CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 282 | Julio 2024

ISSN: 2697-1631

Criptoactivos y finanzas descentralizadas en la Unión Europea. ¿Cambio de paradigma en el delito de manipulación de mercado?

Mariano Castillo García

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma del texto refundido de la Ley concursal: nuevas limitaciones

Luis Giménez Sanmartín

El destino *post mortem* de los bienes digitales: la herencia y el testamento digital. ¿Se respeta la *memoria defuncti*?

Álvaro Adán Vega

CEF.-

MÁSTERES Y CURSOS

Potenciamos el talento que **transforma** empresas

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

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

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 282 | Julio 2024

Directora editorial

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

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo de redacción

Enrique Arnaldo Alcubilla. Catedrático de Derecho Constitucional. URJ y magistrado del Tribunal Constitucional

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

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

Ana Cremades Leguina. Socia de Pérez Llorca Abogados

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

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

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

Esther de Félix Parrondo. Socia de Cuatrecasas Abogados

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

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

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

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

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

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

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

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

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

José Ramón Navarro Miranda. Presidente de la Audiencia Nacional

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

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

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

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

Edita

Centro de Estudios Financieros

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

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

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

Suscriptores 25 €

No suscriptores 30 €

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: **revistaceflegal@udima.es**
Edición digital: **https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index**
Depósito legal: M-8500-2001
ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:

AENOR GESTIÓN DE LA CALIDAD ISO 9001 ER-1208/2002
AENOR GESTIÓN AMBIENTAL ISO 14001 GA-2023/0146
AENOR SEGURIDAD INFORMACIÓN ISO/IEC 27001 SI-0101/2021
IQNET

Imprime

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

Indexación y calidad

Dialnet · CIRC · We are ossrec! Member · CARHUS Plus+ · latindex · ÍnDICEs CSIC · MIAR · WorldCat

une Unión de Editoriales Universitarias Españolas

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

Todos los derechos reservados.

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

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

Sumario

Estudios doctrinales

Civil-mercantil

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma del texto refundido de la Ley concursal: nuevas limitaciones 5-28

The legal discharge regime of unsatisfied debt after the reform of the bankruptcy law: new limitations

Luis Giménez Sanmartín

El destino *post mortem* de los bienes digitales: la herencia y el testamento digital. ¿Se respeta la memoria *defuncti*? 29-60

The post-mortem fate of digital assets: digital inheritance and testament. Is the privacy of the deceased respected?

Álvaro Adán Vega

Penal

Criptoactivos y finanzas descentralizadas en la Unión Europea. ¿Cambio de paradigma en el delito de manipulación de mercado? 61-92

Cryptoassets and decentralized finance in the European Union. Paradigm shift in the crime of market manipulation?

Mariano Castillo García

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

Audiencia de los menores en la adopción de medidas sobre custodia (Comentario de la STS de 27 de mayo de 2024) 93-102
Casto Páramo de Santiago

Casos prácticos

Civil

La despenalización de la imprudencia leve y su conversión en cuestión civil 103-115
Adelaida Medrano Aranguren

Administrativo

Convenio administrativo para el uso de un bien demanial y subvenciones públicas 116-136
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

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

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma del texto refundido de la Ley concursal: nuevas limitaciones

Luis Giménez Sanmartín

Técnico de Hacienda

Ponente del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña (España)

luis_g_s92@hotmail.com | https://orcid.org/0009-0005-4367-6160

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

La reforma del artículo 487 del texto refundido de la Ley concursal, introducida por la Ley 16/2022, ha supuesto un cambio significativo en los requisitos que deben cumplir los deudores en situación de concurso para poder acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Con la nueva regulación se impide la exoneración de aquellos deudores que hubieran sido sancionados en vía administrativa por la comisión de determinadas infracciones tributarias o del orden social, así como la de aquellos que hubieran sido objeto de un acuerdo de derivación de responsabilidad durante los 10 años anteriores a la fecha de la solicitud de exoneración.

Las consecuencias derivadas de la nueva regulación son diversas: se impide al deudor la exoneración de la totalidad de sus deudas y no únicamente de las que traen causa en las citadas resoluciones administrativas, no se considera la naturaleza de las infracciones o de los acuerdos de derivación (cuya casuística es inmensa), se omite toda referencia a la eventual prescripción de dichas deudas... *De facto*, también se altera el orden de prelación de los créditos concursales, pues los derivados de las sanciones administrativas que deben abonarse para acceder a la exoneración, que tienen el carácter de créditos subordinados, se abonarán antes que los restantes créditos y en perjuicio de los restantes acreedores. Por último, la nueva redacción del artículo constituye una vulneración de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, cuya finalidad es facilitar el acceso a la exoneración de los deudores, permitiendo condicionar dicha exoneración a un reembolso parcial de la deuda, pero considerando la situación individual del empresario. La prohibición sistemática de la exoneración por la comisión de una infracción o el hecho de haber sido objeto de un acuerdo de derivación de responsabilidad resulta contraria a la finalidad perseguida por la directiva.

Palabras clave: concurso de acreedores; insolvencia; pasivo insatisfecho; exoneración; derivación de responsabilidad; sanción administrativa; crédito concursal; Directiva 2019/1023.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 03-07-2024

Cómo citar: Giménez Sanmartín, L. (2024). El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma del texto refundido de la Ley concursal: nuevas limitaciones. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, *282*, 5-28. https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19025

© Centro de Estudios Financieros (03-07-2024)
Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

The legal discharge regime of unsatisfied debt after the reform of the bankruptcy law: new limitations

Luis Giménez Sanmartín

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

The reform of the article 487 of the bankruptcy Law, introduced by Law 16/2022, has brought about a significant change in the requirements that debtors must meet in insolvency situations in order to benefit from the discharge of unsatisfied debt. With the new regulation, exoneration is prevented for debtors who have been administratively sanctioned for some tax or social order infractions, as well as for those who have been subject to a liability transfer agreement during the previous ten years to the date of the exoneration request.

The consequences of the new regulation are diverse: debtors are prevented from being fully exonerated from their debts, not only those stemming from the aforementioned administrative resolutions; the nature of these infractions or the liability transfer agreements is not considered (with a vast range of possibilities); there is no mention of the potential prescription of these debts... In practice, the priority of the insolvency credits is also altered, since those derived from administrative sanctions that must be paid to access exoneration, classified as subordinated credits, will be paid before other credits and to the detriment of other creditors. Finally, the new wording of the article constitutes a violation of Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council, dated June 20, 2019, which aims to facilitate debtors' access to exoneration, allowing aforementioned exoneration to be conditioned on a partial repayment of the debt, while considering the individual entrepreneur's situation. The systematic prohibition of exoneration due to an infraction or the fact of having been subject to a liability transfer agreement is contrary to the purpose pursued by the directive.

Keywords: bankruptcy; insolvency; unsatisfied debt; exoneration; liability transfer; administrative sanction; insolvency credits; Directive 2019/1023.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 03-07-2024

Citation: Giménez Sanmartín, L. (2024). El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma del texto refundido de la Ley concursal: nuevas limitaciones. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, *282*, 5-28. https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19025

Sumario

1. Introducción
2. Infracciones de Seguridad Social y del orden social
3. Acuerdos de derivación de responsabilidad
4. La firmeza de las resoluciones administrativas y la revocación de la exoneración
5. La satisfacción íntegra de la responsabilidad
   5.1. Referencia a la prescripción
6. La exoneración en caso de sanciones graves
   6.1. La determinación del importe de la sanción
   6.2. La cuantía susceptible de exoneración
7. Las sanciones administrativas: ¿créditos subordinados?
8. La exoneración del crédito público
9. La adecuación del artículo a la Directiva 2019/1023
10. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

La redacción del artículo 487 del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal, antes de la modificación introducida por la Ley 16/2022, establecía que «solo podrá solicitar el beneficio de exoneración de responsabilidad el deudor persona natural que sea de buena fe».

Este precepto determinaba la buena fe del deudor por referencia al cumplimiento de dos requisitos: que el concurso no hubiera sido declarado culpable (salvo por el incumplimiento del deudor del deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, en cuyo caso el juez podría conceder la exoneración atendiendo a las circunstancias del caso) y que el deudor no hubiera sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.

La determinación de la buena fe del concursado en función del cumplimiento de tales requisitos ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina. Se ha señalado que el concepto de la buena fe no es valorativo, como el regulado en el artículo 7.1 del Código Civil, sino normativo, pues se establece en función del cumplimiento de determinados requisitos (Díaz, 2021, pp. 306-307). Se elaboran una serie de supuestos y circunstancias que, de concurrir, determinan la mala fe del deudor. Igualmente se ha criticado el hecho de que la prohibición de la exoneración por la comisión de un delito

> significa la imposición de una sanción de derecho privado en razón de justificaciones ajenas al derecho privado patrimonial, para cuya valoración participan criterios de disvalor diferentes a los concurrentes en la delimitación de las penas en el ámbito penal-público, y que se vinculan con la protección de determinados y particulares bienes jurídicos (Alarcón, 2021, p. 334).

El Tribunal Supremo vino a confirmar este sistema normativo[1] señalando que la buena fe del deudor concursal no debe determinarse por referencia al concepto general establecido en el artículo 7.1 del Código Civil, sino al cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 178.3 (art. 487 del texto refundido) de la ya derogada Ley concursal de 2003.

Este sistema contrastaba con el aplicado en otros Estados miembros, en los que la buena fe del deudor puede ser valorada por el juez en función de determinados criterios establecidos en la ley. A título de ejemplo, en Italia o Francia se determina que el deudor ha obrado de mala fe, entre otros supuestos, cuando su endeudamiento es consecuencia de un recurso excesivo al crédito en relación con su capacidad patrimonial o cuando el deudor era consciente de que la deuda era excesiva y no tenía capacidad ni voluntad para hacer frente a la misma; circunstancias que serán valoradas por el juez del concurso (Cuena, 2021, p. 55). En esencia, la exoneración del deudor se determina en función de la buena fe en las relaciones mantenidas con sus acreedores.

Una de las finalidades principales perseguidas por la Ley 16/2022, además de llevar a cabo la transposición de la Directiva (UE) 2019/2013, es la de facilitar el acceso a la exoneración a los deudores de buena fe. Así, en la exposición de motivos de la citada ley se afirma que «el concurso pretende identificar a los deudores de buena fe y ofrecerles una exoneración parcial de su pasivo insatisfecho que les permita beneficiarse de una segunda oportunidad, evitando su paso a la economía sumergida o a una situación de marginalidad». Igualmente se recoge que uno de los ejes de la reforma de la directiva es «que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un periodo de tiempo razonable». También encontramos en la exposición de motivos que «se acoge un sistema de exoneración por mérito en el que cualquier deudor, sea o no empresario, siempre que satisfaga el estándar de buena fe en que se asienta este instituto, puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas que, de forma excepcional y por su especial naturaleza, se consideran legalmente no exonerables». Igualmente se refleja en el preámbulo de la ley que las estadísticas muestran que en nuestro país se ha hecho escaso uso de la exoneración del pasivo insatisfecho en comparación con otros Estados miembros, marcando como objetivo superar la limitación de nuestro sistema de exoneración.

[1] Véase Sentencia núm. 381/2019, de fecha 2 de julio de 2019 (rec. núm. 3669/2016, NormaCEF NCJ064148).

Sin embargo, la modificación del artículo 487 introduce una limitación adicional absurda, que no se contemplaba en modo alguno en la regulación anterior y que resulta contraria a la supuesta finalidad perseguida por la reforma, pues dificulta en gran medida el acceso a la exoneración a los concursados. Contrariamente a lo pretendido por la ley, se limita la exoneración del pasivo insatisfecho por referencia a circunstancias que no atienden a la buena fe del deudor.

La modificación del artículo 487 introduce un sistema valorativo como el anteriormente referido, al prohibir expresamente la exoneración cuando el deudor haya proporcionado información falsa o engañosa o haya actuado de forma temeraria o negligente al contraer su endeudamiento, o cuando ha incumplido los deberes de colaboración o información (apartados 5.º y 6.º del art. 487.1 del texto refundido); circunstancia que deberá ser apreciada por el juez del concurso atendiendo a las circunstancias personales del deudor.

Sin embargo, también se mantiene el sistema normativo vigente antes de la modificación, pues el concursado continúa sin poder obtener la exoneración cuando el concurso ha sido declarado culpable o cuando el deudor ha sido condenado por determinados delitos. A ello se añade un requisito adicional: el nuevo ordinal 2.º del artículo 487.1 del texto refundido, que determina que no podrá obtener la exoneración el deudor «cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad». En su párrafo segundo añade que si se trata de infracciones graves, «no podrán obtener la exoneración aquellos deudores que hubiesen sido sancionados por un importe que exceda del cincuenta por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a la que se refiere el artículo 489.1.5.º, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubieran satisfecho íntegramente su responsabilidad».

Es objeto del presente estudio analizar las implicaciones prácticas derivadas del artículo trascrito.

2. Infracciones de Seguridad Social y del orden social

Se prohíbe expresamente la exoneración cuando el deudor «hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social».

El párrafo segundo del mismo artículo añade que tampoco podrán obtener la exoneración los deudores sancionados por la comisión de infracciones graves «por un importe que

exceda del cincuenta por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a la que se refiere el artículo 489.1.5.º».

Si bien respecto a las infracciones tributarias resulta obvio que la exoneración no cabe en ningún caso cuando tengan la clasificación de muy grave, y en el caso de infracciones graves únicamente cuando la base de la sanción impuesta no exceda de determinada cuantía, tal claridad no se infiere respecto de las infracciones de seguridad social o del orden social.

De la interpretación literal del artículo resulta que no podrá obtener la exoneración el deudor que hubiera sido sancionado por infracciones de seguridad social o del orden social, sea cual fuere la gravedad de las infracciones cometidas.

En consecuencia, no podría obtener la exoneración el empresario sancionado por la comisión de cualquiera de las infracciones leves previstas en el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. Podemos citar las infracciones consistentes en no limpiar adecuadamente el centro de trabajo o no exponer en este el calendario laboral vigente; ambas infracciones leves tipificadas en los artículos 11.1 y 6.1, respectivamente, del citado real decreto.

Para evitar que circunstancias como las mencionadas impidan la exoneración del deudor, la interpretación teleológica de la norma nos lleva a considerar que no podrá obtener la exoneración el deudor sancionado por infracciones de seguridad social o del orden social, pero únicamente cuando estas se encuentren tipificadas como muy graves. En cambio, la imposición de sanciones por la comisión de infracciones leves no debe afectar al beneficio de la exoneración.

Respecto a las infracciones graves, resultaría igualmente aplicable lo establecido en el párrafo segundo del artículo 487.1.2.º) para las infracciones tributarias; decir, la prohibición de la exoneración únicamente cuando el importe de la sanción impuesta al deudor por infracción grave de seguridad social u orden social exceda del 50 % de la cuantía susceptible de exoneración para las deudas por créditos de la seguridad social establecida en el artículo 489.1.5.º.

Sin embargo, aun optando por la interpretación anterior, parece un error impedir la exoneración por la comisión de este tipo de infracciones, pues la casuística de las infracciones de seguridad social y del orden social es inmensa. No es objeto de este estudio analizarla, pero a título de ejemplo podemos citar el supuesto especial de las comunidades de bienes, en el que «de las sanciones administrativas impuestas responderá en primer lugar el patrimonio separado de la misma; y, una vez agotado este, responderán los partícipes con su patrimonio ilimitadamente» (Pérez, 2005, p. 153).

En un caso como el citado, no parece razonable impedir la exoneración de un partícipe de una comunidad de bienes cuando es posible que ni siquiera haya participado activamente en la comisión de la infracción, sin perjuicio de la responsabilidad sancionadora derivada de la misma por su condición de comunero.

