es visto con razón como un organismo de parte (los datos muestran que los árbitros y equipos de abogados involucrado son, casi siempre, los mismos), lo que puede restar credibilidad tanto al procedimiento como al laudo final. Es un hecho que, en un número no desdeñable de ocasiones, se llega a un acuerdo entre las partes sin necesidad de laudo arbitral. En este sentido, se hace necesario implementar diversidad de foros arbitrales regionales y más confiables para los países de América Latina con el propósito de ofrecer un mecanismo de resolución de conflictos objetivo e imparcial.

Por último, hemos de señalar que los gobiernos deben realizar una mejor gestión en lo que a captación de inversiones se refiere. La mayoría de los casos registrados ante el CIADI contra gobiernos latinoamericanos están relacionados con sectores estratégicos (gas, petróleo, minería, etc.), lo que introduce un elevado nivel de incertidumbre. Se requiere de unos marcos normativos más estables que favorezcan un entorno empresarial claro y eviten el tener que acudir a los procesos de arbitraje. En última instancia, si bien el arbitraje es una herramienta útil y en ocasiones ventajosa, no es menos cierto que lo óptimo para un país sería no tener que acudir nunca a este mecanismo.

## Referencias bibliográficas

- Abellán Honrubia, V. (2005). Sobre el método y los conceptos en Derecho internacional público. En M. Vargas Gómez Urrutia y A. Salinas de Fría, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional (homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*. (2.<sup>a</sup> ed.). Universidad de Sevilla.
- Actis, E. (2014). Brasil y la promoción de Tratados Bilaterales de Inversión. *Latin American Journal of International Affairs*, 6(1), 18-33.
- Anzola Gil, M. (2015). *El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación: el caso de la inversión extranjera*. Externado.
- Aquino, J. I. de. (2003). Seguridad Jurídica e Inversiones Extranjeras en Brasil. En I. B. Gómez de la Torre y R. Rivero Ortega, *El Estado de Derecho Latinoamericano, Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica*. Ediciones Universitarias de Salamanca.
- Auby, J. B. (2012). *La Globalización, el Derecho y el Estado*. (2.<sup>a</sup> ed.). Editorial Derecho Global.
- Bas, M. (2015). Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: Mapa de la situación en América del Sur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 5, 220-250.
- Burch, S. (2013). Estados hacen frente en común. *Revista América Latina en Movimiento*, 485, 4-23.
- Enríquez Perales, S., García Gómez, C. D., Díez Esteban, J. M. y Lizarzaburu Bolaños, E. (2023). Formal institutions, ICSID arbitration and firm performance: evidence from Latin America. *Eurasian Business Review*, 13(2), 429-464.
- Fernández Masiá, E. (2010). La realidad del arbitraje de inversiones desde la perspectiva latinoamericana. En A. Zapata de Arbeláez (Dir.), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*. Universidad Externado de Colombia.
- Fernández Masiá, E. (2013). Arbitraje Inversor-Estado: de Bella durmiente a León en la jungla. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 26, 4-28.
- Franck, S. (2005). The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions. *Fordham Law Review*, 73, 112-152.
- Franck, S. (2007a). The ICSID Effect? Considering potential variations in arbitrations awards. *Virginia Journal of International Law*, 51(4), 833-837.
- Franck, S. (2007b). Empirically Evaluating, Claims about Investment Treaty Arbitration. *North Carolina Law Review*, 86, 77-83.
- Goldman, D. (2003). Historical Aspects of Globalization and Law. En C. Dauvergne, *Jurisprudence for an International Globe*. Ashgate.
- Hernández Bretón, E. y Esis Villarroel, I. (2010). Venezuela. En A. Zapata de Arbeláez y otros, *El arbitraje interno e internacional de Latinoamérica*. Universidad Externado de Colombia.
- Jequier Lehuedé, E. (2010). Chile. En A. Zapata de Arbeláez y otros, *El arbitraje interno e internacional de Latinoamérica*. Universidad Externado de Colombia.
- Kaplan, M. (2008). Estado y políticas públicas: crisis y reformas. *Revista Latinoamericana para la Administración del Desarrollo*, 1(40), 277-295.
- Krasner, S. (1983). *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables*. Cornell University Press.

- Kundmüller, F. y Rubio, R. (2006). El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte. *Revista virtual Lima Arbitration*, 1, 86-102.
- Manciaux, S. (2005). *Investments étrangers et arbitrage entre Etats et Ressorissants d'autres Etats: trente années d'activité du CIRDI*. LexisNexis.
- Muñoz, O. (2003). *Hacia un Chile competitivo: instituciones y políticas*. Editorial Universitaria.
- Nogueira Alcalá, H. (1993). *Regímenes políticos contemporáneos*. (2.ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Pérez Bernárdez, C. (2010). Personalidad Jurídica Internacional. En V. Sánchez, *Derecho Internacional Público*. (2.ª ed.). Huygens.
- Rodríguez Jiménez, S. (2009). México y el Mecanismo Complementario del Sistema Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI). *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 43, 110-128.
- Rodríguez Jiménez, S. (2010). El Arbitraje México, Argentina, Ecuador y Bolivia. En R. Méndez Silva (Coord.), *Contratación y Arbitrajes internacionales*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sáez, S. y Valdés, J. G. (1999). Chile y su política comercial lateral. *Revista de la CEPAL*, 67, 80-102.
- Salacuse, J. W. (2005). Is there a better way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution. *Fordham International Law Journal*, 31(1), 138-185.
- Schreuer, C. (2001). *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States*. Cambridge University Press.
- Stiglitz, J. (2006). *Como hacer que funcione la Globalización*. Taurus.

**Sarela Enríquez Perales.** Doctoranda en Economía en la Universidad de Valladolid, en el Departamento de Derecho Mercantil, del Trabajo e Internacional Privado. Es licenciada en Derecho por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez (Perú) y licenciada en Turismo por la Universidad Nacional del Altiplano (Perú). Asimismo, tiene un Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios por la Universidad de Burgos. Ha desarrollado diversos trabajos de investigación relacionados con el turismo, la economía y el derecho, siendo publicados en revistas académicas de impacto como *Eurasian Business Review*, *Journal of Tourism Management Research* o *Revista de Estudios Europeos*. Sus líneas de investigación se centran en el estudio de los fenómenos de la nacionalización y expropiación y el arbitraje internacional de inversiones. <https://orcid.org/0000-0002-4270-1919>



# La Administración pública sanitaria en España: análisis actualizado del informe anual del SNS desde una perspectiva administrativo-financiera

**David López Santos**

*Jurista*

*Funcionario del Sistema Nacional de Salud (España)*

[davidlopsan20@gmail.com](mailto:davidlopsan20@gmail.com)

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 Beceril.

## Extracto

El presente documento busca aportar una aproximación detallada al Sistema Nacional de Salud desde una perspectiva jurídico-financiera, abordando aspectos como la financiación, la distribución del gasto o la respuesta ante la pandemia de la covid-19. Para ello, se analizan datos específicos recogidos en el más actual informe anual del Ministerio de Sanidad, reflexionando sobre los presupuestos asignados, la inversión per cápita, la distribución de profesionales de la salud, etc.; proporcionando, así, una visión integral de la situación actual del sistema sanitario español.

**Palabras clave:** Administración pública sanitaria; Sistema Nacional de Salud; derecho administrativo sanitario; derecho a la protección de la salud; organización sanitaria.

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

**Cómo citar:** López Santos D. (2024). La Administración pública sanitaria en España: análisis actualizado del informe anual del SNS desde una perspectiva administrativo-financiera. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 278, 43-66. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19117>



# Public health administration in Spain: updated analysis of the annual report of the Ministry of Health

David López Santos

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 present document aims to provide a detailed overview of the Spanish National Health System from a legal-financial perspective, addressing aspects such as funding, expenditure distribution, and the response to the covid-19 pandemic. To achieve this, specific data from the latest annual report of the Ministry of Health is analyzed, reflecting on allocated budgets, per capita investment, etc. This offers a comprehensive view of the current state of the Spanish healthcare system.

**Keywords:** public health administration; Spanish National Health System; administrative law; right to health; healthcare organization.

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

**Citation:** López Santos D. (2024). La Administración pública sanitaria en España: análisis actualizado del informe anual del SNS desde una perspectiva administrativo-financiera. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 278, 43-66. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19117>



## Sumario

1. Introducción
  2. La Administración pública sanitaria en España: régimen administrativo-financiero del Sistema Nacional de Salud
  3. Análisis actualizado del informe del SNS del Ministerio de Sanidad desde una perspectiva administrativo-financiera
  4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



## 1. Introducción

El presente ensayo busca aportar un análisis profundo de los diferentes servicios de salud autonómicos que conforman el Sistema Nacional de Salud de España, centrándose en aspectos como la financiación o la distribución de recursos. Contextualizándose en el ámbito europeo, se detallan las cifras de financiación y se exploran las consecuencias de la pandemia de la covid-19 en el gasto sanitario. A través de estadísticas, gráficos y tablas, se busca ofrecer una comprensión completa de la realidad palpable de la regulación vigente y el desempeño del sistema de salud.

Así, una comprensión detallada del Sistema Nacional de Salud (SNS) requiere, por un lado, entender cómo se estructura territorialmente y cómo se rige jurídicamente el sistema público y, por otro lado, comprender su situación material y su evolución en los años previos. Por ello, en primer lugar, se analizarán sucintamente las diversas leyes autonómicas que han configurado los diversos servicios de salud de las comunidades autónomas, refiriendo sus naturalezas y sus regímenes jurídico-económicos. En segundo lugar, y fundamentalmente, se procederá a la actualización del análisis del Informe Anual del Sistema Nacional de Salud, publicado por el Ministerio de Sanidad el 2 de noviembre de 2023. Este informe se erige como una ventana esencial para examinar la complejidad y dinámica operativa del sistema de salud español.

## 2. La Administración pública sanitaria en España: régimen administrativo-financiero del Sistema Nacional de Salud

El artículo 43 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a la protección de la salud y determina que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La normativa constitucional, al reconocer el derecho a la protección de la salud, simultáneamente confía a las instituciones gubernamentales la tarea de desarrollar un sistema sanitario integral que

garantice la efectividad de este derecho fundamental. De este modo, se instituye una conexión intrínseca entre el reconocimiento formal del derecho a la salud y la obligación de los poderes públicos de articular un marco normativo y estructural que materialice dicho reconocimiento en la práctica<sup>1</sup>.

En cuanto a la normativa de desarrollo del sistema de salud, amparada por los artículos 4 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Rastrollo *et al.*, 2004) y en el marco de Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece que *todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud*, destaca la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Así, la referida norma establece acciones destinadas a fomentar la coordinación y cooperación entre las diversas Administraciones públicas sanitarias. Este enfoque se erige como un medio esencial para salvaguardar el derecho fundamental de los ciudadanos a la protección de la salud. El propósito primordial que subyace en esta disposición normativa es asegurar la consecución de un sistema de salud integral, caracterizado por los principios fundamentales de equidad, calidad y participación social, los cuales se desprenden de manera explícita de la exposición de motivos de la norma en cuestión (Rastrollo *et al.*, 2004).

En este sentido, el Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las comunidades autónomas, en los términos establecidos en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad<sup>2</sup>, que reconocerá el derecho de acceso a la asistencia pública para toda la población y se financiará a través de los presupuestos de las Administraciones, fundamentalmente, autonómicas a las que se adscriban las correspondientes estructuras, sin perjuicio de otras formas de financiación (González López *et al.*, 2011).

Así pues, aunque se haya reservado para el Estado las bases y la coordinación del sistema sanitario, el artículo 148.1 de la CE permite que las comunidades autónomas, a través de sus estatutos de autonomía, asuman las competencias en materia de sanidad (Rastrollo *et al.*, 2004). De esta forma, a nivel autonómico se han ido creando y desarrollando los diferentes servicios públicos de salud, que se configuran como una estructura administrativa y de gestión integradora de los establecimientos y servicios autonómicos, locales e intra-comunitarios, configurando el Sistema Nacional de Salud. A continuación se relacionan los servicios de salud que han creado las diferentes comunidades autónomas, aportando una sucinta referencia a su naturaleza y a sus regímenes jurídico-financieros:

- En Andalucía, con la entrada en vigor de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud de Andalucía, se terminó configurando el Servicio Andaluz de Salud (SAS) como un

<sup>1</sup> Constitución española (1978). BOE 311. (España).

<sup>2</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad. BOE 102.

organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería de Salud, con la consideración de agencia administrativa. En este sentido, tiene el mismo régimen jurídico de personal, presupuestario, económico-financiero, de control y contabilidad que el establecido para la Administración de la Junta de Andalucía, de acuerdo con el artículo 65.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. No obstante, la propia norma recoge la posibilidad de que al sistema sanitario andaluz se le incorporen empresas públicas o cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, adscritas a la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía<sup>3</sup>.

- En Aragón, cobran especial importancia la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón y el Decreto legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Servicio Aragonés de Salud, en el que, de similar forma, se recoge que el Servicio Aragonés de Salud es un organismo autónomo que se adscribe al departamento responsable en materia de salud de la Administración de la comunidad autónoma, teniendo sometimiento al régimen de intervención y contabilidad pública, en los términos recogidos por el texto refundido de la Ley de Hacienda de la comunidad autónoma, aprobado por el Decreto legislativo 1/2000, de 29 de junio<sup>4</sup>.
- En Asturias, la Ley 7/2019, de 29 de marzo, de Salud configura el Sespa como un ente de derecho público del Principado de Asturias, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la consejería competente en materia de sanidad, que se rige por los preceptos de la presente ley, sus disposiciones complementarias de desarrollo y por las demás disposiciones que resulten de aplicación. A los solos efectos de su régimen económico y presupuestario, al Sespa le serán de aplicación las previsiones relativas a los organismos autónomos del texto refundido del régimen económico y presupuestario, aprobado por el Decreto legislativo del Principado de Asturias 2/1998, de 25 de junio<sup>5</sup>.
- En las Islas Baleares, la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Illes Balears determina que el Servicio de Salud de las Illes Balears es un ente público de carácter autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, y se rige por lo que dispone esta ley, por los estatutos del ente y, en lo que no se oponga, por la legislación reguladora del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. El ejercicio del control financiero se realizará de forma permanente por la Intervención General de la comunidad autónoma<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud de Andalucía. BOE 185.

<sup>4</sup> Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón. BOE 121.

<sup>5</sup> Ley 7/2019, de 29 de marzo, de Salud. BOE 126.

<sup>6</sup> Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Illes Balears. BOE 110.

- En Canarias, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias crea el Servicio Canario de la Salud como organismo autónomo encargado de la ejecución de la política sanitaria de la comunidad autónoma, de carácter administrativo, cuyo régimen económico-financiero del Servicio Canario de Salud se corresponderá a lo dispuesto en la Ley reguladora de la Hacienda pública canaria<sup>7</sup>.
- En Cantabria, la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria configura el Servicio Cántabro de Salud igualmente como un organismo público, cuya financiación se regirá por lo dispuesto en las leyes de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria, entre otras<sup>8</sup>.
- En Castilla-La Mancha, se crea, en la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de ordenación sanitaria de Castilla-La Mancha, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, con el fin de proveer los servicios y gestionar los centros y establecimientos destinados a la atención sanitaria que le sean asignados, siendo un organismo autónomo con régimen sujeto a la Ley 6/1997, de 10 de julio, de Hacienda de Castilla-La Mancha, y a la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de patrimonio de Castilla-La Mancha, y sujeto a función interventora y a régimen de contabilidad pública<sup>9</sup>.
- En Castilla y León, la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del sistema de salud de Castilla y León recoge, en sus artículos 26 y siguientes, que el Servicio de Salud de Castilla y León, denominado Gerencia Regional de Salud, es un organismo autónomo adscrito a la consejería competente en materia de sanidad, dotado de personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios. El régimen presupuestario de la Gerencia Regional de Salud será el previsto para los organismos autónomos, la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del sector público de la Comunidad de Castilla y León, y en las leyes de presupuestos anuales, de forma similar a los regímenes de intervención, contabilidad y tesorería<sup>10</sup>.
- En Cataluña, la Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria, crea el Servicio Catalán de la Salud, como un ente público de naturaleza institucional y sometido al derecho público en determinadas materias, entre las que destaca el régimen financiero, presupuestario y contable. No obstante, cabe destacar la Ley 8/2007, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud, que crea el Instituto Catalán de la Salud como entidad de derecho público de la Generalidad, que actúa sujeto al derecho privado, con condición de medio propio instrumental y de servicio técnico. En cuanto al control financiero, al régimen contable y al presupuestario, de

<sup>7</sup> Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación Sanitaria de Canarias. BOE 204.

<sup>8</sup> Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación Sanitaria de Cantabria. BOE 6.

<sup>9</sup> Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de ordenación sanitaria de Castilla-La Mancha. BOE 50.

<sup>10</sup> Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del sistema de salud de Castilla y León. BOE 235.

formas similares, la referida ley mantiene la aplicación de la normativa reguladora de las entidades que integran el sector público, la normativa reguladora de las finanzas públicas de la Generalidad, etc.<sup>11</sup>

- En el ámbito de la Comunidad Valenciana, la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de salud de la Comunitat Valenciana consolidó la extinción del organismo autónomo Agencia Valenciana de Salud, acordada por la Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalidad. Así, el Sistema Valenciano de Salud es el conjunto de todos los centros, servicios y establecimientos de la Comunidad Valenciana, gestionados bajo la responsabilidad de la Generalidad. Su gestión y administración será competencia de la consejería competente en materia de sanidad, por lo que su régimen jurídico y económico será el recogido para la Administración de la comunidad autónoma, con las especificidades correspondientes<sup>12</sup>.
- En Extremadura, la Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura, crea el Servicio Extremeño de Salud, como organismo autónomo de carácter administrativo, rigiéndose por la referida ley y demás disposiciones que la desarrollan, por la Ley 3/1985, de 19 de abril, general de Hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura y por las demás disposiciones que resulten de aplicación<sup>13</sup>.
- En Galicia, la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia configura el Servicio Gallego de Salud, creado por la Ley 1/1989, como un organismo autónomo de naturaleza administrativa, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. El Servicio Gallego de Salud estará sometido al régimen de contabilidad pública y la Intervención General de la Xunta de Galicia ejercerá sus funciones en el ámbito del Servicio Gallego de Salud, en los términos que establece el Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, y demás disposiciones que resulten de aplicación<sup>14</sup>.
- En La Rioja, la Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud establece que el Servicio Riojano de Salud es una entidad pública de provisión, gestión y administración de asistencia sanitaria pública de La Rioja, con la consideración de organismo autónomo administrativo, sujeto a contabilidad pública y al régimen presupuestario dispuesto en la legislación vigente aplicable a la Hacienda pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja. La Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja ejercerá sus funciones en el ámbito del Servi-

<sup>11</sup> Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria. BOE 197.

<sup>12</sup> Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de salud de la Comunitat Valenciana. BOE 35.

<sup>13</sup> Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura. BOE 117.

<sup>14</sup> Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. BOE 202.

cio Riojano de Salud, bien directamente o bien a través de alguno de los órganos que, a tal efecto, existan o puedan crearse<sup>15</sup>.

- En la Comunidad de Madrid, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid crea el Servicio Madrileño de Salud para llevar a cabo, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, una adecuada configuración y asignación del presupuesto para la asistencia sanitaria de la población con derecho a cobertura asistencial, en función de las necesidades estimadas. El Servicio Madrileño de Salud es un ente de derecho público, de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. No obstante, el Servicio Madrileño de Salud se sujetará con carácter general al derecho privado, y lo hará al derecho público en los casos que se establecen en la norma, *v. gr.* en el régimen patrimonial, financiero, presupuestario y contable<sup>16</sup>.
- En la Región de Murcia, por la Ley 4/1994, de 26 de julio, de salud de la Región de Murcia, se determina que el Servicio Murciano de Salud se configura como un ente de derecho público de los previstos en el artículo 6.1 a) de la Ley 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, con régimen presupuestario específico regulado en su propia ley, además de en lo recogido en la Ley 3/1990, de Hacienda de la Región de Murcia. El control de carácter económico, financiero y contable del Servicio Murciano de Salud se realizará mediante comprobaciones periódicas o procedimientos de auditoría, así como mediante el ejercicio de la función interventora y el control financiero en aquellas áreas en las que se establezca<sup>17</sup>.
- En la Comunidad Foral de Navarra, con la aprobación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud se crea el Servicio Navarro de Salud como un organismo autónomo de carácter administrativo. Salvo en lo previsto en esta ley foral, la estructura, procedimiento de elaboración, ejecución y liquidación del presupuesto del Servicio Nacional de Salud se regirán por lo previsto en la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, de la Hacienda pública de Navarra. El ejercicio de la función interventora en el Servicio Navarro de Salud se realizará conforme a las previsiones contenidas en la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, de la Hacienda pública de Navarra.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud. BOE 106.

<sup>16</sup> Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid. BOE 55.

<sup>17</sup> Ley 4/1994, de 26 de julio, de salud de la Región de Murcia. BOE 243.

<sup>18</sup> Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud. BOE 71.

- En el País Vasco, la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, crea el ente público Osakidetza - Servicio Vasco de Salud, bajo la naturaleza jurídica de ente público de derecho privado y adscrito al departamento de la Administración general competente en materia de sanidad. En lo que se refiere a su régimen económico y hacendístico-financiero, a su régimen de organización y funcionamiento interno y a sus relaciones jurídicas externas se sujetará al derecho privado, sin perjuicio de las circunstancias descritas en el artículo 21 de la citada norma<sup>19</sup>.
- Por último, en Ceuta y Melilla destaca como organización pública sanitaria el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, regulado por el Real Decreto 118/2023, de 21 de febrero, como entidad gestora de la Seguridad Social, adscrita al Ministerio de Sanidad a través de la Secretaría de Estado de Sanidad, con naturaleza de entidad de derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que le están encomendados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre<sup>20</sup>.

Así pues, relacionada una revisión de los articulados fundamentales que rigen los servicios de salud de las diferentes comunidades autónoma, se puede concluir que, si bien con determinadas excepciones, en las últimas décadas se ha desarrollado una marcada tendencia en las Administraciones autonómicas de crear organismos autónomos, agencias administrativas u otro tipo de organismos públicos, financiados fundamentalmente mediante los presupuestos autonómicos, para conformar la estructura del Sistema Nacional de Salud, en los términos establecidos en la normativa básica de aplicación. Así, estas organizaciones, a pesar de que algunas se rijan por derecho privado, puedan incluir empresas públicas de naturaleza privada, etc., generalmente están sujetas a regímenes presupuestarios, de intervención y de contabilidad pública homologables a los generales del resto de Administraciones públicas con, no obstante, una serie de características propias recogidas en sus normas de funcionamiento.

### **3. Análisis actualizado del informe del SNS del Ministerio de Sanidad desde una perspectiva administrativo-financiera**

A lo largo del presente apartado, se emprenderá una exposición de una serie de estadísticas que buscarán aportar una imagen aproximada del Sistema Nacional de Salud en términos financieros, abarcando así una perspectiva de alcance estatal. Se pretende, de esta manera, proporcionar una aproximación rigurosa y comprensiva que arroje luz sobre la realidad palpable de la regulación vigente. En este contexto, se desplegará un análisis

<sup>19</sup> Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi. BOE 9.

<sup>20</sup> Real Decreto 118/2023, de 21 de febrero, por el que se regula la organización y funcionamiento del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. BOE 45.

profundo de indicadores clave, tendencias demográficas y datos económicos que inciden directamente en la dinámica operativa y el desempeño general del Sistema Nacional de Salud. A través de esta incursión analítica, se pretende no solo cuantificar y describir, sino también contextualizar los aspectos fundamentales que definen la infraestructura y el funcionamiento del sistema sanitario a nivel estatal.

De forma previa, contextualizando el presente análisis en el ámbito internacional, específicamente en el ámbito de Europa, durante el año más reciente analizado por la Subdirección General de Información Sanitaria e Innovación en su informe *Los Sistemas Sanitarios en los Países de la UE: características e indicadores de salud*, los Estados miembros de la Unión Europea dedicaban, en promedio, aproximadamente el 9 % de su producto interior bruto (PIB) a sufragar los gastos del sector sanitario. No obstante, cabe destacar que esta asignación variaba considerablemente, oscilando entre el 6 % y el 12 %, dependiendo de las características específicas de cada país. En este marco se sitúa España, con una inversión del 9,3 %, en la décima posición dentro de esta clasificación, ubicándose por debajo de naciones como Alemania, el Reino Unido y los Países Bajos, así como de aquellas con afinidades socioeconómicas notables, entre las que se incluyen Portugal o Francia. No obstante, es relevante señalar que España se posiciona por encima de otros Estados pertenecientes al sur de Europa, tales como Italia o Grecia, en lo que respecta a la proporción del PIB asignada al ámbito sanitario. Esta décima posición en el ranking subraya el compromiso financiero de España con la salud pública en comparación con sus homólogos europeos. La heterogeneidad en los porcentajes mencionados refleja divergencias significativas en las estrategias presupuestarias adoptadas por cada país en el contexto de la gestión de sus sistemas de salud<sup>21</sup>. De igual manera, España ocuparía una posición análoga al realizar una comparación entre el gasto público y la población, asignando una cifra cercana a los 3.000 dólares por habitante, según el referido informe<sup>22</sup>.

Tabla 1. Inversión en salud como porcentaje del PIB en 2011

	2001	2011 (o año más cercano disponible)
Países Bajos	8,3	11,9
Francia	10,2	11,6
Alemania	10,5	11,3
Dinamarca	9,1	10,9



<sup>21</sup> Subdirección General de Información Sanitaria e Innovación (2013).

<sup>22</sup> Véase nota anterior.



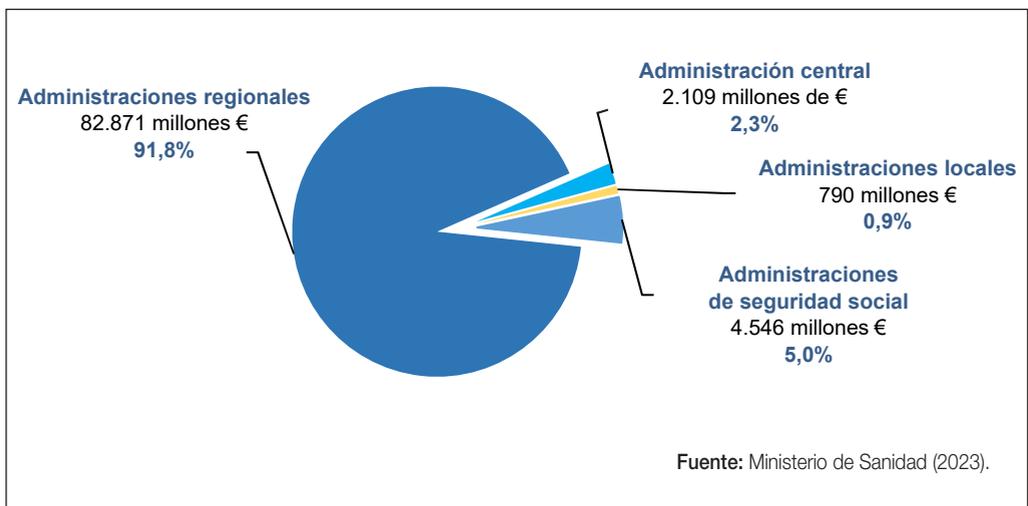
	2001	2011 (o año más cercano disponible)
◀		
Austria	10,1	10,8
Bélgica	8,3	10,5
Portugal	9,3	10,2
Suecia	8,9	9,5
Reino Unido	7,3	9,4
<b>España</b>	<b>7,2</b>	<b>9,3</b>
Italia	8,1	9,2
Grecia	8,9	9,1
Finlandia	7,4	9,0
Irlanda	6,7	8,9
Eslovenia	8,6	8,9
Malta	7,3	8,6
República Eslovaca	5,5	7,9
Hungría	7,2	7,9
República Checa	6,4	7,5
Chipre	6,0	7,4
Bulgaria	7,4	7,2
Lituania	5,7	7,0
Polonia	5,9	6,9
Letonia	5,0	6,8
Luxemburgo	7,4	6,6
Rumania	4,2	6,0

Fuente: Subdirección General de Información Sanitaria e Innovación (2013).

Desde este punto de partida, en un inicio, se presenta como una tarea de singular complejidad el análisis de la financiación inherente al Sistema Nacional de Salud, cuya dificultad deviene de la notable heterogeneidad existente en las modalidades y competencias que lo componen (Benítez-Llamazares, 2020). No obstante, la universalización del acceso a los servicios públicos de atención sanitaria conlleva la eliminación de la imposición de primas o cuotas sanitarias. Así, esta circunstancia, de acuerdo con lo planteado por amplia doctrina, acarrea como consecuencia inmediata la necesidad imperativa de que el sistema público de salud obtenga su financiamiento primordialmente a través de ingresos tributarios (Benítez-Llamazares, 2020). Es imperativo tener presente que el paradigma actual de financiación se cristalizó con la promulgación, así como con las respectivas modificaciones, de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía.

En concordancia con el último informe anual del Sistema Nacional de Salud publicado por el Ministerio de Sanidad en la fecha de redacción de este documento, se constata que durante el año 2020 el desembolso sanitario de las entidades gubernamentales ascendió a la cifra de 90.316 millones de euros, representando un 73,5 % del gasto sanitario total. Por contraposición, el sector privado contribuyó con el 26,5 % restante, cifrado en 32.535 millones de euros<sup>23</sup>.

Gráfico 1. Distribución de la financiación del SNS entre las diferentes Administraciones territoriales



<sup>23</sup> Ministerio de Sanidad (2023).

Resulta imperativo subrayar la significativa disparidad entre las cifras presentadas, lo cual ostenta una marcada relevancia en el análisis de los datos presupuestarios concernientes al ámbito sanitario. Este fenómeno, que revela una notable disparidad entre el ejercicio fiscal en cuestión y su predecesor, adquiere mayor complejidad y trascendencia al considerar las condiciones excepcionales derivadas de la pandemia de la covid-19. La contingencia sanitaria, que marcó el año 2020 de manera sin precedentes, ha dejado una impronta innegable en las estadísticas económicas y financieras, manifestándose de manera conspicua en el sector de la salud. En este contexto, se pone de manifiesto una divergencia sustancial, donde el gasto público en el año 2019 exhibía una magnitud considerablemente menor, cifrándose en 12.912 millones de euros menos respecto al ejercicio fiscal posterior. Esta variación, que ascendió a la cifra de 77.404 millones de euros en 2019, se ve contrastada de manera notoria por el aumento inusitado experimentado en 2020. La excepcionalidad de las circunstancias y las demandas extraordinarias impuestas por la crisis sanitaria global han suscitado la necesidad de redoblar los recursos y esfuerzos destinados al ámbito de la salud pública. En adición, se vislumbra un incremento porcentual en la inversión pública, fenómeno que cobra especial relevancia al contemplar el periodo transcurrido desde 2019 hasta 2020. Este aumento, que se sitúa en alrededor de tres puntos porcentuales, no solo denota una variación cuantitativa, sino que también refleja un cambio cualitativo en las prioridades presupuestarias y la asignación de recursos en el marco de la política sanitaria gubernamental. La inversión pública, en consecuencia, emerge como un indicador sensible a las dinámicas y exigencias impuestas por el contexto sanitario y socioeconómico<sup>24</sup>.

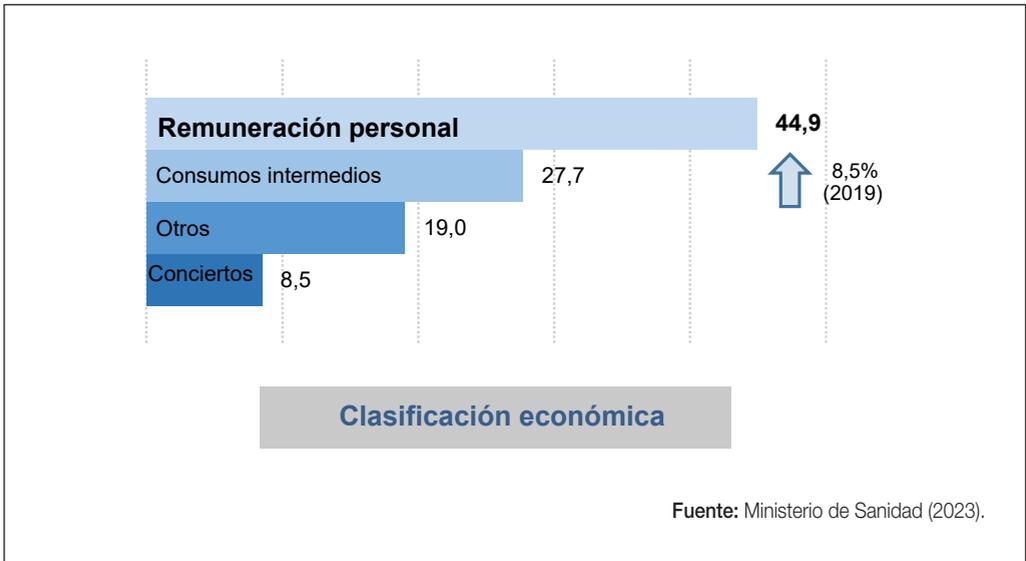
Así pues, las comunidades autónomas emergen como el principal agente financiero en el contexto de la sanidad pública, asumiendo una carga significativa que se traduce en una contribución del 91,8 % del total. Esta contribución se cuantifica en una cifra substancial de 82.871 millones de euros, evidenciando la magnitud de la responsabilidad financiera que recae sobre dichas Administraciones en el ámbito de la salud. Paralelamente, las entidades vinculadas a la Seguridad Social, englobando tanto a las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social como a las mutualidades de funcionarios, desempeñan un papel secundario en la financiación del gasto sanitario público. Su participación se cifra en un 5,0 %, reflejando una proporción considerablemente inferior en comparación con las comunidades autónomas. En contraste, la Administración central ostenta una evidente contribución más modesta, representando un 2,3 % del gasto sanitario público. No obstante, este dato se ha visto duplicado respecto a 2019, que desciende hasta el 1,2 %. Este fenómeno se visualiza de manera elucidativa en el gráfico previamente presentado, corroborando la distribución de responsabilidades financieras entre las diversas instancias de la Administración sanitaria, derivada del régimen de competencias vigente. En definitiva, en virtud de la descentralización de competencias establecida por los di-

---

<sup>24</sup> Ministerio de Sanidad (2021).

versos estatutos de autonomía, se evidencia que las comunidades autónomas se erigen como las principales asidoras, asumiendo aproximadamente el 92 % del gasto público destinado a la sanidad, en contraposición al modesto porcentaje atribuido a la Administración Central del Estado<sup>25</sup>.

Gráfico 2. Distribución del gasto destinado al SNS en 2020

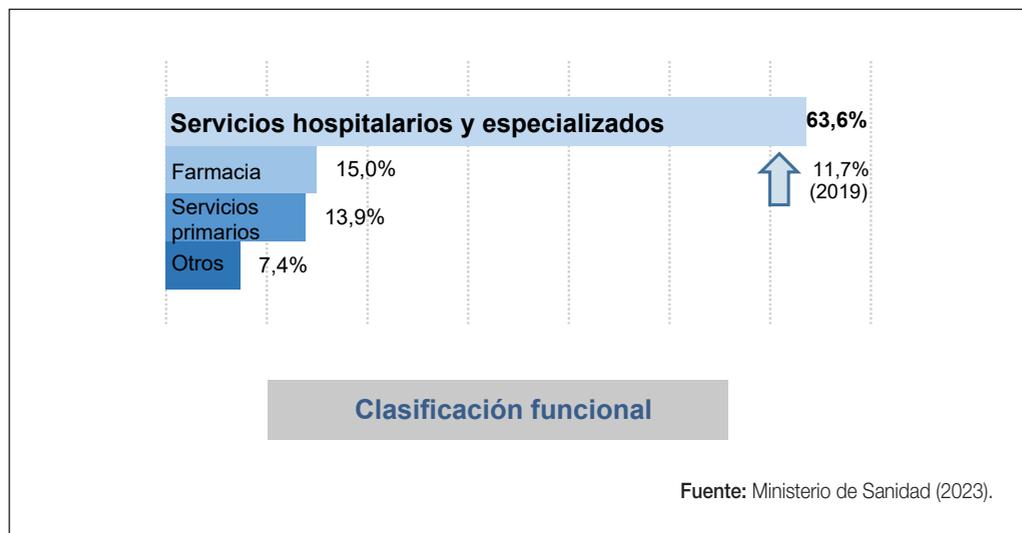


En una primera instancia, como se evidencia en el gráfico anterior, se observa que durante el año 2022, la mayor proporción del presupuesto asignado al ámbito sanitario se destinó al pago de remuneraciones de los empleados del Sistema Nacional de Salud, representando aproximadamente el 45 % del total presupuestado. Seguidamente, la partida de mayor envergadura se asoció al consumo intermedio de los insumos necesarios para llevar a cabo los servicios correspondientes, alcanzando un 27,7 % del gasto total<sup>26</sup>. Estos datos, aunque levemente superiores a los registrados en el año previo, se mantienen (Rodríguez Blas, 2019). Es crucial destacar, en este punto, que el aseguramiento de condiciones laborales óptimas para el personal público, que se distinga por su formación y capacidad, contribuye a crear un entorno propicio para la innovación, considerado como el tercer componente esencial de los intangibles fundamentales para el desarrollo (Gutiérrez Navas, 2014).

<sup>25</sup> Ministerio de Sanidad (2023).

<sup>26</sup> Véase nota anterior.

Gráfico 3. Distribución del gasto destinado al SNS en 2020



Paralelamente, conviene señalar que, aunque se ha constatado que una proporción significativa del presupuesto público destinado al ámbito sanitario se dirige a sufragar las remuneraciones de los profesionales del sector, una examinación más detenida del tercer gráfico revela que la preeminente porción de este desembolso se asigna a establecimientos hospitalarios y servicios especializados, alcanzando un 63,6 %. Esto contrasta notoriamente con el 13,9 % asignado a los servicios de atención primaria y el 15 % destinado a los gastos farmacéuticos, siendo estos últimos recurrentemente identificados como los componentes preponderantes en el esquema de gastos del sistema (Abásolo Alessón y González López-Valcárcel, 2016). No obstante, en el año 2019, el porcentaje destinado a atención primaria se situaba en el 14,8 %, lo que supone un descenso de casi un 1 % de reducción del gasto en los servicios primarios, que habría acabado, presumiblemente, en la financiación de los servicios hospitalarios y especializados, que han visto incrementados sus fondos en una proporción similar para el año 2022 (Rodríguez Blas, 2019).

Tabla 2. Gasto sanitario por comunidad autónoma en millones de euros sobre PIB y por habitante en 2020

	Millones de euros	Porcentaje sobre el PIB	Euros por habitante
Andalucía	11.858	7,9	1.398
Aragón	2.350	6,7	1.765



	Millones de euros	Porcentaje sobre el PIB	Euros por habitante
◀			
Asturias, Principado de	1.922	8,9	1.892
Balears, Illes	1.917	7,2	1.577
Canarias	3.629	9,3	1.617
Cantrabía	1.047	8,1	1.798
Castilla y León	4.454	8,0	1.863
Castilla-La Mancha	3.468	8,8	1.698
Cataluña	13.473	6,3	1.760
Comunidad Valenciana	7.985	7,6	1.585
Extremadura	1.881	9,7	1.776
Galicia	4.593	7,8	1.702
Madrid, Comunidad de	10.077	4,7	1.491
Murcia, Región de	2.670	8,9	1.769
Navarra, Comunidad foral de	1.220	6,3	1.856
País Vasco	4.265	6,4	1.948
Rioja, La	507	6,2	1.604
<b>Total sector de gasto</b>	<b>77.316</b>	<b>6,9</b>	<b>1.638</b>

Fuente: Rodríguez Blas (2019).