3. Acuerdos de derivación de responsabilidad

Otra de las novedades introducidas tras la reforma es la prohibición de la exoneración del concursado respecto del que se hubiera dictado un acuerdo firme de derivación de responsabilidad.

En los últimos años, las actuaciones de derivación de responsabilidad llevadas a cabo por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) han experimentado un incremento sustancial. Según la memoria de la Agencia Tributaria del año 2021, dichas resoluciones aumentaron de 26.746 en el año 2020 a 29.078 en el año 2021, lo que supone un incremento del 8,7 %. De 2019 a 2020, dicho incremento fue del 13,6 %, pasando de 23.552 a 26.746[2].

Esta circunstancia, unida a la modificación operada, va a impedir la exoneración de muchas personas físicas, dado que en muchos casos la totalidad o parte de su situación de insolvencia trae causa de acuerdos de derivación de responsabilidad efectuados por la AEAT (Albiol, p. 1.052).

La norma no hace distinción entre los distintos supuestos de responsabilidad previstos en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (en adelante, LGT), una distinción que, a nuestro juicio, habría sido totalmente necesaria, como expondremos a continuación.

La prohibición de la exoneración cuando la responsabilidad se ha derivado a personas físicas como consecuencia de haber creado entidades con el fin de utilizarlas como medio para eludir la responsabilidad frente a la Hacienda Pública, en supuestos como los previstos en los apartados g) y h) del artículo 43.1 de la LGT, sirve como instrumento para proteger el crédito público frente a tales actuaciones. De este modo se impide que el obligado tributario al que se ha derivado responsabilidad por el empleo de medios fraudulentos y ha obrado con mala fe intentando eludir sus obligaciones tributarias pueda acudir al concurso de acreedores y a la ulterior exoneración para liberarse de dicha responsabilidad frente a la Agencia Tributaria. Lo señalado resulta igualmente predicable cuando la responsabilidad se deriva a administradores de personas jurídicas que no han actuado con la diligencia exigida en el ejercicio de su cargo para el adecuado cumplimiento de las obliga-

[2] Véase la dirección https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/informacion-institucional/memorias.html

ciones tributarias de las entidades; supuestos establecidos en las letras a) y b) del artículo reseñado en el párrafo anterior.

Sin embargo, no parece razonable impedir la exoneración cuando el responsable tributario tiene tal condición por ser partícipe de una comunidad de bienes que no ha cumplido determinada obligación tributaria –art. 42.1 b) LGT– o por haber adquirido bienes afectos al pago de la deuda tributaria –art. 43.1 d)–. Especialmente destacable es el segundo supuesto mencionado, en el que la responsabilidad derivada se limita únicamente al bien adquirido, de acuerdo con el artículo 79 de la LGT.

En casos como los señalados, no solo no se predica la mala fe respecto del responsable, sino que será probable que las deudas derivadas no guarden relación con la actividad empresarial o profesional del deudor ni con su situación posterior de insolvencia. Por tanto, resulta desmedido impedir el acceso a la exoneración al concursado al que, en los 10 años anteriores, se le ha notificado un acuerdo de derivación por alguno de estos supuestos de responsabilidad.

Aun más impactante resulta el hecho de que en tales supuestos de derivación, la prohibición de la exoneración no alcanza únicamente a las deudas que traigan causa en los acuerdos de derivación de responsabilidad, ni siquiera a las deudas por créditos públicos, sino que se extiende a la totalidad de los créditos concursales y contra la masa devengados.

Como hemos señalado anteriormente, si la finalidad de la reforma introducida por la Ley 16/2022 es facilitar el acceso a la exoneración a los deudores de buena fe, carece de sentido condicionar dicha exoneración a la inexistencia de acuerdos de derivación de responsabilidad, pues no toda derivación se basa en la mala fe del responsable.

Debe destacarse que, en los supuestos en los que el concurso de una sociedad de la que el deudor era administrador o socio hubiera sido declarado culpable, este hecho no impide la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho por parte de dicho deudor (Ruiz, 2021, p. 115). Por contraposición, los acuerdos de derivación de las deudas de una sociedad a su administrador sí impedirán dicha exoneración.

Para proteger el crédito público procedente de acuerdos de derivación de responsabilidad bastaría con limitar la prohibición de la exoneración únicamente a las deudas tributarias procedentes de tales acuerdos. Resulta excesivo impedir la exoneración de la totalidad de los créditos concursales y contra la masa.

4. La firmeza de las resoluciones administrativas y la revocación de la exoneración

No obstante lo expuesto en los puntos anteriores, no toda resolución sancionadora o acuerdo de derivación de responsabilidad impide la exoneración del concursado, se requie-

re además que dichas resoluciones hayan alcanzado firmeza, o lo que es lo mismo, que no quepa recurso administrativo o contencioso-administrativo frente a las mismas.

Si las deudas derivadas de sanciones o acuerdos de derivación se encuentran recurridas en vía administrativa o judicial, tales créditos se reconocerán como sometidos a condición resolutoria, hasta que los recursos se hayan resuelto (Argente *et al.*, 2020, p. 164).

Esta circunstancia permitirá a los deudores sancionados o a los que se hubiera derivado responsabilidad alcanzar la plena exoneración de sus deudas aunque no puedan satisfacer la responsabilidad derivada de tales resoluciones, siempre y cuando estas no hubieran adquirido firmeza.

El artículo 493.1-3.º del texto refundido permite a cualquier acreedor solicitar la revocación de la exoneración «si en el momento de la solicitud estuviera en tramitación un procedimiento penal o administrativo de los previstos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado 1 del artículo 487, y dentro de los tres años siguientes a la exoneración en caso de inexistencia o liquidación de la masa activa, o a la exoneración provisional en caso de plan de pagos, recayera sentencia condenatoria firme o resolución administrativa firme».

Sin embargo, el plazo conjunto de duración de la tramitación de los recursos de reposición, las reclamaciones económico-administrativas y los recursos contencioso-administrativos concede al concursado respecto al que se estuviera tramitando uno de los procedimientos administrativos o contenciosos señalados la posibilidad de impedir dicha revocación, como expondremos a continuación.

Las resoluciones sancionadoras y los acuerdos de derivación de responsabilidad pueden ser impugnados mediante la interposición de recurso de reposición o reclamación económico-administrativa[3], impidiendo así que la resolución impugnada alcance firmeza. También cabe interponer recurso de reposición y, contra la resolución de este, reclamación económico-administrativa ante el tribunal económico-administrativo competente. Por último, la resolución dictada por este tribunal podrá ser impugnada mediante recurso contencioso-administrativo en vía judicial, de acuerdo con el 249 de la LGT.

El plazo previsto en la referida ley para notificar la resolución del recurso de reposición es de un mes contado desde su interposición. En el caso de las reclamaciones económico-administrativas, la duración del procedimiento es de un año desde la interposición de la reclamación (art. 240 LGT) o de 6 meses si se trata de un procedimiento abreviado (art. 247 LGT). Sin embargo, en la práctica estos plazos suelen alargarse más allá de lo previsto en la normativa.

[3] Véanse los artículos 222 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

En la memoria de los tribunales económico-administrativos correspondiente al año 2021[4] se recoge que «se continúa prestando especial atención en alejar la resolución de reclamaciones de los plazos de prescripción». Teniendo en cuenta que la deuda tributaria prescribe a los cuatro años contados desde la interposición de la reclamación económico-administrativa[5] (obviando determinadas actuaciones interruptivas de la prescripción que tienen lugar durante la tramitación del procedimiento, como la presentación de alegaciones por parte del reclamante), este dato nos indica que la resolución de las reclamaciones se sitúa lejos del plazo de resolución de un año previsto en la ley.

Algo similar sucede con la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de la que podemos determinar con mayor precisión la duración media de los procedimientos. Según datos del Consejo General del Poder Judicial[6], la estimación del tiempo medio de duración de un procedimiento contencioso-administrativo seguido ante los tribunales superiores de justicia (órganos competentes para conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a las resoluciones de los tribunales económico-administrativos regionales), era de 16 meses en el año 2021. Considerando únicamente los recursos interpuestos frente a actos de la Administración tributaria, el plazo aumenta hasta los 18 meses.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que, en la mayoría de los casos, la duración de los procedimientos de revisión administrativos y contencioso-administrativos excederá ampliamente del plazo de tres años de que disponen los acreedores para solicitar la revocación de la exoneración. En tanto no adquiera firmeza la resolución administrativa sancionadora o de derivación de responsabilidad, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, y su concesión no podrá ser revocada. De modo que lo único que debe hacer el concursado es recurrir dicha resolución en vía administrativa y judicial, y continuar recurriendo hasta alcanzar el citado plazo de tres años.

Evidentemente, si el deudor obtiene una resolución o sentencia favorable en cualquiera de las instancias de revisión, anulándose la resolución recurrida, quedará exento de responsabilidad y se mantendrá la exoneración concedida. Pero aun cuando el acuerdo sancionador o de derivación de responsabilidad se confirme en todas las instancias, la exoneración obtenida no podrá ser revocada por haberse excedido el plazo de tres años de que disponen los acreedores para solicitarla.

La conclusión extraída aparece doblemente reforzada en el artículo 493 del texto refundido. Por un lado, el ordinal 3.º del apartado 1, ya citado, permite solicitar la revocación si

[4] Véase la dirección https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/TEAC/Memorias%20TEAC/Memoria-TEA-2021.pdf

[5] Artículo 68 de la LGT.

[6] Véase la dirección https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales/

la resolución administrativa deviene firme dentro del plazo de los tres años siguientes a la exoneración. Por otro, el apartado 2 del mismo artículo prohíbe expresamente solicitar la revocación una vez transcurran tres años desde la concesión de la exoneración.

5. La satisfacción íntegra de la responsabilidad

Alcanzada la firmeza de la resolución sancionadora o del acuerdo de derivación de responsabilidad, el único medio del deudor para obtener la exoneración será abonar la deuda derivada de tales resoluciones.

Antes de la reforma, la concesión de la exoneración se condicionaba a la íntegra satisfacción de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, de no haberse intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, también del 25 % de los créditos ordinarios[7]. También se permitía acceder a la exoneración al deudor que, aun no habiendo satisfecho los créditos anteriores, los incluyera en un plan de pagos[8].

Tras la reforma, desaparece el requisito anterior, de modo que podrá solicitar la exoneración el concursado aun no habiendo satisfecho los créditos contra la masa y privilegiados. La exoneración puede extenderse a la totalidad de las deudas insatisfechas, salvo las previstas en el artículo 489.

Sin embargo, la prelación para el cobro de la que gozaban en el concurso los créditos privilegiados y contra la masa se traslada, tras la reforma, a los créditos públicos procedentes de sanciones y acuerdos de derivación de responsabilidad, toda vez que será preciso haber satisfecho estas deudas para que el concursado pueda obtener la exoneración. Esta circunstancia, además de dificultar la obtención de dicho beneficio, como ya hemos comentado anteriormente, redundará en perjuicio de los restantes acreedores personados en el concurso, pues el deudor destinará los recursos de que pueda disponer al pago de dichas deudas antes de afrontar el pago de los restantes créditos, cualquiera que sea su naturaleza.

Sentado lo anterior, la consecuencia directa será que las sanciones impuestas por infracciones muy graves, que aun tras la reforma conservan el carácter de créditos subordinados, ostentarán en el concurso de acreedores un privilegio para el cobro aún mayor que el conferido a los créditos contra la masa o a los privilegiados.

---

[7] Véase el artículo 488 del texto refundido, en su redacción vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2022.

[8] Véanse los artículos 493 y 495 del texto refundido, en su redacción vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2022.

5.1. Referencia a la prescripción

En este punto conviene hacer una breve referencia a la eventual prescripción que pueda producirse respecto de las deudas derivadas de resoluciones sancionadoras y acuerdos de derivación de responsabilidad.

El legislador establece un plazo de 10 años previo a la solicitud de exoneración, durante el cual el deudor no debe haber sido sancionado o ni objeto de un acuerdo de derivación firme. En caso contrario, configura la satisfacción de la responsabilidad derivada de tales actos como único medio para acceder a la exoneración.

Sin embargo, se omite toda referencia a los restantes modos de extinción de estas deudas tributarias, en particular la prescripción. De acuerdo con el artículo 190 de la LGT, «las sanciones tributarias se extinguen por el pago o cumplimiento, por prescripción del derecho para exigir su pago». A continuación, este precepto remite a las normas generales sobre la prescripción de las deudas liquidadas.

Los artículos 66 y siguientes de la LGT determinan que el derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas liquidadas, aplicable a las sanciones y los acuerdos de derivación de responsabilidad, prescribirá a los cuatro años contados desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo de pago en periodo voluntario. De modo que el concursado que en los 10 años anteriores a la solicitud de exoneración hubiera estado incurso en alguno de los supuestos del artículo 487.1.2.º del texto refundido podría ver extinta, en virtud de la prescripción, la deuda derivada de la resolución sancionadora o del acuerdo de derivación sin haber satisfecho la responsabilidad derivada de la misma.

Considerando que la prescripción extingue la responsabilidad derivada de las deudas tributarias del mismo modo que el pago o cumplimiento[9], debe entenderse que, si bien el artículo 487.1.2.º del texto refundido condiciona la exoneración al hecho de que el deudor hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad, la eventual prescripción ganada por el concursado respecto de las deudas procedentes de sanciones o acuerdos de derivación producirá el mismo efecto que la satisfacción de la responsabilidad mediante el pago a efectos de obtener la exoneración.

El precepto incurre en el error de considerar el pago o satisfacción de responsabilidad como único medio de extinción de las deudas tributarias. Más acertado habría sido emplear la expresión «salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración se hubiera extinguido íntegramente su responsabilidad».

[9] Artículo 59 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

6. La exoneración en caso de sanciones graves

La mayor problemática del artículo analizado la encontramos en su segundo párrafo, cuyo tenor literal es el siguiente:

> En el caso de infracciones graves, no podrán obtener la exoneración aquellos deudores que hubiesen sido sancionados por un importe que exceda del cincuenta por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a la que se refiere el artículo 489.1.5.º, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubieran satisfecho íntegramente su responsabilidad.

En primer lugar, este párrafo alude únicamente a «infracciones graves», sin especificar si se trata, como en los casos anteriores, únicamente de infracciones tributarias o si comprende también las infracciones de seguridad social y del orden social.

En segundo lugar, se omite toda referencia a la firmeza de la resolución sancionadora, como sí se contempla para el caso de las sanciones impuestas por infracciones muy graves y para los acuerdos de derivación de responsabilidad. Nuevamente, la interpretación finalista del artículo conduce a considerar que se refiere únicamente a las resoluciones firmes, pues dicha firmeza se exige respecto de las sanciones impuestas por infracciones muy graves y los acuerdos de derivación.

Por último, del tenor literal del precepto se infiere que debe considerarse el importe íntegro de la sanción impuesta para determinar si el deudor puede o no acceder a la exoneración, y no se determina cuál es la cuantía susceptible de exoneración por la AEAT a la que se refiere el artículo 489.1.5.º. De estas dos cuestiones nos ocupamos a continuación.

6.1. La determinación del importe de la sanción

Del artículo resulta que el importe de la sanción impuesta debe determinarse atendiendo a su importe íntegro, es decir, antes de aplicar las reducciones a las que el sujeto infractor pueda tener derecho en virtud del artículo 188 de la LGT.

De acuerdo con lo anterior, el concursado que haya sido sancionado por la comisión de una infracción grave por importe de 6.000 euros tendrá vedada la exoneración por exceder dicha cuantía del 50 % de la susceptible de exoneración a la que se refiere el artículo 489.1.5 del texto refundido, como veremos a continuación. Sin embargo, en caso de no haberse interpuesto recurso o reclamación frente a la sanción, la cuantía de esta podría verse reducida hasta en un 65 %, de acuerdo con lo previsto en el artículo 188.1 a) de la LGT. En este

caso, el importe de la sanción reducida sería de 2.100 euros, supuesto en el que el concursado sí podría acogerse a la exoneración al no superar el límite anterior.