De acuerdo con el gráfico que antecede, el cual ilustra de manera clara y concisa la preeminencia de las comunidades autónomas en la absorción de la abrumadora mayoría del gasto público destinado a los sectores de salud y sanidad, resulta imperativo abordar una indagación más pormenorizada en relación con la asignación comparativa de recursos por cada entidad autonómica de manera específica. Este análisis adquiere particular relevancia, ya que el ejercicio de descentralización de competencias, tal como se dispone en los diversos estatutos de autonomía, conlleva a una heterogeneidad en la gestión financiera de la sanidad<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Ministerio de Sanidad (2023).

Dentro de este contexto de análisis más detallado, los datos recopilados en la tabla correspondiente al año 2020 permiten concluir que algunas comunidades autónomas destacan significativamente por su compromiso financiero per cápita en la esfera sanitaria. Entre ellas, se destacan el País Vasco, Asturias y Navarra. Contrariamente, se identifican regiones como Madrid y Andalucía, que exhiben cuantías per cápita inferiores, dando lugar a una interesante disparidad en la distribución del gasto público sanitario a lo largo del territorio nacional. En este punto, cabe precisar que los datos presentados son similares a los del año 2019, si bien con normales diferencias en términos numéricos, pero las comunidades autónomas con mayor y menor inversión, en los términos descritos, se mantienen siendo las mismas<sup>28</sup>.

Este análisis pormenorizado subraya la importancia de considerar no solo la magnitud global del gasto, sino también las estrategias inversoras específicas adoptadas por cada comunidad autónoma, con el fin de evaluar la eficacia y eficiencia en la gestión de los recursos asignados a la salud, permitiendo así una visión más integral de la realidad financiera y asistencial en el ámbito autonómico (Rodríguez Blas, (2019).

Contrastándolo con ello y analizando otros datos previos, concretamente del año 2014, expresados en la siguiente tabla, se observa cómo la media de todas las comunidades autónomas se situaba en 1.437 euros por habitante de gasto público.

Tabla 3. Gasto sanitario en euros por habitante en España en 2014

	Euros por habitante
Gasto sanitario público	1.437
Gasto sanitario privado	621
Gasto sanitario total	2.058

Fuente: Ministerio de Sanidad (2016).

No obstante, en el más reciente informe del Ministerio de Sanidad objeto del presente análisis, se incorpora una evolución desde el año 2017 hasta 2021 de los cambios en la inversión sanitaria por habitante. Así, se puede observar que la inversión, si bien desde 2014-2017 se mantenía en torno a los 1.400 euros por habitante, en los siguientes cuatro años dicho promedio ha ido ascendiendo aproximadamente en unos 100 euros anuales en cada ejercicio presupuestario<sup>29</sup>:

<sup>28</sup> Ministerio de Sanidad (2020).

<sup>29</sup> Ministerio de Sanidad (2023).

**Tabla 4. Evolución de la inversión porcentual sobre PIB y por habitante**

	2017	2018	2019	2020	2021
Millones de euros	68.507	71.091	75.111	83.622	87.941
Porcentaje sobre PIB	5,9%	5,9%	6,0%	7,5%	7,3%
Euros por habitantes	1.472	1.521	1.595	1.766	1.858

Fuente: Ministerio de Sanidad (2016).

Este aumento sostenido en la inversión per cápita en salud refleja, por un lado, un aparente compromiso progresivo por parte de las autoridades gubernamentales, con el fortalecimiento y la optimización de los recursos destinados al sistema sanitario, y por otro lado, una incuestionable necesidad, en los dos últimos ejercicios de los analizados, de financiar los servicios sanitarios para poder hacer frente a la pandemia de la covid-19. La variación ascendente en la inversión por habitante, especialmente durante el periodo señalado, sugiere una respuesta activa a las demandas crecientes en materia de atención médica, así como una adaptación a las complejidades y desafíos que han caracterizado el entorno sanitario en el lapso considerado. Este análisis temporal aporta una perspectiva dinámica que enriquece la comprensión de la dinámica financiera del sector, señalando una tendencia positiva en la inversión per cápita como indicador de un esfuerzo continuado hacia la mejora y sostenibilidad del sistema de salud. No obstante, habrá que estar a los futuros datos publicados por las autoridades correspondientes para comprobar si el nivel de inversión seguirá mejorando o ha sido provocado por las circunstancias coyunturales relacionadas con la pandemia de la covid-19. Por otro lado, y de acuerdo con lo expresado anteriormente, en la siguiente tabla se puede observar cómo, en una proporción similar a la actual, una significativa porción del presupuesto se destina primordialmente a los servicios de asistencia curativa y de rehabilitación, así como a los productos médicos, por lo que, aparentemente, se estaría apostando por una estrategia presupuestaria orientada hacia la atención especializada y la promoción de la recuperación y rehabilitación de los pacientes<sup>30</sup>.

**Tabla 5. Gasto sanitario por función de atención a la salud en 2014**

	Millones de euros	% sobre total
Servicios de asistencia curativa y de rehabilitación	55.393	57,9



<sup>30</sup> Ministerio de Sanidad (2016).

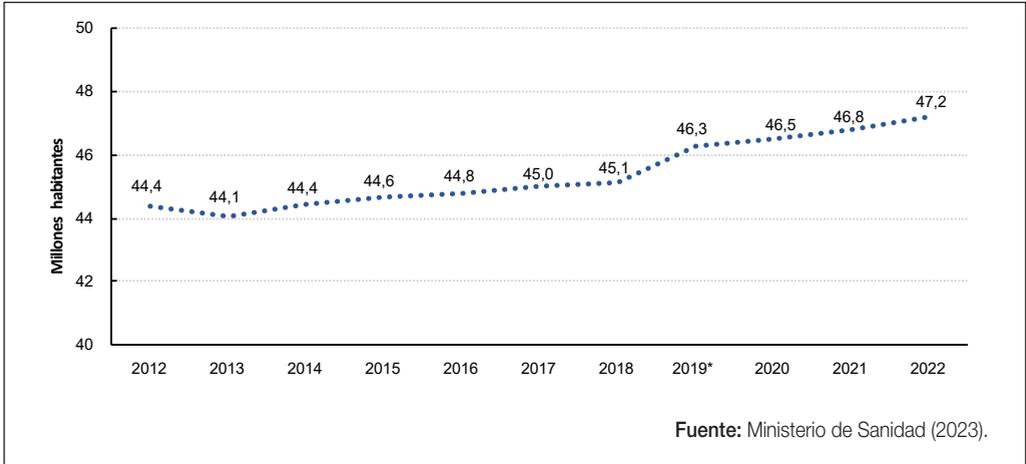
	Millones de euros	% sobre total
◀		
Servicio de atención de larga duración	8.676	9,1
Servicios auxiliares de atención de la salud	4.700	4,9
Productos médicos dispensados a pacientes ambulatorios	21.074	22,0
Servicio de prevención y de salud pública	1.875	2,0
Administración de la salud y los seguros médicos	2.814	2,9
Formación de capital de instituciones proveedoras de atención a la salud	1.188	1,2
<b>Gasto sanitario total</b>	<b>95.722</b>	<b>100,0</b>

Fuente: Ministerio de Sanidad (2016).

Así pues, en relación con los titulares y beneficiario de los derechos a la atención sanitaria en los términos expuestos previamente, según los datos registrados hasta 2022, se constata que más de 47 millones de individuos ostentan un derecho efectivo a recibir asistencia sanitaria respaldada por fondos públicos. De este significativo conjunto, se destaca que algo más de 46 millones de personas son atendidas directamente por el Sistema Nacional de Salud, evidenciando un crecimiento sostenido desde el año 2012. Este incremento en el número de beneficiarios directos del Sistema Nacional de Salud durante el transcurso de la última década sugiere una ampliación en la cobertura y el alcance de los servicios de salud financiados con recursos públicos. La expansión constante de la población con acceso a la atención sanitaria refleja un compromiso continuado con el principio de universalidad en la prestación de servicios médicos esenciales. Cabe resaltar que, más allá de la cifra global, resulta esencial considerar la calidad y la accesibilidad efectiva de los servicios de salud proporcionados a esta creciente población beneficiaria. La evaluación de estos aspectos contribuirá a garantizar no solo la amplitud, sino también la eficacia y la equidad en la entrega de la atención médica a lo largo del territorio nacional. Así, estos datos constituyen un punto de referencia crucial para la formulación de políticas que busquen mejorar constantemente la eficiencia y la efectividad del Sistema Nacional de Salud en su compromiso con el bienestar de la ciudadanía<sup>31</sup>:

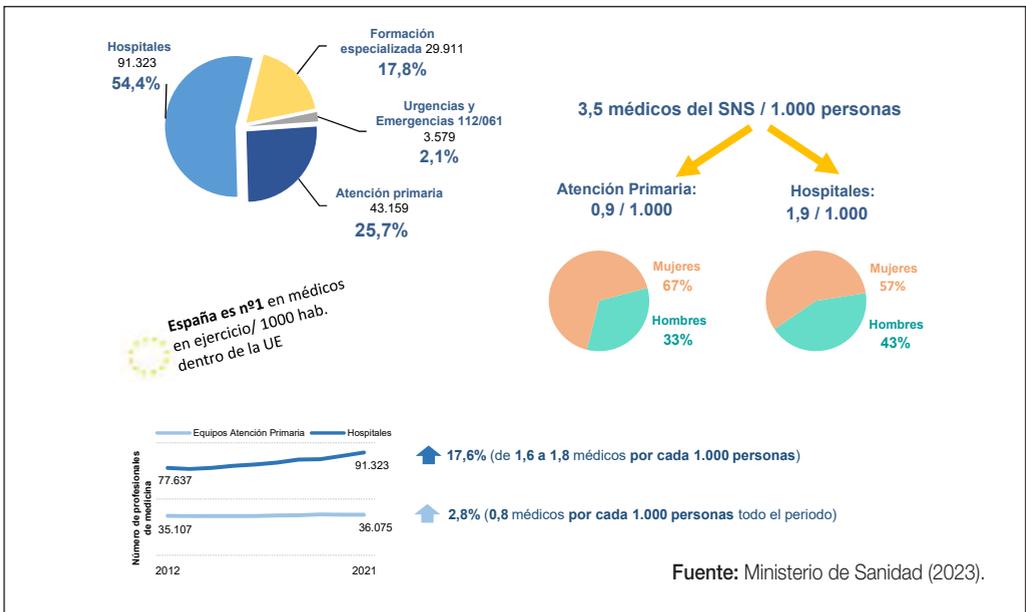
<sup>31</sup> Ministerio de Sanidad (2023).

**Gráfico 4. Población protegida por el Sistema Nacional de Salud financiado con dinero público**



Finalmente, antes de cerrar el examen de las estadísticas y datos particulares del Sistema Nacional de Salud, es imperativo revisar nuevamente un elemento esencial de este, relacionado con los profesionales de medicina contratados o nombrados por los diferentes servicios de salud:

**Gráfico 5. Caracterización de los profesionales de medicina del Sistema Nacional de Salud**



Por ende, más allá de la consideración de otros profesionales del ámbito sanitario, como el personal de enfermería o los cuerpos de gestión, cuyas proporciones se mantienen en líneas generales similares, los gráficos anteriores vuelven a confirmar que la mayoría de los profesionales se concentran en centros hospitalarios, alcanzando un 54,4 %. En contraste, un 25,7 % se dedica a la atención primaria y un 17,8 % a especialidades médicas. Al analizar otras variables relevantes, el Ministerio de Sanidad informa que existen 3,5 facultativos por cada 1.000 personas en términos generales, evidenciando un mantenimiento del aumento desde 2010 hasta la fecha del informe<sup>32</sup>. Respecto a 2019, se puede observar un leve descenso de la cantidad de facultativos destinados a atención primaria, frente a los adscritos a especialidades médicas. Así, en el primero de los casos se ha registrado un descenso cuantitativo de un punto porcentual, mientras que se habría incrementado el segundo en la misma proporción<sup>33</sup>.

## 4. Conclusiones

En última instancia, y como se evidencia en el gráfico siguiente, en el año 2020 el gasto sanitario público alcanzó la cifra de 90.317 millones de euros, frente a los 77.404 millones de euros que se destinaron al sistema en 2019. Si bien, aunque se produjo este aumento evidente de la inversión, enmarcada en el contexto de pandemia de la covid-19, este gasto anual, si bien porcentualmente mayor en 2020, ha seguido representando en torno al 70 % del total cuando se computa el gasto privado.

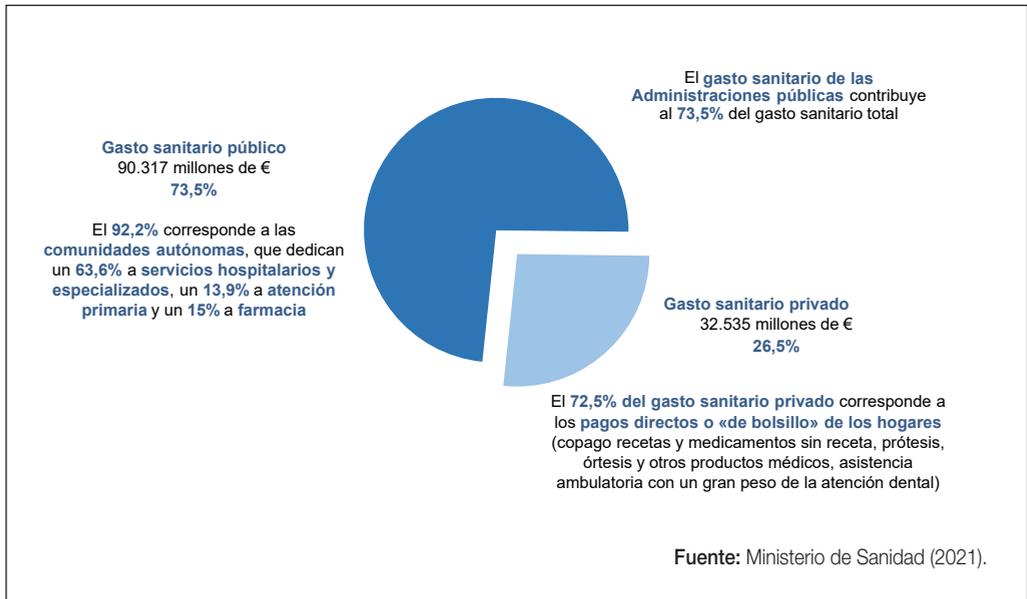
En este contexto, es notable que el 72,5 % de dicho gasto privado se compone de pagos directos realizados por los hogares, abarcando conceptos como medicamentos, dispositivos terapéuticos y otras formas de asistencia curativa; cifra, por su parte, levemente menor que en el año 2019, que se situaba en un 73,8 %. Estos datos subrayan la relevancia de considerar tanto el gasto público como el privado al evaluar el panorama financiero de la salud en el año 2020. Además de la significativa proporción de pagos directos por parte de los hogares, destaca la importancia de abordar estrategias que no solo fortalezcan la financiación pública, sino que también busquen reducir la carga económica directa sobre los ciudadanos en el acceso a servicios y tratamientos médicos esenciales<sup>34</sup>:

---

<sup>32</sup> Ministerio de Sanidad (2023).

<sup>33</sup> Ministerio de Sanidad (2021).

<sup>34</sup> Ministerio de Sanidad (2021).

**Gráfico 6. Distribución del gasto sanitario en el año 2020 en España**

Así pues, si bien en el ámbito sanitario español convive el sector público con el sector privado, resulta evidente que es el Sistema Nacional de Salud, estructurado en los diferentes servicios autonómicos, la organización que continúa, a fecha actual, centralizando la atención sanitaria de la mayor parte de la población.

El análisis y los datos que anteceden revelan una serie de aspectos cruciales sobre el Sistema Nacional de Salud en España. Por un lado, la pandemia de la covid-19 ha dejado una marca sustancial en las estadísticas económicas y financieras, evidenciando un aumento notorio en el gasto público en 2020. Por otro lado, la descentralización de competencias sitúa a las comunidades autónomas como principales responsables financieras, contribuyendo con aproximadamente el 92 % del gasto público destinado a la sanidad.

De acuerdo con lo expresado, el incremento sostenido en la inversión en salud refleja un compromiso aparentemente progresivo de las autoridades gubernamentales. Sin embargo, la distribución de recursos entre servicios hospitalarios y la atención primaria plantea interrogantes sobre la estrategia presupuestaria y la comparación entre comunidades autónomas destaca disparidades significativas.

En definitiva, la evaluación de la evolución temporal en los últimos años parece mostrar una expansión en la cobertura y el alcance de los servicios de salud financiados públicamente; no obstante, se deberá comprobar si este esfuerzo continuado se mantendrá o si ha sido impulsado por las circunstancias excepcionales de la pandemia.

## Referencias bibliográficas

- Abásolo Alessón, I. y González López-Valcárcel, B. (2016). La eficiencia agregada del gasto público sanitario en una década partida en dos por la crisis económica. En *Salud 2000* (pp. 8-14). Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública.
- Benítez Llamazares, N. (2020). La financiación de la sanidad pública española. Especial referencia a la crisis sanitaria generada por COVID-19. *e-Revista Internacional de la Protección Social*. Universidad de Sevilla, 356-372.
- González López, E. *et al.* (2011). Introducción a los sistemas sanitarios. El sistema sanitario español. [Temario de curso Inmersión Precoz en la Clínica, Universidad Autónoma de Madrid, 7].
- Gutiérrez Navas, M. (2014). Un nuevo modelo económico para España. Reformas estructurales para la recuperación y el crecimiento. En *Mediterráneo económico*.
- Ministerio de Sanidad. (2016). *La salud y el sistema sanitario en 100 tablas. Datos y Cifras España*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. [https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/SaludSistemaSanitario\\_100\\_Tablas1.pdf](https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/SaludSistemaSanitario_100_Tablas1.pdf)
- Ministerio de Sanidad. (2021). Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2019. <https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/InfSNS2019.htm>
- Ministerio de Sanidad. (2023). Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2022. <https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/InfAnSNS.htm>
- Rastrullo, A., Sieira, S. y Peña, P. (2004). «Sinopsis artículo 43». Análisis legislativo. Congreso de los Diputados.
- Rodríguez Blas, C. (2019). *Estadística de Gasto Sanitario Público. Principales resultados*. Ministerio de Sanidad. <https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/docs/EGSP2008/egspPrincipalesResultados.pdf>
- Subdirección General de Información Sanitaria e Innovación. (2013). *Los Sistemas Sanitarios en los Países de la UE: características e indicadores de salud 2013*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Subdirección General de Información Sanitaria e Innovación. [https://www.sanidad.gob.es/en/estadEstudios/estadisticas/docs/Sist.Salud.UE\\_2013.pdf](https://www.sanidad.gob.es/en/estadEstudios/estadisticas/docs/Sist.Salud.UE_2013.pdf)

**David López Santos.** Graduado en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide y en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad de Granada. Doctorando en Derecho por la Universidad de Sevilla. Empleado público del SNS.



# Mercados financieros sostenibles (II). 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](mailto: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: 05-03-2024

**Cómo citar:** Castillo García, M. (2024). Mercados financieros sostenibles (II). Aproximación desde el abuso de mercado, la administración desleal y la estafa de inversión de capital y de crédito. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 278, 67-114. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.21315>



# 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: 05-03-2024

**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*, 278, 67-114. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21315>



## Sumario

- 3.2. La integridad de los mercados financieros sostenibles (*continuación*)
- 4. Relación entre el concepto de «doble materialidad», el inversor razonable y la información privilegiada
- 5. Delito de administración desleal, delito de estafa de inversión de capital y de crédito
  - 5.1. Relación entre la administración desleal, artículo 252 del CP, y el artículo 226 de la Ley de sociedades de capital (LSC)
  - 5.2. Delito de estafa de inversión de capital y de crédito
- 6. Reflexiones críticas
- Referencias bibliográficas

**Nota:** Este artículo es continuación de la primera parte publicada en el número 277.

### 3.2. La integridad de los mercados financieros sostenibles (continuación)

ESMA no define en su reglamento de creación en qué consiste el concepto del «valor público como la integridad del sistema financiero» que deberá proteger, ni las autoridades supervisoras de los Estados de la Unión (p. ej., ante las disfunciones de las alemanas BaFin y FREP en el caso Wirecard)<sup>1</sup> que supervisan con sus limitaciones. Estas también se evidencian por autoridades supervisoras fuera del ámbito de la Unión Europea, pero con sede en el centro de Europa, p. ej., la Autoridad Supervisora del Mercado Financiero Suizo FINMA (caso Blackstone Resources AG)<sup>2</sup>. Ni, por las autoridades reguladoras y supervisoras británicas. Tampoco el BCBS de Basilea vía *soft law*. Curiosamente, es FINMA la que explica –no define– qué entiende por integridad de mercado. La integridad se asocia con la obligación de que las sociedades de valores informen a FINMA mediante remisión íntegra de sus operaciones, sin defectos cualitativos, para generar confianza en el buen funcionamiento de los mercados y garantizar una fijación de precios justa y transparente (¿Credit Suisse?)<sup>3</sup>. El apartado *Market integrity* del Annual Report de 2021<sup>4</sup> consta de dos subapartados, el primero, titulado *Poor quality of transaction*

<sup>1</sup> Vid. Busch, D., *The Future of EU financial law*, pp. 57-58, *op. cit.* Cfr. Mock, S., *Wirecard and European Company and Financial Law*, *op. cit.* Cfr. Lehmann y Schürger, *Staatshaftung für Versäumnisse der BaFin im Fall Wirecard*, *op. cit.* Cfr. Castillo García, M., *Wirecard AG Leading Fintech «Trilemma» Case*, *op. cit.* pp. 3-4. Cfr. Brühl, V., *Mehr Nachhaltigkeit im deutschen Leitindex DAX-Reformschläge im Lichte des Wirecard-Skandals*, *op. cit.*

<sup>2</sup> FINMA finds market manipulation Blackstone Resources AG. The Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA has concluded proceedings for violation of market conduct rules against Blackstone Resources AG and one its directors. It found market manipulation and violation of disclosure obligation. 12 April 2022. [www.finma.ch](http://www.finma.ch)

<sup>3</sup> Vid. Bank of England, The Prudential Regulation Authority has fined Credit Suisse pounds 87 million, *op. cit.* Cfr. Board of Governors of the Federal Reserve System. In the matter UBS Group, Credit Suisse AG, penalty \$268,494,109.20, *op. cit.* Cfr. Díez, J. R. «Com sol succeir en els moments finals dels processos d'enduriment monetari, és lògic que l'estabilitat financera guanyi més protagonisme en la funció de reacció dels bancs centrals. De tota manera, a la vista d'accidents com el l'SVB, el focus s'haurà de posar en la detecció (i la correcció) dels models de negoci especialment fràgils. I en l'augment de la coordinació de la regulació i de la supervisió a nivel global, per evitar distorsions com les ocasionades per la intervenció del Credit Suisse en el funcionament d'importants segments dels mercats de renda fixa (AT1)». *Nous reptes per als bancs centrals. CaixaBankResearch*. Editorial. Abril. 2023. IMO4. [www.caixabankresearch.com](http://www.caixabankresearch.com). Cfr. New York State Department of Financial Services (DFS) fines Credit Suisse AG \$135 million for unlawful, unsafe and sound conduct in its foreign exchange trading business. Credit Suisse Traders Engaged in Efforts to Manipulative Prices, Profited at the Expense of Clients, and Improperly Shared Customer Information. Credit Suisse Executives Encouraged Traders to Engage in Front Running, which Deceived and Disadvantaged Customer. The violation from an investigation by DFS determining that from at least 2088 at 2015, Credit Suisse consistently engaged in unlawful, unsafe and unsound conduct by failing to implement effective controls over its foreign exchange business. November 13, 2017. <http://www.dfsny.gov/bout/press/pr1711131.htm>

<sup>4</sup> FINMA, Annual Report 2021, p. 36.

reports, y el segundo, *Measures to be taken in cases of incomplete or non-submitted reports*. Este, en concreto, refiere que FINMA identificó a empresas de valores en la presentación informes, p. ej., de derivados con información que determina el valor bloqueante (*call or put*), el precio de ejercicio, el activo subyacente a plazo o el ratio de suscripción, incompletos<sup>5</sup>. En este contexto, el caso Blackstone Resources AG, pendiente de apelación, es paradigmático. FINMA verificó que esta empresa y uno de sus directores habían, supuestamente, manipulado el mercado influyendo en el precio de las acciones corporativas desde su cotización de forma inadmisibles<sup>6</sup>. Las actividades comerciales y de información de Blackstone y un directivo impulsaron el precio de las acciones, omitiendo información al requerimiento de FINMA. No obstante, con la información obtenida, FINMA consideró que Blackstone, y personal asociado, compraron de forma reiterada acciones en periodos concretos de negociación para aumentar, mediante una supuesta manipulación, los precios de las acciones sin anotaciones en el libro de pedidos y sin antecedentes económicos demostrables. Blackstone publicó su influencia en el precio del mercado de forma reiterada. En concreto, en mayo de 2019 Blackstone emitió un comunicado en su web anunciando una gran colocación privada fuera del mercado en la que el precio de sus acciones en bolsa se negoció hasta en tres ocasiones, afirmando haber generado ingresos netos a través del *modus operandi* de la transacción, aunque, posteriormente, se demostró que esta se estructuró de tal manera que Blackstone no tuvo ingresos. Tampoco se mencionó en el comunicado que el inversionista privado involucrado era un director de Blackstone. Asimismo, la empresa realizó recomendaciones públicas de compra patrocinadas con precios objetivo muy por encima de los precios del mercado realmente liquidados, basándose en información, parcialmente, incorrecta<sup>7</sup>.

La manipulación o la tentativa de manipulación de los índices de referencia<sup>8</sup> o los tipos de interés del mercado interbancario pueden afectar a la integridad de los mercados ante

---

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Cfr. cdos. 1, 2, 3 y 4; art. 1, Sistemas adecuados y control eficaz; art. 2, Formación, y art. 3, Política de integridad de los datos de cálculo 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 entrañar manipulación o intento de manipulación de un índice de referencia. DOUE 13.8.2021 L 291/13-15. Cfr. New York State Department of Financial Services (DFS): «The DFS investigation found that for many years, Credit Suisse foreign exchanges traders participate in multi-party electronic chat room, where traders, sometimes using code names to discreetly share confidential customer information, discussed coordinating trading activity and attempted to manipulate currency prices or benchmark rates». Fines Credit Suisse AG \$135 million for unlawful, unsafe and sound conduct in its foreign Exchange trading business, *op. cit.* Cfr. CFTC Orders JP Morgan Chase Bank, N.A. to Pay \$65 Million Penalty for Attempted Manipulation of U.S. Dollar ISDAFIX Benchmark Swap Rates. Release 7742-18. June 18, 2018. [www.cftc.gov](http://www.cftc.gov). Cfr. CFTC Orders The Goldman Sachs Group, Inc. to Pay \$120 Million Penalty for Attempted Manipulation of U.S. Dollar ISDAFIX Benchmark Swap Rates. Docket N.º 17-03. December 21, 2016. Cfr. Paredes Castañón, J. M.: «Sobre

la ausencia de transparencia y la fiabilidad de los datos, según el «MAR» y la doctrina<sup>9</sup>. El cdo. 44<sup>10</sup> del «MAR» procede a la descripción:

El precio de muchos instrumentos financieros se fija sobre la base de índices de referencia. La manipulación o la tentativa de manipulación de los índices de referencia, incluidos los tipos de interés del mercado interbancario, puede tener graves repercusiones en la confianza de los mercados y dar lugar a pérdidas significativas para los inversores o a distorsiones de la economía real. Por tanto, conviene adoptar disposiciones específicas en relación con los índices de referencia, a fin de preservar la integridad de los mercados y garantizar que las autoridades competentes puedan prohibir claramente la manipulación de estos índices. Dichas disposiciones deben cubrir todos los índices de referencia publicados, incluidos aquellos a los que se puede acceder a través de internet, de forma gratuita o no, como los índices de referencia CDS y los índices de índices. Es necesario completar la prohibición general de la manipulación del mercado con la prohibición de la manipulación de los índices de referencia, de la transmisión de información falsa o engañosa, del suministro de datos falsos o engañosos, o de cualquier otra acción que suponga una manipulación del cálculo de un índice de referencia, cuando el cálculo se defina de forma amplia para incluir la recepción y evaluación de todos los datos relativos al cálculo de dicho índice de referencia, así como, en particular, datos tratados, la metodología utilizada, basada, total o parcialmente, en algoritmos o en apreciaciones. Dichas normas se añaden al Reglamento (UE) n.º 1227/2011 que prohíbe transmisión deliberada, a empresas que realizan estimaciones de precios o informes sobre el mercado de productos energéticos, al por mayor, de información falsa que induzca a error a los participantes en el mercado, que actúan apoyándose en estas estimaciones de precios o en estos informes de mercado<sup>11</sup>.

---

si la tentativa(dolosa) de los delitos de peligro concreto debe ser considerada o no punible, resulta, en general, muy discutida [...] que no puedan controlarse las conductas abstractamente peligrosas mediante mecanismos extrapenales (ampliamente presentes en la regulación jurídico-administrativa de los mercados financieros), haciendo innecesario el recurso al Derecho Penal. De manera que, incluso para el caso de los mercados financieros (que seguramente es, dentro del Derecho Penal económico, el supuesto más propicio que podemos imaginar para una intervención penal anticipada al estadio de la mera peligrosidad abstracta), no es claro que exista justificación político-criminal suficiente para la incriminación de las meras tentativas, aun dolosas, de los delitos (de peligro concreto) de manipulación de precios». Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores, *op. cit.*, pp. 826-827.

<sup>9</sup> Vid. Shearer, M., *et al.*, Learning to Manipulate a Financial Benchmark. September 14, 2022. University of Michigan, Ann Arbor Law. <https://ssrn.com/abstract=4219227>. Cfr. Guagliano, C. *et al.*: «i.e. in the case of large orders distorting price formation. Attempts to manipulate the consensus mechanisms of distributed ledgers (i.e., through so-called «51%» or «Sybil» attacks) can put the value on the entire blockchain at risk» *Crypto-assets and their risks*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>10</sup> L 173/9.

<sup>11</sup> «MAR» L 173/9.

Asimismo, el artículo 3.1 del «MAR», sobre definiciones, dice:

A efectos del presente Reglamento se entenderá por «índice de referencia» cualquier tasa, índice o cifra, puesto a disposición del público o publicado, que se determina de forma periódica o regular, mediante la aplicación de una fórmula o sobre el valor de uno, o varios activos subyacentes o precios, incluyendo precios estimados, tipos de interés u otros valores reales o estimados, o a datos de estudios, y que se utiliza como referencia para determinar la cantidad pagadera por un instrumento financiero o el valor de un instrumento financiero<sup>12</sup>.

Respecto a la manipulación de un instrumento financiero utilizado como precio de referencia de un derivado en un OTC, el «MAR» asevera:

Cuando un instrumento financiero se utiliza como precio de referencia, un derivado negociado en un OTC puede 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. El mismo principio debería aplicarse a los contratos de contado sobre materias primas cuyo precio se basa en el instrumento derivado (cdo. 10)<sup>13</sup>.

Igualmente, el «MAR» en el artículo 12, sobre manipulación de mercado, letra d)<sup>14</sup>, refiere el índice de referencia, calificando como manipulación de mercado las siguientes acciones:

d) Transmitir información falsa o engañosa o suministrar datos falsos con un índice de referencia, cuando el autor de la transmisión o del suministro de datos supiera o debiera haber sabido que eran falsos o engañosos, o cualquier otra conducta que suponga una manipulación del cálculo de un índice de referencia.

Sin embargo, ESMA<sup>15</sup>, en el *Carbon markets under MAR*, omite mención alguna sobre la mencionada letra d) del artículo 12 causando confusión, inseguridad jurídica y sorpresa. Máxime cuando en la introducción del *legal framework* recuerda la integridad de los mercados:

La finalidad del régimen de abuso de mercado de la Unión Europea consiste en el propósito de la promoción de la integridad de los mercados a través de la prohi-

<sup>12</sup> *Ibidem*, L 173/17-21.

<sup>13</sup> «MAR» L 173/2 y 3. *Cfr.* Paredes Castañón, J. M., Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores, *op. cit.*, pp. 826-827.

<sup>14</sup> «MAR» L 173/30.

<sup>15</sup> ESMA. Final Report Emission allowances and associated derivatives, *op. cit.*, p. 18.

bición de la información privilegiada, la comunicación ilícita de información privilegiada y la manipulación de mercado<sup>16</sup>.

Pero es que, además, en mi opinión, la inseguridad jurídica se incrementa, por un lado, para las personas físicas y jurídicas por el «MAR», invirtiendo la carga de la prueba<sup>17</sup> en los investigados (en su caso, acusados) respecto al «papel causal de la acción enjuiciada en dicho proceso manipulándolo»<sup>18</sup>. Esto es, obligando a «demostrar» su inocencia, según el párrafo segundo de la letra a) del artículo 12.1:

A menos que la persona que hubiese efectuado la operación o dado la orden de negociación o realizado cualquier otra conducta demuestre que esa operación, orden o conducta se han efectuado por razones legítimas y de conformidad con una práctica de mercado aceptada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13<sup>19</sup>.

Y, por otro, se infiere de las áreas prioritarias de ESMA sobre sostenibilidad financiera<sup>20</sup> y en *Carbon markets under MAR*<sup>21</sup> criminalizando acciones y omisiones mediante la subsumción de conductas en el artículo 12, Manipulación de mercado, en el artículo 16, Prevención y detección del abuso de mercado<sup>22</sup>, y en el anexo I<sup>23</sup> del «MAR», en relación con el artículo 7(6), Precio de adjudicación de la subasta y resolución de los casos de empate de ofertas del Reglamento 1031/2010 de la Comisión<sup>24</sup> y el artículo 26, Obligación de comunicar las operaciones, del «MiFIR»<sup>25</sup>. Confusión e inseguridad jurídica que aumenta cuando el Reglamento 1031/2010 dice en el cdo. 31 de forma taxativa que estos «mercados» «están sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa del Estado miembro de origen que determine la legislación nacional»<sup>26</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Traducción del inglés, nuestra.

<sup>17</sup> Cfr. Luchtman, M. J. J. P. y Vervaele, J. A. E., Aplicación del régimen de abuso de mercado, *op. cit.*, p. 779. Cfr. art. 80.1 a) Prohibición de manipulación de mercado. Propuesta Reglamento (MiCA).

<sup>18</sup> Vid. Paredes Castañón, J. M., Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores, *op. cit.* p.796.

<sup>19</sup> MAR L 173/30.

<sup>20</sup> ESMA, Sustainable Finance Roadmap 2022-2024, 10 February 2022, ESMA 30-379-1051, pp. 7 y ss., *op. cit.*

<sup>21</sup> ESMA. Final Report. Emission allowances and associated derivatives, p. 18, *op. cit.*

<sup>22</sup> «MAR» L 173/33.

<sup>23</sup> *Ibidem* L 173/55.

<sup>24</sup> De 12 de noviembre de 2010, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases con efecto invernadero. L 302/13 y 14.

<sup>25</sup> «MiFIR» L 173/18.

<sup>26</sup> Reglamento (UE) 1031/2010 de la Comisión, L 302/5.

Sin embargo, ESMA, en *Carbon markets under MAR*, justifica la criminalización mediante

la compra o venta de derechos de emisión o derivados relacionados en el mercado secundario antes de la subasta celebrada, según el mencionado Reglamento 1031/2010, calificando el comportamiento como manipulación de mercado siempre que tenga el efecto de fijar precios de compensación de la subasta para los productos subastados a un nivel anormal o artificial o si induce a error a la oferta en las subastas. La manipulación de mercado se realizaría al estar los precios de subasta y los precios de los mercados secundarios interrelacionados, debiendo cancelarse la subasta según el artículo 7(6) del Reglamento si el precio de compensación de la subasta es significativamente inferior al precio del mercado secundario. El objetivo, evitar que los participantes se beneficien del arbitraje entre los mercados primario y secundario<sup>27</sup>.

No obstante, en mi opinión, ESMA recurre al riesgo permitido para mitigar el exceso punitivo cuando sostiene que

el sistema de vigilancia del mercado de la Unión Europea se basa en las prohibiciones establecidas por el «MAR» sobre información privilegiada y manipulación de mercado y no cualquier especulación con impacto sobre los precios que no represente violación de las prohibiciones sobre abuso de mercado [...] cualquier otra estrategia comercial que no se encuadra en ninguna de las categorías anteriores, incluso cuando se lleve a cabo exclusivamente en la búsqueda de una inversión sobre la incierta evolución del futuro del precio del instrumento financiero, no puede considerarse manipulación del mercado<sup>28</sup>,

siguiendo al Reglamento Delegado (UE) de la Comisión 2017/565 de 25 de abril de 2016 por el que se completa «MiFID II»<sup>29</sup>. Esto es, la denominada por Paredes Castañón (2014) «existencia o no de riesgo permitido en la conducta del autor» (pp. 790-791).

La confusión, falta de claridad e inseguridad jurídica en la interpretación de ESMA, en mi opinión, viene generada por la «MAD II» con el artículo 1.4, c) Objeto y ámbito de aplicación: «El artículo 5 se aplicará también a la conducta en relación con los índices de referencia». Parafraseando a Nieto Martín y Foffani (2018, p. 332), no se sabe con certeza si se pretende sancionar penalmente la manipulación de mercado realizada en los múltiples mercados existentes y, según nuestro criterio, hay que mencionar los creadores de mercados electrónicos<sup>30</sup>,

<sup>27</sup> ESMA. Final Report. Emission allowances and associated derivatives, p. 18. Traducción nuestra.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Vid. cdo. 121, L 87/16*.

<sup>30</sup> *Vid. Mascareñas*: «Gestionados por operadores independientes como Getco y Knight, que operan como principales para su propia cuenta. Sus precios de transacción no se calculan mediante el NBBO, por la que hay una formación de precios. Entre las críticas: - Los precios resultantes no tiene por qué reflejar los del mercado real. - Los intervinientes en la plataforma no tienen por qué conseguir el mejor precio.

con la intención de alterar el precio de los productos financieros de referencia o de si en cambio lo que pretende es sancionar cualquier tipo de manipulación que objetivamente afecte al precio, con independencia de cuál haya sido la intención. En este caso, lo que se estaría exigiendo del legislador nacional es la creación de un delito cualificado por el resultado, doloso en lo tocante a la manipulación imprudente en relación con la afectación al índice de referencia<sup>31</sup>.

Los ejemplos sobre *dark pools* o «plataformas oscuras», como los creadores de mercados electrónicos referidos por Mascareñas<sup>32</sup>, permiten reflexionar con la tesis de Nieto Martín y Foffani «que se oferten en los mercados los productos financieros más estrafalarios, referenciados a los más variopintos índices de referencia»<sup>33</sup> y la relación con la supuesta protección penal del inversor y la utilidad social<sup>34</sup>. A título de ejemplo, mencionar que con el mercado del carbono ya se proponen nuevos índices de referencia<sup>35</sup> asociados a los índices de referencia armonizados con el Acuerdo de París<sup>36</sup>. Y decimos supuesta protección penal del inversor y la utilidad social habida cuenta de que ante estos «nuevos índices de referencia con sus asociados» en el mercado del carbono que, en mi opinión, generan in-

---

- Son vulnerables a las tácticas predatoras de la HFT (utilizan tácticas de sondeo *pinging* para detectar grandes órdenes ocultas). - Las bolsas acusan a la *plataformas oscuras* de que sus operaciones aumentan la volatilidad intradía y los diferenciales, lo que lleva a distorsionar los precios de mercado. - Desventajada. No saber si la contraparte que se necesita (un comprador o un vendedor) está aún presente en la plataforma cuando hace falta, lo que implica que el operador no sea capaz de cumplimentar su orden tan rápido como el mercado bursátil tradicional», Mercado Financiero de Renta Variable (*Financial Market on Variable Income Securities*), Universidad Complutense de Madrid, 26 de marzo de 2018, pp. 29 y ss. [https://papers.ssrn.com/sol3/of-dev/AbsByAuth.cfm?per\\_od=2103342](https://papers.ssrn.com/sol3/of-dev/AbsByAuth.cfm?per_od=2103342)

<sup>31</sup> Vid. Nieto Martín, A. y Foffani, I., *Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo*, op. cit., p. 333. Cfr. Señales de manipulación del mercado entre distintos productos, en su caso a través de diferentes centros de negociación: «31. Creación o fomento de posibilidades de arbitraje entre un instrumento financiero y otro instrumento financiero relacionado influyendo en los precios de referencia de uno de ellos, que pueden llevarse a cabo con diferentes instrumentos financieros (como derechos/acciones, mercados al contado, mercados de derivados, certificados de opción/acciones etc. En el contexto de las emisiones de derechos, podría lograrse influyendo en el precio de apertura[teórico] o de cierre [teórico de los derechos]). Anexo III. Sección B del Reglamento delegado (UE) 2017/56 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, L 87/79/80.

<sup>32</sup> Mascareñas, Mercado Financiero de Renta Variable, op. cit., pp. 29 y ss.

<sup>33</sup> Vid. Nieto Martín, A. y Fofani, I., *Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo*, op. cit., p. 333.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 333.

<sup>35</sup> Vid. Cheng, G., Jondeau, E. y Mojon, B., Building portfolios of sovereign securities with decreasing carbon footprints. BIS Working Papers N.º 1038. September 2022. Bank for International Settlements / University of Lausanne. [www.bis.org](http://www.bis.org)

<sup>36</sup> Vid. Reglamento (UE) 2019/2089 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 relativa a la sostenibilidad de los índices de referencia. DOUE 9.12.2019. L 317/17.

seguridad jurídica, la protección debería situarse más bien en la jurisdicción civil-mercantil<sup>37</sup> o, en el hipotético supuesto de Derecho administrativo-sancionador, en la contencioso-administrativa<sup>38</sup>, que en la penal. Al respecto, sobre el mercado de gases de emisión, Nieto Martín y Foffani<sup>39</sup> plantean dudas con el enfoque: «Es muy dudoso que este interés social esté presente en cualquier producto financiero».

En la política de preservar la integridad de los mercados, el ámbito de aplicación del «MAR» también abarca «los instrumentos financieros que se negocian en otras categorías de sistemas organizados de contratación (SOC) o que se negocian únicamente en mercados organizados OTC» (cdo. 8)<sup>40</sup>.

Respecto a los mercados de contado y de derivados, el «MAR» considera que

las estrategias de manipulación pueden extenderse a los mercados de contado y de derivados. La negociación de instrumentos financieros, incluidos los derivados sobre materias primas, puede emplearse para manipular los contratos de contados sobre materias primas relacionados con ellos, y los contratos de contado sobre materias primas pueden utilizarse para manipular los instrumentos financieros correspondientes. La prohibición de la manipulación de mercado debe, por tanto, reflejar estas interrelaciones (cdo. 20)<sup>41</sup>.

Sin embargo, en teoría, hay excepciones. Por un lado, sobre las «conductas que no tengan relación con instrumentos financieros, como la negociación de contratos de contado sobre materias primas que afecten exclusivamente a los mercados de contado» (cdo. 20)<sup>42</sup>; y, por otro, al «aplicar» la definición de manipulación de mercado mediante remisión al mencionado Reglamento (UE) n.º 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía<sup>43</sup> «REMIT».

<sup>37</sup> Vid. Caso Mizuho. La Bolsa de Tokyo fue condenada al pago de la suma equivalente a 80 millones de euros por daños y perjuicios. Cfr. Baum, H., Fleckner, A. M. y Sumida, M., Haftung für Pflichtverletzungen von Börsen. Deutschland und Japan in Vergleich. *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Research Paper Series. N.º 17/22. Rabelsz. Vol. 82.* <https://ssrn.com/abstract=3082811>

<sup>38</sup> Según el parágr. 39 WpHG (Ley del Mercado de Valores alemán) la manipulación no delictiva se sanciona con multa. Vid. BaFIN. Markmanipulation. [www.bafin.de](http://www.bafin.de)

<sup>39</sup> Nieto Martín, A. y Foffani, L., *Abusos de Mercado y Derecho penal...*, op. cit., p. 333. Cfr. Delacroix, G., Picaud, E. y Martinon, L., *El negocio sucio del CO2. Derecho a contaminar*, op. cit.

<sup>40</sup> L 173/2.

<sup>41</sup> L 173/4.

<sup>42</sup> L 173/4.

<sup>43</sup> DOUE 8.12.2011 «REMIT». Siglas en inglés. Cfr. cdo. 3, Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016 por el que se completa la «MiFID II» del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de la «MiFID». DOUE 31.3.2017. L 87/1-2.

Contradicción con un sector de la doctrina financiera<sup>44</sup> y que, en mi opinión, se constata con el artículo 12 del «MAR» sobre la manipulación de mercado<sup>45</sup> relacionada con un índice de referencia, posterior al «REMIT». Tipo que abarca al comercio de los derivados financieros –incluyendo los certificados de emisión–:

A efectos del presente Reglamento, la manipulación incluirá las siguientes actividades:

a) Ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra conducta que: i) transmita o pueda transmitir señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con él, o bien ii) fije o pueda fijar en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con ellos, a menos que la persona que hubiese efectuado la operación o dado la orden de negociación o realizado cualquier otra conducta demuestre que esa operación, orden o conducta se han efectuado por razones legítimas y de conformidad con una práctica de mercado aceptada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13;

b) Ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra actividad o conducta que afecte o pueda afectar mediante mecanismos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio, al precio de uno o varios instrumentos financieros, de un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de un producto subastado basado en derechos de emisión.

c) Difundir información a través de los medios de comunicación, incluido internet, o por cualquier otro medio transmitiendo así o pudiendo transmitir señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero de un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de un producto subastado basado en derechos de emisión, o pudiendo así fijar en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios instrumentos financieros de un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de un producto subastado basado en derechos de emisión, incluida la difusión de rumores, cuando el autor de la difusión sepa o debiera saber que la información era falsa o engañosa.

Asimismo, la «MiFID II», como norma primaria, al intentar regular los *dark pools*<sup>46</sup>, menciona conceptos como la «transparencia e integridad del mercado». En la sección 3, y en concreto el artículo 31, apartados 1 y 2, sobre «Supervisión del cumplimiento de las normas

<sup>44</sup> Vid. Hiemstra, L. M. The Financial Side of Energy Markets in the Low-Carbon Transition, *op. cit.*, p. 12.

<sup>45</sup> L 173/29/30.

<sup>46</sup> Vid. art. 4 de la «MIFID II». Definiciones, (20) «internalizador sistemático», la empresa de servicios de inversión que, con carácter organizado, frecuente, sistemático y sustancial, negocia por cuenta propia cuando ejecuta órdenes de clientes al margen de un mercado regulado o en SMN o un SOC sin gestionar un sistema multilateral». L 173/382.

de los SMN o SOC y de otras obligaciones legales», efectúa remisión al «MAR»<sup>47</sup>, al igual que el artículo 32.2, «Suspensión y exclusión de instrumentos financieros de la negociación en un SMN o SOC». De esta manera, «MiFID II» sigue las indicaciones de OICV-IOSCO, organismo internacional mencionado de forma reiterada a lo largo de la directiva, aunque se refieran a la «MiFID I». IOSCO<sup>48</sup> ha identificado, entre seis conductas de manipulación de mercado, a los *dark pools* como una segunda conducta por su importancia.

Igualmente, en propuestas de diseño *soft law*<sup>49</sup>, sobre el bono estándar verde europeo (EU-GBS) por el Technical Expert Group (TEG)<sup>50</sup>, asesor de la Comisión Europea, se menciona la promoción de la integridad del mercado. El EU-GBS está diseñado, por un lado, para promover aún más transparencia y la integridad del mercado, especialmente con respecto a las preocupaciones relacionadas con la posible representación de los aspectos objetivos o impactos ecológicos o sostenibles de los proyectos (es decir, el *greenwashing* –lavado verde–)<sup>51</sup>. Y, por otro, cumple con los requisitos de los índices de referencia *EU climate transition benchmarks* (EUCTB)<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> «MiFID II» L 173/416-417.

<sup>48</sup> Addendum to IOSCO report on investigating and prosecuting market manipulation: «2-Market fragmentation and dark liquidity», 2013, Madrid, p. 2. [www.iosco.org](http://www.iosco.org). Cfr. IOSCO has previously identified the following as the most important changes can impact market integrity (IOSCO Report FR 09/11). Cfr. SEC-v-Credit Suisse Securities (USA) LLC. Administrative Proceeding File N.º 3-17078, January 31, 2016. Cfr. Biedermann, Z., *Off-exchange Trading, Dark Pools and their Regulatory Dilemmas*. Public Finance Quarterly, 2015.

<sup>49</sup> Vid. Mülberr, P. O. y Sajnovits, A., The Inside Information Regime of the MAR and the Rise of the ESG ERA, *op. cit.*, p. 8.

<sup>50</sup> Technical Expert Group (TEG), Report on EU Green Bond Standard, June 2019, p. 54, [finance.ec.europa.eu/system](http://finance.ec.europa.eu/system). Traducción, nuestra. Cfr. Gómez Yubero, M.<sup>a</sup> J. y Gullón Ojesto, B., Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad y su contribución al cumplimiento de desarrollo sostenible, *op. cit.*, p. 136. Cfr. Caramichael, J. y Rapp, A. C., The Green Bond Issuance Premium, Number 1346, June 2022, International Finance Discussion Papers 1346. Board of Governing of The Federal Reserve System, Washington. <https://doi.org/10.17016/IFDP.2022.1346>. Cfr. OECD, Financial Markets and Climate transition, *op. cit.*, p. 94.

<sup>51</sup> Vid. Reglamento de taxonomía, cdo. 11: «En el contexto del presente Reglamento, el blanqueo ecológico hace referencia a la práctica de obtener una ventaja competitiva desleal comercializando un producto financiero como respetuoso con el medio ambiente cuando, en realidad, no cumple los requisitos medioambientales básicos. Actualmente, unos pocos Estados miembros disponen de sistemas de etiquetado. Dichos sistemas en vigor se basan en diferentes sistemas para clasificar las actividades económicas medioambientalmente sostenibles. Habida cuenta de los compromisos políticos adquiridos en el marco del Acuerdo de París y a nivel de la Unión, es probable que cada vez más Estados miembros establezcan sistemas de etiquetado o exijan otros requisitos a los participantes respecto de la promoción de productos financieros o de emisiones de renta fija privada como 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. Cfr. ESRB, Positively green: Measuring climate change risks. *op. cit.*, p. 4. Cfr. TEG, Report on EU Green Bond Standard, *op. cit.*, p. 54.

<sup>52</sup> P. ej. Stoxx Climate Transition and Paris-Aligned Benchmark indices; MSCI Climate Change; S&P Climate Transition and Paris aligned Climate Indices. Vid. OECD. Financial Markets and Climate Transition, *op. cit.*, p. 90.

Desde la implementación del «MAR», la Comisión Europea, el Consejo, el Parlamento Europeo y la justicia de la Unión Europea se han pronunciado sobre el concepto de integridad de los mercados financieros, pero más bien referido al folleto<sup>53</sup>, la información privilegiada<sup>54</sup>, que a la manipulación de mercado, mediante una interpretación y una técnica jurídico-penal ambigua, como sucede con los tribunales de los Estados miembros, intentando «hacer restricciones allí donde no existe base para ello»<sup>55</sup>. Por lo que respecta a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, en la sentencia n.º 369/2019, de 22 de julio de 2019<sup>56</sup> se refiere la integridad de los mercados según las exigencias de la legislación de la Unión Europea, al imponer sanciones penales por conductas más graves de abuso de mercado. La resolución no dice qué entiende por integridad del mercado.

Es en el ámbito del *soft law*<sup>57</sup> donde, recientemente, se ofrece una definición de integridad del mercado, pero abarcando diversos bienes jurídicos-penalmente protegidos, que van desde la prevención (blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, manipulación de mercado), sin considerar la información privilegiada.

En mi opinión, el concepto integridad de los mercados financieros, ahora en expansión con las finanzas sostenibles<sup>58</sup>, se ha transformado en un concepto jurídico indeterminado que no se sabe realmente cuál es su significado. ¿No sería más ajustado en derecho hablar de, por un lado, de «integridad del precio de mercado»<sup>59</sup>. Y, por otro, de eficacia y eficiencia

<sup>53</sup> Vid. Martínez-Buján Pérez, C., *Estafa de inversores y de crédito. (El art.282 bis del Código Penal)*. Tirant lo Blanch, 2012, p. 82.

<sup>54</sup> Vid., Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 15 de marzo de 2022, asunto C-302/20, Sr. A. v Autorité des marchés financiers (AMF), ponente F. Biltgen. Se invoca el «MAR»; sentencia, Sala Segunda, de 28 de junio de 2012, asunto C-19/2011, Geltl v. Daimler AG, ponente U. Löhmus; sentencia de 23 de diciembre de 2009, Spector Photo Group v. Van Raemdonck, C-45-08, entre otras.

<sup>55</sup> Vid. Paredes Castañón, J. M. Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores, *op. cit.*, p. 793.

<sup>56</sup> Vid. FD vigésimo primero. STS 369/2019, recurso n.º 2975/2017. Pte. Colmenero Menéndez de Lurca. Cfr. Feijóo Sánchez, *El Tribunal Supremo Español ante el delito de manipulaciones informativas del precio de cotización de un instrumento financiero*, Criminalia Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXXXVII. Nueva época. Diciembre-2020. Ubijces Editorial, SA de CV, p. 623, [www.criminalia.com.mx](http://www.criminalia.com.mx)

<sup>57</sup> Vid. Bank for International Settlements (BIS), «Market integrity: the prevention of illicit activities in the monetary system, such as money laundering and terrorism financing, as well as market manipulation.» *Annual Economic Report de 2023*. Glossary, p. 117. [www.bis.org](http://www.bis.org)

<sup>58</sup> Vid. Aramonte, S. y Packer, F., *Information governance in sustainable finance*. BIS Papers N.º 132. December 2022, p. 12.

<sup>59</sup> Vid. Cheng, G., Jondeau, E. y Mojon, B., *The impact of green investors on stock prices*. BIS Working Papers. N.º 1127. September 2023. Cfr. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Ark Tchr Ret. Sys. v. Goldman Sachs Croup. Inc.* Docket N.º 22-44. August 10, 2023, p. 5, *op. cit.* Cfr. United States District Court for the District of Minnesota. *Sec v. Jason Nordlund*. Civil Action Number 22-cv-2406. July 26, 2023.

(*efficient capital market by hypothesis* - ECMH)<sup>60</sup> para evitar distorsiones, disfunciones en la supervisión y falsa transparencia, como ha sucedido en los Estados Unidos con Silicon Valley Bank, First Republic Bank o Signature Bank, y en la Europa continental con Credit Suisse<sup>61</sup>?

#### 4. Relación entre el concepto de «doble materialidad», el inversor razonable y la información privilegiada

Para realizar una valoración de los conceptos normativos sobre «doble materialidad» e inversor razonable y de razonablemente<sup>62</sup> en los mercados ASG y del carbono, desde la epistemología y la hermenéutica histórico-relativa<sup>63</sup>, hay que acudir a la norma secundaria. En primer lugar, al referido cdo. 14 del «MAR»<sup>64</sup>:

Los inversores razonables basan sus decisiones de inversión en información ya disponible, es decir, en información disponible *ex ante*. Por consiguiente, la cuestión acerca de si, al decidir sobre una inversión, un inversor razonable probablemente tenga en cuenta o no una determinada información, debe analizarse sobre la base de la información disponible *ex ante*. En dicho análisis se han de tomar en consideración, en tales circunstancias, el efecto previsto de la información a la luz del conjunto de actividades del emisor correspondiente, la fiabilidad de la fuente de información y cualquier otra variable del mercado que, en las circunstancias del caso, pueda afectar a los instrumentos financieros, a los contratos de contado sobre materias primas o a los productos subastados basados en derecho de emisión.

<sup>60</sup> Vid. Mülbert, P. O. y Sajnovits, A., *The Inside Information Regime of the MAR and the Risk of the ESG Era*. European corporate governance institute (EGG2). Working Paper n.º 548, October 2020, p. 14. <https://ssrn.com/abstract=3719944> Cfr. Ventoruzzo, M. y Mock, S., *Market Abuse Regulation*. Series. Oxford. Second Edition. 1 March 2022.

<sup>61</sup> Vid. New York State Department of Financial Services: «Certain Credit Suisse executives in the Bank's foreign exchange unit deliberately fostered a corrupt culture that failed to implement effective controls in its foreign exchange trading business, which allowed the bank's foreign exchange traders and others to violate New York State Law and repeatedly abuse the trust of their customers over the course of many years. DFS will not tolerate any violations of law that threaten the integrity of our markets and undermine customer confidence» said Superintendent Vullo. Fines Credit Suisse AG \$135 million for unlawful, unsafe and sound conduct in its foreign exchange trading business, *op. cit.*

<sup>62</sup> Vid. cdo. 21, Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020. Cfr. EBA/EIOPA/ESMA. Joint Committee of the European Supervisor and Authorities. Consolidated questions and answers (Q&A) on the SFDR (Regulation (EU) 2019/2088) and the SFDR Delegated Regulation (Commission Delegated Regulation (EU) 2022/1288), p. 52, *op. cit.*

<sup>63</sup> Vid. Perlingieri, G., *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho civil*. Traducc. y prólogo Agustín Luna Serra, Dykinson, 2015, p. 37. Cfr. Luna Serrano, A.: «La razonabilidad como criterio hermenéutico se haya de contrastar lo mismo con los principios y las reglas que con los otros ingredientes normativos [...] componen el ordenamiento y deben contar, en su caso, en la solución del problema concreto». Aspectos aplicativos de la razonabilidad, *op. cit.*, p. 14.

<sup>64</sup> L 173/3.

En segundo lugar, al cdo. 15 del «MAR»:

La información *ex post* puede utilizarse para verificar la presunción de que la información *ex ante* era sensible al precio, pero no para actuar contra quienes hayan extraído conclusiones razonables de la información *ex ante*.

Y, en tercer lugar, al artículo 7, apartados 2 y 4. del «MAR»<sup>65</sup>. El apartado 2 dice:

A efectos del apartado 1, se considerará que la información tiene carácter concreto si se refiere a una serie de circunstancias que se dan o que se puede esperar razonablemente que se van a dar, o a un hecho que ha sucedido o que se puede razonablemente que va a suceder, siempre que esa información sea suficientemente específica para permitir extraer alguna conclusión sobre los efectos que esas circunstancias o ese hecho podrían tener en los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos derivados relacionados, de los contratos de contado sobre materias primas relacionados con ellos, o de los productos subastados basados en derechos de emisión.

Y, asimismo, el apartado 4:

A efectos del 1, se entenderá por información que, de hacerse pública, podrá influir de manera apreciable sobre los precios de instrumentos financieros, instrumentos financieros derivados, contratos de contado sobre materias primas relacionados con ellos, o productos subastados 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.

No obstante, surgen preguntas sobre la «doble materialidad» desde la norma primaria (p. ej., artículos 8 y 9 del «SFDR» relacionada con la norma secundaria, el «MAR» y el Código Penal. ¿La «doble materialidad» es un bien jurídico-penal protegido? ¿Qué se entiende por el inversor razonable y por razonablemente, cuál es su significado? ¿Son jurídico-penalmente sostenibles los conceptos «doble materialidad», inversor razonable<sup>66</sup> y razonable-

---

<sup>65</sup> L 173/25.

<sup>66</sup> Cfr. Perlingieri, G: «*Juzgar* no significa subsumir o detenerse en el, por lo demás útil, supuesto de hecho preconstituido, porque la interpretación es siempre *valoración*, ni tampoco significa limitarse a la actividad de argumentación, porque el discurso jurídico necesita de fundamentos y no puede rehuir una *pretensión de corrección y justicia*, entendida no únicamente como no contradicción, como mera conformidad con los predicados y como claridad, sino también como *justificación*, desde el perfil procedimental y de contenido, de las decisiones jurídicas. En otro caso, todo se convierte en sostenible, en cuanto que la mera capacidad *argumentativa* y *demostrativa* puede servir de fundamento tanto a una interpretación meramente literal y tanto a una interpretación funcional (atenta exclusivamente a la *ratio* de las diferentes disposiciones legislativas), como a una interpretación sistemática y axiológica en buena armonía con la *ciencia jurídica* y con la *exigencia de justicia*». *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho civil*, op. cit., pp. 191 y 192.

mente en mercados del carbono o ASG coincidiendo con la implementación de la cuarta revolución industrial<sup>67</sup> (p. ej., algoritmos<sup>68</sup>, aprendizaje de máquina, automatización, inteligencia artificial<sup>69</sup> [ChatGPT])<sup>70</sup>?

Como se ha comentado, el lenguaje es fundamental para el legislador<sup>71</sup>, el jurista<sup>72</sup> en general y para el derecho administrativo sancionador y el derecho penal<sup>73</sup>, en particular. La ausencia de definición ha sido constatada, por un lado, por el Securities and Markets Stakeholder Group (SMSG)<sup>74</sup> mediante respuestas a las consultas formuladas por ESMA planteando las dificultades que tienen los emisores para deslindar la identificación de la información privilegiada. Evidenciando, asimismo, la imposibilidad práctica de utilizar la noción de inversor razonable, ya que no solo se refiere a un tipo de inversor, sino también al instrumento financiero en cuestión (diferentes tipos de inversiones utilizan diferentes instrumentos financieros)<sup>75</sup>. En la misma línea, la autoridad supervisora alemana (BaFin)<sup>76</sup> promueve su particular guía basada en el «MAR». Y, por otro, la doctrina continental europea con propuestas *de lege lata*<sup>77</sup> y la norteamericana al asociar el concepto de inversor razo-

<sup>67</sup> Vid. Elliot, L., *The AI industrial revolution puts middle-class workers under threat this time*. The Guardian. 18 Feb 2023. [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)

<sup>68</sup> Vid. Lin, T. C. W.: »The specific normative claim argues that policy makers should formally recognize a new typology of algorithmic investors as an early step towards better acknowledging contemporary investor diversity». Reasonable investors(s). *Boston University Law Review*, 2015, p. 461 y ss.

<sup>69</sup> Vid. Jamal, Z.: «Elsewhere, companies are looking to increase environmental, social and governance (ESG) results». *How AI is being used by businesses to eliminate bias in hiring processes*. International Business Times. 05/10/23. [www.ibtimes.co.uk](http://www.ibtimes.co.uk)

<sup>70</sup> Vid. Kim, A. G., Muhn, M. y Nikolaev, V., *Bloated Disclosures: Can ChatGPT Help Investors Process Financial Information?* Chicago Booth. The University of Chicago Booth School of Business. Working Paper N.º 23-207. June 17, 2023. <https://ssrn.com/abstract=4425527>. Cfr. Wilkinson, A., *ChatGPT 'portfolio' outperforms leading UK funds. Theoretical fund of 38 stocks has outperformed 10 most popular funds on interactive investor, finds finder.com*. Financial Times, May 4, 2023. [www.ft.com](http://www.ft.com). Cfr. Muir, M., *AI and ETFs: the Machines are coming (but not always winning)*. ETFs using machine learning and natural language processing to pick stocks do not consistently outperform indices... yet. The Financial Times. April 24, 2023. [www.ft.com](http://www.ft.com)

<sup>71</sup> Vid. Perlingieri, G., *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho civil*, op. cit., p. 23.

<sup>72</sup> Vid. Tapia Hermida, A. J., *Decálogo europeo de la diligencia debida de las empresas*, op. cit., p. 2.

<sup>73</sup> Vid. González Cussac, J. L., *Lenguaje y dogmática penal*, op. cit., p. 12. Cfr. Paredes Castañón, *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*, op. cit., p. 708.

<sup>74</sup> SMSG Response to ESMA's Consultation paper on MAR review report. 4 December 2019. Paragr. 14, pp. 3-4. ESMA 22-106-2044, pp. 3-4. [www.esma.europa.eu/smsg](http://www.esma.europa.eu/smsg)

<sup>75</sup> *Ibidem*, cfr. SMSG Position Paper Regarding ESMA's Work on MAR Level3-Measure. 21 September 2015. Paragr. 33. ESMA/SMSG/025. [www.esma.europa.eu/smsg](http://www.esma.europa.eu/smsg)

<sup>76</sup> BaFin: «European Law does not contain any definition of the "reasonable investor"». Module C. Requirements based on the Market Abuse Regulation (MAR). Issuer Guidelines. 25 March 2020, p. 11. [www.bafin.de](http://www.bafin.de)

<sup>77</sup> Mülbert, P. O. y Sajnovits, A. *The inside Information Regimen of the MAR*, op. cit., p. 20.

nable y la información relacionada con el clima<sup>78</sup> en el marco de la información privilegiada en mercados ASG<sup>79</sup> con efectos de derecho administrativo sancionador y penal.

¿Cuántas clases de inversores existen en los mercados de valores? Hay varias, a las que hay que añadir los inversores en los mercados ASG y del carbono. Tradicionalmente, según Lin (2015, pp. 461 y ss.) existen cinco tipologías básicas en los mercados financieros estadounidenses, que son guía para «MAD II/MAR» y «MiCA»: a) el inversor razonable<sup>80</sup>; b) el inversor irracional<sup>81</sup>; c) el inversor activo<sup>82</sup>; d) el inversor sofisticado<sup>83</sup>, y e) el inversor entidad<sup>84</sup>.

*El inversor razonable (homo economicus)*. En la Unión Europea está diseñado y regulado como concepto normativo según el «método Lamfalussy», siendo una ficción convencional del derecho penal europeo reflejada en el «MAR» (cdos. 14 y 15, art. 7.2 y 4). Se adapta en el «MAR» el concepto clásico de inversor razonable de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, seguido por autoridades supervisoras (p. ej., CFTC<sup>85</sup> y la SEC<sup>86</sup>).

<sup>78</sup> Vid. Wright, C.: »However, the SEC disclosure framework relies on what companies consider to be material, which is defined as information a reasonable investor would consider when making investments decision. Courts typically determine who the reasonable investor is on a case-by-case basis. In the context of ESG, the question of materiality arises when one considers whether the effects of climate or specific company practices will affect the financial health of a company. This is the conception of materiality currently uses in the United States («U.S.»), sometimes referred to as «single materiality»». *Adopting Components of European Union ESG Securities Regulations into United States Securities, Regulation*, 11 *penn St. J. L. & Int'l Aff.* 326 (2023). <https://elibraru.law.pasu.edu/jlia/vol11/iss1/22>, p. 328. Cfr. Vizcarra, H. V., *The Reasonable Investor and Climate-Related Information: Changing Expectations for Financial Disclosures. Harvard Law School's Environmental & Energy Law Program (EELP)*. 50 ELR 10106 *Environmental Reporter* 2-2020. Cfr. Rose, A. M., *The Reasonable Investor of Federal Securities Law*. 43 *The Journal of Corporation Law* 77(2017). Vanderbilt Law School.

<sup>79</sup> Vid. Mülbart, P. O. y Sajnovits, A., *The Inside Information Regime of the MAR*, *op. cit.* Cfr. Amon, J., Rammerstorper, M. y Weinmayer, K., *Passive ESG Portfolio Management - the Benchmark Strategy for Socially Responsible Investors*. 17 June 2019. <https://ssrn.com/abstract=3400628>

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 466-468.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 468-471.

<sup>82</sup> Lin, T. C. W., *Reasonable Investor(s)*, *op. cit.*, p. 472.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 473-474.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 474-475.

<sup>85</sup> Commodity Futures Trading Commission (CFTC): «4. The non-US CPO uses reasonable investor due diligence at the time of sale to preclude persons located in the United States from participating in the offshore pool». *Exemption From Registration for Certain Intermediaries. Federal Register Volume 85, Number. Monday, 7, 2020. Rules and Regulations*, p. 78726. [www.gpo.gov](http://www.gpo.gov)

<sup>86</sup> Actualmente, la SEC se aparta de forma progresiva y reiterada del concepto común *financial materiality* en proyectos de ley relacionados sobre la ampliación por las empresas de los estándares de divulgación de información relacionada con el clima para los inversores. Vid. Securities and Exchange Commission. *The Enhancement and Standardization of Climate - Related Disclosures for Investors. Proposed rule. Federal Register / Vol. 87, N.º 69 / Monday, April 11, 2022*. Cfr. Peirce, H. M., *Tow Truck Taxonomies Remarks before Eurofi*, *op. cit.*

*El inversor irracional (homo sapiens)*<sup>87</sup>. Se puede resumir, parafraseando a Lin, en un comentario que se atribuye a Isaac Newton sobre la burbuja especulativa de 1720 generada por inversiones fallidas en el mar del Sur, causando quiebras: «*I can calculate the motion of heavenly bodies but not the madness of people*»<sup>88</sup>.

*El inversor activo*. Inversión a corto plazo y medio plazo. Persona física o jurídica, como por ejemplo las SPAC<sup>89</sup>. Con la expansión de las nuevas tecnologías en el mercado bursátil han surgido colectivos de *traders* que emplean la técnica *high frequency trading-HFT* en los mercados financieros mediante operaciones realizadas en nanosegundos. Otro sector destacado es el denominado, en el argot bursátil, *corporate raiders*, que invierten en empresas participando activamente en consejos de administración y juntas de accionistas (*proxy*) con importante presencia mediática –sobre todo en los mercados de Estados Unidos (p. ej., Bill Ackman, David Einhorn, Carl Icahn<sup>90</sup> y Daniel Loeb)–. Estos, mediante una opinión o presentación especulativa pública en canales financieros o en un *tweet*, mueven millones de dólares en inversiones. A los que hay que sumar, los *finfluencers*<sup>91</sup> y su configuración como «inversor minorista razonable» no exentos de polémica. Con los mercados ASG surgen los *green investors*<sup>92</sup> y un «nuevo *inversor activo*», la Activist ESG Fund (AEF)<sup>93</sup>.

*El inversor sofisticado*<sup>94</sup> se correspondería a inversiones a medio y largo plazo entre 200.000 y 1.000.000 de dólares, realizadas, en gran parte, por bancos de inversión e inversores profesionales.

<sup>87</sup> Vid. Paredes Castañón, J. M.: «Los mercados financieros [...] poseen importantes rasgos monopolísticos, de asimetrías informativas y de irracionalidad», *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*, op. cit., p. 811.

<sup>88</sup> Lin, *Reasonable investor*, op. cit., p. 471.

<sup>89</sup> Vid. Preámbulo IV: «(sociedades cotizadas con propósito para la adquisición) podría así fomentar la bursatilización de nuestra economía y, en consecuencia, reducir la dependencia del crédito bancario permitiendo que las empresas tengan a su disposición fuentes de financiación alternativas». Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los mercados de valores y de los servicios de inversión.

<sup>90</sup> Vid. Foldy, B.: «Normally, the instigator, activist investor was slow to respond Hindenburg report that alleged inflated assets», *Icahn, under Federal Investigation, Blats Short Seller*. The Wall Street Journal. May 10, 2023. Cfr. Hindenburg Research. *Icahn's Latest Disclosures Raise Critical New Questions About Margin Loans, Continued Portfolio Losses*. May 11, 2023. <http://hindenburgresearch.com/icahn-response/>. Cfr. Saul, D., *Billionaire Carl Icahn's Empire Propped Up By 'Ponzi-Like' Scheme, Short Seller Hindenburg Claims*. May, 2023. <https://forbes.forbes.com/>

<sup>91</sup> Guan, S. S., *Finfluencers and the Reasonable Retail Investor*. The CLS Blue Sky Blog, Columbia University. September 26, 2023. <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2023/09/26/influencers-and-the-reasonable%20-retail-investor/>

<sup>92</sup> Cheng, G., Jondeau, C., Mojon, B. y Vayanos, D., *The impact of green investors on stock prices*, op. cit.

<sup>93</sup> Hannes, S., Libson, A. y Parchomovsky, G., *The ESG GAP*. 2022. The Activist ESG Fund (AEF), p. 6, <http://ssrn.com/abstract=4203914>

<sup>94</sup> Vid. Gambacorta, L., Gambacorta, R. y Mihet, R., *FinTech, investor sophistication*, op. cit. Cfr. Traders Magazine, *Sophisticated Retail Investors are the 'New Normal'*. Traders Magazine. Editorial Staff. May 9, 2023. <https://www.tradersmagazine.com/>

*El inversor entidad*<sup>95</sup>. Se asocia a una empresa, fondo de inversión, institución pública o privada (p. ej., BlackRock<sup>96</sup>, Pacific Investment Management Company [PIMCO]<sup>97</sup>, Vanguard<sup>98</sup> y California Public Employees' Retirement System [CalPERS]).

La génesis del concepto inversor razonable se sitúa, en primer lugar, en el marco del *Concept of Materiality*<sup>99</sup> and the *Correction of Material Errors* establecido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la sentencia *TSC Industries, Inc. v. Northern, Inc.*, 426 US 438(1976)<sup>100</sup> con base en el *case-by-case*<sup>101</sup>, que se sitúa en el régimen de divulgación y derechos de los inversores sobre estados financieros según la norma GAAP, norma destinada a los auditores y comités de auditoría de entidades financieras. Identificado un error material se aplicará un enfoque razonable, holístico y objetivo desde la perspectiva de un inversor razonable basada en la «combinación total» de la información<sup>102</sup>. En segundo lugar, en la *materiality characteristics of the disclosures del consultative document pillar 3 (market discipline)* del Basel Committee on Banking Supervisión (BCBS)<sup>103</sup> de enero de 2001, que curiosamente coincide con el *Lamfalussy process*<sup>104</sup>. Esto es, el concepto de materialidad fue asociado a la

<sup>95</sup> Cfr. Hannes. S., Libson, A. y Parchomovsky, G., *The ESG GAP*, op. cit., pp. 20 y ss.

<sup>96</sup> Vid. Coates, J.: «Largest asset manager in the world, the bulk of the assets of which are invested through index funds, one of the «Big Four» index fund providers. A mayor private equity fund sponsor, itself now a public company but sponsoring multiple private equity funds». *The problem of twelve*, op. cit. Cfr. Sanz, A., *El mayor accionista del Ibex reclama más rentabilidad y menos activismo climático*. [https://www.vozpopuli.com/economia\\_y\\_finanzas](https://www.vozpopuli.com/economia_y_finanzas)

<sup>97</sup> Vid. SEC Charges PIMCO for Disclosure and Policies and Procedure Failures. The Securities and Exchange Commission today announced that registered investment adviser Pacific Investment Management Company LLC (PIMCO) will pay \$9 million to settle enforcement actions relating to disclosure and policies and procedures violations involving two funds PIMCO advises. Administrative Proceeding File N.º 3-21489-3-21490. June 16, 2023.

<sup>98</sup> Vid. ASIC commences greenwashing case against Vanguard Investments Australia, op. cit. Cfr. Temple-West, P., Darbyshire, M.: «The \$8 tn asset manager». SEC lawyers subpoena fund managers over disclosures. Statements on green and social investing seen as «fertile ground» for enforcement decision. *Financial Times*, August, 15, 2023. [www.ft.com](http://www.ft.com). Cfr. Coates, J.: «Pioneer of index funds and now one the largest asset managers in the world, one of the «Big Four» index fund providers», *The problem of twelve*, op. cit.

<sup>99</sup> Cfr. Esteban de la Rosa, G., *Operaciones con información privilegiada y mercado de valores. Régimen de Derecho Internacional Privado Europeo*. Tirant lo Blanch, 2020, p. 42. Cfr. Jeber, R., *The Convergence of Financial and ESG Materiality*, op. cit.

<sup>100</sup> Cfr. *Omnicare, Inc. et al. v. Laborers District Council Construction Industry Pension Fund et al.*, 575 US, March 24, 2015. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/175/> Cfr. *Basic, Inc. v. Levinson*, 485 US 224(1998).

<sup>101</sup> Vid. Wright, C., *Adopting Components of European Union ESG Securities Regulations into United States Securities Regulation*. Penn State Journal of Law&International Affairs, p. 328. January 2023. Volume 11, Issue 1. <https://elibrary.law.psu.edu/jlia>

<sup>102</sup> Vid. Munter, P., *Assessing Materiality: Focusing on the Reasonable Investor*, op. cit., p. 2.

<sup>103</sup> BCBS, Supporting Document to the New Basel Capital Accord, January, p. 5. [www.bis.org](http://www.bis.org)

<sup>104</sup> El Barón de Lamfalussy fue director general adjunto y director general en el Banco de Pagos Internacionales de Basilea (BIS) entre 1981-1993.

divulgación de la información y a su omisión, o declaración errónea, de tal manera que pudiese cambiar o influir en la evaluación o decisión de un usuario que confía en esa información y es útil en el contexto de la disciplina del mercado. Así, se transmitió claramente que el propósito de la divulgación era permitir a los participantes en el mercado alcanzar una nueva visión sobre el perfil de riesgo de la organización. Sin embargo, según el BCBS, no siempre es fácil determinar la «importancia» con respecto a un elemento particular. Existen limitaciones en el uso de umbrales de valor o porcentaje para determinar la materialidad y la necesidad de un juicio cualitativo. Y, ante estas limitaciones, el BCBS recurrió vía *soft law*, según las circunstancias, al término «inversor razonable» –sin definición– como guía de interpretación de la materialidad. No obstante, el BCBS advirtió que no tenía intención de establecer umbrales para la divulgación, al facilitar la posible manipulación de mercado, siendo de difícil determinación. Ni, asimismo, que los bancos utilizaran el concepto de materialidad para «gestionar» sus divulgaciones. Ante esta situación, el BCBS consideró la expresión «inversor razonable» como índice de referencia útil, prueba para garantizar que se transmita una divulgación suficiente. Posteriormente, se reflejó en la «MADI» mediante el concepto «persona normal y razonable»<sup>105</sup> y en la Directiva 2003/124/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, «a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del consejo sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación del mercado»<sup>106</sup>. El legislador europeo, mediante la Directiva 2003/124 («inversor razonable o normal») procedió a adaptar o «transponer» el concepto de inversor ra-

<sup>105</sup> Vid. cdo. 18: «La utilización de la información privilegiada puede consistir en la adquisición de instrumentos financieros o en la realización de actos de disposición sobre los mismos cuando la parte de que se trate conozca, o hubiera debido conocer, que la información que está en su posesión es información privilegiada. A este respecto, las autoridades competentes deben considerar qué es lo que una persona normal y razonable conoce o hubiese debido conocer en esas circunstancias.» L 96/16. Cfr. Perlingieri, Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho civil, *op. cit.*, 33.