Aunque del tenor del artículo se deduce que el importe de la sanción se entiende referido al íntegro, antes de aplicar las reducciones, de acuerdo con la finalidad perseguida por la Ley 16/2022, que supuestamente es facilitar el acceso a la exoneración a los deudores de buena fe, dicho importe debe determinarse atendiendo al resultante de la sanción reducida. Este razonamiento encuentra su fundamento en dos motivos lógicos:

1. El primero de ellos es que el crédito concursal que ostenta la Hacienda Pública frente al deudor será el importe de la sanción una vez aplicadas las reducciones procedentes y no su importe íntegro. Carece de toda lógica impedir el acceso a la exoneración a un deudor incurso en un supuesto como el anteriormente mencionado, pues se estaría atendiendo a un importe que excede de la deuda del concursado frente a la Hacienda Pública para impedir la exoneración.

2. Por otra parte, se permite la exoneración del deudor sancionado por la comisión de una infracción muy grave, siempre que se hubiera satisfecho la responsabilidad derivada de la misma. Para ello deberá abonarse el importe resultante de la sanción reducida y no su importe íntegro. Por analogía, para determinar el importe de la sanción no satisfecha a efectos de la solicitud de exoneración debe considerarse su importe reducido. Lo contrario supondría un agravio hacia los deudores con menos recursos, que carecen de medios suficientes para abonar el importe de las sanciones, frente a aquellos que pueden optar por la exoneración pagando la deuda derivada de las mismas.

6.2. La cuantía susceptible de exoneración

El gran problema que plantea el artículo lo encontramos en la remisión a la cuantía susceptible de exoneración a que se refiere el artículo 489.1.5.º, pues el deudor sancionado no podrá acceder a la exoneración cuando el importe de las sanciones exceda del 50 % de dicha cuantía.

El artículo 489.1.5.º limita la exoneración de los créditos de derecho público, cuya gestión recaudatoria competa la AEAT «hasta el importe máximo de diez mil euros por deudor; para los primeros cinco mil euros de deuda la exoneración será integra, y a partir de esta cifra la exoneración alcanzará el cincuenta por ciento de la deuda hasta el máximo indicado».

Resulta difícil dilucidar cuál es la voluntad del legislador al limitar el importe de las sanciones impuestas por infracciones graves a dicha cuantía. *A priori*, ello implicaría que no puede obtener la exoneración el deudor sancionado por un importe superior a 5000 euros. A título de ejemplo:

- Las sanciones graves cuyo importe no exceda de 5.000 euros no impedirán en ningún caso la exoneración del deudor. Las deudas por créditos de derecho público pueden exonerarse en su totalidad hasta el citado importe, por lo que el 50 % del mismo no excederá del 50 % de la cuantía susceptible de exoneración, es decir, 2.500 euros.
- Ahora bien, las sanciones que excedan de dicho importe impedirían en todo caso la exoneración del deudor. Así, una sanción muy grave por importe de 6.000 euros podría exonerarse en la cuantía de 5.500 euros, al ser exonerables los primeros 5.000 euros en su totalidad y el 50 % de los 1.000 restantes. En este caso, el 50 % de la cuantía susceptible de exoneración sería 2.250 euros (50 % de 5.500). Siendo el importe de la sanción impuesta de 6.000 euros, el deudor no podría acceder a la exoneración, al exceder dicha cuantía del 50 % de la exonerable.

Sin embargo, del precepto no resulta claro que para determinar el importe de la cuantía exonerable debamos atenernos al importe de la sanción impuesta. Se podría interpretar dicho artículo en el sentido de que se efectúa la remisión a la cuantía máxima susceptible de exoneración establecida en el artículo 489.1.5.º. De este modo, podrían exonerarse los deudores sancionados por infracciones graves cuando la cuantía de dichas sanciones no excediera de 10.000 euros, dado que el 50 % de dicha cuantía asciende a 5.000 euros. Nuevamente, esta interpretación resulta más acorde a la finalidad perseguida por la reforma de facilitar la exoneración de los concursados.

7. Las sanciones administrativas: ¿créditos subordinados?

Conviene hacer una referencia a la situación de los créditos concursales derivados de sanciones administrativas tras la reforma introducida por la Ley 16/2022.

En virtud del artículo 281.1.4.º del texto refundido, los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias continúan teniendo el carácter de créditos subordinados, si bien en determinados supuestos pueden considerarse créditos contra la masa. Parte de la doctrina ha señalado que

> las sanciones impuestas con posterioridad a la declaración de concurso (por mucho que las infracciones se hayan cometido con anterioridad a tal fecha) son créditos contra la masa. Ello no obstante, una interpretación teleológica de la normativa aplicable parece abogar por que se consideren créditos concursales si la infracción se cometió con carácter previo a la declaración de concurso y, en otro caso, créditos contra la masa (Lucas, 2016, p. 188).

Siguiendo las líneas anteriores, en la mayoría de los casos los créditos por sanciones tributarias serán créditos subordinados, pues lo habitual será que las infracciones se hayan

cometido con carácter previo a la declaración de concurso. Pero tras la reforma del texto refundido, en la práctica será dudoso que las sanciones administrativas continúen teniendo el carácter de créditos subordinados.

Ello es debido a que, como ya hemos comentado anteriormente, el deudor que carezca de bienes suficientes para satisfacer la totalidad de las deudas (circunstancia habitual en el concurso de acreedores) intentará optar por la exoneración de las que no pueda pagar. Y para ello deberá destinar, en primer lugar, los recursos de que disponga al pago de los créditos públicos derivados de las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves de carácter tributario, de seguridad y del orden social; y, en su caso, de las infracciones graves de esta naturaleza. De este modo, se antepone el pago de unos créditos que en principio tienen el carácter de subordinados al pago de los créditos privilegiados e incluso de los créditos contra la masa.

Esta circunstancia no solo dificultará al deudor la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho, sino que redundará en perjuicio de los restantes acreedores del concurso, pues limitará los recursos disponibles para el pago de sus créditos.

Si bien esta extraña prelación del crédito subordinado derivado de sanciones solo se aplica a las anteriormente mencionadas (tributarias y de seguridad social de carácter grave o muy graves), los créditos derivados de las restantes sanciones muy graves también gozan de una especial protección para su cobro tras la reforma introducida por la Ley 16/2022. Así, el artículo 489.1.6.º del texto refundido prohíbe expresamente la exoneración de «las deudas por multas a que hubiera sido condenado el deudor en procesos penales y por sanciones administrativas muy graves». De este modo, la totalidad de las sanciones administrativas impuestas por infracciones muy graves (y no solo las de los órdenes tributario y social) en ningún caso serán exonerables.

Como conclusión de lo expuesto podemos afirmar que, a pesar de que el artículo 281.1.4.º del texto refundido clasifica las sanciones como créditos subordinados, en la práctica únicamente tendrán tal carácter las sanciones impuestas por infracciones leves y graves, a excepción de las sanciones graves impuestas por infracciones tributarias y del orden social cuyo importe exceda de la cuantía que impide la exoneración del concursado.

Las sanciones a las que alude el artículo 487.1.2.º del texto refundido tendrán una prelación para el cobro superior a la que ostentan los créditos privilegiados, como ya hemos mencionado anteriormente.

Respecto a las restantes sanciones administrativas muy graves, si bien *de facto* conservan el carácter de créditos subordinados, la prohibición de su exoneración otorgará igualmente un privilegio especial para su cobro. Cuando el concursado obtenga el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, los acreedores carecerán de acción frente al deudor para el cobro de las deudas exoneradas (salvo solicitar la revocación de la exoneración, en

su caso), con independencia de que sus créditos tengan reconocido un privilegio especial o general o se trate de créditos contra la masa. Sin embargo, la Administración conservará la acción para reclamar el pago de la deuda derivada de la sanción muy grave, acción que conservará indefinidamente si realiza actuaciones interruptivas de la prescripción, pues este crédito no quedará exonerado. Así, en muchos casos en que los acreedores verán frustrado el cobro de sus créditos contra la masa o privilegiados por insuficiencia de bienes del deudor, la Administración podrá hacer valer su crédito subordinado gracias a la prohibición de la exoneración de estos.

Resulta evidente que los créditos derivados de sanciones impuestas por infracciones muy graves serán de mayor importe que los créditos por sanciones graves o leves, por lo que parece claro que la finalidad perseguida por el legislador es la de proteger especialmente el crédito público subordinado de mayor cuantía, cuyo cobro se veía frustrado en muchas ocasiones con la regulación anterior.

Sin embargo, no parecen haberse sopesado las consecuencias de esta nueva regulación, pues no solo se dificultará en gran medida la exoneración de muchos concursados, sino que *de facto* se altera la prelación para el cobro de los créditos concursales, en perjuicio de los restantes acreedores.

En esencia, se intenta asegurar especialmente el cobro de la mayor parte de las deudas de derecho público. Los créditos subordinados derivados de sanciones tendrán la prelación ya mencionada, en tanto que la mayoría de los restantes créditos públicos continúan ostentando el privilegio general que ya poseían antes de la reforma: los créditos correspondientes a retenciones tributarias y de la seguridad social tienen reconocido el privilegio general en su totalidad (art. 280.2.º texto refundido), así como el 50 % de los restantes créditos de derecho público que no tengan reconocido un privilegio especial o general en virtud de otro artículo (art. 280.4 texto refundido).

8. La exoneración del crédito público

La Sentencia del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio, se pronunció sobre los efectos de la exoneración, concluyendo que esta comprendía también los créditos de derecho público. El Real Decreto 1/2020 se separó de este criterio al impedir, con carácter general, dicha exoneración. Este hecho supuso que tanto la doctrina como la jurisprudencia debatieran si se había producido o no un *ultra vires* con la nueva regulación.

Si bien determinados juzgados y tribunales consideraron que había tenido lugar tal exceso con la promulgación del nuevo texto refundido, la posición mayoritaria era que no se había producido un *ultra vires*, toda vez que

> la tarea de refundir conlleva una reordenación, armonización y aclaración del sentido de la norma refundida y permite introducir normas adicionales y complementarias cuando sea necesario colmar lagunas. La Lcon claramente está blindando al crédito público, pero con ello no se excede de la función que le corresponde (Hernández, 2020, pp. 111-112).

La nueva regulación introducida por la Ley 16/2022 parece zanjar definitivamente esta cuestión, al limitar la exoneración del crédito público a un máximo de 10.000 euros, como hemos expuesto en el punto anterior. No obstante, esta exoneración del crédito público no es real, toda vez que quedan al margen de la misma las deudas derivadas de ciertas sanciones y acuerdos de derivación, circunstancia que conllevará un agravio comparativo entre distintos deudores.

Por ejemplo, el concursado que adeude a la Hacienda Pública 5.000 euros por cantidades correspondientes a retenciones tributarias, en calidad de deudor principal, podrá ver exonerada dicha deuda en su totalidad, en virtud del artículo 489.1.5.º del texto refundido. Sin embargo, el concursado con una deuda por el mismo concepto y cuantía, pero a título de responsable tributario al que han derivado dicha deuda, no solo no podrá optar por la exoneración de la misma, sino que deberá abonarla si quiere acceder a la exoneración de sus restantes deudas.

Puede darse incluso el supuesto de que una deuda tributaria cuyo cobro frente al deudor principal ha resultado fallido se derive a un responsable solidario o subsidiario. En este supuesto, la misma deuda tributaria permitiría la exoneración del deudor principal, pero impediría la del responsable.

En conclusión, los créditos derivados de deudas con el mismo origen podrán ser o no exonerables en función de la condición del deudor, e igualmente permitirán o no la exoneración de este. Esta circunstancia supone una desigualdad manifiesta entre los distintos deudores frente a la Hacienda Pública, toda vez que se está favoreciendo a los deudores principales frente a los responsables.

9. La adecuación del artículo a la Directiva 2019/1023

Por último, es preciso analizar si el artículo 487.1.2.º del texto refundido supone una vulneración de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Ya en la exposición de motivos de la Ley 16/2022 se señala, como es lógico, que dicha ley «tiene como objeto la adopción de las reformas legislativas necesarias para la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023».

Conviene comenzar señalando que las directivas, si bien carecen de aplicación directa en los Estados miembros, sí imponen a estos una obligación de resultados, de modo que las normas nacionales que se dicten para la transposición de las directivas deberán garantizar el cumplimiento de los fines regulados en la misma.

Sentado lo anterior, el artículo 20 la directiva regula el acceso a la exoneración de las deudas en los siguientes términos:

> 1. Los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva.
>
> Los Estados miembros podrán exigir que haya cesado la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con que estén relacionadas las deudas de los empresarios insolventes.
>
> 2. Los Estados miembros en que la plena exoneración de deudas esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario garantizarán que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario y, en particular, sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores.

La obligación de satisfacer los créditos derivados de resoluciones sancionadoras o acuerdos de derivación que el artículo 487.1.2.º impone al deudor para acceder a la exoneración de sus deudas es contraria al artículo transcrito, pues si bien se condiciona la exoneración al reembolso parcial de determinadas deudas, circunstancia contemplada en la directiva, tal obligación no se basa en la situación individual del empresario ni considera los activos o la renta embargable de este. En su lugar, prohíbe sistemáticamente la exoneración del deudor incurso en alguno de los supuestos contemplados en el precepto, con independencia de la cuantía de la deuda procedente de la sanción o del acuerdo de derivación y de los recursos del deudor para hacer frente a las mismas.

Ahora bien, el artículo 23 de la directiva permite a los Estados miembros introducir determinadas excepciones para restringir o denegar el acceso a la exoneración. Así, el apartado primero de dicho artículo contempla la posibilidad de introducir dichas limitaciones en la normativa nacional «cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesta o de mala fe, según la normativa nacional, respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda».

Resulta evidente que el artículo 487.1.2.º del texto refundido no tiene encaje en el supuesto anterior, pues el hecho de que un deudor haya sido sancionado por la comisión de una infracción muy grave no determina la mala fe respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, máxime cuando en la mayoría de los casos será más que

probable que la situación de insolvencia no sea consecuencia únicamente de la sanción. La misma conclusión puede extraerse aún con más claridad en los supuestos de derivación de responsabilidad.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 23 de la directiva también contempla la posibilidad de establecer limitaciones a la exoneración «en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas»; pasando a continuación a enumerar algunas de estas circunstancias, que son:

> a) cuando el empresario insolvente haya vulnerado sustancialmente las obligaciones asumidas en virtud de un plan de pagos o cualquier otra obligación jurídica orientada a salvaguardar los intereses de los acreedores, incluida la obligación de maximizar los rendimientos para los acreedores;
>
> b) cuando el empresario insolvente haya incumplido sus obligaciones en materia de información o cooperación con arreglo al Derecho de la Unión y nacional;
>
> c) en caso de solicitudes abusivas de exoneración de deudas;
>
> d) en caso de presentación de una nueva solicitud de exoneración dentro de un determinado plazo a partir del momento en que el empresario insolvente haya obtenido la plena exoneración de deudas o del momento en que se le haya denegado la plena exoneración de deudas debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información o cooperación;
>
> e) cuando no esté cubierto el coste del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, o
>
> f) cuando sea necesaria una excepción para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores.

Como puede observarse, el artículo 487.1.2.º del texto refundido tampoco puede incardinarse en ninguno de los supuestos anteriores. Si bien es cierto que la enumeración anterior es enunciativa y no taxativa, los supuestos contemplados en ella aluden a determinadas conductas del deudor en el marco del concurso de acreedores y a supuestos relacionados con este.