<sup>106</sup> Vid. cdo. 1: «Los inversores razonables basan sus decisiones de inversión en la información de la que ya disponen, es decir, en la información previa disponible. Por ello, la cuestión de si sería probable que, al tomar una decisión de inversión, un inversor razonable pudiera tener en cuenta una información concreta debe plantearse sobre la base de la información previa disponible. Esta evaluación tiene que tomar en consideración el efecto anticipado de la información teniendo en cuenta la totalidad de la actividad relacionada con el emisor, la fiabilidad de la fuente de información y otras variables del mercado que pudieran afectar al instrumento financiero correspondiente o al instrumento financiero derivado relacionado en estas circunstancias determinadas». *Artículo 1. Información privilegiada*. 1. A efectos de la aplicación del punto 1 del artículo 1 de la Directiva 2003/6/CE se entenderá que la información es de carácter preciso si indica una serie de circunstancias que se dan o pueden darse razonablemente o un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, cuando esa información sea suficientemente específica para permitir que se pueda llegar a concluir que el posible efecto de esa serie de circunstancias o hecho sobre los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes. 2. A efectos de la aplicación del punto 1 del artículo 1 de la Directiva 2003/6/CE se entenderá por «información que, si se hiciera pública, tendría un efecto significativo en los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes, la información que podría utilizar un inversor razonable como parte de la base de sus decisiones de inversión». L 339/70. DOUE 24.12.2003 L 339/70.

zonable establecido, en primer lugar, por el Tribunal Supremo y autoridades supervisoras de los Estados Unidos (*concept of materiality and the correction of material errors*) y, en segundo lugar, por el BCBS (*materiality characteristics of the disclosures*).

De conformidad con esta política legislativa continental europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido jurisprudencia sobre la integridad de los mercados financieros unida al concepto de inversor razonable y del término razonablemente, no así sobre materialidad, con remisión expresa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así, por un lado, en la STJUE (Gran Sala), de 15 de marzo de 2022, C-302-20, ponente F. Biltgen, Sr. A. v. Autorité des Marchés Financiers (AMF), el demandante, periodista, fue sancionado vía derecho administrativo-sancionador por la autoridad supervisora francesa por la comunicación de información relativa a la publicación en artículos de prensa, reflejando rumores de mercado acerca del lanzamiento inminente de ofertas públicas de adquisición sobre sociedades cotizadas en bolsa. La resolución invoca tanto la «MAD I» como el «MAR», de forma indistinta, para resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por la justicia francesa, con énfasis en la integridad de los mercados financieros (apdo. 43), sobre inversor razonable (apdo. 34) y el término razonablemente adaptado al «caso por caso» (apdo. 36) de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Y, por otro, la STJUE, Sala Segunda, de 28 de junio de 2012, C-19/2011, ponente U. Löhmus, Markus Geltl v. Daimler AG, ya citada. El marco jurídico es la «MAD I» y la Directiva 2033/124. Se plantean cuestiones prejudiciales por el Tribunal Supremo alemán en un recurso de casación civil, asociado a un proceso de derecho administrativo-sancionador, respecto a la venta de acciones antes de la publicación del cese anticipado del presidente del consejo de administración. La resolución constata las diferentes versiones lingüísticas existentes de términos (marg. 41-43), tales como «puede razonablemente pensarse» (marg. 41), de tal manera que en el idioma alemán únicamente se puede asemejar, con reservas, «con suficiente probabilidad» (*mit hinreichender Wahrscheinlichkeit*) –marg. 43–. No obstante, en mi opinión, y de forma contradictoria y confusa, la sentencia constata que «tal grado de probabilidad» perjudicaría «garantizar la integridad de los mercados financieros de la Unión y aumentar la confianza de los inversores en esos mercados», sin concretar cuáles son esos mercados<sup>107</sup>. Prueba de que la interpretación de la sentencia es contradictoria y confusa, causante de inseguridad jurídica en Alemania y, por consiguiente, en la Unión Europea, es la actuación posterior de la autoridad supervisora alemana (BaFin)<sup>108</sup> con su guía «particular» sobre el «MAR», que se evidencia en el concurso y proceso penal del caso Wirecard.

<sup>107</sup> Vid. Marg. 33: «En efecto, en tal supuesto las personas que dispusieran de información privilegiada estarían en condiciones de aprovechar indebidamente cierta información, que se considerase desprovista de carácter concreto conforme a esta interpretación en perjuicio de terceros que no hubieran tenido conocimiento de ello». Cfr. Esteban de la Rosa, G., *Operaciones con información privilegiada y mercados de valores*. Régimen en *Derecho Internacional Privado Europeo*. Tirant lo Blanch, 2020, p. 45.

<sup>108</sup> BaFin, Module C. Requirements base on the market Abuse Regulation (MAR). Issuer Guidelines, *op. cit.*, p. 11.

El TEDH, Sección Quinta, en la sentencia del caso Francia c/ Soros<sup>109</sup>, de 8 de marzo de 2012 (con tres votos particulares), sobre información privilegiada en unos hechos sucedidos entre el 19 y el 27 de octubre de 1988 con la venta de Société Générale, refiere, por ejemplo, las expresiones «evaluar, en un grado razonable», «interpretación razonable de esta jurisprudencia», aplicando de forma retroactiva el artículo 1 de la «MAD I» para desestimar la demanda del financiero norteamericano George Soros, que invocó en su defensa el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Soros fue condenado penalmente al pago de 2,2 de millones de euros por un tribunal de París, cantidad reducida a 940.507,22 euros en la apelación, después de ser exonerado de sanción administrativa por la *Commission des opérations de bourse* (COB). No obstante, los magistrados de los tres votos particulares también sustentan su discrepancia con la desestimación de la demanda con base en el «grado razonable» y la «interpretación razonable de la jurisprudencia» francesa existente sobre el ilícito civil y el ilícito penal, al ampliarse con la condena el círculo de infractores a los «*insiders* secundarios» como una «nueva categoría» (según los términos de la comisión de ética bursátil, párrafo 33) incompatible con la *ratio* del delito. Máxime, si Soros no tuvo ninguna vinculación profesional con Société Générale, que sí se requería para los profesionales en el ejercicio de sus funciones, al tener conocimiento de información privilegiada al intervenir en el mercado de valores. Para los tres magistrados discrepantes, el abuso de mercado de los «iniciados secundarios» no comportaba para la sociedad necesariamente los mismos riesgos que los «iniciados primarios». Y, habida cuenta de que las leyes francesas se centraban expresamente en determinadas categorías específicas (requisito de los elementos del delito), los tres magistrados discrepantes reprocharon al tribunal francés que condenó penalmente a Soros la arbitrariedad en la interpretación *in malam partem* de las leyes penales, soslayando el principio *in dubio pro reo*.

En la misma dinámica judicial del «caso por caso», la autoridad supervisora suiza (FINMA)<sup>110</sup> adapta el procedimiento *case-by-case* de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos respecto a la información privilegiada (art. 2.j FMSA). Esto es, sobre la cuestión de si la información es o no sensible al precio, susceptible de afectar sustancialmente en el precio de mercado de valores, debe decidirse caso por caso respecto a su idoneidad o inidoneidad en la influencia del comportamiento de la inversión o de un inversor razonable que esté familiarizado con el mercado en abstracto. La valoración se realizará *ab initio* en función de la situación del mercado anterior al conocimiento de la información.

El Tribunal Federal suizo<sup>111</sup> ha aplicado el concepto de inversor razonable como medio de prueba en la sentencia de 7 de agosto de 2019 sobre un delito de información privilegiada (art. 161 StGB relacionado con el art. 154 FinFraG). La resolución parte de la tesis de que la información es relevante para el precio si, desde una perspectiva *ex ante*, es factible influir significativamente en el precio de los instrumentos financieros. Evaluación de la rele-

<sup>109</sup> STEDH, asunto 50425/06.F.D.53, 57. [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>110</sup> Vid. Circular 2013/8, *Market conduct rules. Supervisory rules on market conduct in securities trading*, p. 4. [www.finma.ch](http://www.finma.ch)

<sup>111</sup> Bundesgericht Urteil vom 7. August 2019 (BGE 6 B 90/2019). <https://www.bger.ch>

vancia del precio que se realiza según la «prueba del inversor razonable». Esto es, concurre cuando un «inversor razonable» usa la información con una probabilidad considerable desde su decisión de inversor. El Tribunal Federal rechaza la tesis del límite crítico de las acciones y su consiguiente fluctuación de precios del 20 % (o superior), habida cuenta que los porcentajes no facilitan resultados probatorios convincentes.

A mayor abundamiento, para centrar la exposición, se traen a colación tres sentencias del Tribunal Supremo español. En primer lugar, la sentencia ya mencionada, de la Sala de lo Penal de 22 de julio de 2019<sup>112</sup>, que refiere: «[Permite entender cumplidas las exigencias de la legislación de la Unión Europea que impone la sanción penal de las conductas más graves de abuso de mercado] con la modificación del artículo 284 del CP por la LO 1/2019, de 20 de febrero. No se menciona expresamente al inversor razonable, pero hay remisión al Derecho europeo, esto es, al "MAR"».

En segundo lugar, dos resoluciones de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que mencionan la expresión «inversor razonable» en el ámbito bursátil. En concreto, la sentencia n.º 1395/2022, de 31 de octubre de 2022, CNMV-Telepizza Group, SA<sup>113</sup>, al delimitar «qué debe entenderse por información relevante o privilegiada», con remisión al cdo.(14 y al artículo 7 del «MAR», refiriendo el concepto normativo de inversor razonable. Y la sentencia n.º 459/2017, de 15 de marzo de 2017, CNMV-BBVA<sup>114</sup>: «Estos datos indudablemente serían valorados, tenidos en cuenta por un inversor razonable en el momento de adoptar una decisión de inversión, con las correspondientes consecuencias en la cotización de los valores de la entidad, y en los intereses de los inversores en general», sin referencia expresa a la información privilegiada. Ambas resoluciones no definen el concepto de inversor razonable, pero se utilizan como «parámetro o criterio de ponderación»<sup>115</sup> por el Tribunal Supremo para desestimar los recursos y confirmar las condenas.

El Diccionario de la RAE<sup>116</sup> tiene dos acepciones del adjetivo «razonable»: «1. Adecuada, conforme a razón. *Respuesta razonable*. 2. Proporcionado o no exagerado. *Distancia razonable*». Respecto al adverbio «razonablemente»: «De manera razonable. *Nadie habría pensado razonablemente algo así. La sala es razonablemente algo amplia*».

Pues bien, según mi opinión, esta interpretación del concepto normativo de «inversor razonable» como índice de referencia útil –prueba– establecida en la Europa continental por la OECD<sup>117</sup>,

<sup>112</sup> Vid. FD vigésimo primero. Cfr. Feijóo Sánchez, B., *El Tribunal Supremo Español ante el delito de manipulaciones informativas del precio de cotización de un instrumento financiero*, op. cit., p. 620.

<sup>113</sup> FD tercero.

<sup>114</sup> FD séptimo. Ponente Perelló Doménech.

<sup>115</sup> Vid. Luna Serrano, A., *Prólogo y traducción* a Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho Civil de Giovanni Perlingieri, op. cit., p. 10.

<sup>116</sup> <https://dle.rae.es/>

<sup>117</sup> OECD, *G20/OECD Principles of Corporate Governance 2023*, op. cit., p. 45.

el BCBS, la «MAD I», la Directiva 2003/124, la justicia francesa, el Tribunal Federal suizo, el TEDH y el Tribunal Supremo español se ha trasladado así al «MAR», mediante el «método Lamfalussy». Se ha adaptado y aplicado el concepto clásico de «inversor razonable» de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las autoridades supervisoras de los Estados Unidos en sentencias condenatorias, arbitrarias e injustas en procesos contencioso-administrativos y penales.

El «método Lamfalussy» ha sido cuestionado por la doctrina jurídico-penal española e italiana al emplear una técnica legislativa, carente de legitimidad, mediante el «singular método legislativo» (Nieto Martín y Foffani, 2018, p. 320). De tal manera que los delitos de información privilegiada y manipulación de mercado continúan adoleciendo de un importante grado de indeterminación<sup>118</sup> que se incrementan en los mercados de criptoactivos con «MiCA»<sup>119</sup>, causando incertidumbre e inseguridad jurídica y necesitando una interpretación restrictiva, según el principio constitucional de determinación del juez penal o el órgano sancionador<sup>120</sup>.

Se ha de constatar, de entrada, la ambigüedad de la definición de información no pública material susceptible de reproche de sanción administrativa o penal (art. 284.1.4. CP), asociada al grado de indeterminación sobre el concepto de normativo de inversor razonable<sup>121</sup>. Ambigüedad que aumenta al plantear la hipótesis en mercados ASG y del carbono. Esto es, las preferencias cambiantes de los inversores para la evaluación, el grado de precisión de la información en cuestión, la obligación de la divulgación y la probabilidad que tenga un efecto en los precios. Extremo este que será de particular importancia<sup>122</sup>.

Sobre la divulgación de la información en el mercado ASG, desde la norma primaria «MiFID II / MiFIR», relacionada con la «doble materialidad» del «CSRD»<sup>123</sup>, la ESMA<sup>124</sup> y el

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 321-322.

<sup>119</sup> *Vid.* cdo. 95. L 150/57; art. 86 L 150/140; art. 87 L 150/141; art. 88 L 150/142; art. 89 L 150/42; arts. 91 y 92 L 150/43.

<sup>120</sup> *Vid.* Nieto Martín y Foffani, *Abuso de Mercado y Derecho penal: España e Italia*, op. cit., p. 322.

<sup>121</sup> *Vid.* Schipani, C. A. y Seyhun, H. N., *Defining «material, non public»: What should constitute illegal insider information?* Fordham Journal of Corporate & Financial Law (Vol XXI 2016), p. 341. *Cfr.* ISDA / LSTA / The Bond Market Association. Joint Market Practices forum. Statement of Principles and Recommendations Regarding the Handling of Material non Public Information by Credit Market Participants. October 2003.

<sup>122</sup> *Vid.* Mülbart, Sajnovits, *The Inside Information Regime of the MAR and the Rise of the ESG Era*, op. cit., p. 20.

<sup>123</sup> *Vid.* European Commission, Annex 1 European Sustainability Reporting Standards (ESRS). Annex to the Commission Delegated Regulation (EU) .../... supplementing Directive 2013/34/EU, op. cit., p. 7. *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 of materiality). Sustainable Finance. Political agreement on Corporate Sustainability Reporting Directive will improve the ways firms report sustainability information. 26/7/2022. <http://es.europa.eu/newsroom/fisma/items/754701/en>

<sup>124</sup> ESMA. Final Report. Guidelines on certain aspects of the MiFID II sustainability requirements. 23 September 2022. ESMA 35-43-3172.

SMSG<sup>125</sup> han advertido a la Comisión Europea sobre las dificultades que surgen ante definiciones de conceptos que pueden perjudicar a los inversores. En concreto, ESMA constata que la información divulgada sostenible es, parcialmente, oscura en relación con conceptos sobre materialidad (*materiality definition*), materialidad financiera (*financial materiality*) o impacto materia (*impact materiality*).

Para intentar resolver, en alguna medida, la indeterminación, los cdos. 14<sup>126</sup> y 15<sup>127</sup> y el artículo 7.2 y 4 del «MAR», relacionados con la «CSRD», pueden servir de guía. No obstante, aparece el obstáculo sobre la evaluación, que deberá realizarse desde la perspectiva de un inversor razonable<sup>128</sup>. Mülbert y Sajnovits (2020) parten de la base de que la especificidad del precio no tiene relevancia de forma independiente, en abstracto, en el supuesto de que la información sea relevante para el precio. La siguiente fase consistirá en evaluar la probabilidad de si la información en el mercado ASG o del carbono afecta a los precios. Evaluación que deberá realizarse, nuevamente, desde la óptica de un inversor razonable<sup>129</sup> y de la («order-acceptance»)<sup>130</sup>, teniendo en cuenta la posible desviación de la norma primaria «MiFID II / MiFIR». En consecuencia, según Mülbert y Sajnovits (2020, p. 24), el movimiento real *ex post* del precio de las acciones no tiene ninguna relevancia. El movimiento real del precio en un mercado eficiente (!) indica que la información *ex ante* era sensible al precio. Por tanto, la pregunta clave, desde la perspectiva de la norma primaria, sería si el mercado en cuestión era eficiente.

La doctrina mayoritaria administrativo-mercantil europea y norteamericana considera que el concepto inversor razonable es un concepto jurídico normativo<sup>131</sup>, una ficción convencional<sup>132</sup>, y se suele asociar al ECMH (*efficient capital market hypothesis*)<sup>133</sup>. Las discrepancias aparecen en la posible inclusión en el concepto de inversor razonable del inversor

<sup>125</sup> SMSG: «In this evaluation it is important to place the "average" retail investor in the center. Evidence of behavioral finance is in this case useful. To allow an integrated approach between different sets of legislation, the timing of this call for evidence is to be aligned with the scheduled review of the Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR)», advice to the ESMA Consultation paper on Guidelines on certain aspects of the suitability requirements. 3 May 2022, p. 1 y ss. ESMA 22-106-4032. [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu)

<sup>126</sup> L 173/3.

<sup>127</sup> L 173/25.

<sup>128</sup> Vid. Mülbert, P. O. y Sajnovits, A., *The Inside Information Regime of the MAR*, op. cit., p. 21.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> Vid. Ventoruzzo, M. y Mock, S., *Market Abuse Regulation. EU Financial Regulation Series*. Oxford. Second Edition. 1 March 2022. Cfr. Vizcarra, H. V., *The Reasonable Investor and Climate - Related Information*, op. cit. Cfr. Mülbert y Sajnovits, *The Inside Information Regime of the MAR*, op. cit. Cfr. Rose, A. M., *The Reasonable Investor of Federal Securities Law*, op. cit. Cfr. Munter, P., *Assessing Materiality: Focusing on the Reasonable Investor*, op. cit., p. 2.

<sup>132</sup> Vid. Lin, *Reasonable investor(s)*, op. cit., p. 461.

<sup>133</sup> Vid. Mülbert, P. O. y Sajnovits, A., *The Inside Information Regime of the MAR*, op. cit., p. 14.

irracional<sup>134</sup>, del *moral hazard*, del «efecto rebaño» en mercados ASG<sup>135</sup> y del carbono ante una burbuja bursátil. BaFin plantea la extensión del concepto de inversor razonable a los inversores especulativos que participan en movimientos de precios a corto plazo<sup>136</sup>.

Paredes Castañón (2014), disertando sobre la norma secundaria (antes del «MAR» y transposición en la reforma de 2019 del CP) sobre la manipulación de mercado, mencionó la «reacción racional(mente esperable) de los agentes económicos, actuales o potenciales» y la existencia de daño al bien jurídico-penal protegido «cuando la alteración de precios sea de tal índole» (pp. 813-814). Estos presupuestos podrían facilitar la interpretación, en mi opinión, de la expresión «utilizando la misma información» del vigente artículo 284.3.º del CP. Asimismo, la tesis de Paredes Castañón podría ser una guía para interpretar el concepto normativo de inversor razonable del «MAR». Pero para ello, y partiendo de esta tesis, se deberá tener en cuenta, por un lado, en qué ámbito de la empresa del autor se realiza la acción del injusto (*ceteris paribus*, relación directamente proporcional sobre el precio, mayor será el daño); y, por otro, los mercados ASG y del carbono pueden tener una vinculación directa o indirecta con otros mercados donde se negocien los valores (p. ej., al contado, de criptoactivos, de derivados<sup>137</sup>, DeFi, de segmento OTC, de divisas, repo, etc.). No obstante, cierto es que, en los artículos 285, 285 bis, 285 ter y 285 quáter del Código Penal no se menciona el término de inversor razonable.

Por tanto, en mi opinión, desde una interpretación teleológica del concepto normativo de inversor razonable de los cdos. 14 y 15 y del artículo 7.2 y 4 del «MAR» y la subsunción, errónea, que realiza del mismo el Tribunal Supremo español, el Ministerio de Economía y la CNMV en el caso Telepizza y en el caso BBVA, se infiere que para desestimar los recursos de casación, los de apelación en la Audiencia Nacional y en la vía administrativa se ha soslayado el modelo ECMH, siendo vinculante<sup>138</sup>. Por tanto, en los mercados del carbono y ASG las preferencias de los inversores no financieros carecerían, en caso de reclamación, de reproche penal o de derecho administrativo sancionador en operaciones con información privilegiada<sup>139</sup>, sin perjuicio de la vía civil<sup>140</sup>.

<sup>134</sup> Vid. Paredes Castañón, J. M.: «Los mercados financieros [...] poseen importantes rasgos monopolísticos, de asimetrías informativas y de irracionalidad». *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*, op. cit., p. 811.

<sup>135</sup> Peirce, H. M., *Tow Truck Taxonomies Remarks before Eurofi*, op. cit.

<sup>136</sup> BaFin, art. 17 mar. Veröffentlichung von Insiderinformationen (FAQs). Stand: 31.01.2019. [www.bafin.de](http://www.bafin.de)

<sup>137</sup> Vid. cdo. 20. Reglamento Delegado (UE) 2022/1288 de la Comisión de 6 de abril de 2022 sobre información relativa a la promoción de características medioambientales o sociales y de objetivos de inversión sostenible en los documentos precontractuales, en los sitios web y en los informes periódicos. L 196/4. Se completa «SFDR». Cfr. ESMA, Final Report. Emission allowances and associated derivatives, op. cit., p. 7. Cfr. Scatigna, M. et al., *Achievements and challenges in ESG markets*, op. cit., pp. 87-94. Cfr. Gómez Yubero y Gullón Ojesto, Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad y su constitución al cumplimiento de Desarrollo Sostenible, op. cit., p. 134.

<sup>138</sup> Vid. Mülbert y Sajnovits, *The Inside Information Regime of the MAR*, op. cit., p. 25.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> Vid. Esteban de la Rosa, G., *Operaciones con información privilegiada y mercado de valores*, op. cit.

Ante esta situación, el concepto de inversor razonable asociado al concepto normativo de «doble materialidad»<sup>141</sup> (así se infiere de los arts. 8 y 9 del «SFDR»<sup>142</sup>) en el marco de la información privilegiada del «MAR» y del Código Penal plantea, en mi opinión, preguntas: ¿son cláusulas generales o criterios hermenéuticos? ¿Son idóneos<sup>143</sup> jurídico-penalmente, como una delegación en blanco, en mercados del carbono o ASG? ¿Es idónea jurídico-penalmente la *ratio legis* del concepto normativo de «doble materialidad» y el concepto normativo de inversor razonable en las operaciones con información privilegiada y la omisión de su divulgación en mercados del carbono o ASG, según el artículo 97 de la «CRDIV»<sup>144</sup> relacionado con el Pilar II?<sup>145</sup> ¿El cambio en las preferencias o la irracionalidad de los inversores con consideraciones no financieras pueden calificarse como «nuevos riesgos» en mercados del carbono o ASG, comportando la prohibición de operaciones con información privilegiada y la obligación de su divulgación pública? ¿La «doble materialidad» en la auditoría puede comportar responsabilidad penal o administrativo-sancionadora de sus administradores en negocios de riesgo y en resultados financieros?<sup>146</sup>

<sup>141</sup> Vid. European Commission. Annex I European Sustainability Reporting Standards (ESRS), *op. cit.*, p. 7. Cfr. European Commission, Sustainable finance. Political agreement on corporate Sustainability reporting Directive, *op. cit.* Cfr. Gourdel, R. *et al.*, *The double materiality of climate physical and transition risks in the euro area*. European Central bank. Working Paper Series N.º 2665 / May 2022. [www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu). Cfr. Nieto, M.<sup>a</sup> y Papathanassion, Ch., *Financing the Orderly Transition to a Low Carbon Economy in the EU: the Regulatory Framework for the Banking Channel*. April 29, 2023. Journal Banking Regulation. <https://ssrn.com/abstract=4429957>. Cfr. Goettsche, M., Habermann, F., Schiemann, T. y Spandel, Th., *Materiality Indications as Double-Edge Sword: Real Effects of Sustainability Disclosure Standards*. March 31, 2023. <https://ssrn.com/abstract=4324667>. Cfr. Chesney, M. y Lambillon, A. P., *How green is 'dark green'? An Analysis of SFDR Article 9 funds*. February 22, 2023., *op. cit.*, pp. 34-36. Cfr. Alexander, F., *One Small Step From Financial Materiality Sesquimateriality: A critical Conceptual leap for the ISSB*. March 13, 2022. <https://ssrn.com/abstract=1056602>. Cfr. Appelbaum, D., Duan, K. H., Hu, H. y Sun, T. S., *The Double Materiality Audit: Assurance of ESG Disclosure*. <https://ssrn.com/abstract=4367032>

<sup>142</sup> Cfr. Cheney, M. y Lambillon, A. T., *How Green is 'dark green'?*, *op. cit.*

<sup>143</sup> La idoneidad se basa en la norma primaria, «MiFID II», que no necesariamente tiene que coincidir con la penal «MAR». Vid. ESMA. Directrices relativas a determinados aspectos de los requisitos de idoneidad de la MiFID II. 03/04/2023. ESMA 35-43-3172. Cfr. arts. 54 y 55 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 2016 por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios y términos definidos a efectos de dicha directiva. DOUE 31.3.2017 L 87/1.

<sup>144</sup> Siglas en inglés de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE. DOUE 27.6.2013.

<sup>145</sup> Vid. The Dutch Authority for the Financial Markets (AFM), Public disclosures of inside information. July 2017, p. 15. [www.afm.nl](http://www.afm.nl)

<sup>146</sup> Vid. Appelbaum, D., Duan, H. K. y Ting Sun, *The Double Materiality Audit: Assurance of ESG Disclosure*. February 22, 2023. <https://ssrn.com/abstract=4367032>

Estos «nuevos riesgos» en mercados del carbono o ASG, parafraseando a Gómez Lanz, pueden colisionar frontalmente con los principios de una política criminal liberal<sup>147</sup>. Prueba de ello es que la Comisión y el legislador europeo, mediante el «método Lamfalussy», utilizan el derecho penal simbólico en el abuso de mercado como medio de educación y sensibilización social<sup>148</sup>. Desde una política criminal liberal, las meras referencias a la racionalidad del inversor razonable del «MAR» y la «doble materialidad» no pueden constituir una argumentación suficiente. El impacto de los factores ASG dependerá de una masa crítica de inversores en los mercados financieros y del carbono con preferencias ASG, a diferencia de los inversores denominados «modelo», alineado su comportamiento de oferta y demanda con criterios distintos de la maximización de los rendimientos financieros<sup>149</sup>. La racionalidad de estos inversores no se discute por el hecho de que una decisión de inversión se considere racional. Dicha decisión debe basarse únicamente en factores coherentes, es decir, libres de contradicciones y orientados al futuro<sup>150</sup>.

## 5. Delito de administración desleal, delito de estafa de inversión de capital y de crédito

El Reglamento delegado (UE) 2022/1288 de la Comisión, de 16 de abril de 2022, que completa el «SFDR»<sup>151</sup> –sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros–<sup>152</sup> refiere el «blanqueo ecológico» en el cdo. 16:

Es necesario responder a las preocupaciones acerca del «blanqueo ecológico», es decir, concretamente la práctica tendente a obtener una ventaja competitiva desleal recomendando un producto financiero que se considera respetuoso con el medio ambiente sostenible, cuando, de hecho, no cumple las normas básicas en materia medioambiental o en relación con otros aspectos relacionados con la sostenibilidad. Para evitar las prácticas abusivas de venta y el blanqueo ecológico, así

<sup>147</sup> 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. 387.

<sup>148</sup> Vid. 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. 387.

<sup>149</sup> Vid. Mülberty y Sanovits, *The inside information Regime of the MAR*, op. cit., p. 25.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> Normas técnicas de regulación que especifican los pormenores en materia de contenido y presentación que ha cumplir la información relativa al principio «no causar un perjuicio significativo», y especifican el contenido, los métodos y la presentación para la información relativa a los indicadores de sostenibilidad y las incidencias adversas en materia de sostenibilidad, así como el contenido y la presentación de características medioambientales o sociales y de objetivos de inversión sostenible en los documentos precontractuales, en los sitios web y en los informes periódicos. L 196/1. DOUE 25.7.2022 L 196/4.

<sup>152</sup> DOUE 9.12.2019. L 317/1. L 196/14. Cfr. CNMV. Informe sobre los desgloses relativos a la Taxonomía Europea. Ejercicio 2022, op. cit.

como para proporcionar a los inversores finales una mejor comprensión de los efectos de las estrategias de exclusión aplicadas por ciertos productos financieros<sup>153</sup>.

Asimismo, el 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 Unión Europea y de los índices de referencia de la Unión Europea armonizados con el Acuerdo de París, también menciona el «blanqueo ecológico» en el cdo. 10:

Los índices de referencia de transición climática de la UE y los índices de referencia de la UE armonizados con el Acuerdo de París deben demostrar su capacidad para descarbonizarse [...]. Además, a fin de evitar el blanqueo ecológico, deben especificarse las condiciones que deben darse para poder desviarse de la trayectoria de descarbonización y para tener derecho a seguir catalogando un índice de referencia como índice de referencia de transición climática de la UE o como índice de referencia de la UE armonizados con el Acuerdo de París<sup>154</sup>.

Desde esta normativa y legislación *ad hoc*, por un lado, las tres autoridades supervisoras Europeas de la Unión ESA (EBA, EIOPA, ESMA) han establecido un común criterio sobre *greenwashing*: «*Is a practice where sustainability-related statements, declaration, actions, or communications do not clearly and fairly reflect the underlying sustainability profile of an entity, a financial product or financial service*»<sup>155</sup>. Y, por otro, el Tribunal de Cuentas Europeo, la definición de 'blanqueo ecológico': «Afirmación injustificada de que un producto favorece el cuidado del medio ambiente y cumple las normas medioambientales»<sup>156</sup>.

No obstante, ESMA<sup>157</sup>, la doctrina<sup>158</sup> y la industria financiera (p. ej., Deutsche Börse)<sup>159</sup> constatan que no hay consenso ante la ausencia de una definición legal del ecoblanqueo. Se advierte que el «criterio común sobre ecoblanqueo» no abarca todas sus formas poten-

<sup>153</sup> L 196/14.

<sup>154</sup> L 406/18.

<sup>155</sup> ESMA. Progress Report on Greenwashing. Response to the European Commission's request for input on «greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies». 31 May, 2023, p. 5. ESMA 30-1668416927-2498. [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu)

<sup>156</sup> Tribunal de Cuentas Europeo. Informe Especial. Finanzas sostenibles: La UE necesita una actuación más coherente. Glosario, *op. cit.*, 81.

<sup>157</sup> ESMA, Progress Report on Greenwashing. Response to the European Commission's request for input on «greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies». 31 May 2023, p. 10. ESMA 30-1668416927-2498. [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu)

<sup>158</sup> *Vid.* Gómez Yubero, M.<sup>a</sup> J., Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilera, M., Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad, *op. cit.*, p. 123.

<sup>159</sup> Deutsche Börse, Deutsche Börse Group's response on the ESAs Call for Evidence on better understanding Greenwashing. Frankfurt am Main, 10 January 2023. EU Transparency Register N.º 2088 4001341-42. <https://deutsche-boerse.com/dbg-de/>

ciales en el marco de las competencias de las tres autoridades supervisoras europeas, ante la ausencia de «filtros» mediante un lenguaje de advertencia unido a la divulgación (p. ej., *forward-locking statements or products descriptions*)<sup>160</sup>, considerándose insuficientes las definiciones que facilitan el Reglamento de taxonomía, el Reglamento delegado del «SFDR», «MiFIR» y el Reglamento delegado (UE) 2017/2359 de la Comisión, de 21 de septiembre de 2017 sobre normas de conducta aplicables a la distribución de productos de inversión basados en seguros<sup>161</sup>. Normativa que se centra en la divulgación y el asesoramiento de productos financieros con posibles afirmaciones engañosas sobre sostenibilidad<sup>162</sup>, mientras que el ecoblanqueo puede suceder en diferentes etapas del proceso del producto, pudiendo asociarse, asimismo, con reclamaciones a nivel de entidad, no requiriendo, necesariamente, que los inversores sean realmente perjudicados. Sin olvidar que el ecoblanqueo puede suceder en entidades y productos que estén dentro o fuera del alcance del mercado de la Unión Europea<sup>163</sup>. Partiendo de esta base, se ha de concretar si conductas del «blanqueo ecológico» (p. ej., la selección selectiva (*cherry-picking*), la omisión, la ambigüedad; afirmaciones vacías –incluida la exageración–, el uso engañoso de la terminología ASG, como la denominación y la irrelevancia<sup>164</sup>, ausencia de «filtros» y de división de inversión sostenible de los servicios institucionales del accionista<sup>165</sup>) en todas las áreas de la cadena de valor de la inversión sostenible (*sivc*)<sup>166</sup> pueden ser subsumible en los tipos penales que aquí se proponen y que se hallan en el título XIII, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico». Estos es, en la administración desleal (art. 252 - Capítulo VI, «De las Defraudaciones», Sección 2.ª. del CP), en la estafa de inversión de capital y de crédito (art. 282 bis) o en la manipulación del mercado (art. 284.1.1.º y 2.º CP), ambos situados en el capítulo XI, «De los Delitos relativos al mercado y a los consumidores», (Sección 3.ª).

## 5.1. Relación entre la administración desleal, artículo 252 del CP, y el artículo 226 de la Ley de sociedades de capital (LSC)

¿El comportamiento de un administrador de activos de un emisor ASG o de un administrador de índices de referencia climáticos<sup>167</sup> (índices PAB –índices de referencia de la Unión

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>161</sup> DOUE 20.10.2017 L 341/8.

<sup>162</sup> *Vid.* ESMA, Progress Report on Greenwashing. Response to the European Commission's request for input on «greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies». 31 May 2023, p. 5. ESMA 30-1668416927-2498. [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu)

<sup>163</sup> *Ibidem*.

<sup>164</sup> *Vid.* ESMA. Report on Greenwashing, *op. cit.*

<sup>165</sup> *Vid.* Deutsche Börse, Deutsche Börse Group's response on the ESAs, *op. cit.* No obstante, estas evaluaciones objetivas han sido cuestionadas con el caso del Grupo DWS, filial del Deutsche Bank.

<sup>166</sup> *Vid.* ESMA, Report on Greenwashing, *op. cit.*

<sup>167</sup> *Vid.* Gómez Yubero, M.ª J., Gullón Ojeto, 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, pp. 95-142. [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es)

Europea alineados con el Acuerdo de París–, índices CTB –índices de referencia de transición climática de la Unión Europea–) o de un administrador de una agencia de calificación ASG, al asumir riesgos en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio en mercados del carbono o ASG, genera responsabilidad penal<sup>168</sup>, de Derecho Administrativo sancionador o civil<sup>169</sup>?

¿Si un administrador de activos de un emisor ASG o un administrador de índices de referencia climáticos de empresas que cotizan en el IBEX tienen tratos comerciales y de inversión con empresas chinas que pertenecen a un gobierno dictatorial<sup>170</sup> que no respeta los derechos humanos<sup>171</sup> («campos de reeducación para las minorías étnicas», confinamiento arbitrario de ciudadanos por la covid-19, explotación de trabajadores [p. ej., *streamers*], pena de muerte, etc.), serán responsables del delito de administración desleal si «traiciona los fines que deberían haber inspirado su conducta» u omite el «deber de actuar según la actuación debida (de posición de garantía) sin menoscabo patrimonial»<sup>172</sup>?

La responsabilidad de los administradores puede ser penal, siendo indiferente la administración del patrimonio de una sociedad o de un patrimonio individual (Bacigalupo, Bacigalupo, 7 de noviembre de 2019). Según el artículo 252.1 del Código Penal (CP), introducido

<sup>168</sup> Cfr. Bacigalupo, E., *Efectos de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) en el ámbito del derecho penal*, op. cit. Cfr. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*. Atelier. 2016. Cfr. Hübel, B., Scholz, H. y Webersinke, N., *Permutation Tools for Stock Index Performance Evidence from ESG Indices*. October 7, 2022. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3528309](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3528309)

<sup>169</sup> Cfr. Sánchez-Calero Guilarte, J. *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*, op. cit. p. 898. El mismo, *La modificación del deber de diligencia*, op. cit., 231-278.

<sup>170</sup> Vid. Zumbasen, P. y Nasiny, J., *Sustainable Transformation of Business and Finance. A challenge for Collective Action and Democratic Governance in an Age of Climate Change and Artificial Intelligence*. McGill Faculty of Law. Montréal, 1 June 2023. <https://ssrn.com/abstract=4473822>

<sup>171</sup> Vid. cdo. 60: «Los operadores que entren en el ámbito de aplicación de otros actos jurídicos de la Unión que establezcan requisitos de diligencia debida en la cadena de valor en relación con efectos adversos para los derechos humanos o el medio ambiente deben estar en condiciones de cumplir las obligaciones de presentación de informes en virtud del presente Reglamento, incluyendo la información exigida cuando presenten informes en virtud de otros actos jurídicos de la Unión». Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y a la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010. DOUE 9.6.2023 L 150/215. Cfr. Huerta Viesca, M.ª I., Rodríguez Ruiz de Villa, D., *Nuevas obligaciones y responsabilidades de los administradores en materia de sostenibilidad y ambiente (Reglamento (UE) 2023/1115)*. La Ley, n.º 10352, Sección Tribuna, 20 de septiembre de 2023, La Ley.

<sup>172</sup> Cfr. Levine, M., *Should Index funds be illegal?* Money Stuff. Bloomberg Opinion. August 1, 2023. Bloombergview.com. En supuestos de *kick-back* impropio, vid. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal*, op. cit., pp. 120, 122, 123, 215-223. Cfr. García-Arenas, J., *European NGEU funds in 2022 (and beyond): a clear commitment to green sustainability*. Spanish Economy. Focus. CaixaBank Research. MR 07. July-August. 2022, pp. 22-23. [www.caixabankresearch.com](http://www.caixabankresearch.com). Cfr. Romo González, L., *Una taxonomía de actividades sostenibles para Europa*. Documentos ocasionales n.º 2101. Banco de España. Eurosistema. 2021. [www.bde.es](http://www.bde.es)

con la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, «serán punibles, con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado»<sup>173</sup>. El bien jurídico-penal protegido «reside exclusivamente en el patrimonio»<sup>174</sup> *privado*<sup>175</sup>. Se trata de un delito especial propio, mixto, de infracción de deber<sup>176</sup> y dominio con consecuencias «que no coincide con los delitos especiales puros de dominio ni con las que rigen en los delitos puros de infracción de un deber»<sup>177</sup>, que admite la omisión<sup>178</sup>, con posibilidad de punición al *extraneus*, que asume fácticamente la posición del obligado siempre que se considere un administrador de hecho, aplicando el artículo 31.1 del CP. No admite la autoría mediata del *extraneus* sobre el *intra-neus*. En cambio, respecto a la participación, se admite la participación del *extraneus* considerada como «una intervención» conjunta, «dado que, al poseer el delito del artículo 252 un componente de dominio, el *extraneus* puede contribuir efectivamente al dominio del *intra-neus*, sin perjuicio de que se pueda aplicar la regla prevista en el artículo 65.3 del CP»<sup>179</sup>. En supuestos derivados de una falsedad contable, con doble perjuicio, concurrirá un concurso real<sup>180</sup> entre los delitos de los artículos 290 del CP, párrafo 2.º y el artículo 252 del CP. Concurso ideal<sup>181</sup>, con el delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del CP<sup>182</sup>. La persona jurídica no puede ser autora del delito de administración desleal<sup>183</sup> según el artículo 31 bis del CP, de conformidad con la nueva regulación de la Ley Orgánica 1/2015.

<sup>173</sup> Cfr. Martínez-Buján Pérez, C.: «El legislador español ha copiado literalmente la redacción existente en el parágr. 266 del StGB alemán, mencionando explícitamente unas fuentes concretas de facultades dispositivas del sujeto activo», *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*. Tirant lo Blanch, 2016, p. 87. Cfr. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal*, op. cit., pp. 26-27.

<sup>174</sup> Vid. Martínez-Buján Pérez, *El delito de administración desleal*, op. cit., p. 75.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>176</sup> Vid. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I.: »Por qué el legislador no ha definido la conducta típica como «mera infracción del deber de velar», sino como «infracción de facultades mediante el exceso en su ejercicio», *El delito de administración desleal*, op. cit., p.121.

<sup>177</sup> Vid. Martínez-Buján Pérez, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, op. cit., p. 103. Cfr. STS núm. 333/2022. 31/03/2022. Pte. Llarena Conde. *Caso Banco de Valencia*.

<sup>178</sup> Vid. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal*, op. cit., pp. 122.

<sup>179</sup> Vid. Martínez-Buján Pérez, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, op. cit., p. 104. Cfr. STS núm. 333/2022.

<sup>180</sup> Vid. Martínez-Buján Pérez, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, op. cit., pp. 107-108.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>182</sup> Vid. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I.: «Desde la perspectiva del art. 252 CP, el carácter «no recuperable» del pago es evidente *ex ante*. Cualquier pretensión de reclamar la devolución ante los tribunales carece de fundamento jurídico. Por ello, la conducta consistente en realizar el pago de corrupción es constitutiva de administración desleal. *El delito de administración desleal*. op. cit., p. 127.

<sup>183</sup> *Ibidem*: «Esta decisión legislativa sorprende, pues en la praxis es muy frecuente que sean personas jurídicas las que administran sociedades u otros patrimonios ajenos. Piénsese, por ejemplo, en grandes grupos empresariales, en los que la sociedad matriz administra el patrimonio social de sus sociedades

Un administrador de activos de un emisor ASG, un administrador de índices de referencia climáticos o de una agencia de calificación ASG si excedieren<sup>184</sup> los límites de sus facultades de administración, causando un perjuicio para el patrimonio administrado, serán responsables del delito de administración desleal y punible, con las penas previstas en los artículos 249 o 250 del CP.

Partiendo de la base de la existencia en los mercados bursátiles de fondos de inversión indexados mediante estándares cuasi automatizados<sup>185</sup> (que se enmarcan en espacios de *riesgo permitido*)<sup>186</sup>, en mi opinión, el artículo 252.1 del CP –norma secundaria– se ha de relacionar con el artículo 226 de la LSC –norma primaria– del Real Decreto-Ley 1/2010, de 2 de junio, artículo único, apartado 14 de la Ley 31/2014, con vigencia desde el 24 de diciembre de 2014. El artículo 226 de la LSC, sobre la protección de la discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*)<sup>187</sup>, está situado en el capítulo III, titulado «Los deberes de los administradores», y dice:

1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a las discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés

---

filiales. ¿Por qué entiende el legislador que una persona jurídica puede «cometer» –*sit venia verbo*– una estafa y no una administración desleal? *El delito de administración desleal, op. cit.* pp. 36-37.

<sup>184</sup> Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: «Resulta curioso observar los términos de la discusión entablada en la doctrina española acerca de la conveniencia de optar por el término "abusar" o el término "excederse", una discusión estéril en la medida en que discurre a espaldas del Diccionario de la RAE. Así Nieto (2013, p.798) respalda la fórmula del Proyecto ("excederse en el ejercicio de las facultades") frente a la expresión del parágr. 266 StGB ("abusar de la facultad de disponer") con el argumento de que el tipo penal se construye sobre el "exceso intensivo": se trata de sobrepasar lo jurídicamente permitido (*dürfen*), en el marco de lo que jurídicamente puede realizar el administrador (*können*). Por el contrario, Castro y Gutiérrez (2013, p. 769) prefieren configurar la acción típica sobre la base del verbo abusar: "en tanto que el abuso se refiere al uso desviado, a la desviación de poder, evitando la discusión sobre si el mismo debe sobrepasar o no los límites del propio poder". Sin embargo, ante estas opiniones encontradas hay que aclarar que los términos en pugna son, en realidad, sinónimos: "abusar", en la acepción que aquí nos interesa, significa "usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o alguien", y "exceder" significa "proponerse, ir más allá de lo lícito o razonable". *El delito de administración desleal, op. cit.*, pp. 79-80. Cfr. Pastor Muñoz y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal, op. cit.*, p. 120.

<sup>185</sup> Vid. Levine, M., *Should Index funds be Illegal?*, *op. cit.* Cfr. Nieto Martín, A., *Protección penal de la competencia y del mercado de valores, op. cit.*, p. 403.

<sup>186</sup> Cfr. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I.: «Otra cuestión compleja si entre los factores relevantes para la determinación del perjuicio se cuentan las *consecuencias a largo plazo* o si, por el contrario, se debe atender únicamente las consecuencias inmediatas de la conducta del autor [...] las expectativas razonables a largo plazo son relevantes en la valoración del carácter permitido o prohibido de la conducta del autor: si el administrador decide realizar un gasto importante vinculado a (posibles) ganancias a diez años vistas y dichas expectativas son razonables, la conducta se debe considerar permitida». *El delito de administración desleal, op. cit.*, pp. 129-141 y 157.

<sup>187</sup> Vid. Huerta Viesca, M.<sup>a</sup> I. y Rodríguez Ruiz de Villa, D., *Nuevas obligaciones y nuevas responsabilidades de los administradores en materia de sostenibilidad, op. cit.*

personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Artículo 226 de la LSC que se deberá reinterpretar según el Reglamento<sup>188</sup> (UE) 2023/1115 del Parlamento y del Consejo, de 31 de mayo de 2023.

Por tanto, se constata que se protege la discrecionalidad empresarial mediante un estándar de diligencia de un ordenado empresario aplicable en el ámbito de las decisiones estratégicas<sup>189</sup> y de negocio<sup>190</sup>. El deber de diligencia<sup>191</sup> quedará verificado en caso de que el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

No obstante, el riesgo de *greenwashing*, *greenhushing*, *social washing* / *sustainability washing* puede proceder de la divulgación de información por parte de un administrador de índices de referencia con impacto en sus índices, cuando se basa «en políticas de exclusión que no dan lugar a la selección de un universo plenamente sostenible»<sup>192</sup>. Esto es, el referido administrador que «crea el peligro de que se produzca un perjuicio, puede ser formalmente subsumido bajo el tipo del artículo 252 del CP. La cuestión que todavía debe ser dilucidada es si la creación del peligro concretado en el perjuicio constituye un exceso de sus facultades con relevancia en el derecho penal»<sup>193</sup>. *Ceteris paribus*, el riesgo también puede plantearse ante una estrategia «de integración ASG pero no asume el compromiso de utilizar consideraciones ASG en la toma de decisiones de inclusión de compañías en el índice»<sup>194</sup>. Parafraseando a Bacigalupo (7 de noviembre de 2019),

<sup>188</sup> Vid. art. 12 (establecimiento y mantenimiento de sistemas de diligencia debida, presentación de informes y conservación de registros), L 150/227; art. 13 (procedimiento simplificado de diligencia debida), L 150/ 228, y el Anexo II (declaración de diligencia debida), L 150/247. Cfr. Huerta Viesca, M.ª I. y Rodríguez Ruiz de Villa, D., *Nuevas obligaciones y nuevas responsabilidades de los administradores en materia de sostenibilidad*, op. cit.

<sup>189</sup> Vid. Infante Infante, *Análisis de las principales diferencias en la implementación de estrategias alternativas entre Hedge Funds y UCITS*. Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n.º 95, mayo-agosto 2015, pp.151-182.

<sup>190</sup> Vid. Bacigalupo, E., *Efectos de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) en el ámbito del derecho penal*, op. cit. (cursivas del autor).

<sup>191</sup> Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*, op. cit., p. 898. El mismo. *La modificación del deber de diligencia*, op. cit., pp. 231-278. Cfr. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I.: «No todo deber jurídico-civil genera una posición de garantía: lo esencial es la asunción por parte del autor de la gestión de la esfera patrimonial ajena y la idoneidad de la infracción de dicho deber para generar un perjuicio patrimonial», *El delito de administración desleal*, op. cit., pp. 116-117.

<sup>192</sup> Cfr. Gómez Yubero, M.ª J., Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilar, M., *Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad*, op. cit., p. 123.

<sup>193</sup> Vid. Bacigalupo, E., *Efectos de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) en el ámbito del derecho penal*, op. cit.

<sup>194</sup> Vid. Gómez Yubero, M.ª J., Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilar, M., *Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad*, op. cit., 126.

parece claro que la creación de riesgos para el patrimonio administrado es, en principio, un exceso de las facultades del administrador por haber obrado sin el cuidado debido y, por tanto, excediendo las facultades de administración. El artículo 226.1 LSC debe ser considerado, en consecuencia, una disposición de la L.S.C. que contiene una regla en la que establece bajo qué circunstancias se debe considerar cumplido el deber general de diligencia que impone el artículo 225 LSC, y, por tanto, excluida la responsabilidad por un perjuicio que pudiera ser imputado a una supuesta infracción de dicho deber. Evidentemente es una regla que previene contra interpretaciones disfuncionales por su amplitud y rigor.

En mi opinión, mediante las condiciones que impone el artículo 226.1 de la LSC en cuanto a los límites del concepto de diligencia exigida, la definición sobre qué debe ser entendido por *conducta diligente* en el marco de las decisiones estratégicas y de negocio tiene que realizarse desde el Reglamento (UE) 2023/1115 según una interpretación teleológica. Esto es, no «acentuar en forma desmedida la responsabilidad del administrador en este ámbito, basándose no solo en una «política de indulgencia». La razón de la norma es comprensible por la ausencia de límites precisos del concepto dogmático de diligencia debida y de la culpa, incluso en el derecho privado»<sup>195</sup>.

La responsabilidad penal no impide la posible responsabilidad de derecho administrativo sancionador o civil (p. ej., art. 227.2.2. CCC, *trust*, *fiducia cum creditore*)<sup>196</sup>. Máxime, primero, si el vigente artículo 3.3.1 del «BMR», sobre las definiciones<sup>197</sup>, facilita la competencia desleal y el *greenwashing*, *greenhushing*, *socialwashing* al no incluir los índices de referencia ASG, permitiendo que «entidades que ofrecen tales índices se encontrasen en una situación competitiva más favorable que los administradores que ofrecen índices sujetos a BMR»<sup>198</sup>. Segundo, que la información que suministran los emisores sobre sus emisiones de gases de efecto invernadero «no es fácil de validar por terceros; lo que podría, a su vez, incentivar a las empresas a proveer al mercado información que sesgara al alza sus esfuerzos contra el cambio climático»<sup>199</sup>. Tercero, «la ausencia de reglas específicas sobre el uso en la denominación del índice, que dificulta la identificación de los índices y, por tanto, su uso y comparabilidad por parte de los posibles usuarios»<sup>200</sup>. Y, cuarto, se obstaculiza el uso eficaz de

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>196</sup> *Vid.* Convenio de 1 julio de 1985 sobre la ley aplicable al trust y su reconocimiento. *Cfr.* pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>197</sup> Art. 3.1. «A los efectos del presente Reglamento se entenderá por 1) «índice»: toda cifra». L 171/13-14-15-16-17.

<sup>198</sup> *Vid.* Gómez Yubero, M.<sup>a</sup> L., Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilar, M., *Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>200</sup> *Ibidem*, pp. 127-128.

los índices de referencia en productos regulados «SFDR»<sup>201</sup> con normas que contemplan diferentes fuentes para desarrollar métricas ASG (datos de las compañías, información equivalente y estimaciones) dando lugar a problemas de comparabilidad de la información<sup>202</sup>.

Para la interpretación del tipo penal de administración desleal son fundamentales dos conceptos desde un postulado jurídico-financiero vinculado al derecho civil y al mercantil. Por un lado, el concepto de perjuicio<sup>203</sup> (reverso del concepto de patrimonio)<sup>204</sup>, y por otro, el concepto del cálculo del perjuicio, teniendo como escenario-base los mercados ASG y del carbono que, al margen de los bienes y derechos del titular, han de considerar las expectativas de ganancias inmediatas o futuras con derecho de exclusión (oferta<sup>205</sup>/demanda). ¿Si un administrador de activos de un emisor ASG/carbono, con su estrategia, destina la inversión de un inversor en una empresa tabaquera que es etiquetada como sostenible bajo los criterios del «SFDR»<sup>206</sup> causa un perjuicio patrimonial al titular como autor del artículo 252 del CP o es objeto sanción administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil? ¿Si un administrador de índices de referencia climáticos, mediante su estrategia, incluye en su composición empresas que no se califican como sostenibles bajo el «SFDR»<sup>207</sup>. Esto es, que un índice CTB tenga empresas de combustibles fósiles<sup>208</sup> que dañan el PIA<sup>209</sup> sobre «exposiciones a compañías activas en el sector de los combustibles fósiles», con criterio de exclusión no previsto en el «BMR» es autor del artículo 252 del CP, o incurre en sanción administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil?

La doctrina sostiene que la «determinación del perjuicio se ha de llevar a cabo mediante la comparación del valor económico del patrimonio *antes* y *después* de la conducta del autor<sup>210</sup>. No obstante, Kindhäuser acota esta comparación al sostener que «el perjuicio se

<sup>201</sup> *Ibidem*: «Estas inconsistencias suponen una importante limitación para el uso de índices climáticos en productos sujetos a SFDR; y son particularmente relevantes en el caso de los productos del Art. 9 SFDR que replican o utilizan con referencias índices climáticos», p. 129.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>203</sup> Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal*, op. cit., p. 153.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>205</sup> *Ibidem*.

<sup>206</sup> Vid. Gómez Yubero, M.ª, Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilar, M., *Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad*, op. cit., p. 129. Cfr. Deutsche Börse Group, Qontigo's SFDR Article 2(17) Sustainable Investment Methodology. <https://qontigo.com/>

<sup>207</sup> *Ibidem*.

<sup>208</sup> *Ibidem*.

<sup>209</sup> PIA. Principales incidencias adversas. Incidencias del asesoramiento y las decisiones de inversión que tienen efectos negativos sobre los factores de sostenibilidad. Vid. CNMV. Preguntas y respuestas sobre la normativa de sostenibilidad aplicable a los productos financieros, p. 5. [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es)

<sup>210</sup> Vid. Kindhäuser, U., parágr. 266, *NK-StGB*, Nm.106. 4.ª ed., Baden-Baden, 2013. Cfr. Schönemann, B., parágr. 266, *LK-StGB*, Nm. 168, y ss. Laufhütte et al. (eds.), 12.ª ed., Berlin 2011. Cfr. Fischer, Th.,

debe determinar comparando la situación real del patrimonio tras las acción (u omisión) del autor (p. ej., la adquisición de un derecho de crédito de valor ínfimo) con la situación en que tal patrimonio debería encontrarse en caso de que el autor hubiera actuado conforme a deber [...] la adquisición de un derecho de crédito de mayor valor que habría tenido lugar si el administrador hubiera celebrado el contrato con una empresa solvente»<sup>211</sup>. Esto es, Kindhäuser «propone una comparación entre *la situación real del patrimonio* tras la conducta del autor y *la situación hipotética* en que este se habría encontrado en caso de que el autor hubiera actuado conforme a deber». Introduce en la determinación del perjuicio los parámetros de valoración provenientes de la relación interna autor-víctima, pues, al considerar criterio de referencia «la situación en que debería encontrarse el patrimonio en caso de actuación *conforme a deber*» del autor, deja fuera del perjuicio disminuciones patrimoniales permitidas por la relación interna autor víctima»<sup>212</sup>. No obstante, surgen problemas importantes al delimitar la situación del patrimonio del titular-víctima *tras* la estrategia del administrador. Por un lado, según Pastor Muñoz y Coca Vila (2016) «la aplicación de la teoría de la imputación objetiva del resultado al delito de administración desleal exige que, una vez constatada la conducta típica del autor (su carácter jurídico-penalmente desaprobado), el resultado típico imputable a la conducta se limite a *la realización del riesgo creado por esta*, dejando fuera la realización de riesgos de perjuicio distintos» (p. 156). Y, por otro, el cálculo del perjuicio, desde las *expectativas de ganancia o pérdida*<sup>213</sup> (p. ej., *private equity funds*)<sup>214</sup>. Para solventar este problema «parece razonable atender a la estrategia<sup>215</sup> del autor, siempre y cuando se pueda afirmar que esta constituye «un plan general económicamente racional» (p. 147)».

Si las cuestiones planteadas se subsumen en la doctrina descrita entre *la situación real del patrimonio* y *la situación hipotética* y el *riesgo permitido*, en mi opinión, en el ámbito de mercados volátiles y muy inestables de ASG y del carbono, los riesgos (ya sean en una operación «un poco más arriesgada de lo normal, aunque, incluso ocultando que se trata de una operación de riesgo extremadamente elevado»)<sup>216</sup>, asumidos por un administrador de activos de un emisor ASG o de un administrador de índices de referencia climáticos,

---

parágr. 266, StGB, nm 164 y ss., 60.<sup>a</sup> ed., München, 2013. Cfr. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal*, p. 155.

<sup>211</sup> Kindhäuser, U., parágr. 266, NK-StGB, Nm.100. Cfr. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal*, p. 155.

<sup>212</sup> *Ibidem*.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>214</sup> Vid. Coates, J., *The problem of twelve*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>215</sup> Vid. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I.: «Ciertamente, este criterio de racionalidad económica del plan o estrategia del autor abre las puertas a valoraciones muy diversas; ello no es necesariamente negativo, pues en la medida en que existan razones defendibles en términos económicos que apoyen la valoración positiva de la estrategia del autor y sus pronósticos de ganancia, se les debe dar validez y excluir la relevancia penal de dicha conducta». *El delito de administración desleal*, *op. cit.*, pp. 159-160.

<sup>216</sup> Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I., *El delito de administración desleal*, *op. cit.*, p. 147.

sin informar al titular para el consentimiento prescindiendo este «de los factores sobre los que el administrador le debería haber informado»<sup>217</sup>, las decisiones estratégicas calificadas como *greenwashing*<sup>218</sup>, *greenhushing* (silencio verde)<sup>219</sup>, *social washing / sustainability washing*<sup>220</sup>, no generan responsabilidad penal de administración desleal según el artículo 252 del CP, ni en grado de tentativa<sup>221</sup> ni en los actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación)<sup>222</sup>, aunque el administrador «haya infringido su deber de informar y

<sup>217</sup> *Ibidem*: «Por ejemplo: el administrador transmite al titular el deseo de realizar una operación de riesgo extremadamente elevado. El titular le responde que "haga lo que le dé la gana", que juegue libremente con ese dinero, ha optado por no tener en cuenta las informaciones relativas a los riesgos económicos y consecuencias jurídicas de la operación; por tanto, dicho titular ha consentido válidamente, pese a estar "desinformado"».

<sup>218</sup> *Vid.* ASIC commences greenwashing case against Vanguard Investments Australia, *op. cit.*

<sup>219</sup> *Greenhushing*. La doctrina describe el «silencio verde» como la ausencia de comunicación gerencial deliberada del cumplimiento de la responsabilidad social corporativa (RSC), por temor en la industria hotelera a las opiniones y respuestas negativas de los clientes e inversores que pueden afectar a su cotización en los mercados financieros. *Vid.* Posner, C., *How are companies reacting to anti-ESG efforts*. Cooley Pub-Co. May 3, 2023. <http://coeypub.com/2023/05/03/companies-reacting-anti-esg-efforts>. *Cfr.* Ettinger, A., Grabner-Kränter, S., Okazak, S., Terlutter, R., *The Desirability of CSR Communication versus Greenhushing in the Hospitality Industry: The Customers' Perspective*. Journal of Travel Research. Volume 60, Issue 3, March 2021, p. 618-638. <http://jounarls.safe.pub.com/doi/epub/10.117/004722875209300%2087>

<sup>220</sup> *Vid.* Gómez Yubero, M.<sup>a</sup> J., Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilar, M.: «El término *greenwashing* es el más comúnmente utilizado, y *a priori* hace referencia a aspectos medioambientales, esto es, a la letra "A" del acrónimo ASG. Sin embargo, es importante subrayar que los aspectos sociales y de gobernanza, es decir, las letras "S" y "G", también están involucradas. De hecho, ya se empiezan a oír términos como *social washing* o *sustainability washing*. Teniendo esto en cuenta, el trabajo de las autoridades europeas tratará de abordar el concepto de forma amplia, cubriendo los tres aspectos». Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad, *op. cit.*, p. 124. *Cfr.* Goldman, N. C. y Zhang, Y., *Social Washing or Credible Communication?*, *op. cit.* Investigación realizada tras la intervención de la SEC.

<sup>221</sup> *Vid.* Martínez-Buján Pérez, C.: «Una conducta consistente en una operación de riesgo será penalmente típica con arreglo al delito de administración desleal del art. 252 si se cumplen tres requisitos: 1) el sujeto infringe el deber de lealtad, excediéndose en el ejercicio de las facultades de disposición para las que estaba autorizado; 2) el sujeto obra con dolo eventual de que pueda producirse un perjuicio para el patrimonio administrado; 3) causación efectiva de dicho perjuicio patrimonial. Si el perjuicio patrimonial no llega a producirse, el hecho permanecerá impune, dado que solo se habrá realizado una tentativa del delito de administración desleal con dolo eventual, y esta no resulta punible», *El delito de administración desleal*, *op. cit.*, p. 97. *Cfr.* Bacigalupo, E., *Efectos de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) en el ámbito del derecho penal*, *op. cit.* *Cfr.* Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2012: «Eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el párrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la sexta reforma de 1988 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado a una interpretación extensiva del perjuicio económico que aproxima al párrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado», p. 231 y ss.

<sup>222</sup> *Vid.* Martínez-Buján Pérez, *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, *op. cit.*, p. 103.

pretendido, con ello, manipular al titular, al concurrir un consentimiento válido, pues el titular ha decidido construir su decisión al margen de la información que el administrador debía comunicarle»<sup>223</sup>. Asimismo, no comporta responsabilidad penal del artículo 252 del CP el pago de bonos, pensiones y retribuciones a los administradores<sup>224</sup>. Cuestión distinta es el consentimiento en el caso de patrimonios sociales. Si «todos los socios aprueban por *unanimidad* el acto que, conforme a la relación interna inicial, superaba el umbral del riesgo permitido, concurre un consentimiento válido que excluye el tipo»<sup>225</sup>. Los problemas se plantean, en primer lugar, cuando los socios adoptan por *mayoría* «consentir el negocio lícito de riesgo, imponiendo el acuerdo a una minoría»<sup>226</sup>, y, en segundo lugar, si la inversión de riesgo en los mercados ASG y del carbono pone «en peligro la liquidez de la sociedad o incluso su misma subsistencia o cuando el objeto del consentimiento sea un negocio o acto ilícito»<sup>227</sup>. Según el artículo 5 de la LSC, y la doctrina, «la reducción del capital mínimo por debajo del mínimo legal constituye causa de disolución; existe pues, un deber mercantil de conservación del capital mínimo»<sup>228</sup>.

En definitiva, según Bacigalupo<sup>229</sup>, *de lege lata*, el artículo 226.1 de la LSC «pretende excluir la intervención judicial respecto de las decisiones estratégicas y de negocio». Pretensión que queda desdibujada con el Reglamento (UE) 2023/1115 con sanciones administrativas y concursales. No obstante, ni el artículo 226.1 de la LSC ni el mencionado reglamento nada dicen si también se quiere limitar la responsabilidad penal.

<sup>223</sup> Vid. Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I.: «El consentimiento también elimina el injusto cuando abarca tan solo la concreta forma de comportamiento del administrador, sin que sea necesario, pues, que aquel se extienda al resultado típico. El administrador al que el titular del patrimonio gestionado le ha autorizado, con conocimiento de causa, de llevar a cabo una determinada operación de riesgo actúa de manera atípica, también cuando el titular no esté conforme con el menoscabo patrimonial finalmente acaecido». *El delito de administración desleal*, op. cit., p. 147.

<sup>224</sup> *Ibidem*: «Los dos argumentos esenciales en que se basó el Tribunal Supremo para negar la concurrencia de un delito de administración desleal fueron: primero, que en el ámbito de la empresa privada, las retribuciones de los altos cargos no pueden juzgarse según parámetros convencionales y que su determinación se rige por la "absoluta libertad de mercado". Segundo, que los acuerdos que la sociedad acepta, no se pueden considerar perjudiciales para esta; en efecto, según el Tribunal Supremo, para afirmar la concurrencia del delito del antiguo art. 295 CP no basta constatar una disminución contable en el patrimonio de la sociedad, sino que hay que constatar que el origen de aquella es el "abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación". En la medida en que en el caso enjuiciado las pensiones y pagos de bonos pactados no contravenían ni la legislación vigente ni los estatutos de la sociedad y, además, contaban con la aprobación de la Junta, consideró que no concurría un delito de administración desleal del art. 295». *El delito de administración desleal*, op. cit., p. 138-139. Cfr. STS de 17 de julio de 2006, ponente Sánchez Melgar. Caso *Botín*.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>226</sup> *Ibidem*.

<sup>227</sup> *Ibidem*.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

<sup>229</sup> Bacigalupo, *Efectos de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) en el ámbito del derecho penal*, op. cit.

## 5.2. Delito de estafa de inversión de capital y de crédito

¿Las prácticas intencionadas o no de un administrador o gestor de activos de mercado ASG o del carbono, de un emisor o de un administrador de índices de referencia climático o de una agencia de calificación que comportan que la información divulgada sobre sostenibilidad «con respecto a una entidad o a un emisor, un producto o servicio»<sup>230</sup> careciendo de los riesgos y características de sostenibilidad *ad hoc*, pueden causar «error a los consumidores, a los inversores o al público en general y ser constitutivas de un delito de estafa de inversores de capital y de crédito del artículo 282 bis del CP<sup>231</sup>? Se formula la pregunta habida cuenta de que pueden concurrir «situaciones contradictorias»<sup>232</sup>.

¿Si un administrador o gestor de activos de un emisor de mercado ASG o del carbono realiza una selección selectiva de la información (*cherry-picking*), omisión de información mediante ambigüedad, afirmaciones vacías exageradas con el uso engañoso de la terminología ASG, es un autor de un delito de estafa de inversores o de crédito del artículo 282 bis del CP?

La doctrina mercantil facilita supuestos polémicos. El primero, el citado sobre una empresa tabaquera que puede ser etiquetada como sostenible bajo los criterios del Reglamento «SFDR», ya que el tabaco no está incluido en ninguno de los PIA obligatorios; mientras que la misma compañía estaría excluida de los índices de referencia climáticos. El segundo ejemplo, igualmente citado, «también es posible que los índices climáticos incluyan en su incorporación empresas que no se califican como sostenibles bajo SFDR. Actualmente es posible que un índice CTB mantenga compañías de combustibles fósiles que dañarían el PIA sobre «exposiciones a compañías activas en el sector de los combustibles fósiles» o, de manera similar, que un índice PAB o CTB perjudique el PIA sobre diversidad de género, ya que este criterio de exclusión no está previsto en BMR»<sup>233</sup>.

¿Prácticas de «ecoblanqueo» (p. ej., *cherry-picking*)<sup>234</sup>, de «silencio verde» y de «blanqueo social» son constitutivas de un delito de estafa de inversores del artículo 282 bis del Código Penal español. O, más bien, de derecho administrativo-sancionador o civil-mercantil?

Para intentar dar respuestas a las cuestiones se tomará como base el caso mencionado Australian Securities&Investments Commission (ASIC) v. Vanguard Investments Australia (Vanguard) de 24 de julio de 2023. En síntesis, la denuncia de la ASIC sostiene que Vanguard promociona un producto de inversión (fondo de cobertura) denominado «índice de bono agregado

<sup>230</sup> Cfr. Gómez Yubero, M.<sup>a</sup> J., Gullón Ojesto, B. y Palomero Aguilar, M., *Índices de referencia climáticos y de sostenibilidad*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>231</sup> *Ibidem*.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>233</sup> Véase nota anterior.

<sup>234</sup> *Vid.* ESMA. Progress Report on Greenwashing, *op. cit.*, p. 6.

global éticamente consciente»,<sup>235</sup>, siendo calificado como posible ecoblanqueo (*greenwashing*). El fondo permite a los inversores invertir en los valores que componen el fondo. Este se basa en el índice Bloomberg Barclays MSCI Global Aggregate SRI Exclusions Float Adjusted Index (Index). Entre el 7 de agosto de 2018 y el 17 de febrero de 2021, Vanguard publicó 12 ofertas de divulgación de productos para el fondo (PSD). Los productos de inversión se pusieron a disposición de los inversores directamente en la web de Vanguard, con vínculos a terceros y en la web de ASIC. Vanguard omitió en el folleto que como sociedad tiene deudas con emisores de combustibles fósiles, en concreto, con la petrolera norteamericana Chevron y con el oleoducto propiedad de la Abu Dhabi National Oil Company, así como en otras empresas similares.

El delito de estafa de inversión de capital previsto en el artículo 282 bis del CP<sup>236</sup>, no residiendo entre los delitos societarios sino entre los relativos al mercado y a los consumidores, es un delito de peligro abstracto, de lesión, de resultado cortado, se orienta a la tutela de un bien jurídico supraindividual difuso colectivo institucionalizado individualizable<sup>237</sup>. Está directamente vinculado<sup>238</sup> con el delito de manipulación de mercado, artículo 284, apartados 2.º y 3.º del CP, y el delito de información privilegiada del artículo 285 del CP.

El Tribunal Supremo<sup>239</sup> considera que se

sanciona la conducta de los administradores de hecho o de derecho siempre que [...] se trate de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, que falsearen la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar o difundir conforme a la legislación del mercado de valo-

<sup>235</sup> Traducción del inglés, nuestra.

<sup>236</sup> Cfr. art. 34.2 y 35.1 y 2 de la «LMVSI». Cfr. art. 1, aps. 4 y 5 y art. 25 del Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión de cotización de valores en un mercado regulado. DOUE 30.6.2017 L 168/12. Cfr. Reglamento Delegado (UE) 2019/980 de la Comisión, de 14 de marzo de 2019. DOUE 21.6.2019 L 166/26. Cfr. Reglamento Delegado (UE) 2019/979 de la Comisión, de 14 de marzo de 2019. DOUE 21.6.2019 L 166/26. Cfr. 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. [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es). Cfr. ESMA, Final Report. On the draft RTS amending Delegated Regulation (EU) 2019/979 containing regulatory technical standards under the Prospectus Regulation. ESMA 31-59-1417. 4 December 2019. [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu). Cfr. Directrices sobre factores de riesgo en el marco del Reglamento de folletos. 01.10.2019. ESMA 31-62-1293.

<sup>237</sup> Vid. Martínez-Buján Pérez, C., *Estafa de inversores y de crédito*, op. cit., pp. 68, 72 y 73. Cfr. Puente Aba, L. M.ª, *El artículo 282 bis del Código Penal y el caso Bankia: la falsedad del folleto informativo y el papel de los organismos supervisores*. La Ley Compliance penal n.º 4, 2021. <http://laley.net.es/>. Cfr. Álvarez González, P., *Tutela penal del mercado y los consumidores. Especial referencia al delito de estafa de inversores y al caso Bankia*. Comillas Universidad Pontificia - ICAI-ICADE-CIMS. 2021.

<sup>238</sup> Martínez-Buján Pérez, C. *Estafa de inversores y de crédito*, op. cit., p. 82.

<sup>239</sup> STS de 10 de febrero de 2023. N.º recurso 5765/2020. N.º resolución 89/2023. Ponente Puente Segura. FD quinto. *Caso Pescanova*.

res sobre sus recursos, actividades y negocios futuros, y fuera con el propósito de captar inversores o depositantes, ya con la intención de colocar cualquier tipo de activo financiero u obtener financiación por cualquier medio, agravándose también la sanción asociada a estas conductas cuando se llegara a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, incrementándose aún más la pena prevista cuando el perjuicio causado resultase de notoria gravedad.

### 1. Artículo 282 bis del CP. Tipo básico<sup>240</sup>. Párrafo primero

El artículo 282 bis del CP sanciona la conducta de falsear «la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio».

**1.1. Objeto material.** La información económico-financiera de la «sociedad emisora» es la así considerada por la «MiFID II» y la «LMVSI», por tanto hay remisión a estas normas primarias con las exenciones y los requisitos que contemplan. El artículo 282 bis del CP contiene los términos «valores negociados». Es necesario que el legislador los cambie por «valores negociables», según consta en el artículo 35 de la «LMVSI», más propio del lenguaje técnico económico-financiero que consta en la «MiFID II» y en la «MiFID» verde.

**1.1.2. Información económico-financiera contenida en los folletos.** El concepto básico de «folleto de emisión» es inherente al derecho bursátil<sup>241</sup>. La regulación del folleto está establecida por las normas primarias mencionadas, por un lado, los artículos 1, apartados 4 y 5, 3.2 y 25 del Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, y los reglamentos delegados *ad hoc*; y, por otro, por los artículos 34.2, 35 de la «LMVSI» y la Circular 3/2022, de 21 de julio de la CNMV<sup>242</sup>, no siendo objeto de definición. En el artículo 2 del Reglamento (UE) 2017/1129 no consta la definición del concepto «folleto» (únicamente el apartado-letra «s» refiere el «folleto de base» con remisión al art. 8); ni, asimismo, tampoco consta el concepto de «nota de síntesis»<sup>243</sup>.

<sup>240</sup> En la descripción del tipo, se sigue el método del Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez, C., *Estafa de inversiones y de crédito*, *op. cit.* p. 88 y ss.

<sup>241</sup> *Vid.* Fleckner y Hopt, *Evolución del Derecho bursátil*, en Hopt, *Estudio de Derecho de sociedades y del Mercado de Valores* (coord. de la ed. española S. Hierro Anibarro), 2010. *Cfr.* Martínez-Buján Pérez, C., *Estafa de inversiones y de crédito*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>242</sup> Circular 3/2022, de 21 de julio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el folleto de las instituciones colectivas y el registro del documento con los datos fundamentales para el inversor. BOE núm. 186. Jueves 4 de agosto de 2022. Entrada en vigor el 1 de enero de 2023.

<sup>243</sup> Los cdos. 28 y 30 mencionan las características de la «nota de síntesis del folleto». L 168/16.

El folleto y la nota de síntesis son «documento típico, en el que la sociedad vierte la información relativa a los valores que quiere colocar entre el público, y viene a ser algo parecido a una «partida de nacimiento» del valor de que se trate»<sup>244</sup>. En el supuesto de que existan *omisiones*, por ejemplo, la nota de síntesis, la calificación jurídico-penal dependerá de la «circunstancia de que la omisión se considere relevante»<sup>245</sup>. Así las cosas, en el supuesto de hecho planteado ASIC v. Vanguard, ¿se podría calificar de estafa de inversores en España la conducta de Vanguard en el folleto del «índice de bono agregado global éticamente consciente», ASG, de omisión de la información a los inversores que tiene deudas con la petrolera Chevron y por los oleoductos de la Abu Dhabi National Oil Company y, en empresas similares, emisores de combustibles fósiles? Para dar una respuesta afirmativa habría que considerar la nota de síntesis, «las posibles omisiones del resumen con el resto del folleto, para averiguar si de una comprensión global de ambos documentos se deduce que se está ofreciendo una imagen falsa de la oferta de valores»<sup>246</sup>. Por ejemplo, se puede considerar la información de Vanguard engañosa e inexacta.

**1.1.3. Las restantes informaciones.** El artículo 282 bis del CP incluye otro objeto material unido al folleto y a la nota de síntesis<sup>247</sup>: «las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros».

Si se contrasta este objeto material adicional con la norma primaria la «LMVSI» y el Reglamento (UE) 2017/1129 y los reglamentos delegados *ad hoc* desde una interpretación teleológica, se infiere que el legislador incluye en la información trimestral, semestral o anual (p. ej., las cuentas anuales, informe de gestión), información al accionista y de los titulares de otros valores o instrumentos financieros que se facilita a la CNMV (las *continuing obligations*)<sup>248</sup>.

**1.2. Acción.** En la misma línea que el artículo 290 (delito societario) del CP, una de las modalidades consiste en la ocultación de datos relevantes que deberían figurar en la información. Se trata de un falseamiento por acción, dado que es un verdadero acto concluyente (positivo)<sup>249</sup>. No obstante, hay una cuestión importante que es la «idoneidad para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos»<sup>250</sup>, esto es, a los inversores, en este caso del mercado ASG. Esto es, si se realiza una subsunción de esta tesis en el caso ASIC v. Vanguard, surgen preguntas: ¿los inversores fueron perjudicados? ¿La acción de Vanguard de ocultar sus deudas con la petrolera Chevron y con los propietarios del oleoducto Abu Dhabi

<sup>244</sup> Cfr. Martínez-Buján Pérez, Estafa de inversiones y de crédito, *op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>247</sup> Vid. art. 1 del Reglamento (UE) 2017/1129. Cfr. arts. 34.2, 35 «LMSVI».

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>249</sup> *Ibidem*, pp. 110-111.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 114.

National Oil Company fue «idónea para lograr la finalidad perseguida»? Hay que tener en cuenta, como sostiene la doctrina, que el legislador ha optado por la técnica del resultado, cortado, basada en el elemento subjetivo del injusto (p. ej., estados y procesos mentales, «el propósito de captar inversores», etc.) en detrimento del elemento objetivo de idoneidad o de aptitud para la producción del resultado de la captación de inversores<sup>251</sup>.

**1.3. El elemento subjetivo de la acción.** El tipo del párrafo primero del artículo 282 bis del CP «se construye como un delito de consumación anticipada (cuya finalidad es adelantar la línea de punibilidad y más concretamente como un delito de resultado cortado, puesto que, además de la acción requiere únicamente la presencia de un elemento subjetivo del injusto ("con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio"))»<sup>252</sup>. La finalidad perseguida por el autor, al ejecutar la conducta, de conseguir unos resultados materiales no tiene por qué llegar a producirse realmente<sup>253</sup>. Es más, las finalidades descritas alternativamente integran el elemento subjetivo del injusto<sup>254</sup>.

Desde esta base, surge la cuestión con relación al caso que se estudia: ¿se puede calificar el rol asumido por Vanguard como constitutivo de *greenwashing* mediante la selección selectiva (*cherry-picking*)<sup>255</sup> del «índice de bono global éticamente consciente» (ASG) ante los inversores, relacionado con sus deudas con emisores de combustibles fósiles, y, por tanto, su propósito como autor del delito sea doble: captar inversores (estafa de inversión) y conseguir financiación (estafa de crédito), mediante la acción de falseamiento de la información en el folleto-folleto-base-nota de síntesis<sup>256</sup>? No obstante, cierto es que «esta técnica de tipificación», que carece de un elemento objetivo de idoneidad, no tiene «parangón en los preceptos del derecho alemán, ni italiano ni en la propuesta de los eurodelitos», según Martínez-Buján Pérez (2012).

#### 1.4. Sujeto activo

El delito del artículo 282 bis del CP es calificado por la doctrina como un delito especial propio<sup>257</sup>, siendo autores los «administradores de hecho o derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores». Sin embargo, plantea problemas la responsabilidad del representante desde la *estructura material* del delito. Esto es, «si se trata de un delito del dominio, de infracción de deber o de naturaleza mixta»<sup>258</sup>.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>253</sup> *Ibidem*.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>255</sup> *Vid.* ESMA. Progress Report on Greenwashing, *op. cit.*, p. 6 y ss.

<sup>256</sup> *Cfr.* Martínez-Buján Pérez, C. *Estafa de inversores y de crédito*, *op. cit.*, p. 121.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>258</sup> *Ibidem*.

### 1.5. Iter criminis

En el caso que nos ocupa, la consumación se produciría cuando Vanguard falsea la información, no informa en el folleto - folleto base - nota de síntesis de sus deudas con Chevron y los propietarios del oleoducto Abu Dhabi National Oil Company y demás emisores de combustibles fósiles. Siempre que se pruebe «la presencia de algunas de las específicas intenciones descritas como elementos subjetivos del injusto»<sup>259</sup>.

### 1.6. Dolo

Dolo directo de consumación anticipada. No concurre la imprudencia. Términos típicos, acción de falsedad en el folleto - folleto base - nota de síntesis y el elemento subjetivo captar inversores (estafa de inversión) o conseguir financiación (estafa de crédito)<sup>260</sup>.