No obstante, a pesar de que la enumeración anterior no agota los supuestos en los que puede exceptuarse la exoneración, se requiere en todo caso que tales excepciones se encuentren «debidamente justificadas», justificación que difícilmente se encuentra en hechos como que el concursado haya sido sancionado o se le haya derivado responsabilidad.

Por último, resta mencionar que el apartado 20.4 permite excluir de la exoneración determinadas categorías de deudas, como las garantizadas, las derivadas de sanciones penales o responsabilidad extracontractual o las relativas a obligaciones de alimentos. Si bien

no recoge expresamente la posibilidad de excluir de la exoneración las deudas por créditos públicos en general ni las derivadas de sanciones administrativas en particular, tampoco excluye tal posibilidad. No obstante, la exoneración de estas deudas es clave para la verdadera recuperación del deudor. Para conseguir el objetivo perseguido por la directiva de que el empresario obtenga la exoneración real de sus deudas, el legislador debería cambiar de criterio por lo que respecta al crédito público (Thomàs, 2021, pp. 122-123), permitiendo la exoneración de las sanciones y acuerdos de derivación en las mismas condiciones que los restantes créditos de derecho público.

Sin embargo, parece improbable que vaya a optarse por dicha solución, por lo que una solución intermedia pero más acorde con la finalidad perseguida por la directiva pasa por excluir la exoneración de los créditos públicos por sanciones y acuerdos de derivación, pero sin llegar a impedir la exoneración de los restantes créditos concursales y contra la masa cuando el deudor no pueda satisfacer aquellos.

10. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto en los puntos anteriores, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.ª El nuevo artículo 487.1.2.º del texto refundido de la Ley concursal impedirá la exoneración de muchos deudores, en la medida en que es relativamente habitual que estos hayan sido sancionados por la comisión de una infracción tributaria, de seguridad social o del orden social muy grave y no puedan satisfacer la responsabilidad derivada de las mismas, dada su situación de endeudamiento. Se penaliza a los deudores con menos recursos que no pueden afrontar dichas deudas frente a los que disponen de bienes suficientes para pagar los créditos que impiden la exoneración.

2.ª Es preciso delimitar los supuestos de derivación de responsabilidad que impedirán la exoneración del deudor. La redacción actual del artículo implica que todo acuerdo de derivación excluirá al concursado que no pueda satisfacer la deuda derivada del beneficio de la exoneración, aun cuando dicho acuerdo no guarde relación alguna con la situación de insolvencia del deudor.

3.ª Los plazos de resolución de las reclamaciones y recursos administrativos y contencioso-administrativos permitirán al deudor que haya sido objeto de una resolución sancionadora o de un acuerdo de derivación obtener la exoneración aunque no satisfaga la responsabilidad derivada de los mismos, siempre y cuando tales actos no hayan adquirido firmeza. Los plazos referidos, en su conjunto, excederán del límite temporal de tres años de que disponen los acreedores para solicitar la revocación de la exoneración.

4.ª Es necesario determinar si el importe de las sanciones graves que debe considerarse para determinar si excede o no de la cuantía susceptible de exoneración es el importe íntegro o el reducido. La interpretación teleológica del precepto nos lleva a considerar que el importe de la sanción debe entenderse referido al reducido.

5.ª En la práctica, las sanciones administrativas que impiden la exoneración del deudor dejarán de tener el carácter de créditos subordinados, pues para que el deudor pueda optar por la exoneración deberá abonar estos créditos antes que cualesquiera otros, incluidos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados.

6.ª La introducción del nuevo artículo 487.1.2.º del texto refundido constituye una vulneración de la Directiva 2019/1023, pues es contraria a la finalidad perseguida por esta y por la propia Ley 16/2022. En lugar de facilitar el acceso a la exoneración, se introduce un nuevo obstáculo difícilmente salvable para muchos deudores.

7.ª El artículo 487.1.2.º del texto refundido debe derogarse o, cuando menos, modificarse. En el segundo caso, una solución sería excluir de la exoneración únicamente los créditos de derecho público procedentes de resoluciones sancionadoras muy graves y acuerdos de derivación de responsabilidad, en lugar de impedir al deudor acceder a la exoneración de la totalidad de sus deudas.

Referencias bibliográficas

Alarcón, M. A. (2021). *El concurso de la persona natural: cuestiones dogmáticas*. Tirant lo Blanch.

Albiol, J. (2022). *Práctica concursal*. Bosch.

Argente, J., Bertrán, F. y Mellado, F. (2020). *Fiscalidad y recaudación en el concurso de acreedores*. CISS.

Cuena, M. (2021). Insolvencia y exoneración del deudor persona natural en el marco de la transposición de la Directiva 2019/1023. En C. Gómez (Ed.), *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*. Aranzadi.

Díaz, J. L. (2021). *Acuerdos extrajudiciales de pagos, concurso consecutivo y segunda oportunidad*. Tirant lo Blanch.

Gómez, C. (2021). *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*. Aranzadi.

Hernández, M. (2020). *La segunda oportunidad. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Claves prácticas*. Francis Lefevre.

Lucas, M. (2016). Los créditos concursales y su consideración como créditos concursales o contra la masa: reflexiones críticas. En A. Ribes (Ed.), *La fiscalidad del concurso de acreedores*. CISS.

Pérez, M. (2005). *Sanciones Administrativas en Materia de Seguridad Social*. CES.

Ribes, A. (2016). *La fiscalidad del concurso de acreedores*. CISS.

Ruiz, M. (2021). *El concurso de la persona natural. Análisis del concurso consecutivo conforme al Texto Refundido de la Ley Concursal*. Aferre.

Thomàs, P. M. (2021). *Insolvencia y segunda oportunidad para Pymes y Autónomos*. Comares.

Luis Giménez Sanmartín. Graduado en Derecho y Máster en Abogacía en la Universidad de Almería. Técnico de Hacienda. Ponente en el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña. Servicio Jurídico Regional de la AEAT de Madrid. Letrado habilitado por la Abogacía del Estado. https://orcid.org/0009-0005-4367-6160

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

El destino *post mortem* de los bienes digitales: la herencia y el testamento digital. ¿Se respeta la memoria *defuncti*?

Álvaro Adán Vega

Procurador de los tribunales
Doctorando en Derecho y Sociedad.
Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)
alvaro.adan.vega@gmail.com | https://orcid.org/0009-0003-5468-4807

Extracto

Con la era de internet han aparecido nuevos bienes y servicios digitales y otros, que antes tenían soporte físico, se han digitalizado. A su vez, se ha instaurado una estructura telemática en las comunicaciones y, con la expansión digital de las redes sociales, ha surgido una nueva manifestación de la personalidad: la identidad digital. Ante este escenario, surge el interrogante sobre cuál debe ser el destino de todos estos bienes, productos y contenidos digitales tras la muerte de su titular. Este artículo pretende ofrecer una solución holística sobre esta materia. Para ello, se articulan diferentes mecanismos sucesorios atendiendo a la distinta naturaleza de los bienes digitales y se analiza el marco normativo aplicable para cada tipo de sistema hereditario. Se estudian los conceptos de la «herencia digital» y del «derecho al testamento digital» y se aborda un estudio crítico de la legislación vigente al respecto. Todo ello desde una perspectiva doctrinal. Finalmente, se pone de manifiesto la necesidad de velar por la memoria *defuncti* y de respetar el derecho a la intimidad pretérita del difunto.

Palabras clave: herencia digital; testamento digital; testamento *online*; patrimonio digital; personalidad virtual; propiedad intelectual *online*, personalidad digital; memoria *defuncti*; intimidad pretérita.

Recibido: 17-04-2024 / Aceptado: 07-05-2024 / Publicado: 03-07-2024

Cómo citar: Adán Vega, Á. (2024). El destino *post mortem* de los bienes digitales: la herencia y el testamento digital. ¿Se respeta la memoria *defuncti*? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, *282*, 29-60. https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21565

© Centro de Estudios Financieros (03-07-2024)
Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

The post-mortem fate of digital assets: digital inheritance and testament. Is the privacy of the deceased respected?

Álvaro Adán Vega

Abstract

With the internet age, new digital assets and services have emerged and, others that previously had physical support have been digitised. At the same time, a telematic structure has been established in communications and, with the digital expansion of social networks, a new expression of personality has emerged: digital identity. Faced with this scenario, the question arises as to what should be the fate of all these digital assets, products, and contents after the death of their owner. This article aims to provide a holistic approach to this matter. To this end, different succession mechanisms are articulated, taking into account the different nature of digital assets, and the applicable regulatory framework for each inheritance system type is analysed. The concepts of «digital inheritance» and «digital testament right» are explored, and a critical examination of the current legislation on this matter is undertaken. All this, from a doctrinal perspective. Finally, the need to safeguard the memory of the deceased and to respect the right to the deceased's past privacy is brought to the fore.

Keywords: digital inheritance; digital will; online will; digital estate; virtual personality; online intellectual property; digital personality; memory of the deceased; past privacy.

Received: 17-04-2024 / Accepted: 07-05-2024 / Published: 03-07-2024

Citation: Adán Vega, Á. (2024). El destino *post mortem* de los bienes digitales: la herencia y el testamento digital. ¿Se respeta la memoria *defuncti*? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, *282*, 29-60. https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21565

Sumario

1. Introducción: La era de la digitalización
2. La muerte en el mundo digital: Muerte 2.0
3. Los diferentes tipos de bienes digitales
4. El patrimonio digital, la identidad virtual y la identidad digital
5. La sucesión testamentaria del patrimonio digital. ¿Testamento digital?
6. La sucesión testamentaria de la personalidad virtual o de la propiedad intelectual *online*
7. La herencia digital. El destino *post mortem* de la personalidad digital
8. El tratamiento de los datos personales del difunto y el derecho al testamento digital en la Ley Orgánica 3/2018
    8.1. Los datos personales de las personas fallecidas
    8.2. El derecho al testamento digital
9. La memoria *defuncti* y el derecho a la intimidad pretérita
10. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción: La era de la digitalización

El vertiginoso crecimiento de las tecnologías y de las herramientas de internet ha generado una transformación sin precedentes en la manera en que las personas se relacionan e interactúan con el mundo. Jeff Bezos, fundador de la empresa Amazon, lo ha referido del siguiente modo: «El cambio ha sido extraordinario. Ninguna otra tecnología se ha desarrollado tan deprisa y globalmente como internet. Probablemente sea inédito en la historia de nuestra civilización» (Okdiario, 2021).

Internet se ha convertido en algo mucho más complejo que un medio de comunicación o que una simple fuente de información. La red se ha transformado en un vasto y dinámico mercado en el que es posible comprar y adquirir bienes y servicios de todo tipo. La accesibilidad sin restricciones ha abierto las puertas a un mundo de infinitas posibilidades comerciales en donde las barreras geográficas y horarias han desaparecido. Desde cualquier dispositivo digital conectado a la red, los consumidores pueden explorar una amplia gama de productos y servicios, comparar precios o realizar transacciones con solo unos pocos clics. Los usuarios adquieren productos a través de las plataformas comerciales de los grandes almacenes, que son seguidamente enviados a sus domicilios a través de servicios de mensajería. De hecho, hoy en día es posible adquirir prácticamente cualquier artículo a través de Amazon y recibirlo al día siguiente en la puerta del domicilio. Otras plataformas, como Uber Eats o Just Eat, distribuyen comida rápida a domicilio y prácticamente todos los supermercados ofrecen la opción de hacer la compra de la semana *online*.

La red informática no solo ha facilitado la compra en línea de bienes y productos, sino que ha propiciado que muchos se hayan transformado en bienes digitales. Pensemos, ¿cuántos de nosotros seguimos comprando hoy en día discos de música? ¿Sigue siendo habitual adquirir películas en soporte DVD? Lo cierto es que han surgido numerosas aplicaciones y empresas digitales orientadas a distribuir estos contenidos de forma exclusivamente virtual: en *streaming*. A través de Spotify se puede acceder a un amplio contenido de música y de podcasts digitales. Otras aplicaciones, como Netflix, Disney+ y HBO, ofrecen el acceso a una amplia gama de películas y series. La compra de los libros se produce de forma instantánea mediante su descarga digital a través de un lector de *ebooks*. Incluso algunas empresas, como por ejemplo Audible, han comercializado el suministro de audiolibros: grabaciones de libros leídos en voz alta. La lista de ejemplos podría ser inagotable,

pero la idea es concisa: los artículos que años atrás estarían guardados en una vieja estantería, ahora quedan almacenados en un dispositivo digital y, de entre ellos, más probablemente en un teléfono inteligente (aunque de «teléfono» cada vez van teniendo menos).

Pero este proceso de digitalización también ha abarcado otras esferas importantes para el tráfico jurídico. Los servicios de banca comercial han acercado sus servicios al ciudadano a través de sus páginas web y de sus aplicaciones digitales. En la actualidad, ya no es necesario acudir a una entidad bancaria para comprobar el saldo en cuenta, devolver un recibo, efectuar una transferencia o realizar un pago instantáneo (Bizum); lejos de ello, prácticamente todas las operaciones bancarias se vienen realizando a través de las cuentas digitales. Por otro lado, la aparición de las criptomonedas ha implementado un cambio sin precedentes en el mundo financiero y tecnológico. Estas monedas virtuales (como Bitcoin o Ethereum, entre otras) implican una innovación con múltiples y profundas peculiaridades: son monedas digitales y descentralizadas que ofrecen transacciones seguras sin la necesidad de intermediarios; además, no residen físicamente en ningún lugar, son activos digitales que se almacenan en monederos virtuales (*wallets*) y cuya propiedad queda asegurada mediante unas claves criptográficas que flotan en una red descentralizada conocida como *blockchain*.

Las comunicaciones también han experimentado una profunda metamorfosis. En el epicentro de esta transformación está el correo electrónico, como pionero y principal precursor de la digitalización de las comunicaciones. Los servidores de correo electrónico, como Gmail, Outlook o Yahoo, gestionan el intercambio de mensajes de correo electrónico a través de la red, con una dinámica que se asemeja al correo postal tradicional, pero con la capacidad de enviar mensajes instantáneos a cualquier parte del mundo e incluso adjuntar archivos o documentos. Junto a ello, han irrumpido otras plataformas de mensajería instantánea, como WhatsApp, para comunicarse a través de dispositivos móviles mediante mensajes de texto, voz, imágenes o vídeos.

Las redes sociales, por su parte, además de operar como servicios de mensajería, han ampliado aún más el alcance de las comunicaciones al permitir que las personas puedan compartir contenido de manera instantánea con público de todo el mundo. Estas comunidades virtuales (Facebook, Twitter, Instagram, TikTok, entre otras) han democratizado la creación y difusión de la información. Son el máximo reflejo de una Web 2.0 en la que los individuos no solo consumen información, sino que generan y distribuyen sus propios contenidos. A través de estas redes sociales, los usuarios comparten textos, fotografías o vídeos, generalmente de sí mismos, con lo que estos espacios de comunicación en línea operan como una suerte de «álbumes públicos» en donde las personas exponen los contenidos audiovisuales que desean compartir con otros usuarios. Se trata de un nuevo paradigma digital, en el que la presencia en línea ha adquirido una relevancia fundamental y ha propiciado el surgimiento de una identidad digital que modela la interacción con el entorno virtual y que trasciende más allá del mundo físico pero que, a su vez, tiene una importante incidencia en la vida real. Una identidad digital que no solo refleja nuestras preferencias y actividades en línea, sino que también influye en nuestra percepción y relación con el mundo real.

2. La muerte en el mundo digital: Muerte 2.0

A consecuencia de las actividades de las personas en internet y de todos los contenidos que almacenan, publican y distribuyen, ha surgido el concepto de la huella digital (Madden *et al*., 2007), que alude, en términos generales, a la suma de información personal que queda registrada en la web, conformando la identidad digital de una persona, es decir, la representación virtual de la identidad en línea y que se nutre del amplio rastro de contenidos que una persona deja almacenados en la red. La presencia de la huella digital plantea una serie de interrogantes sobre el destino de toda esa información tras el fallecimiento del individuo, toda vez que todos esos datos continuarán vigentes en internet (Adriano Fabre y Hernández Sánchez, 2021, p. 131).

¿Cuál debe ser es el destino de los perfiles en línea del difunto?, ¿han de permanecer accesibles en internet de forma indefinida?, ¿los bienes digitales tienen que transferirse a sus herederos?, ¿quién tiene la autoridad para determinar el destino del perfil de una persona fallecida?, ¿es posible mantenerlos activos o es necesario eliminarlos?, ¿existe el testamento digital?, ¿existe la herencia digital?, ¿las personas legitimadas podrían acceder a los contenidos del difunto? De hecho, según un estudio desarrollado por el Instituto de Internet de la Universidad de Oxford, Facebook corre el riesgo de transformarse en un vasto cementerio digital para finales de este siglo. Se argumenta que, si la tendencia de aumento en el número de usuarios persistiera y las cuentas de los usuarios muertos no se suprimiesen, la plataforma podría acumular alrededor de 4.900 millones de perfiles pertenecientes a usuarios ya fallecidos y, con ello, superar el número de cuentas correspondientes a las personas vivas. No obstante, para que esta cifra superase la cantidad de perfiles de usuarios vivos, sería necesario que el ritmo de crecimiento de usuarios se mantuviera constante (Öhman y Watson, 2019).

En la actualidad, es más fácil almacenar información digital que gestionar su borrado y, por tanto, la información tiende a permanecer *online* de forma indefinida. De hecho, por este motivo surgió la necesidad de contemplar el nuevo derecho al olvido digital. Pero esta misma cuestión también plantea otro enfoque diferente: ¿cómo se deben gestionar los contenidos digitales de una persona después de su muerte? Surge la necesidad de tutelar y regular unos mecanismos de herencia digital que ofrezcan soluciones sobre el destino de los bienes digitales de los difuntos. Sin embargo, ¿tales mecanismos deberían operar de forma indistinta para todo el legado digital del difunto? O bien, ¿se deberían aplicar las disposiciones testamentarias previstas en nuestro derecho civil para todo el patrimonio digital en su conjunto? Es decir, ¿se debe ofrecer idéntica o distinta solución a una cuenta de Instagram con vídeos y fotografías personales que a un lote de Bitcoins con un valor de 30.000 euros? ¿Una cuenta de usuario en CaixaBank merece el mismo tratamiento *post mortem* que una cuenta de correo electrónico en Gmail? Dicho de otro modo? ¿Todo lo digital, por el mero hecho de ser digital, precisa de una regulación sucesoria *ad hoc*? Pues bien, para poder hacer frente a estas cuestiones, deviene preciso aclarar primero algunos conceptos.

3. Los diferentes tipos de bienes digitales

En su conjunto, los bienes digitales se conforman por aquellos productos o servicios intangibles que pueden ser almacenados, distribuidos y consumidos a través de medios electrónicos. Se caracterizan por no tener una forma física tangible y ser accesibles mediante dispositivos digitales. Entre los bienes digitales se encuentra una gran variedad de supuestos: libros electrónicos, música descargable, *software* de programas, vídeos, fotografías, publicaciones en línea, cuentas en redes sociales, criptomonedas, servicios de suscripción, almacenamiento en nube, videojuegos, etc.

El monto de bienes digitales resulta prácticamente inconmensurable. Además, estos abarcan diferentes esferas, desde antiguos bienes físicos (ahora digitalizados), hasta otros elementos que merecen de tutela constitucional, como el correo postal digitalizado (*email*), protegido por el secreto de las comunicaciones (art. 18.2 CE), o los contenidos audiovisuales publicados en las redes sociales, protegidos por el derecho a la propia imagen (art. 18.3 CE)[1]. Siguiendo a Conde Rodríguez (2022, p. 12), podemos tratar de agrupar los bienes digitales de la siguiente manera:

1. Cuentas en línea: se referirían a las cuentas de las plataformas de banca *online*, en *wallets* de criptomonedas, en servicios de pago (como ApplePay, PayPal) o en tiendas virtuales (Amazon, AliExpress), entre otros.
2. Perfiles en redes sociales: incluirían las cuentas en plataformas como Twitter, YouTube, Instagram, Skype, Snapchat, WhatsApp, Facebook, páginas de citas, Strava o Garmin.
3. Cuentas de correo electrónico: aquellos perfiles de las plataformas orientadas a la mensajería digital, como Outlook, Gmail o Yahoo.
4. Software de servicio: aplicaciones destinadas a ofrecer servicios como el almacenamiento en nube (Dropbox, iCloud o Google Drive) u otras herramientas de trabajo o edición (por ejemplo, Open Office o Picsart).
5. Licencias y servicios de transmisión: plataformas como Spotify, Netflix, Amazon Prime, y otros servicios similares, mediante las que se ofrece el acceso a contenidos en streaming[2] y con suscripción.

---

[1] La STC 27/2020, de 24 de febrero (NormaCEF NCJ064675), aclaró que el hecho de que un usuario publicara una fotografía en una red social no amparaba que un tercero pudiera disponer de dicha fotografía ni publicarla en otro medio diferente; aunque el usuario la hubiera colgado en un perfil público, mantenía su derecho a la propia imagen, siendo que dicha imagen solo podría ser observada en el muro donde su usuario había decidido publicarla.

[2] El *streaming* es la tecnología que permite la transmisión continua de contenido multimedia a través de internet, permitiendo la reproducción del contenido en tiempo real y sin necesidad de descarga previa.

6. Datos generados por el uso de internet; *grosso modo* son aquellos que dejan un rastro en internet conocido como huella digital.

Ahora bien, dentro de este grueso de bienes digitales, es posible establecer otro tipo de subdivisión más sencilla y también más práctica a efectos sucesorios. La cuestión es que algunos de estos bienes digitales se integran por elementos de naturaleza personal, mientras que otros tienen un marcado carácter patrimonial (Aguas Valero, 2022, p. 68). De esta afirmación se derivan dos consecuencias: por una parte, sucede que la huella digital, integrada por elementos no tangibles, da lugar a un espectro de personalidad virtual que trasciende la esfera física de la persona; por otra, resulta que puede estar integrada o haber generado un patrimonio digital, diferente al patrimonio analógico tradicional, pero con un claro valor económico. La clasificación de los bienes digitales es una cuestión compleja, pero lo que resulta evidente es que existen bienes digitales con un valor económico, más o menos tangible (por ejemplo, el saldo favorable en una aplicación de pago como PayPal), y otros que, careciendo de un valor económico objetivable, son principalmente de naturaleza personal o sentimental (blogs, perfiles en redes sociales, vídeos o fotos almacenados en la nube, etc.) (Otero Crespo, 2019, pp. 91-93).

Es decir, muchos de estos bienes digitales tienen un valor económico sustancial, como las criptomonedas o los saldos positivos de las cuentas de banca comercial *online*. Pero, por otro lado, hay otros bienes que carecen de contenido patrimonial alguno y que, lejos de ello, tienen un marcado carácter personal: las fotografías publicadas en las redes sociales, los mensajes privados cursados a través de los canales de comunicación, etc. En ambos casos, surge la pregunta sobre cuál ha de ser su destino una vez se produzca la muerte de su titular. Mientras que la sucesión de los bienes con contenido patrimonial puede regirse por las normas civiles de sucesión, la cuestión resulta más controvertida para el caso de los segundos. Y esto se complica aún más si se tiene en cuenta que, en ocasiones, para poder acceder a los bienes con contenido económico será necesario disponer de una cierta información personal indispensable: las cuentas y las contraseñas. Es por ello que surge el debate acerca de cómo conciliar la transmisión hereditaria de los bienes digitales con valor económico y la protección de los bienes digitales de carácter personal, protegidos por la normativa de protección de datos (Ordelin Font y Oro Boff, 2020, p. 121) o por los derechos de la personalidad contemplados en el artículo 18.1 de la CE. En todo caso, parece que resulta posible atisbar un primer enfoque en la resolución de esta compleja cuestión, relativa a la sucesión hereditaria de los bienes digitales, al menos respecto a aquellos bienes con contenido económico o patrimonial, pues su naturaleza digital no debería de ser un obstáculo para que su tratamiento fuera el mismo que el dispuesto para los bienes físicos o analógicos.

4. El patrimonio digital, la identidad virtual y la identidad digital

Al mismo tiempo, deviene necesario distinguir otra cuestión de importancia terminológica para el tratamiento *post mortem* de los bienes digitales. Se trata de diferenciar, por un

lado, el patrimonio digital y, por otro lado, la identidad o la personalidad virtual o digital. En un sentido estricto, el patrimonio digital se definiría como aquel conjunto de bienes digitales que poseen un contenido económico o patrimonial. El patrimonio digital es el conjunto de todos los activos con valor monetario y que pueda revestir de importancia desde un prisma patrimonial. En palabras de Conde Rodríguez (2022):

> Se hace necesario esclarecer que el patrimonio digital y la identidad digital no son lo mismo, de hecho, ni siquiera están amparados por el mismo precepto constitucional. Por un lado, el patrimonio digital, de carácter económico –derecho a la propiedad privada y la herencia– se encuentra en el artículo 33 de la Constitución Española. Por otro lado, la identidad digital, vinculada a la dignidad de la persona, se encuentra amparada por el artículo 10 de la Constitución Española (p. 13).

Como resalta Cámara Lapuente (2019, p. 381), el testamento ordinario sería el medio apropiado para determinar el destino de los activos digitales que integran el patrimonio digital. Sin embargo, ¿qué sucede con la representación virtual de la persona, con esa identidad pública construida a lo largo de su presencia en las redes sociales o conformada a raíz de sus contribuciones en blogs?, ¿la eliminamos por completo?, ¿la conservamos activa durante un periodo de tiempo específico? (Luch Cerdá, 2016, p. 19). Cabe definir la personalidad virtual como una cuestión ajena al patrimonio digital, como el reflejo de la identidad personal de un usuario en la red, la manifestación de sí mismo durante su interacción virtual, el conjunto de textos, vídeos e imágenes que revelan su forma de ser y expresarse, su voluntad de exteriorizarse y de darse a conocer ante la sociedad digital. La personalidad virtual o digital alude a la representación o imagen de una persona en el entorno digital, lo cual incluye su presencia en redes sociales, blogs, foros, plataformas de juego en línea u otros medios de comunicación digital. Esta personalidad digital comprende toda la información generada por las interacciones y las actividades que una persona lleva a cabo en la red con el objetivo de conformar una percepción pública de su identidad en el entorno digital.

Dentro de esta personalidad o identidad digital, una parte de la doctrina ha comenzado a distinguir la personalidad virtual de la personalidad digital, en dos interpretaciones afines pero diferenciadas. Salamanca Rodríguez (2016) opina que la identidad virtual es «algo a caballo entre el nombre comercial y la propiedad intelectual», mientras que la identidad digital es «simplemente nuestra propia identidad usada en internet […] de hecho la identidad digital y la identidad analógica son una misma cosa» (p. 28). De esta forma, la identidad virtual sería una especie de obra intelectual que persistiría más allá de la muerte y que podría ser transmitida a los herederos. Sin embargo, la identidad digital sería la manifestación de la personalidad en la red, con lo que sería única para el individuo y se debería extinguir con el fallecimiento (p. 29) o mantenerse de forma meramente conmemorativa para el recuerdo del difunto.

La identidad comprende todas las cualidades, habilidades o atributos que distinguen a una persona de otra. Al hablar de la identidad digital, nos referimos a los rasgos característicos con los que alguien se exterioriza en el mundo digital. La identidad virtual, sin embargo,

alude a la producción intelectual de unos contenidos que, a pesar de la autoría de su productor, difieren de la identidad o de la personalidad de su creador. Es decir, aunque la identidad virtual está asociada a la presencia *online*, se refiere a creaciones o producciones independientes a la propia persona del autor. Un ejemplo serían los vídeos de un famoso *youtuber* analizando las virtudes o deficiencias de los diferentes modelos de autocaravanas existentes en el mercado y que, además, podrían producir ciertos rendimientos económicos a raíz del número de visualizaciones o anuncios asociados a su reproducción. De otra parte, un *exemplum* de la personalidad digital podría ser la cuenta de Instagram de un joven de 20 años con fotografías y vídeos suyos, de sus viajes y de sus amigos. La identidad digital es simplemente la identidad del propio individuo en internet.

Lo cierto es que la terminología adoptada no parece la más favorable para esclarecer la cuestión, toda vez que la palabra «digital» significa, según la RAE, «que está ubicado o tiene lugar en línea, generalmente a través de internet», siendo sinónimo de esta misma acepción el término «digital». Es decir, en puridad, las palabras «digital» y «virtual» son sinónimos y, como se verá más adelante, algunas manifestaciones legislativas (como la del «testamento digital») incitan a una cierta confusión conceptual, por lo que no parece deseable que el esfuerzo doctrinal por sentar unas pautas interpretativas en el terreno de la herencia digital introduzca, a su vez, aportaciones que puedan resultar nuevamente confusas por su similitud lingüística. No obstante, aunque los términos no parezcan los más acertados, la distinción sí que parece ser vinculante de cara al tratamiento de ambos tipos de «identidades», por lo que mantendremos dicha distinción.

Así las cosas, la identidad virtual es algo similar a la propiedad intelectual en línea, es la producción artística, científica o literaria que un usuario cuelga o explota a través de internet. Ciertamente, estos elementos se desligan de la identidad personal del usuario y, además, tienen un valor patrimonial propio por los derechos de explotación. Su transmisión *mortis causa* ha quedado regulada a través del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (en adelante, LPI), regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Cuando una persona fallece, la identidad virtual puede ser transmitida a sus herederos, pero la identidad digital no debería ser transferible, pues, como apunta Conde Rodríguez (2022, p. 17), al coincidir con la personalidad analógica, es personalísima y, por ello, habría de extinguirse con la muerte de la persona.

5. La sucesión testamentaria del patrimonio digital. ¿Testamento digital?

Los bienes digitales con valor patrimonial se deberán incluir en la herencia tradicional. Es preciso tener en cuenta que no existe una herencia digital y otra analógica, sino que ambas son una sola, a pesar de su diferente naturaleza (Otero Crespo, 2019, p. 103). Esto no significa que se deba dejar de tener en cuenta que los bienes digitales y los físicos plantean particula-

ridades diferentes; es más, en el caso de los bienes digitales, resultará esencial contemplar las eventuales dificultades técnicas de su transmisión (Jiménez Lájara, 2016, p. 95), como su existencia, su lugar de almacenamiento o las contraseñas. Ahora bien, lo que debe quedar claro es que no existe una «herencia digital» independiente de la «herencia analógica». En este sentido, el artículo 659 del CC resulta bastante determinante al señalar que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte». De hecho, de este precepto se puede inferir claramente que los términos «herencia» y «patrimonio» hacen referencia a un mismo concepto, entendido como el conjunto de los bienes en dos etapas diferentes: durante la vida se denominan «patrimonio» y después de la muerte se conocen como «herencia» (García Goldar, 2019, p. 78). Como señala Martín Pérez (2011), «son transmisibles *mortis causa* todos aquellos bienes y derechos, perfectamente constituidos, que pertenecen de modo definitivo al causante, no tienen carácter personalísimo ni están limitados a la vida del titular, y no están sometidos a ninguna regulación específica en cuanto a su transmisión» (p. 247). Por tanto, todos aquellos bienes digitales con valor patrimonial deberán formar parte de la herencia tras el fallecimiento de su titular.