### 1.7. Autoría y participación

Al configurarse el delito del artículo 282 bis del CP como un delito especial propio, la limitación solo abarca a los «administradores de hecho o derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores». En cuanto al o los representantes de la sociedad quedan sujetos a la norma primaria «LMVSI»<sup>261</sup>.

### 1.8. Concurso

En el artículo 282 bis del CP hay remisión al artículo 308, fraude de subvenciones. Por tanto, las conductas de fraude de subvenciones se castigarán según el artículo 308 del Código Penal. Existe la posibilidad de concurso de delitos con el delito de estafa (art. 248), el delito societario (art. 290) y el delito de alteración de precios<sup>262</sup> del artículo 284.2 y 3 del CP.

## 2. Artículo 282 bis del Código Penal. Tipo cualificado, párrafo segundo

«En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses».

Doble resultado material. Se exigen dos resultados. El primero, la obtención de la inversión, el depósito, la colocación del activo o de la financiación. El segundo, el efectivo perjuicio para el inversor, depositante o adquirente<sup>263</sup>. En caso de que no haya perjuicio se aplica el tipo básico del párrafo primero.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>262</sup> *Ibidem*, pp. 145-151.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 154.

Para finalizar, se ha de constatar que las conductas relativas al ecoblanqueo descritas (p. ej., *cherry-picking*), aun calificándose prácticas fraudulentas, tanto en la acción de la ASIC contra Vanguard ante el Tribunal Federal de Melbourne como las de la SEC (exentas las conductas de riesgo permitido –p. ej., *safe harbor*<sup>264</sup>–), se sustancian y tramitan en el ámbito del derecho administrativo sancionador mediante la imposición de multas, al igual que sucede con los asesores financieros<sup>265</sup>.

## 6. Reflexiones críticas

Más allá de la casuística, aquí se plantean las siguientes críticas y propuestas *de lege ferenda* sobre la aplicación del derecho administrativo sancionador y del derecho penal económico y de la empresa en el abuso de mercado, en general<sup>266</sup>, y, en los mercados financieros ASG y del carbono sostenibles, en particular, ante el cambio de paradigma.

*Primera.* Reforma por el legislador español del artículo 285.1 del CP, que establece una pena de prisión con límite máximo de seis años para equipararla a la pena de cuatro años a que obliga la Directiva de abuso de mercado, a fin de respetar el principio de proporcionalidad.

*Segunda.* Reforma por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de los conceptos jurídico-penales de integridad del mercado y de inversor razonable del Reglamento de abuso de mercado con una reinterpretación más ajustada al precio del mercado y a la realidad de los mercados ASG<sup>267</sup> y del carbono.

*Tercera.* Reforma por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo del Reglamento de índices de referencia, vinculado al Reglamento de abuso de mercado, a fin de adecuar la definición general de los índices de referencia para evitar la creación de índices ASG al margen del reglamento.

*Cuarta.* Reforma por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo del Reglamento de índices de referencia y de índices de referencia climáticos mediante la creación de un registro centralizado de índices de referencia y de sostenibilidad.

<sup>264</sup> Vid. SEC: «G. GHG Emissions Metrics Disclosure 3. The Scope 3 Emissions Disclosure Safe Harbor». The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors. Federal Register. Vol. 87. N.º 69. Monday, April 11, 2022. Proposed Rules. Cfr. Coffee, Jr., J. C., *Unpacking the SEC's Climate-Related Disclosures: A Quick Tour of the Issues*. The CLS Blue Sky Blog. Columbia Law School's Blog on Corporations and the Capital Markets. March 29, 2022. [https://clsblueskylaw.columbia.edu/2022/03/29/unpacking-the-secs-climate-related-disclosures-a-quick-tour-of-the-ussies/#\\_edn1](https://clsblueskylaw.columbia.edu/2022/03/29/unpacking-the-secs-climate-related-disclosures-a-quick-tour-of-the-ussies/#_edn1)

<sup>265</sup> Vid. SEC-v-GlennCap LLC and Jonathan Vincent Glenn. Administrative Proceeding File N.º 3-21667. September 14, 2023. <https://www.sec.gov/>

<sup>266</sup> Cfr. Feijóo Sánchez, B., *El Tribunal Supremo Español ante el delito de manipulaciones informativas del precio de cotización de un instrumento financiero (STS 369/2019, de 22 de julio)*, op. cit.

<sup>267</sup> Cfr. Cheng, G., Jondeau, E., Mojon, B. y Vayanos, D., *The impact of green investors*, op. cit.

*Quinta.* Inclusión en la directiva y en el Reglamento de abuso de mercado de los derivados, las ventas en corto (*carbon emissions*) y el préstamo de valores, como establece la británica Financial Conduct Authority (FCA), a fin de evitar el *forum shopping* en la Unión Europea después del *Brexit*.

*Sexta.* Reinterpretación por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo del término *greenwashing* (blanqueo ecológico), que incluya el *greenhushing* (silencio verde) para proteger a los consumidores e inversores en los mercados financieros donde cotizan empresas de la industria hotelera.

*Séptima.* Reforma por la Comisión Europea del sistema de cuotas de emisiones CO<sub>2</sub> del mercado del carbono asignadas, gratuitamente, para evitar la opacidad y el derecho a contaminar.

## Referencias bibliográficas

Bacigalupo, E. (7 de noviembre de 2019). Efectos de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) en el ámbito del derecho penal. *Diario La Ley*, núm. 9513.

Lin, T. C. W. (2015). Reasonable investors(s). *Boston University Law Review*.

Martínez-Buján Pérez, C. (2012). *Estafa de inversores y de crédito. (El art. 282 bis del Código Penal)*. Tirant lo Blanch.

Mülbert, P. O. y Sajnovits, A. (2020). The Inside Information Regime of the MAR and the Risk of the ESG Era. *European Company and Financial Law Review*. European corporate governance institute (EGG2). Working Paper n.º 548-2020. <https://ssrn.com/abstract=3719944>

Nieto Martín, A. y Foffani, L. (2018). Abusos de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo. Liber Amicorum. En VV. AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.ª Teradillos Basoco*. Tirant lo Blanch.

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*. Edisófer-Editorial B de F.

Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I. (2016). *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*. Atelier.

**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>

# Privación de la patria potestad en interés del menor

## Comentario a la STS de 30 de enero de 2024

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

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

El artículo 170 del CC prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. Su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo. No se ve en qué forma la protección del interés del menor puede aconsejar mantener una titularidad de la patria potestad a favor de quien, desde el nacimiento del menor, no ha tenido relación con él, no se ha hecho cargo de su cuidado y manutención, no se ha preocupado de su situación ni ha velado en ningún momento por su protección y tutela. La privación no implica la extinción de la relación paterno-filial y el demandado continúa ostentando el deber legal de velar por su hijo y prestarle alimentos, contenido de la filiación y no de la patria potestad. La privación tampoco impide que a instancias del padre interesado pueda recuperarse la patria potestad si, por un cambio de actitud, estuviera dispuesto al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 29 de febrero de 2024).

## 1. Patria potestad

En los procedimientos de familia en los que se deciden medidas referidas a los hijos menores, la atribución de la patria potestad es la primera de las medidas que se decide y que en muchos casos puede suponer la atribución de del ejercicio exclusivo a uno de los progenitores, bien la suspensión o la privación de patria potestad, siempre que concurren elementos que impidan su ejercicio normal y que puede venir determinada por supuestos muy diferentes, como pueda suceder cuando uno de los progenitores tiene una enfermedad grave que le impide realizar las funciones, que conlleva la ausencia del progenitor en la vida del menor, por estar residiendo en un país diferente, y no pueda decidir aquellas cuestiones que exijan su intervención, o bien no mantenga contacto o relación con sus hijos ni les atienda ni se preocupe por su situación personal, escolar o económica, ni mantenga contacto telefónico ni por correo electrónico o por cualquier otro medio.

El procedimiento, en este caso, se inició mediante una demanda interpuesta por la madre contra el padre, interesando a través del procedimiento ordinario que se le privara de la patria potestad. El padre demandado no compareció, por lo que se declaró en rebeldía, dictándose sentencia por el juzgado de 1.ª instancia en la que se acordó que el ejercicio exclusivo de la patria potestad fuese atribuido a la demandante, manteniéndose la titularidad por ambos progenitores. Dicha resolución fue recurrida en apelación por la actora, dictándose por la audiencia provincial sentencia desestimatoria de la apelación y confirmando la sentencia apelada.

La sentencia de la audiencia fue recurrida en casación, por entender que se vulneraban los artículos 154 y 170 del Código Civil, privando de manera total la patria potestad al demandado.

Es importante constatar que en el supuesto de la sentencia el demandado reconoció al hijo en el momento del nacimiento, pero que desde ese reconocimiento de la filiación no se preocupó de él, no teniendo contacto con su hijo, ni le visitó nunca ni contribuyó a su bienestar material ni personal.

## 2. Regulación

La patria potestad está regulada en los artículos 154 y siguientes del Código Civil.

El artículo 154 dispone que:

Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.
- 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Asimismo, el artículo 170 establece que:

Cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

En materia de patria potestad la jurisprudencia ha declarado que «la patria potestad está configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación». La STS de 12 de julio de 2004, en su fundamento jurídico segundo, señaló:

El artículo 170 del CC vincula al incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad la privación total o parcial de la misma, respecto del padre o madre incumplidor. Dicha privación, sin embargo, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino solo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor (Sentencia de 31 de diciembre de 1996).

Ese carácter discrecional de la medida, que reduce el ámbito del control casacional de su aplicación por los Tribunales de instancia (Sentencias de 11 de octubre de 1991, 20 de enero de 1993 y 5 de marzo de 1998), no es, sin embargo, absoluto, ya que la norma establece unos límites que la decisión ha de respetar. De un lado, la medida ha de adoptarse en beneficio de los hijos. Así lo establece el 39, 2.º de la Constitución Española, en cuanto impone a los poderes públicos una actuación que asegure la protección integral de aquellos. Lo propio hacen los artículos del Código Civil art. 154, en cuanto exige un ejercicio de la patria potestad en interés de estos, y el art. 170.2, que condiciona la recuperación de la patria potestad al beneficio de ellos. De otro lado, la privación de la patria potestad, total o parcial no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persisten-

cia de la causa que la motivó, como establece el art. 170.2.º del CC al regular la recuperación de aquella.

El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor.

El desinterés del progenitor por el hijo menor y la actitud mantenida por el mismo al haber permanecido en situación procesal de rebeldía, no compareciendo al acto de la vista, constata la ausencia del padre y su falta de interés en el devenir cotidiano del hijo menor, dificultando el ejercicio conjunto de la potestad, por lo que el ejercicio exclusivo de las funciones derivadas de la patria potestad en la madre, quedando en suspenso la patria potestad del padre, es en ocasiones la mejor solución, valorando el interés del menor.

Por tanto, la situación de rebeldía no puede suponer necesariamente la privación de la patria potestad, sino que se ha de estar al supuesto concreto, tomando en consideración, en su caso, si es posible, por razón de su edad, la audiencia del hijo menor.

Es fundamental en estos supuestos oír a los menores en estos procedimientos, y así lo expresa el Tribunal Constitucional en la sentencia 64/2019, de 9 de mayo (NormaCEF NCJ064064), que explica la transcendencia del derecho del menor a ser oído, y su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y nos enseña al respecto que:

El derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, NormaCEF NCJ051961). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5, NormaCEF, NCJ047815; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7, NormaCEF NCJ040472; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, NormaCEF NCJ040673, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5, NormaCEF NCJ04112).

Esta sala se ha ocupado, igualmente, de la importancia y trascendencia que encierra tal derecho, siendo manifestación, al respecto, la contenida en las sentencias 413/2014, de 20 de octubre (NormaCEF NCJ058939); 157/2017, de 7 de marzo (NormaCEF NCJ062301); 578/2017, de 25 de octubre (NormaCEF NCJ062853); 18/2018, de 15 de enero (NormaCEF NCJ063081); 648/2020, de 30 de noviembre (NormaCEF NCJ065252); 548/2021, de 19 de julio (NormaCEF NCJ065666), y 577/2021, de 27 de julio (NormaCEF NCJ065720), entre

otras, de las que cabe extraer, en lo que ahora nos interesa, a modo de líneas directrices, las dos siguientes premisas:

- a) La audiencia del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal.
- b) Aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescindiera de su audiencia o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto.

### 3. Interés del menor

El interés del hijo menor es el que ha de prevalecer también en estos supuestos de privación de patria potestad, y es el principio rector del derecho a mantener relaciones paternofiliales en las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del artículo 10.2 de la CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5, Norma CEF NCJ062467). A ello se añade que, de modo expreso, el artículo 39.4 de la CE, que dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», de tal modo que este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990, consagra el «interés superior del menor» como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial por los Estados parte. Así, el art. 3.1 de la indicada convención establece que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"» (STC 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.C, Norma CEF NCJ065538). En su artículo 9.3 se establece que «los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño». Y en el artículo 19.2 establece que «los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido

o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

También el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante, CDFUE) reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Reconociendo el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses» (art. 24 CDFUE).

La sentencia del Tribunal Supremo 514/2019, de 1 de octubre de 2019 (Norma CEF NCJ064395), establece que:

1. El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido.

La patria potestad es una función con un amplio contenido, por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 junio 2014, rec. núm. 718/2012, nos dice que

la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo

cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 de octubre de 1996; 10 de noviembre de 2005).

Por ello se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho.

El artículo 170 del Código Civil establece una cláusula general que ha de ser aplicada al supuesto concreto, habiendo indicado el Tribunal Supremo en la sentencia 183/1998, de 5 de marzo, que la amplitud del contenido del artículo 170 del Código Civil y la variabilidad de las circunstancias «exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor. Por tanto, este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor». Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

Por ello, la privación de la patria potestad, que por su gravedad ha de reputarse excepcional y aplicarse únicamente en casos extremos, no puede ser considerada sin más una especie de sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor y, por ello mismo, la conveniencia y oportunidad de tan rigurosa medida para su adecuada protección. Así pues, no es suficiente con la sola constatación de un incumplimiento, aún grave, de los deberes paternofiliales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor. Así se exigiría:

1. La existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla.
2. La razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor.

#### 4. Conclusión

En el supuesto del caso que se comenta concurren los dos presupuestos mencionados para apreciar la privación de la patria potestad. En primer lugar la causa grave con entidad suficiente, como es la ausencia permanente del padre desde el reconocimiento del hijo tras su nacimiento, con el que no se ha comunicado ni ha mantenido visitas ni se ha ocupado de su bienestar material ni personal, no se ha interesado por ningún aspecto de su hijo, con una ausencia permanente, equivalente a la ausencia total de progenitor, por lo que mantener respecto del progenitor la patria potestad no es de interés para el hijo menor, para

quien el padre es un desconocido, y desde luego no le reporta ningún beneficio, ni sería bueno para su estabilidad emocional, lo que no extingue la relación paterna de velar por su hijo y prestarle alimentos, que deriva de la relación de filiación, y que en su caso el padre podría intentar recuperar si se dieran las circunstancias que supondrían un cambio, dando lugar al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y el beneficio del hijo, de acuerdo con las circunstancias existentes, por lo que la sentencia dictada sigue la doctrina existente mencionada.

# Cesión de préstamo usurario: legitimación pasiva del prestamista cedente

**Adelaida Medrano Aranguren**

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

## Enunciado

El 2 de julio de 2017, Julia concertó un préstamo *on line* con la entidad AAA, por un importe de 800 euros, que debía devolverse en 24 mensualidades. La TAE fijada en el contrato era del 151% y el interés de demora del 1,76% diario sobre el importe impagado, con el límite máximo del 100% del importe del préstamo concedido.

Julia interpuso una demanda contra AAA, en la que solicitaba la declaración de nulidad del contrato de préstamo por usurario, tras haber pagado a la cedente solo parte del crédito.

En su contestación a la demanda, AAA excepcionó la falta de legitimación pasiva, porque había dejado de tener relación contractual alguna con la demandante, como consecuencia de que el 20 de diciembre de 2018 había cedido el crédito a BBB.

El juzgado suspendió la audiencia previa y la demandante amplió la demanda para incluir a BBB, cesionaria del crédito, como demandada.

La juez de primera instancia estimó la acción de nulidad del préstamo por usura y declaró que la demandante quedaba exclusivamente obligada a pagar la cantidad prestada, sin llegar a concretar cuánto tenía pendiente de devolver. Y al mismo tiempo condenó a la demandada cesionaria (BBB) a pagar toda la cantidad que hubiera recibido en exceso respecto a la cantidad prestada, lo que debía determinarse en ejecución de sentencia, así como al pago de las costas.

Al mismo tiempo, la sentencia de primera instancia absolvió a AAA, la demandada cedente, al apreciar su falta de legitimación pasiva, sin pronunciarse sobre las costas causadas a esta última por la demanda.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante, que impugna el pronunciamiento que absuelve a AAA de la demanda, así como la no imposición de costas respecto de esta demandada, al entender que la cedente tiene legitimación pasiva, y que tanto la cedente como la cesionaria ostentan interés directo en el pleito.

¿Tiene legitimación pasiva la cedente de crédito?

Cuestiones planteadas:

- Cesión de créditos en los préstamos usurarios.
- Delimitación de la legitimación pasiva en la acción judicial para declarar la nulidad del préstamo por usurario.
- Jurisprudencia en la materia.

## Solución

Las razones que rechazan la legitimación pasiva de la mercantil cedente del crédito declarado usurario pasan por considerar que la declaración de usura ha devenido firme y que esta afecta al contrato de préstamo inicial y a la posterior cesión, de acuerdo con la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2004 y 20 de noviembre de 2008. Y, a continuación, debe razonarse la falta de legitimación pasiva de la cedente porque con la cesión el deudor mantiene las mismas excepciones y defensas que le hubieren correspondido contra el cedente, incluida la compensación.

Al haber abonado la demandante a la cedente parte de lo debido, ello arroja un resultado positivo a favor, en este caso, de la prestamista cesionaria, por la diferencia hasta completar los 800 euros. En virtud de este hecho, esto es, que la actora debe una cantidad y que ha de satisfacerla a la cesionaria, y que la condena en costas de primera instancia a la entidad cesionaria incluía las costas causadas por la demanda a la cedente, siendo así que el órgano de apelación podría plantearse que la posibilidad de recurrir adolece del defecto de falta de gravamen, pues no se puede apreciar cuál es el beneficio o utilidad que la recurrente obtendría de ser estimado el recurso, la cantidad por devolución del préstamo la tendría que abonar igual, si bien a la cesionaria, y las costas no ha de abonarlas en cualquier caso.

Lo anterior se completa con el siguiente razonamiento:

No se advierte por ello, tras esa conformidad de la cesionaria con la condena a los reintegros, cualquiera que sea su resultado favorable o adverso de la liquidación correspondiente, cuál es el interés que asiste a la actora, para solicitar en este

caso la misma condena de la cedente, pues con independencia de que, atendiendo a la liquidación obrante en el doc. 6 esta sería favorable a la cesionaria, en todo caso, aun de determinarse en ejecución de sentencia que ello no es así, ya existe una condena expresa al abono a la actora de toda cantidad que entregada por la misma que excediera del capital del préstamo, tras estimar frente a la cesionaria en su integridad la demanda de nulidad por usura, incluida la condena en costas, en pronunciamientos que han devenido firmes en esta alzada.

Siendo ello así ha de estimarse que carece la actora de legitimación para interponer el presente recurso. Esto último es así porque la legitimación con carácter general se da para defender intereses propios (el art. 24.1 de la CE emplea el pronombre posesivo «sus» al referirse a la protección jurisdiccional de los derechos), y más concretamente en sede de recursos es doctrina absolutamente consolidada del TS (por todas sentencias de fecha 16 de diciembre de 2011 y 29 de julio de 2010, esta última con amplia cita de precedentes y de jurisprudencia del TC), la que condiciona la procedencia de los mismos a la existencia de gravamen en la parte que los articula, esto es, la que declara que «la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate»

Todas ellas son razones que en este caso justifican, tanto la inadmisión del recurso, que en este momento se convertiría en causa de desestimación, como la propia desestimación del recurso, al estar en este caso justificada la falta de legitimación pasiva de la cedente acordada en la recurrida.

Resultando estos unos razonamientos muy respetables, para abordar la cuestión, hemos de partir de la siguiente realidad acreditada en la instancia. En primer lugar, que el contrato de préstamo concertado por Julia con la entidad AAA, de 2 de julio de 2017, es nulo como consecuencia de que se ha declarado usurario. En consecuencia, la prestataria está obligada a devolver el principal. De la suma prestada, 800 euros, solo constan pagados 273,54 euros.

Por otra parte, estamos ante una cesión de crédito a favor de BBB, el que el prestamista AAA tenía frente a la prestataria. Por las características de la relación jurídica del contrato de préstamo, el prestamista había cumplido sus obligaciones al poner a disposición de la prestataria el importe del préstamo, y solo restaba la obligación de devolución, en los términos previstos convenidos, por parte de la prestataria. No se trata de una cesión de contrato, sin perjuicio de que el crédito cedido haya surgido de una determinada relación jurídica, en este caso de un contrato de préstamo, y que pueda ser oponible al cesionario la nulidad del contrato y sus consecuencias respecto del crédito cedido.

La cesión de créditos se halla regulada en los artículos 1526 y ss. del CC, y se prevé también en el artículo 1203.3.º del CC como un supuesto de novación modificativa de carácter subjetivo de las obligaciones.

Es cierto que, en relación con la nulidad de los préstamos usurarios, la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha remarcado que esta nulidad del contrato de préstamo afecta también al cesionario.

Así, en la sentencia 1028/2004, de 28 octubre (NormaCEF NCJ041718), citada por la posterior sentencia 1127/2008, de 20 noviembre, invocadas en el recurso, se afirma lo siguiente:

La nulidad de los contratos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley de 1908 es la radical, ya que no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes, y como consecuencia de ello, si la convención inicial que aparece en el contrato en cuestión es radicalmente nula, la novación no puede operar su consolidación, por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 del Código Civil en relación con el artículo 6-3 de dicho cuerpo legal; cabe por tanto decir, con frase jurídicamente aceptada, que en estos casos la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar –por todas, las sentencias de 26 de octubre de 1959 y 30 de diciembre de 1987–. Y en el presente caso no se puede olvidar que ha surgido la figura de la novación subjetiva por cambio de acreedor, recogida en el artículo 1203 del Código Civil, por lo que en conclusión hay que proclamar la «nulidad derivada» del negocio jurídico de cesión de crédito efectuada entre las partes recurridas, ahora, en casación.

Pero, en línea con lo que hicimos en relación con la novación de la cláusula suelo, respecto de la que entendimos que su validez no se veía afectada por el artículo 1208 del CC, pues «no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida» (sentencias 489/2018, de 13 de septiembre, NormaCEF NCJ063593; 548/2018, de 5 de octubre, NormaCEF NCJ063802; y 675/2019, de 17 de diciembre), también en el caso de la modificación subjetiva de la obligación por cambio de acreedor, debemos hacer una matización equivalente.

De tal forma que una cosa es que la novación no sane o subsane la nulidad del contrato y otra distinta que, como consecuencia de la nulidad del contrato del que deriva el crédito cedido, sea nula la cesión. De hecho, el efecto previsto en el artículo 1529 del CC en caso de inexistencia (nulidad) del crédito cedido es la responsabilidad del cedente frente al cesionario, una acción de saneamiento.

En realidad, de cara al «deudor cedido», lo relevante es que puede oponer la nulidad del contrato y sus efectos frente al cesionario del crédito. Y así se ha pronunciado la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en ocasiones anteriores. La jurisprudencia, contenida en la sentencia 768/2021, de 3 noviembre (NormaCEF NCJ065786), reconoce al deudor la facultad de oponer al cesionario todas las excepciones que tuviere contra el cedente:

Una vez perfeccionada la cesión, el cesionario adquiere la titularidad del crédito cedido con el contenido contractual que tenía en origen, por lo que puede exigir dicho

crédito al deudor cedido sin ninguna restricción o limitación (arts. 1112 y 1528 CC, y sentencia 384/2017, de 19 de junio, NormaCEF NCJ062500). Sus efectos han sido precisados por la jurisprudencia de esta sala. Así, la sentencia de 459/2007, de 30 de abril, confirmada por la núm. 505/2020, de 5 de octubre, señaló sus tres principales efectos jurídicos, sistematizando la doctrina jurisprudencial en la materia: (i) el cesionario adquiere la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía para el acreedor cedente, permaneciendo incólume la relación obligatoria (sentencias de 15 de noviembre de 1990, 22 de febrero de 2002, 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005); (ii) el deudor debe pagar al nuevo acreedor (sentencias de 15 de marzo y 15 de julio de 2002, y 13 de julio de 2004); y (iii) al deudor le asiste el derecho de oponer al cesionario todas las excepciones que tuviera frente al cedente (sentencias de 29 de septiembre de 1991, 24 de septiembre de 1993, y 21 de marzo de 2002). [...] Ello supone que el cesionario, como señalaron las citadas sentencias 459/2007 y 505/2020, en vía de principios, «puede reclamar la totalidad del crédito del cedente, con independencia de lo pagado (compraventa especial), y el deudor solo está obligado a pagar la realidad de lo debido (incumplido)».

Lo anterior responde a la lógica de la configuración legal de la cesión de créditos, para cuya validez no se precisa el consentimiento del deudor, sin perjuicio de que no le sea oponible hasta que le sea comunicada la cesión. Conforme al artículo 1526 del CC, «la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227» y según el artículo 1527 del CC, «el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor quedará libre de la obligación» .

En un caso como este, la falta de comunicación de la cesión de crédito al deudor lleva consigo que todos los pagos realizados por Julia Andrea a AAA se consideren válidos y produzcan efectos liberatorios.

Si la cesionaria hubiera reclamado el crédito frente a la prestataria, esta hubiera podido oponer a la cesionaria, como causa de oposición a la reclamación, la nulidad del préstamo por usurario, conforme al artículo 1 de la Ley de 1908. Sin perjuicio de que, caso de prosperar esta causa de oposición, tan solo hubiera dado lugar a que se redujera la cantidad reclamada al importe pendiente de pago después de aplicar a la devolución del principal la totalidad de las cantidades ya abonadas.

No ha sido así como se ha planteado la controversia, pues ha sido la prestataria quien ha tomado la iniciativa de pretender la nulidad del contrato de préstamo por ser usurario. El efecto de la nulidad es el previsto en el artículo 3 de la Ley de 1908: solo se adeuda el principal y no existe obligación de pago de intereses, razón por la cual todo lo abonado puede imputarse a la devolución del principal. En esta situación, si la diferencia entre el principal prestado y el importe total de lo pagado en devolución del préstamo fuera a favor del prestamista, este tendría derecho a reclamar formalmente el pago de esa diferencia; y si fuera al revés, sería la prestataria la legitimada para reclamar la diferencia a su favor.

Es ante esta última eventualidad cuando, en caso de cesión de créditos, aunque la nulidad del contrato de préstamo por su carácter usurario puede hacerse valer frente al cesionario sin necesidad de que sea demandado al mismo tiempo el cedente, puede estar justificada la demanda frente a este último si con ello se pretende garantizar un eventual derecho a la devolución de la diferencia a favor del prestatario. Lo contrario afectaría al principio de no empeoramiento del deudor en caso de cesión del crédito.

En consecuencia, en este caso, en que la demanda se presentó frente al prestamista cedente del crédito antes de que hubiera sido comunicado al prestatario la cesión del crédito, tras la ampliación de la demanda frente al cesionario persistía el interés de la demandante en que el pronunciamiento que declarara la nulidad del contrato de préstamo por usurario y sus efectos se dirigieran no solo frente al cesionario del crédito por la devolución del préstamo, sino también frente al prestatario cedente de este crédito.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1203, 1208 y 1526.
- SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 28 de octubre de 2004 (NormaCEF NCJ041718), 19 de junio de 2017 (NormaCEF NCJ062500), 13 de septiembre de 2018 (NormaCEF NCJ063593), 17 de diciembre de 2019 y 3 de noviembre de 2021 (NormaCEF NCJ065786).

# Recurso de casación y su motivación. Autonomía de los derechos fundamentales

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

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

## Enunciado

En un juicio verbal de divorcio se acuerdan diferentes medidas en relación dos hijos menores del matrimonio. De manera sucinta, con brevedad, el juzgado dicta una sentencia acordando, entre otras decisiones, que los hijos permanecerían en compañía de la madre, con un régimen de visitas amplio en favor del padre. Los fundamentos se sostienen, esencialmente, en el informe del Equipo Técnico y en las declaraciones de los padres en el acto de la vista. La sentencia, ante la dificultad de decidir, el pronunciamiento se basó en el interés de los hijos, que dijo concretarse, no en su voluntad, sino en la inconveniencia de la custodia compartida por la mala relación existente y la ausencia de habilidades paternas. La sentencia, después de ser apelada, llegó a casación y el motivo alegado fue el error en la valoración de la prueba por la vía del artículo 217 LEC en relación con el 477.2.3. LEC por interés casacional.

Tiempo después, la madre demandó al padre por vulneración de su derecho al Honor, Intimidad e Imagen, por efectuar unas declaraciones sobre asuntos de escaso interés en un programa de televisión, que permitió a muchos televidentes identificarla e identificar su problema matrimonial; lo cual supuso un conflicto personal, familiar y laboral que, en este último caso, la llevó a padecer una depresión. La sentencia fue estimatoria de los tres derechos fundamentales sin diferenciar o individualizar los motivos de cada derecho vulnerado, dando por hecho que todos ellos estaban anudados y preordenados a un mismo fin de descrédito en la consideración ajena de la señora tanto ante su familia como terceros o compañeros de trabajo. No se analizó más que la veracidad de la noticia, el supuesto interés y la ausencia o presencia de palabras vejatorias u ofensivas. Sin referencia alguna a las imágenes (fotografías del reportaje) ni a las manifestaciones íntimas.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Tiene algún sentido interponer el recurso de casación contra la sentencia dictada en la apelación del divorcio por error en la valoración de la prueba, artículo 217 de la LEC, y por el artículo 477.2.3 de la LEC, antes de la reforma de la LEC por Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio? ¿Qué consecuencias tendría su incorrecta formulación?
2. ¿Lo tiene, ahora, según la nueva redacción?
3. Respecto de la motivación de la sentencia sobre los derechos fundamentales, ¿se puede aceptar una motivación conjunta de todos ellos?

## Solución

1. ¿Tiene algún sentido interponer el recurso de casación contra la sentencia dictada en la apelación del divorcio por error en la valoración de la prueba, artículo 217 de la LEC, y por el artículo 477.2.3 de la LEC, antes de la reforma de la LEC por Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio? ¿Qué consecuencias tendría su incorrecta formulación?

Es evidente que el control de una sentencia, como de toda resolución judicial, se puede conseguir si está motivada; el tribunal superior (en este caso, el Tribunal Supremo) puede conocer las razones por la que la audiencia decidió un régimen de visitas, una custodia exclusiva o compartida o cualquier medida que sea susceptible de control jurisdiccional; pero sabiendo que el Tribunal Supremo no es una tercera instancia y que no tiene por misión sustituir la función autónoma del órgano inferior, sino solo el proceso de razonamiento partiendo de los hechos probados y la norma que se aplica, y, por lo que a la materias en concreto se trata, en función de la aplicación correcta o no del principio del interés de los menores, lo cual hace, por cierto, que el sistema procesal de la prueba sea más flexible en estos casos y que el artículo 752 de la LEC sea interpretado con menor rigor; es decir, que los tribunales no están sujetos al rigor de las prescripciones de valoración de la prueba en asunto donde el interés del menor esté en juego. Y precisamente por ello, cuando se trata de analizar en casación si ha habido error en la valoración de la prueba, hay que distinguir entre los requisitos procesales de admisión de los recursos, los meramente formales, y los requisitos sustantivos, sabiendo que cada motivo tiene su ubicación.

El caso nos plantea un error en la valoración de la prueba que no requiere entrar en profundidad. Cuando se nos dice:

De manera sucinta, con brevedad, el juzgado dicta una sentencia acordando, entre otras decisiones, que los hijos permanecerían en compañía de la madre, con un

régimen de visitas amplio en favor del padre. Los fundamentos se sostienen, esencialmente, en el informe del Equipo Técnico y en las declaraciones de los padres en el acto de la vista. En la sentencia, ante la dificultad de decidir, el pronunciamiento se basó en el interés de los hijos, que dijo concretarse, no en su voluntad, sino en la inconveniencia de la custodia compartida por la mala relación existente.

Cuando se nos plantea esto, con la pregunta no podemos caer en la trampa de que la solución pasa por un error en la valoración. Aquí, de la redacción propuesta, se nos desprende la siguiente conclusión: la invocación incorrecta del artículo 477.2.3 de la LEC. ¿Y por qué? Veamos:

Con la redacción anterior a la reforma, el artículo nos decía lo siguiente:

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.
- 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.
3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Y el artículo 469 nos decía:

1. El recurso extraordinario por infracción procesal solo podrá fundarse en los siguientes motivos:
- 2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
2. El recurso de casación habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional.

Claramente se entiende que se distinguía entre infracción procesal y norma sustantiva. La invocación que se hace en el supuesto fáctico por la vía del recurso de casación por vulneración del artículo 217 de la LEC sobre el error en la valoración de la prueba, precepto ubicado dentro de los requisitos internos de la sentencia en la Sección 2.ª del capítulo VIII de la LEC, permite decir que el motivo estaría mal formulado. El recurso de casación está para las cuestiones de índole sustantivo, pero no para las procesales. Y no cabe la mezcla tampoco de distintas cuestiones heterogéneas entre lo sustantivo y lo procesal.

Por consiguiente, y con la redacción anterior a la reforma, seguramente el recurso de casación habría sido inadmitido a trámite por incumplimiento de los requisitos. O desestimado aun cuando hubiera sido admitido a trámite, porque las causas de inadmisión se convierten en causas de desestimación y por aplicación de los acuerdos del pleno de 27 de enero de 2017 (actualizado por el de 8 de septiembre de 2023 por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo).

Así, nos dice el Tribunal Supremo:

a) En cuanto al contenido de los motivos de la casación.

El recurso de casación no puede consistir en un simple escrito de alegaciones de variada naturaleza que someta al tribunal de casación, de forma indiferenciada, la totalidad de los aspectos jurídico-sustantivos y fácticos del litigio, ni tolera el acarreo de argumentos heterogéneos, como ocurre en el presente recurso, en que el escrito no se ha estructurado en torno a diversos motivos en que se denuncien concretas infracciones legales que el recurrente considere que ha cometido la audiencia, pues en él se mezclan argumentos de diversa naturaleza, unos sustantivos, otros procesales, unos relativos a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, otros a los hechos en que se sustenta. (STS, Civil, Sec. 1.ª, de 1 de febrero de 2022, núm. 66/2022, rec. núm. 4893/202).

ATS de 5 de junio de 2019 (rec. núm. 5724/2018). El recurso de casación incumple los requisitos de los artículos 483.2.2.º y 477.1 de la LEC cuando se alega exclusivamente una cuestión procesal pues

el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas al objeto del proceso, y que debe entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes relativas al crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares, correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las cuestiones procesales entendidas en sentido amplio, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico, consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, la calificación jurídica de tales hechos y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, así como en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma.

En el mismo sentido, el ATS de 27 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1711/2019) dice que

es doctrina reiterada de esta sala que el recurso de casación ha de fundarse en infracción de norma jurídica sustantiva aplicable para la resolución del litigio (art. 477.1 LEC), que en el presente caso no se expresa, ya que no presenta tal carácter la cita del artículo 218 de la LEC, al ser esta de carácter procesal.

Y también pueden citarse los AATS de 12 de diciembre de 2018 (rec. núm. 1849/2018) y de 7 de octubre de 2020 (rec. núm. 1005/2020).

El ATS de 17 de mayo de 2023 es más esclarecedor:

[...] de tal modo que las disposiciones relativas a la carga de la prueba, así como la infracción de normas relativas a cuestiones probatorias, se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico, consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (SSTS de 18 de marzo de 2010, rec. 1816/2008, de 8 de julio de 2010, rec. 1987/2006, NormaCEF NCJ052921, de 10 de octubre de 2011, rec. 1148/2006, de 15 de febrero de 2013, rec. 1090/2010). SSTS de 18 de marzo de 2010, rec. 1816/2008, de 8 de julio de 2010, rec. 1987/2006, NormaCEF NCJ052921, de 10 de octubre de 2011, rec. 1148/2006, de 15 de febrero de 2013, rec. 1090/2010; AATS de 29 de junio de 2016, rec. 3784/2015, de 20 de abril de 2016, rec. 2890/2014, de 3 de febrero de 2016, rec. 2328/2014.

- b) En cuanto al doble efecto de inadmisión a trámite o desestimación del recurso después de admitido.

STS, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2023, núm. 949/2023, rec. núm. 4131/2020:

Esta decisión de desestimación por causa de inadmisión no infringe el art. 24 de la Constitución. Como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 19 de diciembre de 1997 (asunto 155/1996, 774/975, Brualla Gómez de la Torre contra España), los requisitos de admisibilidad de un recurso de casación pueden ser más rigurosos que los de un recurso de apelación, siendo compatible con el Convenio un mayor formalismo para el recurso de casación (parágrafos 37 y 38).

La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

- c) Y en cuanto al acuerdo del pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017.

Se podrían incumplir los requisitos para su formulación. Concretamente, los del punto III.3.3.A b), sobre motivos separados, si fueran varios y estuvieran formulados conjuntamente; o los del punto III.3.3.A d), sobre la cita de la norma sustantiva y no procesal (también I.1.2.<sup>o</sup>).

## 2. ¿Lo tiene, ahora, según la nueva redacción?

Ahora bien, aún nos queda por resolver la última cuestión: la reforma de la casación por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, modificó el artículo 477 de la LEC. Ha quedado redactado como sigue:

El recurso de casación habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional. No obstante, podrá interponerse en todo caso recurso de casación contra sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, aun cuando no concurra interés casacional.

Ya no existe la diferencia sustantiva o procesal; ahora, bajo la nueva regulación solo se nombra el recurso de casación por infracción de normas sustantivas o procesales. Parece lógico que no quepa rechazar un motivo por una cuestión de distinta naturaleza jurídica. Antes, inadmitir la casación suponía no entrar en el recurso extraordinario por infracción procesal (disp. 161.5.<sup>a</sup>), o solo recurrir por infracción procesal, cuando procedía casación también, rechazar este único recurso por aplicación de la disposición final 16.<sup>a</sup> 1.2.<sup>o</sup>.

Así se deducía de esas disposiciones ya derogadas:

Disposición final decimosexta. *Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.*

1.2.<sup>a</sup> Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley.

1.5.<sup>a</sup> Si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal.

En definitiva, el recurso interpuesto por error en la valoración de la prueba no presenta irregularidades formales y se puede entrar a estudiar.

## 3. Respecto de la motivación de la sentencia sobre los derechos fundamentales, ¿se puede aceptar una motivación conjunta?

La pregunta no solo se refiere a la motivación de la sentencia en general, sino a la individualización de los derechos fundamentales y, de ser admisible la separación, el tratamiento por separado de la motivación para cada uno de ellos. Según que respondamos en un sentido u otro, lo que está en jurgo es el posible recurso de casación por vulneración de las

normas que regulan la sentencia y, posiblemente, también por vulneración del artículo 24 de la CE, al generarse indefensión.

Recordemos el caso: Tiempo después, la madre demandó al padre por vulneración de su derecho al honor, intimidad e imagen, por efectuar unas declaraciones sobre asuntos de escaso interés en un programa de televisión, que permitió a muchos televidentes identificarla e identificar su problema matrimonial; lo cual supuso un conflicto personal, familiar y laboral que, en este último caso, la llevó a padecer una depresión. La sentencia fue estimatoria de los tres derechos fundamentales sin diferenciar o individualizar los motivos de cada derecho vulnerado, dando por hecho que todos ellos estaban anudados y preordenados a un mismo fin de descrédito en la consideración ajena de la señora, tanto ante su familia como terceros o compañeros de trabajo.