La sucesión patrimonial *post mortem* se regula en el título III del libro III del Código Civil. Como especifica el artículo 658 del CC, «la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley»; es decir, se prevén dos tipos de sucesiones, la testada y la intestada. La sucesión testada contempla la facultad de una persona para disponer de todos o parte de sus bienes para después de su fallecimiento. La sucesión intestada o legítima regula la sucesión patrimonial de quien fallece sin testamento. En el presente, nos centraremos principalmente en la sucesión testamentaria con el objeto de esclarecer la idea del derecho al testamento digital.

El testamento, en su forma clásica, ha sido considerado por el derecho de sucesiones como la ley sucesoria que regula la distribución legal de los bienes tras el fallecimiento de su titular (Díez Picazo y Gullón Ballesteros, 2006, p. 114). Fundamentalmente, este es el principio adoptado por el Código Civil español al contemplar, en su artículo 667, que «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento». La cuestión es que, independientemente de su contenido, el testamento debe cumplir con ciertos requisitos formales *ad validitatem*. Desde este prisma, se pueden distinguir dos tipos de testamentos: los comunes, entre los que se encuentran el testamento ológrafo, abierto y cerrado (art. 676 CC); y los especiales, que son el testamento militar, marítimo o el efectuado en país extranjero (art. 677 CC).

Por tanto, en contraposición a la definición positiva del testamento, no resultaría técnicamente correcto hablar de «testamento digital» o «testamento virtual» si las expresiones «digital» o «virtual» se entienden como el otorgamiento del testamento a través de medios digitales, puesto que tal forma de testamento no está permitida en ninguna de las modalidades contempladas:

1. Para resultar válido, el testamento ológrafo debe realizarse de forma manuscrita, contar con la firma del testador y con la fecha de su otorgamiento. Su auten-

ticidad deberá ser acreditada por un notario, ante quien se deberá presentar el testamento en el plazo de 10 días desde que se tuviera conocimiento del fallecimiento. Ciertamente, este tipo de testamento lleva a plantearse si, en la era tecnológica actual, no se podría sustituir la redacción manuscrita por un archivo de vídeo, de audio o un texto redactado con firma digital. Pero lo cierto es que, más allá del debate acerca de su idoneidad o de las posibilidades de falsificación tecnológicas, actualmente el Código Civil no permite esta posibilidad: el testamento ológrafo debe hacerse por escrito, de puño y letra.

2. El testamento abierto puede ser otorgado de forma oral, escrita o mediante cualquier medio técnico ante notario. El hecho de que el artículo 695 del CC incluya la expresión «mediante cualquier medio técnico» incita a sopesar la posibilidad de un testamento *online*. Sin embargo, el texto final del testamento debe ser redactado por el notario y leído en voz alta por este para que el testador manifieste su conformidad y, en su caso, lo firme. En este aspecto sí cabría la alternativa de que el testador entregase al notario sus últimas voluntades en un archivo o soporte digital. Ahora bien, esta opción requiere, en todo caso, de la presencia física del testador en la sede notarial y de la intervención del notario, quien, entre otros aspectos, deberá dar fe de la identidad del testador y de su capacidad para otorgar testamento (696 CC). Por consiguiente, el testamento abierto tampoco podría ser otorgado por medios exclusivamente digitales.
3. La validez del testamento cerrado requiere que sea escrito, de puño y letra, por medios técnicos o en soporte electrónico y que se encuentre firmado manuscrita o digitalmente. Nuevamente, se incluye cierto margen de posibilidad informática en su confección; sin embargo, el testador debe comparecer con dicho testamento sellado y cerrado para su autorización ante un notario, el cual habrá de extender acta de su otorgamiento sobre la propia cubierta del testamento y dar fe de la identidad del testador, quien deberá firmar. Ciertamente, resulta posible la elaboración por medios digitales o su firma digital, aunque en todo caso habrá de estar escrito (con lo que no caben archivos de audio o vídeo). Ahora bien, la autorización notarial del mismo resulta inexcusable, por lo que en modo alguno podría hablarse de testamento *online*.
4. A través del testamento militar, los individuos empleados en el ejército podrán otorgar testamento ante un oficial (con rango mínimo de capitán), ante el capellán o facultativo que le asista, si estuviere enfermo, o ante dos testigos en caso de un peligro próximo de acción de guerra. También se podrá otorgar testamento cerrado ante un comisario de guerra, con funciones de notario, conforme los artículos 706 del CC y siguientes. Dichos testamentos habrán de ser remitidos al Cuartel General y, de este, al Ministerio de Defensa. En caso de fallecimiento, el Ministerio de Defensa lo remitirá al Colegio Notarial del último domicilio del difunto. Por tanto, el testamento militar no puede efectuarse más que oralmente o respetando lo dispuesto para el testamento cerrado.
5. Los testamentos marítimos, que podrán ser abiertos, cerrados u ológrafos, se otorgarán ante el contador o comandante, que los custodiarán haciendo mención de ellos en el diario de navegación. En este caso, el contador o comandante susti-

tuye a la figura del notario, pero su otorgamiento debe respetar lo dispuesto para los testamentos ológrafos, abiertos y cerrados.

6. Para el caso del testamento hecho en país extranjero, el artículo 732 del CC refiere que «los españoles podrán testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen» y, de estos, el artículo 733 del CC solo prohíbe los testamentos mancomunados. Por tanto, y salvo que se otorgue ante un funcionario diplomático o consular de España, la posibilidad de que el testamento fuera otorgado por medios meramente digitales sí podría ser válida, dependiendo del derecho del país en cuestión si con ello se respetaran las formas establecidas. Sin embargo, dicha validez dependería de una legislación diferente a la española, con lo que se debe seguir excluyendo el testamento *online* dentro de nuestro sistema civil.

No obstante, una cosa es que no se pueda otorgar testamento por medios exclusivamente digitales y otra muy diferente es que un testamento no pueda incluir disposiciones relacionadas con el patrimonio digital, siempre que cumpla con las formalidades testamentarias tradicionales. En un sentido literalmente estricto no existe el «testamento digital», pues no se puede testar «digitalmente», pero sí puede hablarse de «testamento digital» cuando se recojan disposiciones relativas a los bienes digitales (Otero Crespo, 2019, pp. 95-97). Es decir, el «testamento digital» puede implicar dos interpretaciones diferentes: aquel testamento que incluya disposiciones referentes a los bienes digitales del testador, que sí es posible, o aquel testimonio efectuado a través de internet, que no lo es. Dicho de otro modo, es válido el testamento digital que disponga sobre los bienes digitales, pero no el testamento en línea como tal (Llopis Benlloch, 2016, pp. 46-49). A fin de salvar esta circunstancia, es conveniente introducir el término del «testamento *online*» para diferenciarlo del «testamento digital». De esta forma, cuando se hable del «testamento *online*» se estará haciendo mención a la forma en que se elabora el testamento y no a su contenido (Conde Rodríguez, 2022, p. 24); mientras que el «testamento digital» será el documento legalmente válido por el que una persona otorga ciertas instrucciones hereditarias sobre su patrimonio y su presencia digital (Ordelin Font y Oro Boff, 2020, p. 124).

Además, es importante tener presente la peculiaridad plurilegislativa del derecho español en el ámbito civil, consagrada constitucionalmente en el artículo 149.1.8 de la CE. Dentro del derecho foral, pueden encontrarse algunas peculiaridades en materia sucesoria, como la posibilidad de establecer pactos sucesorios (comunidades autónomas de Aragón, de Navarra y de Cataluña) o la opción de otorgar testamento de forma mancomunada (comunidades autónomas de Aragón y del País Vasco), pero tampoco se contempla la posibilidad de testar de forma digital ni se incluye mención alguna al testamento digital. No obstante, interesa hacer una especial mención a la norma aprobada por la Comunidad Autónoma de Cataluña, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña. Se trata de la primera ley en introducir una normativa expresa en materia de herencia digital y cuya regulación se centra en regular las últimas voluntades digitales de la persona, es decir, en el destino *post mortem* de lo que hemos catalogado como «personalidad digital», pero no de los bienes digitales con valor patrimonial.

6. La sucesión testamentaria de la personalidad virtual o de la propiedad intelectual *online*

Denominamos «personalidad virtual» al rastro de un usuario en internet, conformado por aportaciones de contenido propio, pero que se desligan en sí mismas de su propia identidad personal. Se trata de todos aquellos contenidos artísticos, científicos, didácticos o de entretenimiento que un usuario produce y cuelga en la web. Si bien los realiza bajo su autoría, no tienen la finalidad primordial de dar a conocer a su autor. En este sentido, la personalidad virtual no es sino el reflejo de la propiedad intelectual en la red digital.

La propiedad intelectual abarca aquellos derechos otorgados a los autores y otros titulares, como artistas, productores u organismos de radiodifusión, en relación con la creación de sus obras y producciones. La LPI distingue entre derechos morales y derechos patrimoniales. En contraposición a los sistemas jurídicos anglosajones, la legislación española ofrece un claro respaldo a los derechos morales, los cuales se reconocen tanto para los autores como para los artistas intérpretes o ejecutantes. Estos derechos son irrenunciables e inalienables, quedan reconocidos lo largo de toda la vida del autor y se transmiten a sus herederos o causahabientes tras su fallecimiento. Entre estos derechos morales, se destaca el derecho al reconocimiento de la autoría de la obra o del nombre del artista en sus interpretaciones o ejecuciones, así como el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra o actuación y a evitar su modificación. Dentro de los derechos de carácter patrimonial, hay que distinguir entre los derechos relacionados con la explotación de la obra o prestación protegida, que a su vez se desglosan en derechos exclusivos y derechos de remuneración, y los derechos compensatorios. Los derechos exclusivos otorgan al titular el poder de permitir o prohibir la explotación de su obra o la prestación protegida por parte del usuario, así como el derecho a solicitar una compensación económica a cambio de la autorización otorgada. Los derechos de remuneración, a diferencia de los derechos exclusivos, no conceden al titular el poder de autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra o de la prestación protegida por parte del usuario; sin embargo, sí imponen al usuario la obligación de pagar una cantidad de dinero por los actos de explotación efectuados. Los derechos compensatorios, como el de copia privada, compensan los derechos de propiedad intelectual que no se hayan recibido a causa de las reproducciones de obras o prestaciones protegidas destinadas exclusivamente para el uso privado del copista.

Dentro del entorno virtual, pueden encontrarse múltiples ejemplos de propiedad intelectual *online*: los canales de YouTube que incluyen contenidos originales y únicos que están protegidos por derechos de autor: vídeos, música, gráficos u otros elementos creativos que formen parte de la marca o del contenido del canal. Los sitios web o los blogs en donde se publican contenidos originales y exclusivos protegidos por derecho de autor: artículos, fotografías, ilustraciones, diseño gráfico, etc. Las publicaciones, las imágenes, los vídeos u otros contenidos compartidos en las redes sociales (como Twitter, Instagram, Facebook, TikTok, etc.) podrán estar protegidos por derechos de autor, siempre que sean originales y cumplan con los requisitos de protección de la LPI. En general, serán objeto de propiedad intelectual

todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas referidas en el artículo 10 de la LPI: escritos, discursos, conferencias, composiciones musicales, obras dramáticas, pantomimas, obras audiovisuales, dibujos, fotografías o programas de ordenador, entre otros.

El artículo 15 de la LPI establece que tras la muerte del autor corresponderá a la persona natural o jurídica a quien se lo hubiera confiado como disposición de última voluntad o, en su defecto, a los herederos, los derechos consistentes en exigir el reconocimiento de la condición de autor y de exigir el respeto a la integridad de la obra impidiendo cualquier alteración. Las mismas personas tendrán el derecho a decidir acerca del destino de las obras no divulgadas durante la vida del autor y, durante un plazo de 70 años tras el fallecimiento, podrán decidir si divulgar la obra y en qué forma hacerlo. Se trata de derechos morales que se transmiten al designado expresamente por el autor o, en su lugar, a los herederos.

Ahora bien, ¿qué sucede con los derechos de explotación? El artículo 42 de la LPI establece que «los derechos de explotación de la obra se transmiten *mortis causa* por cualquiera de los medios admitidos en derecho». En consecuencia, son susceptibles de transmisión a través de un testamento, de un legado o mediante sucesión intestada. Sin embargo, a tenor del artículo 26, los derechos de explotación le corresponden al autor durante toda su vida, pero solo durante 70 años después de su fallecimiento, con lo que aquellos designados herederos o legatarios gozarán de los rendimientos de la obra del causante pero solo durante dicho plazo.

Con base en todo lo anterior, cabe concluir que el contenido patrimonial de la personalidad virtual, consistente en los derechos de explotación y obtención de los rendimientos sobre las creaciones digitales, corre una suerte similar al propio patrimonio digital: es transmisibles *mortis causa* por cualquier medio admitido en derecho. En consecuencia, puede ser objeto de testamento, de legado y también puede ser heredado por sucesión *ab intestato*. Aun así, los derechos de explotación no forman parte, como tal, del patrimonio de una persona (aunque sí los rendimientos económicos generados por aquellos). Dado que los derechos de explotación no forman parte de la mesa hereditaria, no son susceptibles del tercio de legítima (art. 808 CC), gozando de un poder de disposición más amplio que el del propio patrimonio digital.

7. La herencia digital. El destino *post mortem* de la personalidad digital

El patrimonio digital, conformado por los activos digitales con un valor monetario inherente, al tratarse de bienes de naturaleza patrimonial, debe formar parte de la herencia, independientemente de su naturaleza digital (Santos Morón, 2018, p. 416). Nos referimos aquí al sentido tradicional de la herencia, tal y como se regula en la normativa civil. Por consiguiente, deberán incluirse en la masa hereditaria todos los bienes digitales que sean susceptibles de valoración económica: criptomonedas, acciones y participaciones en plataformas de inversión en línea, bienes virtuales dentro de juegos en línea con un mercado secundario activo (objetos virtuales que puedan ser comprados y vendidos), *tokens* no fun-

gibles (NFT) que representen obras de arte digitales, colecciones digitales, contenidos digitales con valor de reventa, etc.

La identidad virtual o todos aquellos elementos digitales objeto de propiedad intelectual no forman parte de la herencia tradicional. Sin embargo, los derechos de explotación se podrán transmitir *mortis causa* por cualquier medio admitido en derecho y tendrán una validez *post mortem* durante un plazo de 70 años para sus herederos o legatarios. Algunos ejemplos serían: sitios web o blogs con contenidos creativos e ingresos de afiliación, las patentes o derechos de autor de productos digitales, las cuentas de redes sociales con grandes seguidores y rendimientos publicitarios, el software o las aplicaciones informáticas, los diseños gráficos, las obras escritas, las composiciones musicales, las obras de arte digital, cortometrajes o *sketchs* humorísticos, los contenidos educativos en línea, las patentes tecnológicas, las experiencias inmersivas virtuales, los nombres de dominio, etc.