Si partimos de que la información dada en el programa acompañaba fotografías y se refería a aspectos de escaso interés, parece que puede predicarse la existencia de una vulneración a la imagen, a la intimidad y, por consiguiente, al honor. Todo ello se deduciría, como es lógico, del examen de las pruebas que nos permitieran acreditar si la información tiene interés general o no (no lo parece, pues se trata de una persona privada), si se trata de una información veraz o no, y si la imagen asociada a la noticia no fue autorizada o es la consecuencia lógica del voluntario ofrecimiento. Partiríamos de estos elementos de juicio o ponderación, u otros similares, que son los normalmente utilizados por la jurisprudencia para concluir en la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales en conflicto.

Y todo ello con el razonamiento que debe acompañarse con la sentencia. En la motivación, la jurisprudencia (STS de 14 de noviembre de 2023, núm. 1574/2023, rec. núm. 4573/2019, NormaCEF NCJ066898) nos tiene advertido lo siguiente:

Es jurisprudencia constante de esta sala que la motivación debe permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, lo que implica la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo su comprensión. Pero dicha exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella (sentencias 294/2012, de 18 de mayo; 774/2014, de 12 de enero de 2015; y 484/2018, de 11 de septiembre). (STS 1.<sup>a</sup>, de 9 de septiembre de 2021, núm. 592/2021, rec. núm. 2462/2020, NormaCEF NCJ065703).

O bien, la STC 38/2018, de 23 de abril (NormaCEF NCJ063250), que dice:

El derecho a obtener una resolución judicial motivada [...], según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones. Supone, en primer lugar, que la resolución

ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, incurso en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre estos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia. Esto es, que no puede considerarse cumplida esta exigencia de fundamentación jurídica con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que la decisión adoptada debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. No basta, pues, con una apariencia de motivación; además es preciso que la misma tenga contenido jurídico y no resulte arbitraria, de tal modo que una resolución judicial podrá tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no sea expresión de la administración de justicia, sino simple apariencia de la misma, por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o de un proceso deductivo irracional o absurdo (entre otras, recogiendo reiterada doctrina, SSTC 64/2010, de 18 de octubre, FJ 3, NormaCEF NCJ052975; 263/2015, de 14 de diciembre, FJ 3, NormaCEF NCJ060738; 16/2016, de 1 de febrero, FJ 5, NormaCEF NCJ060894, y 198/2016, de 28 de noviembre, FJ 5, NormaCEF NCJ061890).

Es decir, que antes de decidir sobre el razonamiento o no conjunto o separado de los diferentes derechos, hay que controlar que la sentencia sea motivada, pues su ausencia de razonamiento justificaría que fuera casada por infracción procesal. Observándose que no ha de ser exhaustivo sino suficiente para poder conocer los motivos de la decisión, o los criterios jurídicos. Sea en conjunto o por separado, la motivación nos ha de permitir conocer el porqué de la decisión de la vulneración o no de los derechos fundamentales. Esta es la primera premisa para resolver la cuestión.

La segunda premisa, anudada a la primera, consiste en identificar perfectamente la norma que se entiende vulnerada por la falta de motivación de la sentencia.

Así, la sentencia 123/2019, de 26 de febrero, nos recuerda:

dijimos, con cita de la sentencia 194/2016, de 29 de marzo (NormaCEF NCJ061066), que «la motivación, como exigencia constitucional de las sentencias, requiere que se exterioricen las razones de la decisión [...]». Y en la sentencia 528/2021, de 13 de julio, señalamos que «es reiterada la jurisprudencia de este tribunal, que declara que la lógica a que se refiere el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la de la argumentación, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión [...]».

Y la norma que se debe invocar es el artículo 218 LEC 2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apre-

ciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

Por consiguiente, se aplicará al supuesto la norma y se analizará si el razonamiento es el correcto.

Habiendo estudiado sucintamente la exégesis del contenido fundado, sucede, por consiguiente, que el supuesto se estructura en torno a la petición de la vulneración de tres derechos fundamentales en conflicto: la imagen, la intimidad y el honor, y que ahora procede decidir si la motivación ha de ser conjunta o por separado, porque el caso solo dice: «La sentencia fue estimatoria de los tres derechos fundamentales sin diferenciar o individualizar los motivos de cada derecho vulnerado, dando por hecho que todos ellos estaban anudados y preordenados a un mismo fin de descrédito en la consideración ajena de la señora tanto ante su familia como ante terceros o compañeros de trabajo». No se analiza más que el interés, la utilización o no de expresiones ofensivas y la veracidad de la información.

En este aspecto, si resulta huero todo razonamiento sobre la imagen que inequívocamente apareció en la pantalla, o la intimidad (si se contaron cosas no expresamente autorizadas que pertenecen al patrimonio persona del afectado y que solo pueden ser conocidas o autorizadas por él), parece que la sentencia tiene una motivación general no admisible.

Al no valorarse por separado cada elemento se vulnera un juicio de ponderación correcto dentro del contexto, porque toda valoración de un derecho fundamental conlleva la ponderación y el reconocimiento de la autonomía de cada uno, aun reconociéndose la conexión entre ellos.

Podría, por tanto, existir una infracción procesal del artículo 218.2 de la LEC y del 24 de la CE, porque, pudiendo o no vulnerarse el honor, no necesariamente lo tienen que ser el resto de los derechos fundamentales en conflicto, o de alguno de ellos; pues, no cuestionándose la sustantividad propia de cada uno, sí es reprochable la ausencia de referencia a ellos.

Así se observa significativamente en la STS de 16 de diciembre de 2013, núm. 794/2013, rec. núm. 1564/2010 lo siguiente:

En consecuencia, no se produjo una intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar por los comentarios realizados sobre las adicciones de la madre y, en todo caso, dichas manifestaciones, teniendo en cuenta el carácter autónomo de los derechos fundamentales, podrían haber supuesto una intromisión ilegítima en el derecho al honor. (En este mismo sentido, la STS de 5 de julio de 2011, RC n.º 1658/2009).

Lo mismo ocurriría con la intimidad o cualquier otro derecho fundamental. En la sentencia no existe detalle ni individualización al respecto. Aun cuando –como se ha dicho– los

tres derechos entren en conflicto y presenten connotaciones coincidentes; como sucede con el honor y la imagen, la intimidad también posee su propia autonomía.

Así se viene reconociendo en muchas STS y desde la ya antigua STC de 22 de mayo de 2002, núm. 83/2002, rec. núm. 182/1988, cuando dice:

Hemos ya avanzado que, dado el carácter autónomo de los derechos garantizados en el art. 18.1 CE, mediante la captación y reproducción de una imagen pueden lesionarse al mismo tiempo el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen.

Y, finalmente, idénticos argumentos se puede esgrimir del derecho a la propia imagen en conflicto con el derecho a la información. Si la sentencia no hace referencia alguna a ella, ni al desvalor o no de las fotografías que contiene el reportaje, la parte procesal que quiera impugnar la estimación de la vulneración de la imagen carece de los argumentos que le permiten el conocimiento de las razones que le asisten al juzgador para apreciar vulnerado ese derecho.

En este sentido conviene recordar la STS de 13 de febrero de 2023, núm. 219/2023, rec. núm. 2601/2022 (NormaCEF NCJ066545):

El art. 18 CE configura el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo, con independencia de que una intromisión en la propia imagen pueda suponer al mismo tiempo intromisión en el honor o intimidad de la persona.

También alude a ello la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 2021, núm. 252/2021, rec. núm. 3119/2019 (la cursiva es nuestra):

La sentencia 691/2019 reitera que, *partiendo de la autonomía del derecho a la propia imagen, el interés de una persona por evitar la difusión de su imagen solo debe ceder ante la existencia de un interés público prevalente o ante la presencia de circunstancias legitimadoras de la intromisión*, y en este sentido, [...] p. ej. sentencias 209/2020, de 29 de mayo, 446/2017, de 13 de julio (NormaCEF NCJ062537), 426/2017, de 6 de julio, 80/2017, de 13 de febrero, 378/2015, de 7 de julio (NormaCEF NCJ060213), 518/2012, de 24 de julio (NormaCEF NCJ057413), 898/2011, de 30 de noviembre, 471/2011, de 15 de junio, y 125/2011, de 25 de febrero (NormaCEF NCJ054720); de 18 de diciembre de 2019, núm. 691/2019, rec. núm. 3409/2017.

En definitiva, y siguiendo la STS, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 4 de diciembre de 2012, núm. 742/2012, rec. núm. 1626/2011, la sentencia, no obstante contener argumentos, al no separarlos para identificar los que se refieren a uno u otro derecho, produce indefensión porque de «su razonamiento no puede extraerse cuáles son los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan esa conclusión».

## Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- SSTs de 18 de marzo de 2010, rec. núm. 1816/2008; 8 de julio de 2010, rec. núm. 1987/2006; 10 de octubre de 2011, rec. núm. 1148/2006; 15 de febrero de 2013, rec. núm. 1090/2010; y 1 de febrero de 2022, núm. 66/2022, rec. núm. 4893/202.
- SSTC núm. 83/2002, de 22 de mayo, rec. núm. 182/1988; núm. 64/2010, de 18 de octubre, FJ 3; núm. 263/2015, de 14 de diciembre, FJ 3; núm. 16/2016, de 1 de febrero, FJ 5; núm. 198/2016, de 28 de noviembre, FJ 5.
- AATS núm. 125/2011, de 25 de febrero; núm. 471/2011, de 15 de junio; núm. 898/2011, de 30 de noviembre; núm. 518/2012, de 24 de julio; núm. 378/2015, de 7 de julio; de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2328/2014; de 20 de abril de 2016, rec. núm. 2890/2014; de 29 de junio de 2016, rec. núm. 3784/2015; núm. 80/2017, de 13 de febrero; núm. 426/2017, de 6 de julio; núm. 446/2017, de 13 de julio; de 12 de diciembre de 2018, rec. núm. 1849/2018; núm. 691/2019, de 18 de diciembre, rec. núm. 3409/2017; núm. 209/2020, de 29 de mayo; de 7 de octubre de 2020 (rec. núm. 1005/2020); y de 17 de mayo de 2023.

# Contrato de suministro. Sanción por incumplimiento de subvenciones públicas. Derecho de información

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa*

*Profesor del CEF.- (España)*

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

## Enunciado

Usted está destinado en los Servicios de Asesoría Jurídica General del ministerio competente en materia de Cultura. Le han llegado la documentación que, a continuación, se expone sobre la que se formulan diversas cuestiones expuestas tras la narración de los hechos, para que emita los correspondientes informes razonados que sirvan de base a las resoluciones que se deben adoptar por los órganos competentes:

1. Actuando por delegación del ministro, un director general del departamento está interesado en la contratación de suministro de energía eléctrica para diferentes dependencias del ministerio (su sede, oficina de información administrativa, bibliotecas, jardines exteriores en algunas dependencias, motores de agua, salón de usos múltiples u otras instalaciones), así como en la realización para el cambio de infraestructura y elementos necesarios y su mantenimiento, para el suministro que deberá de hacerse de forma homogénea y coordinada, respecto a la ejecución técnica de todos ellos. Concretamente, se trata de 12 puntos de suministro. El valor estimado de todos los contratos alcanzaría la cantidad de 15.600 euros, y la empresa, una sociedad de responsabilidad limitada, oferta, en el trámite de consulta previa, formalizar tantos contratos menores como puntos de suministro, alegando, entre otras razones, que tienen finalidades diferentes y áreas de gasto presupuestario (aplicación presupuestaria) diferentes, especialidad en cada punto de colocación, que los contratos menores tiene un valor estimado de 1.300 euros (cada contrato menor). Además, el plazo de ejecución de cada uno es inferior de 12 meses. El alcalde acaba realizando 12 contratos menores con dicha empresa.

Durante la ejecución del contrato se recibe un escrito anónimo en el órgano de contratación, por el que relata que la empresa adjudicataria está destinando fondos recibidos por el Estado, en concepto de una subvención nominativa prevista en los presupuestos generales, donde, igualmente, se preveía anticipo de las cantidades a otorgar en concepto de subvención a fines distintos de los previstos en su concesión, por lo que, al menos, podría ser constitutivo de una presunta infracción administrativa. Por ello, se había incumplido,

parcialmente, el objetivo establecido al concederse la subvención, habiéndose cumplido el plazo para cumplir sus obligaciones, el día 4 de mayo del año X.

Es de significar que, al cabo de un año de ejecutado totalmente el contrato, se presentó un escrito ante el órgano de contratación, por parte de una sociedad anónima dedicada al mismo objeto social que la que resultó adjudicataria, poniendo de manifiesto –y era cierto– que el contrato había sido adjudicado a una contratista incurso en causa de prohibición, en concreto, por tener deudas en periodo ejecutivo con la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Sin embargo, es de constatar que en el momento en que se propuso su adjudicación, abonó la deuda más los intereses. En el escrito se solicita la revisión de oficio y una indemnización. Al día siguiente, el director general, sin más, resuelve la no admisión de la solicitud.

Igualmente, es de constatar que, como consecuencia de la denuncia de la presunta infracción administrativa, se ponen en marcha dos procedimientos: el sancionador y el procedimiento de reintegro. Este se inició por el órgano gestor a los tres meses del informe emitido por la Intervención General de la Administración del Estado, favorable a la incoación de dicho procedimiento.

En la subvención concedida a la empresa se estableció una garantía a abonar por aquella y, en la convocatoria, se estableció el plazo de cuatro meses para la cancelación a contar desde el reintegro o liquidación.

En concreto, se incoó el día 7 de septiembre del año X, notificándose al día siguiente. En el mes de agosto del año siguiente, el procedimiento se paralizó sin razón aparente. Por ello, el día 1 de septiembre del año siguiente la Administración procede a incoar nuevo procedimiento de reintegro. Es de resaltar que en el mes de julio del año X la sociedad mercantil se había disuelto y liquidado. Ante ello, la Administración se dirige, exclusivamente, contra el señor Pulido, que era socio minoritario del capital social de la citada entidad mercantil, exigiéndole el pago de la cantidad total, que acabó determinándose en el procedimiento de reintegro más los intereses correspondientes. A este pago se opone el señor Pulido.

En relación con el procedimiento sancionador se inició, igualmente, el día 7 de septiembre, finalizando mediante resolución sancionadora por infracción muy grave, consistente en una multa, impuesta por un secretario de Estado del ministerio, el día 1 de noviembre, que fue notificada a la empresa el día 2 de noviembre de igual año. El día 3 de noviembre la sancionada interpone recurso de reposición contra aquella resolución. Igualmente, el importe de la multa es exigido, exclusivamente, al señor Pulido que, asimismo, se opone al pago.

**2.** Por otra parte, se ha recibido en el registro del ministerio escrito de un ciudadano, donde solicita que se le informe de las retribuciones percibidas por el ministro y los altos cargos del ministerio, sobre las declaraciones anuales de bienes, con especificación de la localización concreta en lo relativo a los bienes inmuebles y de las declaraciones de actividades de aquellos.

3. Por otra parte, en relación con el contrato administrativo celebrado señalado al inicio de este relato de hechos, al órgano de contratación le surgieron las siguientes dudas que consulta con usted:

- a) Si se hubiere utilizado procedimiento abierto por un solo contrato, ¿cabía excluir una oferta si los pliegos de cláusulas administrativas particulares no han establecido los parámetros objetivos que sirvan para identificar las ofertas anormalmente bajas?
- b) ¿Qué efectos tendría en vía administrativa la falsedad en la declaración responsable presentada por el licitador en el proceso licitatorio si se hubiere utilizado como procedimiento de adjudicación el abierto y en un sólo contrato?

Por otra parte, es de significar que, en el trámite de consulta previa a la adjudicación de los contratos menores, una entidad pública, instituto público creado por la Administración autonómica que, de acuerdo con su norma de creación y las finalidades previstas, entre otras, podía realizar el objeto de los contratos a que se refiere el caso, presentó el mejor proyecto desde todos los puntos de vista para la ejecución de los contratos. Sin embargo, no se le adjudicaron aquellos por dos razones: la primera, porque el órgano de contratación consideró que no podía licitar al contrato, dada su condición de entidad pública, la segunda, porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica que suponían más del 80 % de sus recursos. Es de resaltar que este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el mercado privado y sus restantes actividades.

Finalmente, ante las continuas dudas surgidas al efecto en los numerosos procedimientos sancionadores que se instruyen por las distintas unidades administrativas del ministerio, que llegan a conclusiones diferentes, se ha decidido elevar a usted la consulta de si con la nueva normativa ya no es aplicable la posibilidad que establecía el Reglamento del procedimiento sancionador de 1993 de prescindir de la audiencia tras la propuesta de resolución en el procedimiento sancionador.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Cuál será la naturaleza jurídica del contrato? ¿Es posible utilizar el procedimiento de contrato menor y formalizar tantos contratos individuales como puntos de suministro por área de gasto (finalidad del suministro)? Al respecto, hay que tener en cuenta que en la actualidad los contratos están formalizados de forma individual e independiente y tienen diferente fecha de finalización. ¿Cuál sería, a su modo de ver, el procedimiento más adecuado a seguir conforme a la ley?
- b) ¿Es forma legal denunciar unos hechos mediante escrito anónimo? ¿Obliga a poner en marcha algún tipo de procedimiento?

- c) ¿Resulta ajustada a derecho la decisión del director general no admitiendo la solicitud de revisión de oficio presentada por el vecino?

Si el propuesto como adjudicador de un contrato tiene deudas con la AEAT en periodo ejecutivo, ¿puede pagar la deuda para evitar la prohibición de contratación? ¿Se le debe dar trámite de audiencia? ¿Procedería, en su caso, la indemnización al solicitante si se realizara la revisión de oficio y se terminara anulando el acto?

- d) ¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que el primer procedimiento de reintegro se incoara a los tres meses del informe favorable de la Intervención General del Estado? ¿Resulta ajustado a derecho la decisión de la Administración poniendo en marcha el segundo procedimiento de reintegro?
- e) Al disolverse la sociedad mercantil, adjudicataria del contrato, y haberse procedido a la liquidación de la misma ¿supone que se ha de archivarse el procedimiento de reintegro? ¿Actúa con arreglo a derecho cuando exige toda la cantidad, resultante del procedimiento de reintegro, a un solo socio minoritario del capital social de la entidad mercantil? ¿Y la exigencia al mismo de la multa impuesta en el procedimiento sancionador?
- f) ¿Era necesario justificar la concesión de la subvención nominativa, concedida en su momento, a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Dónde se hará, en su caso, la misma si su respuesta fuera afirmativa?
- g) Si la subvención a la empresa adjudicadora del contrato hubiera sido concedida por un órgano por delegación y en el procedimiento de concesión hubiera existido un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, ¿podrá revocar la delegación el ministro? Si así fuera, ¿podría revisar la resolución tomada por el órgano delegado?
- h) ¿Ha de facilitarse la información solicitada por el ciudadano respecto al ministro y altos cargos del ministerio?
- i) ¿Era posible exigir garantía para la subvención concedida a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Se podría haber señalado el plazo de cuatro meses, en este caso, para la cancelación de la misma desde el reintegro o la liquidación? ¿Y si se hubiera establecido en las bases?
- j) Informe sobre las dudas surgidas al órgano de contratación en el contrato administrativo celebrado.
- k) En relación con el procedimiento sancionador resuelto contra la empresa, ¿cuándo comenzará el plazo de prescripción de la sanción si se interpone recurso de reposición y no hubiere resolución expresa?
- l) ¿Podría aspirar la entidad pública a la adjudicación del contrato como contratista? ¿Resulta ajustado a derecho que los contratos a que se refiere el caso no se adju-

dicaran al instituto público, pese a que era el mejor proyecto porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica, que suponían más del 80 % de sus recursos? Este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado» y sus restantes actividades, por esta razón, no era la adjudicataria.

- m) Informe sobre la duda planteada respecto del trámite de audiencia en el procedimiento sancionador tras la propuesta de resolución. Si considera el trámite preceptivo, ¿de qué plazo dispondría el interesado expedientado para complementar tal trámite?

## Solución

- a) ¿Cuál será la naturaleza jurídica del contrato? ¿Es posible utilizar el procedimiento de contrato menor y formalizar tantos contratos individuales como puntos de suministro por área de gasto (finalidad del suministro)? Al respecto, hay que tener en cuenta que en la actualidad los contratos están formalizados de forma individual e independiente y tienen diferente fecha de finalización. ¿Cuál sería, a su modo de ver, el procedimiento más adecuado a seguir conforme a la ley?

Respecto a la naturaleza jurídica del contrato de suministro de energía eléctrica se trata, a tenor del artículo 16.3 d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, pues contempla expresamente como tal «la adquisición de energía primaria o de energía transformada». Es lo cierto que el contrato conlleva también la realización de las operaciones necesarias para su instalación eléctrica, así como el mantenimiento de dichos aparatos, por lo cual podríamos señalar, en sentido estricto, que nos encontramos ante un contrato mixto, respecto al cual, señala el artículo 18.1 que «se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase».

Únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en el artículo 34.2 de la presente ley, referido a la libertad de pactos en estos términos:

1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.
2. Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.

El régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos se determinará de conformidad con lo establecido en este artículo; y el de sus efectos, cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122.2.

Para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en esta Ley, se estará a las siguientes reglas:

a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal.

Respecto al procedimiento adecuado de adjudicación de este contrato y si sería posible la utilización del contrato menor para cada uno de los puntos de instalación del suministro de energía eléctrica, debemos señalar que, para resolver, de forma indubitada, esta cuestión, entiendo que deberían conocerse más datos objetivos y técnicos que los que el supuesto de hecho indica. Porque se refiere a especialidades en cada punto de instalación, dificultades de ejecución técnica o necesidad de coordinación entre todos los puntos, pero la realidad es que no se motiva o aclara de forma completa en qué consisten todos estos factores que, sin duda alguna, arrojarían más luz para resolver esta cuestión del procedimiento de adjudicación adecuado.

Se plantea la cuestión relativa a la posibilidad de utilizar el procedimiento de contrato menor previsto en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), para la contratación separada del suministro de energía eléctrica de las diferentes dependencias e inmuebles del ministerio. Ello determinaría la formalización de un contrato menor por cada uno de los puntos de suministro de las instalaciones, lo que en su opinión estaría justificado, porque tienen finalidad diferente y áreas de gasto presupuestario (aplicación presupuestaria) diferente, y que los contratos menores no superarán el límite de 15.000 euros cada uno. Además, el plazo es inferior de 12 meses.

La cuestión reside en determinar dos cuestiones:

- Si la mera existencia de una aplicación presupuestaria diferente para cada contrato justifica la posibilidad de valorar de forma separada los contratos que con un mismo objeto se celebren por una Administración, a los efectos de aplicar los límites y requisitos que el artículo 118 de la LCSP, para la utilización de los contratos menores.
- Cuáles son las condiciones que hay que tener en consideración para determinar si hay fraccionamiento indebido de los contratos.

El análisis realizado por la Junta Consultiva de Contratación del Estado (JCCE) del concepto de unidad funcional autónoma, contemplado en el artículo 101.6 de la LCSP, en su Informe 9/2018, de 5 de abril, establece la doctrina de carácter general que opera como

instrumento interpretativo para valorar cuándo concurre la condición de unidad funcional separada y autónoma y cuándo ello aparejada que los valores estimados de los diferentes contratos puedan separarse, con las diferentes consecuencias que ello pudiera tener sobre la aplicación de los correspondientes procedimientos de licitación.

Tras analizar la normativa europea y la española sobre el particular, deduce los requisitos característicos para determinar en qué tres casos se puede considerar concurrente la responsabilidad autónoma de la unidad funcional, que van más allá de la mera consignación presupuestaria diferenciada para la finalidad del contrato de que se trate:

1. Debe tratarse de una unidad funcional separada. En este sentido es esencial que exista una función específica que caracterice de un modo particular a la unidad de que se trate y que, con ello, se pueda considerar a la misma separada, no en el aspecto orgánico o jerárquico, sino en lo que hace a la función que desempeña.
2. Esta unidad funcional separada debe ser responsable de manera autónoma respecto de la contratación o de determinadas categorías de contratos. Esta autonomía viene perfilada en la ley de modo tal que se puede atribuir a la unidad que cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato en cuestión. La financiación específica exige una diferenciación concreta en el presupuesto de la entidad pública a la que pertenezca. La competencia debe estar descrita de manera específica en la normativa interna de organización de dicha entidad pública, de modo que se pueda distinguir de las competencias de otros órganos existentes en su seno.
3. Ambas condiciones conducen a una tramitación del procedimiento de selección del contratista diferenciada y propia de la unidad funcional separada.

Bajo estas premisas, en los supuestos en que concurren las anteriores circunstancias, esto es, que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté cualificada por gozar de una financiación específica y de competencia para celebrar un contrato, cabrá estimar los valores, como dice la ley, «al nivel de la unidad de que se trate». Ello determinará, en consecuencia, el ámbito de aplicación de los límites del artículo 118 de la LCSP, de acuerdo con la interpretación realizada por esta junta consultiva en anteriores informes respecto a su alcance y contenido.

En cualquier caso, a los efectos de determinar si existe un fraccionamiento indebido del contrato, la JCE ya ha declarado que es necesario tener en cuenta diversos aspectos. Un aspecto sobre el que hemos incidido con anterioridad es la existencia de una unidad funcional y de un vínculo operativo entre los diferentes contratos, lo que exigiría un tratamiento unitario de todos ellos, evitando un fraccionamiento artificioso del objeto del contrato que afectase al procedimiento de contratación o que se verificase con el simple objetivo de burlar los umbrales establecidos en la ley (Informes 31/2012, 15/2016, informe de 1 de marzo de 2018, en el que aludimos a nuestro previo informe 1/2009, entre otros).

A ello hay que añadir, como elemento hermenéutico de relevancia, la posibilidad de planificación del contrato, esto es, la previsibilidad de su realización en el marco de la oportuna programación de la contratación que la ley exige a los órganos de contratación. En este sentido, el artículo 28.4 de la LCSP señala que «las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada». Este artículo establece la obligatoria programación de la actividad de contratación que se vaya a desarrollar por cada órgano de contratación. Tal programación exige el análisis de los contratos que se van a realizar en cada periodo de tiempo, lo que indudablemente presupone el conocimiento de que el órgano de contratación va a tener una necesidad mantenida en el tiempo de una determinada prestación por un periodo de tiempo superior a un año. Por tanto, si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley.

Estos dos elementos, junto con las demás circunstancias que definan y caractericen al contrato, son esenciales para poder determinar si, en cada caso concreto, existe un fraccionamiento indebido del contrato.

Por todo lo anterior, se puede concluir afirmando:

1. En la aplicación de lo dispuesto en el artículo 118 de la LCSP, para los contratos menores hay que tener en cuenta el concepto de unidad funcional previsto en el artículo 101.6 de la LCSP, que señala:

Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

No obstante, lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.

En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato.

2. En las licitaciones de los contratos públicos, en los supuestos en que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté caracterizada por gozar de una financiación específica y de competencia propia para celebrar un

contrato, el valor estimado se calculará al nivel de la unidad de que se trate, el contrato tendrá autonomía y sustantividad respecto de los que puedan celebrarse en la misma entidad pública contratante, resultando que los límites previstos en el artículo 118 de la LCSP deberán verificarse al nivel de la correspondiente unidad funcional.

3. Es el órgano de contratación el que debe determinar si la realización separada de las diferentes actividades contractuales supone un fraccionamiento indebido del contrato, atendiendo a los conceptos descritos con anterioridad.

En el caso que analizamos, teniendo en cuenta que se trata de la contratación de suministro de energía eléctrica para diferentes dependencias municipales que tienen finalidad diferente y áreas de gasto presupuestario (aplicación presupuestaria) diferente, y que el importe total de los contratos menores no superará el límite de 15.000 euros, ni el límite temporal del año, que el valor de cada uno es de 1.300 euros, que se ha venido haciendo con anterioridad sin oposición de legalidad alguna, que cada punto de instalación presenta especialidades, que existen problemas de ejecución técnica y que es necesaria una coordinación en los trabajos a realizar, podría defenderse la licitud de los contratos menores y que estos no tienen carácter defraudatorio de alterar el valor estimado del contrato, del procedimiento elegido y de las normas de publicidad, como prohíbe el artículo 99.2. Prueba de ello es que, con anterioridad, se venía realizando de idéntica manera sin oposición alguna y que el valor total de los contratos, que sería de 15.600 euros, excedería del límite del artículo 118 por un estrecho margen.

Ahora bien, siendo la cuantía total del valor estimado, sumados todos los contratos menores, de 15.600 euros (o sea, rebasa por muy poco el límite de los contratos menores), la finalidad de proteger a las pymes, puesta de manifiesto en la exposición de motivos y en diversos artículos de la LCSP y el apartado 3 del artículo 99 de la LCSP, «siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta», podría igualmente defenderse la existencia de un solo contrato con división en lotes de su objeto. Pero también es cierto que el mismo apartado 3 del artículo 99 dispone que: «No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras», señalando, a continuación, los supuestos en que se admitiría la no división en lotes, significando el supuesto previsto en el apartado b) al decir: «El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente».

Por otra parte, la JCCE, en el Informe 69/2008, ha dispuesto que existirá fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten indivi-

dualmente no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente. En nuestro caso, sí son susceptible de aprovechamientos separados.

Y, en su Informe 57/2009, recogiendo lo ya manifestado en el Informe 69/2008:

La finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

En conclusión, habría que conocer más datos para poder valorar la viabilidad de una pluralidad de contratos menores o de un único contrato con división en lotes.

Desde luego, según el artículo 131.3 de la LCSP,

la adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

Finalmente, tampoco hay que descartar la utilización del procedimiento negociado con o sin publicidad si concurre alguno de los supuestos de los artículos 167 o 168 de la LCSP, respectivamente.

b) ¿Es forma legal denunciar unos hechos mediante escrito anónimo?  
¿Obliga a poner en marcha algún tipo de procedimiento?

La Ley 2/2023, de 20 de febrero (Ley de protección del denunciante), reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción publicada, BOE de 21 de febrero de 2023, supone la trasposición al derecho interno de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la unión. La norma tiene por objeto la protección de personas que denuncien delitos penales o infracciones administrativas graves o muy grandes.

Esta ley ha constituido una auténtica novedad, que viene a crear una nueva rama en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, porque supone no solo una protección al denunciante, sino una configuración novedosa en las relaciones de control a la Administración.

El escrito presentado en el registro del ministerio, haciendo constar unos hechos que podrían ser constitutivos de infracción administrativa muy grave, no cabe duda de que tiene la consideración jurídica de denuncia.

Es sabido que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), establece en su artículo 58 que los procedimientos se iniciarán de oficio, por petición razonada de otros órganos o por denuncia.

La denuncia es posteriormente desarrollada en el artículo 62, que en su apartado 2.º consagra la previsión general de evitar la formulación de denuncia anónima, al indicar que «las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que la presentan».

No obstante, esta previsión del artículo 62.2 habrá de verse afectada desde la publicación de la citada Ley 2/2023, de protección al denunciante, porque cualquier denuncia que entre en el ámbito material de aplicación de esta ley, que resulta ser notoriamente extenso, pues incluye cualquier infracción u omisión administrativa grave o muy grave, podrá ser formulada de forma anónima. La propia ley prevé la denuncia a través del canal interno de la organización (art. 7.1), o bien a través de canal externo (art. 17).

Por tanto, esta nueva regulación viene a desplazar a la regulación general que establecía el citado artículo 62.

Aunque debemos admitir que, en la práctica jurídica, ya se permitía la denuncia anónima, porque teniendo conocimiento la Administración de algún hecho presuntamente constitutivos de infracción administrativa, dependiendo del tipo de infracción, existía un riesgo evidente para los bienes jurídicos protegidos por la norma en el caso de consentir que dichos hechos se siguieran cometiendo. Pero es cierto que algún sector doctrinal defendía la imposibilidad de tramitar denuncias anónimas ante la prohibición positivizada del artículo 62.2.

Es preciso recalcar que esta ley solo se aplica para las infracciones muy graves o graves, por lo que para las infracciones leves se seguirá aplicando exclusivamente la regulación común del procedimiento.

En el caso que comentamos existe una denuncia por presunta infracción administrativa muy grave. Es obvio que esta conducta entra dentro del ámbito material de la Ley 2/2023, que señala en su art. 2.3.º que:

La presente ley protege a las personas físicas que informen, a través de alguno de los procedimientos previstos en ella siempre que incidan en el mercado interior, tal y como se contempla en el artículo 26, apartado 2, del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o con prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades.

O en su apartado b)

Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. En todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social.

Lo procedente sería, al amparo del artículo 55 de la LPAC, abrir un periodo breve de información previa con el objetivo que marca dicho artículo, consistente en:

1. [...] conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.
2. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

Con posterioridad, si hay base para ello, se debería incoar el oportuno procedimiento sancionador que, por lo expuesto en el relato de hechos, parece que se trata del incumplimiento en materia de subvenciones, constitutivo de infracción muy grave, prevista en el artículo 58 b), que la establece como infracción muy grave «la no aplicación, en todo o en parte, de las cantidades recibidas a los fines para los que la subvención fue concedida».

c) ¿Resulta ajustada a derecho la decisión del director general no admitiendo la solicitud de revisión de oficio presentada por el vecino?

Si el propuesto como adjudicador de un contrato tiene deudas con la AEAT en periodo ejecutivo, ¿puede pagar la deuda para evitar la prohibición de contratación? ¿Se le debe dar trámite de audiencia? ¿Procedería, en su caso, la indemnización al solicitante si se realizara la revisión de oficio y se terminara anulando el acto?

¿Resulta ajustada a derecho la decisión del director general no admitiendo, sin más, al día siguiente de la presentación del escrito, la solicitud de revisión de oficio presentada por el vecino?

Una vez detectado que se ha dictado un acto administrativo que adolece de alguno de los vicios de nulidad del artículo 39.2 a) –causas de prohibición para ser contratista– de la LCSP, como es el caso, sería obligación ineludible de la Administración la reacción para expulsar estos actos nulos de nuestro ordenamiento. Y, ello, en virtud de estar sometida la misma a la ley y al derecho, conforme el artículo 103 de la CE.

Sin embargo, no habría libertad absoluta para retirarlos del mundo jurídico, es decir, para anularlos; pues, junto al principio de legalidad está el de los actos propios –según el cual nadie puede ir contra sus propios actos– y el de seguridad jurídica –que comporta la irrevocabilidad de actos declarativos de derechos–. Debiendo, para ello, seguir el procedimiento previsto para la revisión de oficio en el artículo 106 de la LPAC, a donde se remite el artículo 41 de la LCSP; que si bien se establece la imprescriptibilidad de la acción, esto es, no está sujeta a plazo alguno, debe tenerse en cuenta que esta no podrá ser ejercida cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, como así limita el artículo 110 del mismo cuerpo normativo.

Respecto a la revisión de oficio, el artículo 41.4 de la LCSP señala:

Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por tanto, para la revisión de oficio del acto nulo era competente el órgano delegado, director general, pero en el caso de que estimara procedente establecer una indemnización será competente el ministro.

Sobre este asunto, y al objeto de determinar la posibilidad de acudir a la revisión de oficio respecto de los actos administrativos o, por el contrario, valorar si opera alguno de estos límites que impidan la misma, los diferentes órganos consultivos han venido advirtiendo, de forma general, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo –STS de 17 de enero de 2006, entre otras–, que el examen de la aplicación de los límites de la revisión de oficio exige una ponderación de los principios en juego, que ha de examinarse caso por caso y a la vista del conjunto de las circunstancias concurrentes, sin que sea posible ofrecer soluciones apriorísticas.

Hemos de tener en cuenta que dichos límites no olvidan las causas de nulidad, sino que pretenden atemperar sus consecuencias, aplicando, para ello, conceptos jurídicos indeterminados y abstractos –como son la buena fe o la equidad– que deberán ser objeto de ponderación en cada caso concreto. Sin embargo, el artículo 110 de la LPAC no es una norma interpretable, de forma que permita limitar la apreciación de las causas de nulidad a conveniencia, sino una norma dirigida a limitar una potestad administrativa exorbitante –ya que remueve actos firmes– conectada con las causas de nulidad.

Conforme a lo anterior, la determinación sobre la posibilidad de acudir a la revisión de oficio va a depender del estudio del concreto caso planteado. Ahora bien, la cuestión aquí se centra en saber si tal estudio se realiza tras la tramitación del respectivo expediente o se aplica con carácter anterior. Esto es, si la concurrencia de alguno de los límites establecidos en el artículo 110 ha de valorarse durante la instrucción del expediente o en un momento previo que sirva para desechar el inicio de la acción.

La STS 254/2021, de 24 de febrero (Norma CEF NCJ065404), excluye la posibilidad de que se pueda rechazar una solicitud de revisión por la supuesta concurrencia de algunos de los límites establecidos en el artículo 110 de la LPAC. Al respecto, considera que

difícilmente sería pensable que la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes o incluso con menor razón la prescripción, puedan servir de fundamento de excluir la revisión de oficio sin trámite alguno, porque es difícil apreciar esas circunstancias sin, al menos, algunos trámites que permitan concluir su concurrencia. Podría admitirse que hay supuestos en los que el procedimiento que deba tramitarse esté simplificado por ser patente y ostensible el óbice para la declaración de nulidad al amparo de la potestad de revisión, pero en modo alguno declararla sin ningún trámite, en especial, los de audiencia de los afectados y la posibilidad de aportación de pruebas.

Y continúa diciendo que

para apreciar que una revisión de oficio es contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, debe realizarse en una resolución tras la incoación del correspondiente expediente (sic) administrativo, de conformidad con los principios generales que al respecto se establecen en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Así, centrándonos en el caso que nos ocupa, hemos de concluir que, para valorar si concurre alguno de los límites a la revisión de oficio no solo será suficiente con su alegación, sino que precisará iniciar el expediente para apreciar si se da una de tales circunstancias. Pero sin que, por ello, se tenga que realizar todo el procedimiento y remitir el expediente al órgano consultivo (Consejo de Estado) para que se pronuncie al respecto, porque, entre otras razones, ese informe solo será preceptivo y vinculante cuando se trate de anular el acto, pero no en el presente caso, en el que parece que la intención del delegado director general es no anularlo.

En este caso, no se admitió el escrito de revisión de oficio al día siguiente, y sin realizar trámite alguno por ello, la valoración de si concurría límite alguno –que sí concurría, pues la ejecución del contrato había finalizado dos años antes–, por lo que esta decisión es nula, a tenor del artículo 47 e) de la LPAC, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Aunque, sin duda alguna, en este caso, parece concurrir el límite previsto en el artículo 110, por el transcurso del tiempo, la equidad o la buena fe, porque el contrato había finalizado su ejecución hacía ya un año.

Si el propuesto como adjudicador de un contrato tiene deudas con la AEAT, ¿puede pagar la deuda para evitar la prohibición de contratación? ¿Se le debe dar trámite de audiencia?

La licitadora propuesta como adjudicataria está incurso en la prohibición de contratar del artículo 71.1 e) de la LCSDP, consistente en tener deudas tributarias pendientes con la AEAT.

Esa prohibición para celebrar el contrato objeto de consulta no puede subsanarse con el pago de la deuda, puesto que es necesario que la licitadora esté al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social desde el momento en que presenta su proposición hasta el momento de la formalización del contrato. Así lo establece la interpretación jurisprudencial sentada por la STS 1210/2020, de 28 de septiembre (Norma CEF NCJ065036). Dice así su FJ 8.:

A la vista de lo hasta ahora reflejado, incluyendo el art. 57 de la Directiva, debemos concluir que los arts. 60.1 d) y 61.1 TRLCSP (actuales arts. 71.1.d y 72.1 LCSP en relación con el 146 TRLCSP y el más tajante 140 LCSP) determinan que el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta. La anterior conclusión es la que más razonablemente se ajusta a los principios del derecho de la Unión europea. De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación.