Sin embargo, ha surgido la necesidad de contemplar otro tipo de herencia digital, una herencia digital por la que se regule el destino de los bienes sin contenido patrimonial ni susceptibles de protección o explotación intelectual. Las plataformas de redes sociales se han integrado profundamente en la rutina diaria de las personas. Su influencia en la sociedad ha sido tan significativa que ha llegado a compararse con la revolución provocada por la invención de la imprenta en el siglo XV, aunque a una velocidad mucho más rápida. Estas plataformas virtuales facilitan la interacción entre usuarios que comparten información personal, revelan sus intereses particulares y exteriorizan sus rutinas diarias. En la actualidad, el impacto de las redes sociales es innegable, muchos viven sus vidas virtuales con una gran intensidad, compartiendo fotografías, vídeos, acontecimientos y actividades cotidianas. A raíz de esto, ha nacido una nueva personalidad digital que es, en cierto modo, el reflejo de la personalidad física en el mundo virtual, aunque más selecta. Los muros de las redes sociales son como «álbumes digitales» abiertos al público. Revelan la identidad con la que los usuarios quieren darse a conocer ante la sociedad digital. Con la muerte de su titular, surge el interrogante sobre qué hacer con estos perfiles, si mantenerlos o borrarlos, o cómo acceder a ellos para borrarlos, toda vez que estarán protegidos con contraseñas (Durán Rivacoba, 2020, p. 249). La herencia digital es un término que surge de la preocupación por el destino de todos estos elementos digitales que conforman la personalidad digital de una persona después de su muerte. La Ley 10/2017 de Cataluña, que ha sido la primera norma en regular la herencia digital, lo ha justificado así en su preámbulo:

> Las personas utilizan cada vez con más frecuencia los entornos digitales para desarrollar las actividades de su vida personal y profesional. Estas actividades generan una diversidad de archivos que, una vez muerta la persona, también forman su legado [...]. La legislación vigente en materia de sucesiones no da respuesta a estas cuestiones. Además, en el ámbito de las interacciones que se producen en las redes sociales a menudo nos encontramos ante derechos de carácter personalísimo que se extinguen con la muerte de la persona. Estas cuestiones y otras relacionadas han comenzado a generar inquietud en la ciudadanía y todo hace prever que esta

inquietud se incrementará a medida que se extienda el uso de las redes sociales y la presencia de las personas en estas redes y, en general, en los entornos digitales.

Dentro del compromiso de las instituciones europeas por establecer un marco con el que salvaguardar los derechos fundamentales en el proceso de transformación digital, manteniendo un orden ético y democrático, el 26 de enero de 2022 fue publicada, por parte de la Comisión Europea, la Declaración de Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. En dicha declaración no se contenía ninguna alusión a la «herencia digital». Ahora bien, siguiendo con este proceso de «constitucionalismo digital», el 14 de julio de 2021 el Gobierno de España elaboró la Carta de Derechos Digitales de España. Se trata de un documento sin rango legal o reglamentario y que carece de fuerza normativa. Por tanto, los derechos establecidos en la carta no dejan de ser sino meras sugerencias o directrices para el futuro, sin ninguna vinculación normativa. Sin embargo, supone un impulso en el reconocimiento de los nuevos desafíos que se plantean en el entorno digital.

La Carta de Derechos Digitales de España, construida sobre el pilar de la dignidad personal, de los derechos inviolables que le son inherentes y del libre desarrollo de la personalidad, tiene como objetivo asegurar que los derechos fundamentales existentes en el mundo analógico sean igualmente protegidos en el ámbito digital; su propósito no radica en la creación de nuevos derechos, sino en la aplicación de los ya reconocidos al espacio virtual para dotarlo de herramientas y garantías de protección. La Carta de Derechos Digitales de España se estructura en 6 capítulos y en total contiene 28 derechos digitales. Entre estos derechos digitales se contempla, en el apartado VII, el derecho a la herencia digital, a la que se dedican tres puntos. En el primer punto, se alude a la sucesión del patrimonio digital: «Conforme a la ley que rija la sucesión, se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que, en el entorno digital, fuera titular la persona fallecida». En el segundo punto, se establece una distinción importante entre los bienes digitales de naturaleza patrimonial susceptibles de transmisión y aquellos otros elementos digitales afectos a la personalidad del difunto que merecen de defensa, preservación y memoria: «Corresponde al legislador determinar los bienes y derechos de carácter digital de naturaleza patrimonial transmisibles por herencia y los bienes de la personalidad que pueden ser objeto de defensa, preservación y memoria, así como las personas llamadas, en su caso, a tal función, en defecto de señalamiento por el fallecido». En el tercer punto se introduce una cuestión de relevancia, la protección de la intimidad, del secreto de sus comunicaciones o de la supresión de la presencia digital: «Se promoverá que la legislación contemple los supuestos en los que, atendidos los derechos de la persona fallecida o de terceros y en particular la protección de su intimidad y del secreto de sus comunicaciones, proceda la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad fuera de las personas a quienes se distribuyeron o se permitió acceder, en los casos en que aquella no haya dejado manifestación expresa sobre su destino». De este modo, se contempla un concepto de la herencia digital más amplio que la mera sucesión de los bienes patrimoniales alojados en el ciberespacio, se trata de la idea de proteger la memoria de la personalidad, de la intimidad y del secreto de las comunicaciones digitales del difunto.

Desde un punto de vista estrictamente civil, Javier González Granado (2016) opina que «no existe una herencia digital como un conjunto de relaciones especiales separada de la herencia física» (p. 43). Ciertamente, el testamento notarial podría ser un medio adecuado para recoger las instrucciones *post mortem* acerca de las cuentas de correo electrónico, de los perfiles, del contenido en redes sociales o alojado en los espacios de almacenamiento en la nube. Esto implicaría la transmisión de la propiedad y de la responsabilidad sobre tales activos digitales (Prenafeta, 2014). De hecho, hay quienes opinan que el testamento notarial sería la única forma válida para regir el legado de la «historia digital» de una persona tras su muerte (Muñoz Catalán, 2022, p. 716), incluso aunque tales instrucciones no se recogiesen mediante disposiciones estrictamente testamentarias (García Herrera, 2018, p. 7). Sin embargo, lo cierto es que los contenidos extrapatrimoniales podrían considerarse parte de la sucesión, pero no de la herencia en un sentido estricto, toda vez que en ella no se incluyen los bienes extrapatrimoniales, las relaciones personales exclusivas o los derechos fundamentales, como los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen) o del secreto de las comunicaciones. La exclusión de estos elementos de la herencia en un sentido estricto no impediría la posibilidad de contemplar un derecho a la herencia digital con el que regir el destino de la personalidad digital del difunto.

La Ley 10/2017 de voluntades digitales de Cataluña, en su artículo sexto, ha definido las voluntades digitales *post mortem* como las disposiciones establecidas para que el heredero, el albacea o la persona designada a tal efecto, las ejecute ante los prestadores de servicios digitales en los que el causante tuviera cuentas activas. Contemplan el contenido y el alcance exactos de encargo conferido a una persona para que: comunique a los prestadores de servicios digitales la defunción, solicite la cancelación de las cuentas activas o la ejecución de las cláusulas contractuales contempladas para el caso de defunción de los titulares con entrega, en su caso, de una copia de aquellos archivos digitales. Además, la ley catalana aclara que estas disposiciones pueden ordenarse a través de testamento, de codicilo, de memorias testamentarias o de un documento a inscribir en un registro electrónico de últimas voluntades. Para el supuesto de que el difunto no hubiera previsto sus voluntades digitales, los herederos o el albacea universal podrán ejercitar ciertas acciones. Ahora bien, se precisa expresamente que los encargados de ejecutar dichas voluntades digitales no tendrían, salvo autorización judicial o expresa autorización del causante, derecho de acceso a los contenidos y archivos de las cuentas. Se trata de una importante previsión para salvaguardar la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la protección de los datos personales del causante, pues una cosa es llevar a cabo las acciones respectivas frente a los proveedores de servicios y otra diferente el derecho a acceder a las conversaciones o contenidos privados del difunto.

El artículo 10 de la ley de voluntades digitales de Cataluña disponía la creación de un registro electrónico de voluntades digitales a fin de inscribir en él los documentos de últimas voluntades digitales. La creación de este registro público tuvo como resultado la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte de la Abogacía del Estado, en el que se alegaba que el legislador catalán carecía de competencia para su creación, ya que no se trataba de un registro de naturaleza

administrativa, sino civil. Dicho recurso fue resuelto por la STC 7/2019, 17 de enero (NormaCEF NCJ063784), cuya controversia se centró en dilucidar si el registro era de naturaleza administrativa o civil, por cuanto que, a tenor del artículo 149.1.8.º de la CE, el Estado tiene competencia exclusiva en la ordenación de los registros en materia de relaciones jurídico-civiles. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad y la nulidad del registro electrónico de voluntades digitales de Cataluña, concluyendo que no se trataba de un simple registro administrativo pues, al ordenar el destino del patrimonio digital por medio de los documentos inscritos, se desplegaban efectos jurídico-sustantivos que afectaban a las relaciones privadas *inter* partes, lo cual excedía la competencia ejecutiva del artículo 147 del Estatuto de Autonomía de Cataluña e invadía la competencia estatal dispuesta en el 149.1.8.ª de la CE (FJ 4.º).

8. El tratamiento de los datos personales del difunto y el derecho al testamento digital en la Ley Orgánica 3/2018

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, promulgada el 24 de octubre de 1995, marcó un hito significativo en la legislación para la protección de datos personales y su libre circulación. Fue propuesta por la Comisión Europea en 1990 en una época en la que internet y los motores de búsqueda aún estaban en sus etapas iniciales y no se podía prever su futuro impacto en la sociedad. A pesar de su amplitud, la aplicabilidad práctica de la directiva en relación con las actividades informáticas presentaba muchas lagunas, al no poder presagiar la rápida evolución y diversidad del uso de datos digitales. Después de 18 años en vigor, resultó evidente que la directiva no podía responder eficazmente al rápido avance digital, por lo que había de ser relegada. Este proceso de reforma culminó con la aprobación del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, conocido como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), el 27 de abril de 2016, que derogó la Directiva 95/46/CE. El RGPD, directamente aplicable en todos los Estados miembro desde el 25 de mayo de 2018, introducía importantes innovaciones normativas para fortalecer la protección de los datos personales. Sin embargo, el RGPD no incluye ninguna referencia a la herencia o al testamento digital. Lejos de ello, en los considerandos 27, 158 y 160 se precisa que el RGPD no es de aplicación para la protección de los datos personales de las personas fallecidas.

En el ámbito nacional, la protección de datos personales se reflejó por primera vez en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre el tratamiento automatizado de datos personales. Posteriormente, con la transposición de la Directiva 95/46/CE, se promulgó la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales. Con la aprobación del RGPD, España tuvo que ajustar nuevamente su legislación interna a la normativa de la Unión Europea. Como resultado, el 5 de diciembre de 2018 se aprobó la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. La nueva Ley Orgánica 3/2018 pretende reconocer el impacto significativo de internet en la sociedad

y afronta la necesidad de garantizar la protección de los derechos digitales en esta nueva etapa. Dado que el RGPD es de aplicación directa en todos los países miembros, la normativa nacional no puede más que introducir ciertas precisiones respecto a la normativa comunitaria. En esta línea, se introduce una nueva normativa sobre los datos de personas fallecidas con la que, aun excluyendo su tratamiento del ámbito de aplicación de la ley, se permite que ciertas personas puedan solicitar el acceso, la rectificación o la supresión de los datos personales del difunto, siguiendo las propias instrucciones que aquel hubiera dejado establecidas. Además, se aborda la tarea de reconocer una serie de derechos digitales entre los que se contempla un nuevo derecho al testamento digital. No obstante, se puede encontrar un tenue antecedente en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrollaba la Ley Orgánica 15/1999, en cuyo artículo 2.4 se establecía que la normativa no era aplicable respecto a los datos de personas fallecidas, pero precisaba que las personas vinculadas al fallecido podrían dirigirse a los responsables del tratamiento con la finalidad de notificar el óbito y solicitar, en su caso, la cancelación de los datos.

La Ley Orgánica 3/2018 establece una doble regulación (Moralejo Imbernón, 2020). El artículo 3 trata sobre los «datos de las personas fallecidas» y en el artículo 96 se introduce un nuevo «derecho al testamento digital».

8.1. Los datos personales de las personas fallecidas

La regulación de los datos personales de las personas fallecidas se aborda en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018, que se estructura en tres apartados. Según su apartado primero:

> Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión.
>
> Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante.

La redacción de este párrafo plantea una serie de problemas. El legislador no ha especificado el grado del vínculo (sea de parentesco o de hecho), lo que supone que el grupo de personas potencialmente autorizadas resulte indeterminadamente amplio (Cámara Lapuente, 2019, pp. 423-426). En este aspecto, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) se ha pronunciado indicando que «se trata de una legitimación muy amplia, que va más allá de los herederos que son quienes "suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones" (artículo 661 CC)», y opinando que «dicha amplitud

responde a que dicha intervención no encuentra su fundamento en la sucesión hereditaria, de la que quedarían excluidos los derechos personalísimos que se extinguen por la muerte del causante, sino en la necesidad de proteger su memoria, estableciéndose, por tanto, en beneficio del fallecido» (AEPD, 2019). Ahora bien, esto no es del todo así, pues una cosa es la protección de la memoria *defuncti* frente a terceros y otra muy diferente es el acceso a los datos personales del difunto, lo cual supone una intromisión en su privacidad, máxime cuando el acceso queda a merced de un público tan amplio e indeterminado. La protección de los datos personales no debería incluir nunca el acceso a los datos personales del difunto, precisamente porque con ello se puede afectar a su estima y a su buen recuerdo. Salvo que el causante lo hubiera dispuesto expresamente, nadie debería disponer del derecho de acceder a sus datos personales, que incluyen conversaciones privadas, archivos personales y toda clase de información reservada a la esfera privada y que debe quedar en secreto.

Por otro lado, no se establece un método para resolver los posibles conflictos que pudieran surgir si varios individuos estuvieran legitimados al mismo tiempo, lo cual es una cuestión significativa, ya que podrían llegarse a presentar solicitudes incompatibles entre sí (imagínese que uno solicita la rectificación y otro la eliminación). Tampoco se precisa la cuestión relativa a la excepción de prohibición del causante. La ausencia de especificaciones sobre los requisitos formales deja abierta la posibilidad de considerar la validez de las declaraciones verbales (aunque esto no sea recomendable, debido a la dificultad para probarlas) o incluso la ejecución de instrucciones contradictorias. Además, la disposición del fallecido prohibiendo el acceso podría quedar anulada, según el texto literal de la norma, por el mero hecho de que los herederos solicitaran su acceso bajo el simple pretexto de la posible existencia de datos relevantes para el patrimonio. La normativa no exige que se presente ningún tipo de prueba para invalidar la disposición del fallecido prohibiendo el acceso a sus datos (Otero Crespo, 2019, pp. 115-116).

El apartado segundo, que tampoco está exento de crítica, establece que las personas o las instituciones que el fallecido hubiese designado expresamente también podrán solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso, su rectificación o supresión. Parece entenderse que el hecho de que el causante designe expresamente a una persona o institución no excluye el derecho previsto en el primer apartado respecto las personas vinculadas por razones familiares o de hecho. Lo lógico sería que, si el causante ya ha concretado a la persona o institución encargada de llevar a cabo sus designios, la tarea recayese exclusivamente sobre aquellos. Por otra parte, se refiere que se establecerán los requisitos y las condiciones para acreditar la validez de tales mandatos y, en su caso, el registro de los mismos a través de real decreto. Sin embargo, seis años después de la promulgación de la ley, el Poder Ejecutivo sigue sin haber ofrecido una regulación al efecto.

El apartado tercero concreta que, en el caso de los menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o por el Ministerio Fiscal. Nuevamente, al emplear la expresión «podrán ejercitarse también» parece incluir a las personas contempladas en el apartado primero (las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o

de hecho), lo cual puede implicar un conflicto entre unos u otros. Además, hay que tener en cuenta que, dependiendo del grado de madurez, el menor podría haber dejado constatadas sus voluntades *post mortem*. Para el fallecimiento de las personas con discapacidad, dichas facultades se podrán ejercitar por las personas designadas para las funciones de apoyo.

Como apunta Otero Crespo, hubiera sido más apropiado considerar en primer lugar la autonomía de la voluntad y luego incluir la regla subsidiaria aplicable (el grupo de personas autorizadas para actuar, en ausencia de instrucciones, frente a los proveedores de servicios) (2019, p. 118).