Aclarada la imposibilidad de subsanar esta prohibición de contratar, respecto a la duda de cuál debe ser el plazo de audiencia que se dé a la licitadora en el procedimiento que se instruya para declarar tal prohibición, hay que decir que dicho trámite de audiencia del artículo 72.5 de la LCSP solo es necesario cuando es precisa una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, como ocurre con las prohibiciones de los artículos 71.1 a), b) o e). Pero la prohibición de contratar, que consiste en no estar al corriente de pago de obligaciones tributarias, se aprecia directamente por el órgano de contratación (art. 72.1 LCSP), sin que sea necesaria declaración previa.

De esta forma, en conclusión, hemos de decir que una vez que el órgano de contratación ha comprobado que la licitadora propuesta como adjudicataria tiene una deuda tributaria pendiente de pago en ejecutiva y que, por tanto, incurre en prohibición de contratar ex artículo 71.1 d) de la LCSP en la interpretación que da de ella el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, debe apreciar directamente dicha prohibición mediante el correspondiente acuerdo de exclusión de dicha licitadora.

Indemnización.

En relación con la indemnización solicitada debemos señalar que, en ningún caso, era procedente. En primer lugar, porque esa sociedad anónima no tenía legitimación alguna para reclamar, puesto que no era interesada del artículo 4 de la LPAC, porque los contratos se adjudicaron verbalmente y sin concurrencia competitiva, de manera que salvo que hubiera sido una de las empresas consultadas por el órgano de contratación antes de la adjudicación, entendemos que carecía de legitimación para solicitar indemnización alguna aunque la hubiera tenido para impugnar, en su caso, la utilización de la contratación verbal en lugar de otros procedimientos que aseguran más eficazmente la concurrencia.

En segundo lugar, en el supuesto de que se hubiera procedido a la revisión de oficio y en el caso de que fuera una de las empresas consultadas, no basta la anulación del acto para el surgimiento de la indemnización de daños y perjuicios, sino que debería acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), esto es, la producción del daño, la imputación a la Administración y el carácter antijurídico del mismo (arts. 32 y ss. LRJSP).

d) ¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que el primer procedimiento de reintegro se incoara a los tres meses del informe favorable de la Intervención General del Estado? ¿Resulta ajustado a derecho la decisión de la Administración poniendo en marcha el segundo procedimiento de reintegro?

¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que el primer procedimiento de reintegro se incoara a los tres meses del informe favorable de la intervención general del Estado?

El artículo 51.1 de la Ley 38/2003, LGS señala que:

Cuando en el informe emitido por la Intervención General de la Administración del Estado se recoja la procedencia de reintegrar la totalidad o parte de la subvención, el órgano gestor deberá acordar, con base en el referido informe y en el plazo de dos meses, el inicio del expediente de reintegro, notificándolo así al beneficiario o entidad colaboradora, que dispondrá de 15 días para alegar cuanto considere conveniente en su defensa.

Por lo tanto, no se ha obrado conforme a derecho, pero de acuerdo con el artículo 48.3 de la LPAC, «la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo», no siendo este el supuesto que analizamos, donde el retraso de un mes en la incoación del procedimiento de reintegro, en principio, no tiene ninguna trascendencia.

Sin embargo, podríamos reducir dos consecuencias jurídicas posibles de este retraso:

- a) En primer lugar, respecto al plazo de prescripción de la infracción, señal artículo 30.2 de la LPAC, que «interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable». De manera que hasta que no se inicie el procedimiento no se interrumpe el plazo de prescripción de la infracción, aunque, como en este caso, el procedimiento se inicie con un mes de retraso.
- b) La posible responsabilidad disciplinaria del retraso en el inicio del procedimiento si no existiera causa justificada. Al menos, podría existir la presunta comisión de una infracción leve tipificada en el artículo 8 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, consistente en «el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave».

Ajuste a derecho de la incoación del segundo procedimiento de reintegro.

Lo primero que debemos resaltar es la compatibilidad entre los dos procedimientos: el sancionador y el de reintegro, ya que se trata de bienes jurídicos diferentes protegidos por la ley. En el primero se trata de sancionar al infractor por infracción de la legalidad y en el segundo impedir que aquel se beneficie de la propia infracción, con el consiguiente perjuicio para la Hacienda Pública.

Respecto al primero, que ha significado que existía una presunta infracción administrativa muy grave contemplada en el artículo 58 b) de la Ley 38/2003, LGS, por destinar los fondos recibido a otros fines distintos de los previstos en la subvención.

Respecto al reintegro, es el artículo 42 el que prevé el procedimiento si existe causa para ello, como es el supuesto que nos ocupa, puesto que el artículo 37.1, que regula las causas de reintegro, establece en su letra b) el «incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.» Dicha circunstancia se ha hecho constar, expresamente, en el relato de hechos.

Si el plazo para cumplir la sociedad limitada transcurrió el día 4 de mayo del año XXX, el día 7 de septiembre del mismo año en que se incoa el procedimiento de reintegro, es claro que aún no se había producido el plazo de cuatro años que establece el artículo 39 de la LGS para la prescripción, computándose en el supuesto b), «desde el momento de la concesión, en el supuesto previsto en el apartado 7 del artículo 30» (Las subvenciones que se concedan en atención a la concurrencia de una determinada situación en el receptor no

requerirán otra justificación que la acreditación por cualquier medio admisible en derecho de dicha situación previamente a la concesión, sin perjuicio de los controles que pudieran establecerse para verificar su existencia) y, en el supuesto c) «En el supuesto de que se hubieran establecido condiciones u obligaciones que debieran ser cumplidas o mantenidas por parte del beneficiario o entidad colaboradora durante un período determinado de tiempo, desde el momento en que venció dicho plazo», para que haya prescrito el derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro.

Respecto a la caducidad del procedimiento de reintegro, el artículo 42.4 señala:

El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de 12 meses desde la fecha del acuerdo de iniciación. Dicho plazo podrá suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los apartados 5 y 6 del art. 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy, apartado 2 del art. 22 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común].

Si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo.

Este segundo procedimiento de reintegro puesto en marcha por la Administración no fue ajustado a derecho.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 70/2023, de 23 de enero, modificando la doctrina sentada hasta entonces (la última, STS 234/2021, de 19 de febrero), en la que señaló que en un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones, la omisión de la declaración de archivo de las actuaciones no invalida la incoación de un nuevo procedimiento de reintegro y la resolución dictada en este último, sino transcurrido el plazo de prescripción del derecho de la Administración para exigir el reintegro, estableció como doctrina casacional otra distinta y contraria, basada en los siguientes argumentos:

a) No cabe la existencia de dos procedimientos simultáneos sobre el mismo objeto. Ello atenta, en efecto, contra muchos de los principios que deben presidir la actuación administrativa y que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, enunciados en el artículo 3.1, en particular, los de eficacia, simplicidad, transparencia, economía de medios y eficiencia en la asignación de recursos públicos. No es preciso argumentar demasiado para afirmar que tener dos procedimientos simultáneos supone una actuación ineficaz, con duplicidad de medios y recursos y que se presta a la reiteración de actuaciones concretas y a resultados posiblemente contradictorios, todo ello sin perjuicio de que, en ningún caso, podría haber dos resoluciones sobre el mismo supuesto. Igualmente,

es evidente que tal actuación atentaría el principio de seguridad jurídica, causando al administrado una falta de certeza sobre la situación jurídica de la materia objeto de las actuaciones administrativas simultáneas y sobre los objetivos de la actuación de la Administración. Todo ello no resulta paliado por el hecho de que en los supuestos en los que se abre indebidamente un segundo procedimiento sobre el mismo objeto, suele deberse a la paralización o abandono del primero de ellos, pero podría no ser así y, en cualquier caso, tal duplicidad de procedimientos puede no ser conocida por los interesados con la consiguiente indefensión.

b) La apertura de un segundo expediente, sin que haya transcurrido el plazo de caducidad, provoca una alteración de los plazos administrativos, que puede servir para evadir la regulación sobre plazos administrativos a la Administración y, en particular, al plazo de caducidad. La regulación del procedimiento administrativo ya ha previsto la posibilidad de que el plazo resulte demasiado corto para la terminación del procedimiento o de que aparezcan nuevos hechos, ya contempla lo de la posibilidad de suspender o ampliar el plazo máximo para resolver (artículos 22 y 23 de la LPAC), pero tales supuestos están acompañados de estrictos límites para evitar la prolongación indebida del procedimiento o la indefensión de los interesados. Por el contrario, iniciar un nuevo procedimiento estando próximo el fin del plazo de caducidad puede servir para evitar que la caducidad se produzca agotado ya el plazo de prescripción y sin posibilidad, por tanto, de iniciar un nuevo procedimiento. La iniciación de un segundo procedimiento supone, en definitiva, esquivar la previsión legal para el supuesto de que la Administración no pueda completar toda la actuación necesaria para concluir el procedimiento, que sería ampliar el plazo para resolver el primer procedimiento, pero en los estrictos términos que prevé la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

c) Por último, también se produce una infracción o, en su caso, una desviada aplicación de los preceptos que regulan los modos de terminación de los procedimientos. En efecto, si el primer procedimiento queda indefinidamente abierto, se infringe la obligación de finalizarlo mediante la correspondiente resolución de fondo, de caducidad y archivo o de simple archivo de las actuaciones y supone incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 21 de la LPAC a la Administración de resolver y notificar la resolución, sea cual sea su contenido. Si, como sucede en el presente supuesto, se cierra en la propia resolución con la que se concluye el segundo procedimiento, aunque formalmente se dicta un acuerdo de archivo, no deja de ser una actuación anómala, al hacerlo en el seno de otro procedimiento administrativo que se solapa con el primero.

En conclusión, la actuación administrativa incoando un nuevo procedimiento administrativo con el mismo objeto, sin haber finalizado el primer procedimiento y sin que se haya producido la caducidad de aquel que, en todo caso, debe ser declarada expresamente por la Administración, es un actuación fraudulenta y realizada en desviación de poder (art. 70 LJCA), por lo que, al menos, será constitutiva de vicio de anulabilidad del artículo 48 de la LPAC, cuando no de nulidad del artículo 47.

e) Al disolverse la sociedad mercantil, adjudicataria del contrato, y haberse procedido a la liquidación de la misma ¿supone que se ha de archivar el procedimiento de reintegro? ¿Actúa con arreglo a derecho cuando exige toda la cantidad, resultante del procedimiento de reintegro, a un solo socio minoritario del capital social de la entidad mercantil? ¿Y la exigencia al mismo de la multa impuesta en el procedimiento sancionador?

¿Debe archivar el procedimiento de reintegro por disolución de la sociedad mercantil?

En absoluto, el artículo 40.4 de la LGS señala que «en el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas, sus obligaciones de reintegro pendientes se transmitirán a los socios o partícipes en el capital que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado»

Exigencia de cantidad de reintegro e intereses a un solo socio minoritario.

El precepto citado resuelve esta cuestión al limitar la responsabilidad del socio al límite del valor de la cuota de liquidación que se le hubiere adjudicado. Por tanto, solo responderá hasta ese valor.

El objetivo principal de la responsabilidad solidaria es proteger al acreedor, en este caso, a la Administración, facilitando el cobro de la deuda, y no hay que confundirla con la responsabilidad subsidiaria (en defecto de que responda otra persona) ni la responsabilidad mancomunada (en la que cada uno es responsable solo de su parte).

Pese a que el artículo 1137 del Código Civil señala que «la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria», es lo cierto que en este caso la ley, específicamente, determina el límite de la responsabilidad solidaria.

Exigencia de la multa al socio minoritario, exclusivamente.

El artículo 69 de la LGS resuelve esta cuestión, señalando:

1. Responderán solidariamente de la sanción pecuniaria los miembros, partícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 3 del artículo 11 en proporción a sus respectivas participaciones, cuando se trate de comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado.

2. Responderán subsidiariamente de la sanción pecuniaria los administradores de las sociedades mercantiles, o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, de acuerdo con las disposiciones legales o estatutarias que les resulten de aplicación, que no realicen los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones infringidas, adopten acuerdos que hagan posibles los incumplimientos o consientan el de quienes de ellos dependan.

3. En el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas en las que la ley limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, las sanciones pendientes se transmitirán a estos, que quedarán obligados solidariamente hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado o se les hubiera debido adjudicar.

4. En el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas en las que la ley no limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, las sanciones pendientes se transmitirán a estos, que quedarán obligados solidariamente a su cumplimiento.

f) ¿Era necesario justificar la concesión de la subvención nominativa, concedida en su momento, a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Dónde se hará, en su caso, la misma si su respuesta fuera afirmativa?

Si bien ni la Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS), en su artículo 22, ni su reglamento de 2006, referido a las subvenciones nominativas, exige expresamente que conste la motivación de la concesión de una subvención nominativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la discrecionalidad de la Administración para establecer, en función de las necesidades, las medidas que deben adoptarse para conceder subvenciones no le autoriza a establecer ayudas singulares o a dar prioridad a unos grupos frente a otros, sin una justificación objetiva y razonable.

Por otro lado, el artículo 65.3 c) del Reglamento de la ley de subvenciones determina que «la resolución o, en su caso, el convenio deberá incluir los siguientes extremos: a) Determinación del objeto de la subvención y de sus beneficiarios, de acuerdo con la asignación presupuestaria». Aunque no es una justificación, en sentido estricto.

Es por ello que la inclusión en los presupuestos de la entidad de una subvención nominativa debería motivarse de manera objetiva, razonable y proporcionada, en cumplimiento del artículo 14 de la CE, bien en la memoria del presupuesto, bien en el convenio regulador de la subvención nominativa; ya que, para el gestor que debe tramitar la concesión, esta es asumida como una obligación impuesta, al incluirse en los presupuestos de la entidad. La justificación de la singularidad difícilmente puede inferirse de la exposición de motivos de la ley (en caso del Estado y las comunidades autónomas) ni de la rúbrica del crédito presupuestario, ya que ni en una ni en otra parece, por regla general, la menor referencia

al criterio que el legislador pueda haber utilizado, por lo que para valorar si concurre dicha justificación, habrá que recurrir aquellas otras normas de carácter sustantivo que vengan a integrar en este punto la Ley de presupuestos.

- g) Si la subvención a la empresa adjudicadora del contrato hubiera sido concedida por un órgano por delegación y en el procedimiento de concesión hubiera existido un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, ¿podrá revocar la delegación el ministro? Si así fuera, ¿podría revisar la resolución tomada por el órgano delegado?

La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido, de acuerdo con el artículo 96 de la LRJSP.

Ahora bien, en el caso que analizamos, es lo cierto que el procedimiento ya había finalizado mediante la resolución correspondiente; por tanto; la revocación de esta delegación no era ya posible sin perjuicio de que si fuese necesaria la intervención del órgano concedente para cualquier acto posterior a la concesión de la subvención (revisión de oficio, reintegro, etc.), pudiera revisarse, conforme al artículo 107, por el órgano competente si se dan motivos de anulabilidad –lo que sucedió en el caso que comentamos– para ello del artículo 48 de la LPAC.

Por tanto, en sentido estricto, el ministro no podría revisar la resolución tomada por el órgano delegado. Ello sin perjuicio de que el ministro, en el ejercicio de sus competencias, pudieran dictar otro acto con un contenido distinto.

- h) ¿Ha de facilitarse la información solicitada por el ciudadano respecto al ministro y altos cargos del ministerio?

Si los datos personales que son objeto de tratamiento se refieren al Ministro y Altos Cargos, debe tenerse en cuenta que los representantes y funcionarios públicos tiene una relevancia que provoca una mayor protección en todo aquello que concierne a su actividad de representación, por lo que están obligados a soportar una afectación mayor de sus derechos de la personalidad.

Este debilitamiento del derecho a la protección de datos de los cargos públicos, en todo aquello que tenga conexión con el ámbito público, se evidencia también en las previsiones de la legislación de transparencia y el principio de apertura, imprescindibles en una sección la democrática.

El artículo 16.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado señala que: «Los altos cargos formularán al Registro de Actividades de Altos Cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión o cese, según corresponda, una declara-

ción de las actividades que, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión como alto cargo o las que vayan a iniciar tras su cese. Cada vez que el interesado inicie una nueva actividad económica durante el período de dos años desde su cese se declarará al Registro una vez dictada la resolución prevista en el artículo 15».

Por su parte, el artículo 16.1 de la mencionada Ley establece:

1. Los altos cargos presentarán al Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión y cese, respectivamente, el certificado de su última declaración anual presentada del impuesto sobre el patrimonio, si tienen obligación de presentarla. Quienes no tengan tal obligación, presentarán un formulario cumplimentado equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
2. Los altos cargos aportarán una copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio y al de cese. Asimismo, anualmente y mientras dure su nombramiento, aportarán copia de la declaración correspondiente.
3. Junto con la copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio también se presentará certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de estar al corriente de las obligaciones tributarias o, en su caso, de las obligaciones tributarias pendientes.

Y el artículo 21 señala:

1. Los Registros electrónicos de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos se alojarán en un sistema de gestión documental que garantice la inalterabilidad y permanencia de sus datos, así como la alta seguridad en el acceso y uso de estos.
2. El Registro electrónico de Actividades tendrá carácter público, rigiéndose por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en esta ley y en las normas de desarrollo de las leyes citadas.
3. El Registro electrónico de Bienes y Derechos Patrimoniales tendrá carácter reservado y solo podrán tener acceso al mismo, además del propio interesado, los siguientes órganos:
  - a) El Congreso de los Diputados y el Senado, de acuerdo con lo que establezcan los reglamentos de las Cámaras, así como las comisiones parlamentarias de investigación que se constituyan.
  - b) Los órganos judiciales para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos que obran en el Registro, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales.

c) El Ministerio Fiscal cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el Registro.

4. Los órganos mencionados en el apartado anterior adoptarán las medidas necesarias para mantener el carácter reservado de la información contenida en el Registro electrónico de Bienes y Derechos Patrimoniales, sin perjuicio de la aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos en cuya tramitación se hubiera solicitado la información.

5. El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado y demás Altos Cargos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos Altos Cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares.

Por otra parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, impone en su artículo 8 el deber de publicar en el Portal de Transparencia –es decir, como publicidad activa y sin necesidad de que medie una solicitud de acceso– «las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo».

Por tanto, la Administración, en lo relativo a las retribuciones y declaración de actividades, cumplirá con su deber de prestación de información, indicándole al solicitante que lo solicitado se encuentra en el Portal de Transparencia, al que puede acceder libremente cuando lo desee, o bien transmitiéndole, específicamente, la información solicitada y, probablemente, ya publicada.

Respecto a la información sobre la declaración de bienes y derechos, señala el artículo 21.5 que:

El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado y demás Altos Cargos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos Altos Cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares.

De manera que le indicará el BOE donde se encuentra publicado o le facilitará, expresamente, la información solicitada y ya publicada.

Con respecto a la solicitud de la localización concreta de bienes inmuebles, es obvio que no guarda relación alguna con la función pública del ministro ni de los altos cargos, tratándose de un dato de carácter personal, protegido tanto por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) que, en su artículo 4.1 señala que es

toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Se entiende por dato de carácter personal no solo cualquier información relativa a su identidad (como nombre y apellidos, domicilio, filiación, una fotografía o vídeo, etc.), sino la relativa a su existencia y ocupaciones (estudios, trabajo, enfermedades, etc.). Para el tratamiento de este dato sería preciso que nos encontrásemos ante un supuesto de ilicitud del tratamiento, en particular, del consentimiento del interesado, que se enumeran en el artículo 6 del citado reglamento.

Igualmente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 6 exige el consentimiento del interesado para los datos de carácter personal, sin perjuicio de los supuestos exceptuados que regula el reglamento comunitario y la ley orgánica.

Finalmente, el artículo 16 de la referida ley, en relación con el acceso parcial, determina que:

En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida.

- i) ¿Era posible exigir garantía para la subvención concedida a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Se podría haber señalado el plazo de cuatro meses, en esta caso, para la cancelación de la misma desde el reintegro o la liquidación? ¿Y si se hubiera establecido en las bases?

El artículo 43.1 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, referido a los

supuestos en los que se podrán exigir garantías, señala que: «Las bases reguladoras de la subvención podrán exigir la constitución de garantías en los siguientes casos: [...] 2. Cuando se prevea la posibilidad de realizar pagos a cuenta o anticipados».

El relato de hechos indica que se permitían anticipos de pago, luego era posible la exigencia de garantía siempre que estuvieran determinadas en las bases reguladoras del procedimiento de subvención.

Por su parte, el artículo 52.2 a), relativo a la cancelación de la garantía, establece: «La cancelación deberá ser acordada dentro de los siguientes plazos máximos: a) Tres meses desde el reintegro o liquidación del anticipo».

Las bases constituyen las normas específicas que regulan cada modalidad de subvención, son la «ley» de cada procedimiento de concesión y, por ello, pueden fijar todas las circunstancias aplicables a cada convocatoria, como normas singulares aplicables a las mismas (incluidos los plazos) dentro del marco de la ley y su reglamento. Si expresamente, la LGS o el reglamento no otorgan a las bases la posibilidad de establecer plazos diferentes a los fijados en estas normas con carácter general, las bases, por razón del principio de jerarquía normativa, no pueden alterar singularmente los mismos.

El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos impone a la Administración el deber de conformarse a la norma administrativa que ella misma ha dictado, sin que pueda, al decidir situaciones concretas en relación a ella, admitir la excepción.

La inderogabilidad singular del reglamento viene regulada en el artículo 37 de la LPAC, y define este principio de la siguiente manera: «Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general». Asimismo, se consideran nulas «las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47».

Esto es, en otras palabras, que una resolución administrativa de carácter particular, o lo que es lo mismo, un acto administrativo, no podrá vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, es decir, un reglamento, independientemente del grado jerárquico del órgano del que emane. El principio de inderogabilidad singular del reglamento nace de la potestad reglamentaria con la que cuenta la Administración, y es una garantía de protección para los reglamentos.

El artículo 47.2 de la LPAC señala que «también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

j) Informe sobre las dudas surgidas al órgano de contratación en el contrato administrativo celebrado.

¿Cabía excluir una oferta si los pliegos de cláusulas administrativas particulares no han establecido los parámetros objetivos que sirvan para identificar las ofertas anormalmente bajas?

El régimen previsto en el artículo 149.2 de la LCSP, en relación con las ofertas anormalmente bajas, diferencia dos supuestos:

El primer supuesto aplica a licitaciones que consideran el precio como único criterio de adjudicación. En este caso, si los pliegos no han establecido parámetros objetivos, resultan de aplicación los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente. Por lo tanto, aunque no se hayan establecido parámetros objetivos, si la oferta resulta incurso en anomalía conforme a los parámetros previstos reglamentariamente, y el licitador, en la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, no justifica su oferta, cabe su exclusión.

El segundo supuesto aplica a licitaciones en las que se utilicen una pluralidad de criterios. En este caso, el artículo 149.2 b) de la LCSP establece que en los pliegos «se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto». Así, a diferencia del supuesto anterior, no se remite a la aplicación supletoria de parámetros previstos reglamentariamente. Por lo tanto, la omisión en los pliegos de los criterios para determinar que la oferta está incurso en presunción de anomalía impide que se pueda tramitar el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP y, en consecuencia, la exclusión de ofertas por resultar dudosas respecto a su viabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) reconoce la posibilidad de excluir ofertas cuando los pliegos no hayan determinados los parámetros objetivos si son manifiestamente incongruentes o si se deduce «sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno» la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Tal y como señala la resolución núm. 949/2015, de 9 de octubre, dictada en el recurso núm. 956/2015:

Quando los Pliegos no contengan previsión concreta al respecto, como ocurre en el caso aquí examinado, la posibilidad de exclusión se limita a supuestos de ofertas manifiesta y objetivamente incongruentes. En efecto, tal y como se ha señalado por este Tribunal en la Resolución 453/2015, de 14 de mayo de 2015, «al no estar prevista la consideración de bajas anormales o desproporcionadas, como ya hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la número 697/2014, de 23 de septiembre), una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor y efectuada la apertura del sobre C, solo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, esta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin

ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el art. 151 del TRLCSP de 2011 –hoy, art. 150 de la LCSP– y en el art. 30 del Real Decreto 871/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre concurrencia.

En el mismo sentido se pronuncia la resolución del TACRC, número 453/2015, de 14 de mayo, dictada en el recurso número 390/2015, que dispone:

Pero, al no estar prevista la consideración de bajas anormales o desproporcionadas, como ya hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la número 697/2014, de 23 de septiembre), una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor y efectuada la apertura del sobre C, solo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, esta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

¿Qué efectos tendría en vía administrativa la falsedad en la declaración responsable presentada por el licitador en el proceso licitatorio?

Las declaraciones responsables son el instrumento previsto en el artículo 140 de la LCSP para la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para licitar. Así, en su apartado 1 a) queda establecido que las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable, que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación, de conformidad con lo indicado en el artículo 141.

Respecto de esta declaración, el apartado 3 del artículo 140 permite que el órgano o la mesa de contratación pueda pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

El modelo de declaración responsable, según el artículo 141 del LCSP, deberá estar incluido en el pliego y deberá seguir el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea. La mesa de contratación, cuando se establezca su intervención, calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior. Ante la existencia de defectos subsanables, se dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.

El TACRC, en su resolución número 995/2019, de 6 de septiembre de 2019, hace referencia a que la LCSP sustituye la comprobación efectiva de la documentación acreditativa de la aptitud para contratar del licitador por una declaración responsable, en la que manifiesta que cumple los requisitos que a tal efecto establecen tanto la legislación de contratos como los pliegos que rigen la licitación. La efectiva verificación de la concurrencia de tales requisitos se realiza posteriormente, cuando el licitador propuesto como adjudicatario presenta la documentación y es comprobada por el órgano de contratación.

Respecto de ello se pronuncia en los siguientes términos: «Dicha presentación de documentación y verificación con su examen del cumplimiento de los requisitos previos de aptitud del contratista no convierte el requisito de la declaración responsable en un mero trámite formal inane de relevación jurídica». Expresamente señala que por la declaración responsable, conforme al documento europeo único de contratación, «el declarante certifica hechos y, por tanto, asume el deber de decir la verdad sobre ellos, o lo que es lo mismo, se hace responsable –no solo en nombre de su empresa sino también personalmente– ante el órgano de contratación de la autenticidad de lo manifestado en la declaración y, en particular, de que reúne los requisitos de actitud para contratar exigidos por la legislación de contratos, de acuerdo y en los términos establecidos en el pliego que rige la licitación, así como de que las circunstancias declaradas relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar concurren en la fecha final de presentación de ofertas (art. 140.4 de la LCSP)».

Sobre la posibilidad de requerir la subsanación de defectos que pudieran atañer a la declaración responsable, la propia resolución aclara que no cualquier defecto apreciado en ella será siempre subsanable. Habrá que atender a la naturaleza del defecto y las concretas circunstancias de la licitación para apreciarlo. La discrepancia entre la declaración y la documentación presentada puede ser un error del declarante o puede tener por causa un propósito intencionado de faltar a la verdad.

El mismo Tribunal Administrativo Central, con fecha 8 de enero de 2021, dictó resolución número 4/2021, en la que manifestaba que la declaración responsable se ha articulado como un mecanismo para aligerar la carga documental en los procedimientos de licitación, siendo sustitutiva de la presentación de la documentación, pero «no exime del cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma para concurrir a la licitación, y entre ellos, la solvencia. Antes, al contrario, supone la declaración y afirmación de que se cumple con esos requisitos de solvencia, dado que, de lo contrario, no se podría concurrir a la licitación. Además, cabe recordar en este punto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.1 e) de la LCSP, constituye una prohibición de contratar «e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia».

Señalado todo lo expuesto, es sin duda de trascendente importancia la labor de los empleados públicos en la vigilancia de los procedimientos contractuales, para prevenir el fraude y la falsedad, y con ello garantizar la mejor gestión de los recursos público.

En conclusión, en vía administrativa la falsedad en la declaración responsable presentada por el licitador en el proceso licitatorio supondría que incurre en causa de prohibición para ser contratista, al amparo del artículo 71 e) de la LCSP.

k) En relación con el procedimiento sancionador resuelto contra la empresa, ¿cuándo comenzará el plazo de prescripción de la sanción si se interpone recurso de reposición y no hubiere resolución expresa?

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 tres meses en el caso del recurso de alzada y de un 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, encontró un 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 Tribunal Superior de Justicia de 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. 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, sentencia núm. 1627/2020, permitió la extensión de ese mismo efecto prescriptivo a las resoluciones sancionadoras 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 lo 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 LPAC, 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, para el recurso de alzada es aplicable al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

l) ¿Podría aspirar la entidad pública a la adjudicación del contrato como contratista? ¿Resulta ajustado a derecho que los contratos a que se refiere el caso no se adjudicaran al instituto público, pese a que era el mejor proyecto porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica, que suponían más del 80% de sus recursos? Este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado» y sus restantes actividades, por esta razón, no era la adjudicataria.

Podría aspirar la entidad pública a la adjudicación del contrato como contratista?

El artículo 2 de la Directiva 2014/24 afirma que se consideran «contratos públicos» a «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos

y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

El mismo artículo 2 de la Directiva 2014/24 define también el concepto de «operador económico» de forma funcional: «Una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios».

Es decir, en la posición de contratista no procede una interpretación formal, pues puede ser que un organismo público, a la vez que en sus relaciones generales propias tiene la consideración de poder adjudicador, en otras, ocupe la posición de contratista, prestando (y no recibiendo) servicios o suministros. Concepto de «operador económico» y su dimensión funcional, como se recuerda en la STJUE de 15 de octubre de 2015, Consorci Sanitari, que en la medida en que determinadas entidades estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, aunque sea ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles que participen en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios.

En consecuencia, un mismo ente público (como sucede con un organismo público de investigación, que puede transferir conocimiento a la sociedad) puede tener un doble rol: puede ser poder adjudicador y puede ser operador económico. Y en la distinción es clave la finalidad de la relación jurídica que ocupan. Concepto de «operador económico» y su dimensión funcional: en la primera hay utilización directa de sus fondos públicos para el cumplimiento de sus fines institucionales, mientras que cuando se actúa como operador económico la causa contractual es bien distinta y va directamente relacionada al cumplimiento de lo pactado, como contratista, en ese negocio jurídico y donde prima la relación mercantil frente a la de interés general, lo que explica por qué los fondos obtenidos como contratista no computan a efectos de determinar el porcentaje de financiación pública, tal y como declaró el TJUE en la citada sentencia Universidad de Cambridge.

Un ejemplo claro lo encontramos en los supuestos de entidades como las universidades públicas, consorcios, e incluso empresas públicas, que pueden tener una doble vertiente: la de poder adjudicador (art. 3.2 LCSP) y la de operador económico (contratista). Esta dualidad ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari, donde recuerda que las Administraciones públicas pueden concurrir a licitaciones públicas siempre que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado (lo que les impide la realización de falsos convenios que oculten un contrato público: por todas STJUE de 8 de mayo de 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg). Esta jurisprudencia confirma la premisa de que, frente a una concepción subjetiva, lo que interesa es la perspectiva objetiva de cuando existe contrato público (porque hay sujetos públicos que pueden tener un doble rol).

¿Resulta ajustado a derecho que los contratos a que se refiere el caso no se adjudicaran al instituto público, pese a que era el mejor proyecto porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica que suponían más del 80 % de sus recursos? Este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado», y sus restantes actividades, por esta razón, no era la adjudicataria.

El Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>, Sentencia 1208/2023, de 2 de octubre, recurso núm. 787/2021 (Norma CEF NCJ066785) resuelve un recurso de casación en el que se dilucida la procedencia sobre la adjudicación de un contrato de servicios, para la obtención de imágenes aéreas en 28 ayuntamientos de Galicia para la posterior elaboración de la cartografía de los planes básicos municipales, a un operador económico con participación pública de la Generalitat de Cataluña, en concreto al Instituto Cartográfico de dicha comunidad.

En el presente caso, el interés casacional versa en determinar si la participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuestarias que suponen más del 80 % de sus recursos coloca al licitador en una situación ventajosa, incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública.

En este sentido se pronunció el TJUE al indicar que si bien la percepción de fondos públicos para el desarrollo de las actividades propias de una Administración podría situar a estas empresas en una posición privilegiada con respecto a otros operadores, al permitirles ofrecer mejores condiciones de mercado y precios más competitivos, ello por sí solo no supone *per se* una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, ni un atentando a la libre competencia.

Por ello, la sala estima que si bien las empresas que reciban fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público, la exclusión de este tipo de entidades en un procedimiento de licitación solo es posible si realiza una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho.

Y *a sensu contrario*, el tribunal entiende que el hecho de que una entidad pública mantenga una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado», y sus restantes actividades –como en el caso de la adjudicataria–, es un elemento relevante a los efectos de descartar la existencia de ayudas que desvirtúen la competencia.

La sala apoya los argumentos del instituto al oponerse al recurso en cuanto a que no hay falseamiento ni restricción alguna de la libre competencia ni vulneración del principio de igualdad entre los licitadores, puesto que el adjudicatario no ha presentado una oferta con valores calificados de anormalmente bajos ni ha quedado acreditado el carácter ilegítimo de los fondos percibidos por el instituto; además, el mismo lleva un sistema adecuado de contabilidad separada que impide que en los casos de ejecución de un proyecto con un

tercero –actuando como operador económico sujeto al ordenamiento privado– se produce una financiación por transferencia de la Generalitat de Cataluña.

m) Informe sobre la duda planteada respecto del trámite de audiencia en el procedimiento sancionador tras la propuesta de resolución. Si considera el trámite preceptivo, ¿de qué plazo dispondría el interesado expedientado para complementar tal trámite?

El artículo 84 de la LPAC permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado.

Por su parte, el artículo 89.2 de la LPAC establece que «una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados. La propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes».

De esta redacción resultan dos cuestiones: la primera de ellas es que ya no es posible prescindir del trámite de audiencia. Efectivamente, en los procedimientos sancionadores, el legislador ha sido explícito obligando a conceder dicho trámite al interesado sin prever supuesto alguno de omisión del mismo.

Queda a salvo, pues también está regulado en un artículo referido específicamente al procedimiento sancionador (art. 64 LPAC), la previsión contenida en su apartado 2.f, de que «en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, este podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada». Pero tal previsión no implica prescindir del trámite de audiencia, sino que no será necesaria formular propuesta de resolución por el instructor si en el trámite de audiencia tras la incoación el inculpado no ha formulado alegaciones. Sin embargo, nada dispone el precepto sobre si, aun sin propuesta de resolución (en realidad el acuerdo de iniciación adquiere tal carácter), debe concederse el trámite de audiencia propio de la propuesta de resolución. La seguridad jurídica aconseja que, transcurrido el plazo de audiencia con el acuerdo de iniciación sin alegaciones, la resolución sancionadora no se dicte sin haber transcurrido un nuevo plazo de audiencia, aun sin propuesta de resolución, pues el acuerdo de inicio adquiere tal carácter.

Otra cuestión resultante del artículo 89.2 es que no señala la ley el plazo en el que los interesados pueden formular alegaciones a la propuesta de resolución. Sí lo hacía el reglamento del procedimiento sancionador ya derogado (15 días, art. 19).

Tampoco se indica en el artículo 64.2 f) de la LPAC el plazo de audiencia a conceder tras el acuerdo de iniciación; circunstancia que también se contenía en el reglamento derogado

(15 días, art. 16). La doctrina ya se ha pronunciado en el sentido de suplir esta laguna con dos posibilidades: una, aplicar el mismo plazo establecido en el artículo 90.2 de la LPAC de 15 días concedido al inculpado para que alegue lo que estime conveniente cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución; otra, utilizar el mismo plazo de audiencia en los procedimientos en general: no inferior a 10 días ni superior a 15.

Por tanto, respondiendo directamente a la cuestión planteada sobre el trámite de audiencia tras la propuesta de resolución del instructor, caben dos posibilidades: no conceder dicho trámite si no resultan otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado; o conceder el trámite de audiencia en todo caso.

Consideramos que la seguridad jurídica aconseja que el instructor se pronuncie sobre las alegaciones formuladas por el interesado en el trámite de audiencia tras el acuerdo de iniciación y que se ponga en conocimiento del inculpado los razonamientos del instructor sobre esas alegaciones, antes de elevar la propuesta definitiva al órgano que haya de resolver el procedimiento sancionador. Además, el preceptivo trámite de audiencia tras la propuesta de resolución resulta de la dicción legal del artículo 89 de la LPAC, específico para el procedimiento sancionador.

En el ámbito autonómico, en los casos de los procedimientos sancionadores regulados al amparo de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el artículo 39 impone notificar la propuesta de resolución a los interesados indicándoles que disponen de un plazo de 15 días para formular alegaciones. Por tanto, coincidiendo esa regulación con la contenida y resultante de la interpretación de la regulación del procedimiento sancionador en la Ley 39/2015, nos mostramos favorables a conceder al inculpado trámite de audiencia tras la propuesta de resolución.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14 y 103.
- Código Civil, art. 1137.
- Ley 7/1985 (LRBRL), art. 75.
- Ley 38/2003 (subvenciones), arts. 17, 37, 40, 42 y 57.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 8, 15 y 16.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 21, 22, 23, 37, 47, 48, 58, 55, 62, 106, 110 y 112.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 3, 30 y 96.

- Ley 9/2017 (de contratos del sector público), arts. 71, 99, 101, 118, 140, 141, 149 y 150.
- Ley 2/2023 (Ley de protección del denunciante), arts. 2, 7 y 17.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 114 y 116.
- Real Decreto 887/2006 (Reglamento Ley 38/2003), arts. 4, 43 y 52.
- Real Decreto 871/2009 (Reglamento de la Ley de contratos), art. 30.
- Real Decreto 128/2018 (Régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), art. 3.
- Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), art. 4.
- SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de enero de 2006, de 22 de septiembre de 2008, de 30 de noviembre de 2020, de 19 de febrero de 2021, de 24 de febrero de 2021 y de 23 de enero de 2023.
- STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 597/2015, de 1 de octubre.
- Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 697/2014, de 23 de septiembre; 453/2015, de 14 de mayo, y 995/2019, de 6 de septiembre de 2019.
- Dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 31/2012, de 7 de mayo de 2013, y 15/2016, de 1 de marzo de 2018.



## CURSOS DE **FORMACIÓN A MEDIDA PARA EMPRESAS**

### ▾ Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

### ▾ Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente, o incluso desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos  
desde 1977



**+ 3.000**

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

**+ 14.425**

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

**+ 68.500**

Profesionales formados

**+ 342.000**

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

# XXXIV PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS



## Modalidades

El CEF.- Centro de Estudios Financieros convoca, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 34.ª edición para las modalidades de:

- Tributación
- Contabilidad y Sostenibilidad
- Derecho del Trabajo y Seguridad Social

La 30.ª edición para la modalidad de:

- Recursos Humanos

La 21.ª edición para las modalidades de:

- Derecho Civil y Mercantil
- Derecho Constitucional y Administrativo

La 10.ª edición para la modalidad de:

- Educación y Nuevas Tecnologías

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación en las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

## Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés. Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

## Lugar y plazo

Los trabajos se presentarán en la secretaría del CEF.- de Madrid: a la atención de Begoña Cob Montes, paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección.

El plazo finaliza el día 3 de mayo de 2024, a las 20:00 horas.

## Información sobre las bases

Puede consultar las bases del premio visitando [www.cef.es](http://www.cef.es)