8.2. El derecho al testamento digital

Mientras que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018 abordaba quién tenía legitimidad para solicitar el acceso, la rectificación o la eliminación de los datos personales del fallecido, el artículo 96 se ocupa de los «contenidos digitales» que estuvieran bajo el control de un «proveedor de servicios de la sociedad de la información». Si bien el precepto lleva por rúbrica «derecho al testamento digital», la realidad es que el artículo consagra un derecho de acceso, no a los datos personales del difunto, de lo que se ocupa el artículo 3, sino a los contenidos gestionados por los proveedores de servicios de la sociedad de la información.

El apartado primero de este artículo establece las reglas por las que se debe regular el acceso a los contenidos digitales de las personas fallecidas. A tal efecto, comienza indicando que:

> Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión.
>
> Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

Este apartado comparte la misma imprecisión que el artículo 3; la fórmula empleada respecto a las «personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho» es extensivamente ambigua y, a su vez, se posiciona en igual rango con los «herederos» sin contemplar ningún tipo de previsión jerárquica entre ellos. En el párrafo segundo se precisa que dicho acceso quedará restringido cuando el difunto lo hubiera dejado expresamente prohibido, salvo para los herederos cuando el acceso tuviera como objeto el caudal relicto. Ahora bien, esta excepción a la prohibición deja abiertas las puertas de los herederos a todos los contenidos digitales sin ningún tipo de control.

En sentido parecido, la redacción resulta algo confusa y deficiente, pues se parte de la premisa de considerar que el causante no hubiera dispuesto instrucción alguna, con lo que de forma inmediata se concede el derecho de acceso a los contenidos digitales a un amplio público: familiares, personas cercanas y herederos. Este acceso solo quedaría restringido si el difunto lo hubiera previsto expresamente. Pero partiendo de esta redacción normativa, podría suceder que aun cuando la persona fallecida lo hubiera prohibido expresamente, cualquier persona pudiera aun así solicitar el acceso a los contenidos ocultando simplemente esta circunstancia, ya que no se contempla el requisito de verificar este extremo en ningún registro (el cual, tampoco existe aún). En este punto, la redacción empleada en el artículo sexto de la Ley 10/2017 de Cataluña resulta más acertado: el criterio utilizado parte de la existencia o de la inexistencia de disposiciones para, según el caso, contemplar consecuencias diferentes. Además, dicho precepto catalán parte de establecer una prohibición de acceso que quedaría inoperante solamente si el causante lo hubiera permitido expresamente. De hecho, en defecto de autorización, las personas a quienes correspondiera ejecutar las voluntades digitales solo podrían tener acceso a los contenidos digitales mediante autorización judicial. Del mismo modo, el Real Decreto 1720/2007, por el que se daba desarrollo reglamentario a la Ley Orgánica 15/1999, ya contemplaba esta circunstancia, también de una forma más acertada, al conceder a los causahabientes el derecho a notificar el óbito o a solicitar la cancelación de los datos personales, pero en ningún caso el acceso a los mismos.

Es decir, resulta preciso hacer tres observaciones. En primer lugar, la amplitud de la autorización contemplada en el artículo 96 a la hora de conceder el acceso a los datos personales del difunto. En segundo lugar, el hecho de que, a diferencia de otras regulaciones, nuestra legislación no haya dado prioridad a la voluntad de la persona fallecida, refiriendo que puede denegar el acceso a sus datos (Moralejo Imbernón, 2020, p. 251), pero como una excepción o regla subsidiaria frente a la regla general, que es la de conceder el acceso *de facto*. En tercer lugar, que la forma de regular el destino de los contenidos digitales haya sido otorgar un derecho de acceso en lugar de otras medidas menos invasivas, como la solicitud de cancelación.

La segunda regla de acceso establece que «el albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones». Con ello, se prevé la posibilidad de que el difunto pueda dejar nombrado un albacea testamentario o una institución para que ejecute sus disposiciones digitales póstumas. La figura del albacea está prevista en los artículos 892 a 911 del Código Civil y consiste en la persona designada por el testador para velar por la correcta ejecución de las disposiciones testamentarias y por la conservación de la masa hereditaria. La inclusión de la figura del albacea testamentario no debería ser motivo de confrontación, pues su finalidad estaría orientada a un trabajo colaborativo junto a los herederos y legatarios para cumplir con las disposiciones del testador digital. Rosales de Salamanca Rodríguez (2016, p. 33) considera que el albacea tiene la misión de transmitir la herencia digital (con contenido patrimonial, cabe suponer) del causante a los

legítimos herederos. Pero también sería factible que, atendiendo a la diferente naturaleza de los bienes digitales, el albacea pudiera gestionar y proteger los bienes digitales de carácter personal y, a la vez, actuar como administrador de los bienes digitales con valor patrimonial para su distribución y transmisión *mortis causa* (Ordelin Font y Oro Boff, 2020, p. 129). Ahora bien, nuevamente la redacción empleada por el legislador deja bastante que desear: por un lado, no se contemplan específicamente tales funciones y, por otro, se refiere que el albacea o la institución designada «también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones». El empleo del adverbio «también» no excluye al resto de personas, sino que simplemente añade o incorpora al albacea o a la institución designada, con lo que se disipa su efectividad. Lo coherente en este sentido es que, si el testador hubiera dejado expresamente designado un albacea para la regulación de sus contenidos digitales, este fuera el único y exclusivo encargado de dar cumplimiento a sus expresas disposiciones.

La siguiente regla dispone que «en caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada». La cuarta y última establece que «en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado». Nuevamente, el empleo del adverbio «también» simplemente añade nuevas figuras a una sucesiva acumulación con la que, lejos de aportar soluciones precisas y concretas, se enreda y entorpece la cuestión.

El apartado segundo del artículo 96 determina que:

> Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones.
>
> El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil deberá proceder sin dilación a la misma.

Cabe entender que con este apartado el legislador ha pretendido incluir una mención específica a las redes sociales o servicios de comunicación digital equivalentes. La idea recogida es que los legitimados puedan decidir si mantener los perfiles de las redes sociales o eliminarlos, de lo que se puede deducir que en ningún caso cabría su modificación o alteración, ni tampoco su acceso. Este apartado no sería del todo desacertado si no fuera porque las redes sociales son prestadores de servicios de la sociedad de la información, por lo que cabe el derecho de acceso, a tenor del artículo 96.1. En todo caso, el hecho de que se introduzca la voluntad del causante de forma subsidiaria es nuevamente digno de crítica.

El apartado tercero indica que «mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica». La Ley Orgánica 3/2018 entró en vigor el 7 de diciembre de 2018. Casi seis años después, dicha regulación reglamentaria brilla por su ausencia. Aunque se estableció que se determinarían los requisitos y condiciones para verificar el registro y la validez de los mandatos e instrucciones mediante real decreto, la labor reglamentaria no se ha afrontado y su omisión resulta inexcusable, pues se precisa de un real decreto que esclarezca las múltiples discordancias suscitadas a raíz del artículo 96 de la LOPD (Otero Crespo, 2019, p. 123).

Además, este apartado alude a la creación de un registro de testamentos digitales, similar al introducido por la ley catalana de voluntades digitales y que fue declarado inconstitucional. La ausencia de un registro de voluntades digitales vacía de eficacia las voluntades digitales póstumas, pues no se cuenta con criterios claros. Resulta imprescindible que se regule acerca de cuestiones básicas como el medio adecuado para plasmar las voluntades digitales póstumas o el nombramiento de los albaceas digitales. Estamos ante una práctica legislativa sumamente reprochable, basada en meros constructos teóricos que adolecen de las medidas reglamentarias necesarias para su adecuada implementación. Resulta crucial que se constituya un registro de últimas voluntades digitales y que se regulen los requisitos y las condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones. Hasta entonces, el «derecho al testamento digital» solo será un brindis al sol.

El último y cuarto apartado del artículo 96 refiere que «lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación». Es decir, se manifiesta que el fallecimiento en una comunidad autónoma con derecho foral propio es la condición determinante de la aplicación de la normativa autonómica propia. No hace falta agudizar mucho el ingenio para percatarse de que el legislador estaba más perdido que un pingüino en medio del desierto. Se equivoca gravemente al establecer la aplicación del derecho foral autonómico por la circunstancia del fallecimiento en un territorio autonómico. Como es conocido, la aplicación del derecho civil común o del derecho foral autonómico se determina por la vecindad civil, así lo establece el artículo 14.1 del CC: «La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil». Por tanto, el lugar del fallecimiento resulta irrelevante a tales efectos. Como apunta Otero Crespo (2020), el legislador debería haber hecho alusión a «los fallecidos con vecindad civil de una comunidad autónoma con Derecho civil propio» (p. 8).

9. La memoria *defuncti* y el derecho a la intimidad pretérita

Compartiendo la opinión de Otero Crespo (2019), «el legislador estatal español, lejos de aportar soluciones técnicas, ha creado normas confusas y caóticas» (p. 129). Los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018 aglomeran una gran cantidad de bienes digitales bajo las ca-

tegorías de «datos de las personas fallecidas» y «contenidos digitales», sin aportar ninguna definición de dichos términos. La realidad es que dentro de estos conceptos tiene cabida una amplia diversidad de cuestiones en las que se entremezclan aspectos sucesorios (los derechos de los herederos para recibir los activos digitales patrimoniales), contractuales (las condiciones de uso de las plataformas digitales) o la protección de la propiedad intelectual (en relación con las obras creativas del difunto almacenadas en las plataformas). Además, con esta regulación se está afectando al derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) (Moralejo Imbernón, 2020, pp. 243-244).

Según el marco normativo introducido por los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018, a las personas legitimadas (que son bastantes) se les ha concedido el derecho de acceder a los datos y a los contenidos digitales del fallecido. De esta manera, se ha autorizado el acceso a una información que el finado pudo haber mantenido en secreto durante toda su vida y que hubiera deseado que así continuara tras su muerte. Tal acceso podría revelar aspectos íntimos y detalles sensibles de la vida del difunto que, posiblemente, hubiera deseado preservar en el anonimato: desde conversaciones privadas o fotografías personales hasta sus registros de actividad en línea. Sin embargo, el legislador español ha optado por permitir el acceso a dicha información a todas las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o de hecho, así como también a todos sus herederos; en definitiva, a todo el círculo personal y familiar del extinto. Muerta una persona, se sirve a sus allegados un calamitoso «bufé libre» de contenidos íntimos y privados.

En los artículos 197 y siguientes del Código Penal se tipifica el delito de descubrimiento y revelación de secretos, condenando a quienes realicen conductas tendentes a descubrir los secretos e invadir la intimidad de un tercero sin su consentimiento. La AEPD (2018) indica que «cuando accedemos, sin autorización, a información de otras personas, además de estar vulnerando su intimidad, podemos estar cometiendo un delito de descubrimiento y revelación de secretos», y comenta que este delito se produce, por ejemplo, si «accedemos a la cuenta de correo electrónico y al teléfono móvil de otra persona sin su consentimiento para conocer datos, conversaciones y mensajes de carácter absolutamente privado y particular» (p. 4). Curiosamente, el acceso inconsentido a las conversaciones o perfiles privados entre parejas o cónyuges es caldo de cultivo de este delito. Entre otras, la Sentencia 358/15 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Gerona condenó a un hombre por acceder al perfil de la red social de Facebook de su pareja, sin el consentimiento de aquella, a un delito contra la intimidad con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco. Sin embargo, tras su muerte, el entonces condenado hubiera podido curiosear a sus anchas todos los contenidos digitales de su esposa, no solo sin reproche penal, sino además amparado por la actual Ley Orgánica 3/2018.

El RGPD ha excluido, a través de los considerandos 27, 158 y 160, la aplicación de la normativa comunitaria de protección de datos a las personas fallecidas; sin embargo, no se ha impedido su regulación por los Estados miembro. En España, el derecho a la protección de datos quedó reconocido como un derecho fundamental desde la conocida STC 292/2000, de 30 de

noviembre, donde el Tribunal Constitucional explicó que el derecho fundamental a la protección de datos, que nacía de una interpretación conjunta del derecho a la intimidad (reconocido en el artículo 18.1 de la CE) y el de protección frente a la informática (art. 18.4 CE) implicaba una protección más amplia que la de los datos íntimos y que se extendía a todos los datos personales que permitiera la identificación de su titular, aunque no fueran estrictamente íntimos (FJ 6.º).

El derecho a la intimidad es uno de los derechos fundamentales de la personalidad y se encuentra expresamente reconocido en el artículo 18.1 de la CE. El Tribunal Constitucional ha definido el derecho fundamental a la intimidad como «ese ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás» (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5.º [Normacef NCJ064658]) que «garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona y a su familia, pudiendo imponer a terceros, sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida» (STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7.º [NormaCEF NCJ041630]). Por otro lado, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 de la CE, consagra la libertad y el propio secreto de las comunicaciones, estableciendo la prohibición de su interceptación o conocimiento antijurídico. Conforme argumenta la STC 145/2014, de 22 de septiembre (NormaCEF NCJ058764), el bien jurídico constitucionalmente protegido es el secreto de las comunicaciones, el cual puede resultar vulnerado tanto por la aprehensión del mensaje durante su transmisión, «como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado –apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo» (FJ 4.º). En todo caso, cualquier actividad que constituya una intromisión en el secreto de las comunicaciones (como lo es la lectura de los correos o mensajes electrónicos) implicará, en mayor o menor medida, una injerencia en el derecho a la intimidad; así lo contempla la STC 30/2022, de 7 de marzo (NormaCEF NCJ066018):

> A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no solo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado.

El artículo 32 del Código Civil establece que «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas». Ciertamente, especifica de manera clara y contundente que la personalidad jurídica se extingue con el fallecimiento. En ese momento, los derechos que son inherentes a la personalidad se extinguen (González Granado, 2016, p. 39). Ahora bien, la invasión de los contenidos digitales de un difunto podría implicar una injerencia en su intimidad. Se trata de una noción del derecho a la intimidad diferente al que la persona tiene durante su vida ya que, al tratarse de un derecho de la personalidad, naturalmente se extingue con el fallecimiento. Sin embargo, resulta posible la defensa de la «intimidad pretérita» del finado (Moralejo Imbernón, 2020, p. 247) como un tipo de tutela *post mortem* que se

contempla no solo respecto a la intimidad, sino de todos los derechos de la personalidad, en la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LOPH). El artículo 4 de la LOPH reconoce el «ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida» a quien hubiera designado a tal fin en testamento; en su defecto, al cónyuge, a los descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo de su muerte; y, a falta de todos ellos, al Ministerio Fiscal durante un plazo máximo de 80 años.

La exposición de motivos de la LOPH justifica que «aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento». Se trata de la protección de la personalidad que ya no es, pero que sí fue (que es pretérita), de la tutela del eco eterno de su personalidad.

El objetivo de la defensa de la personalidad pretérita es salvaguardar la memoria del difunto, lo cual implica proteger el recuerdo de sus características o atributos aunque, en un sentido estricto, el difunto no tenga ya derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Las injurias a la reputación del difunto, las palabras que menoscaben sus cualidades o méritos, sin duda alguna afectarían esa memoria *defuncti*. Pero, además, es importante tener en cuenta que también se busca proteger aquellos aspectos de la vida privada que el difunto mantuvo en secreto durante su vida y cuya posible divulgación también podría dañar su memoria o su recuerdo (Ramos Gutiérrez, 2012, pp. 85-86).

Como indica Alonso Pérez, «la memoria *defuncti* es algo vivo, pues, dada por supuesta la extinción de la personalidad por efecto de la muerte, algo de esta se prolonga o supervive». Se trata de una prolongación *post mortem* de la personalidad del fallecido en cuanto a su respeto y protección. Por tanto, levantar el manto sobre todos los contenidos digitales de un difunto supone una injerencia desmedida en el respeto póstumo de su intimidad. El acceso a los datos personales y a los contenidos digitales del finado implica una grave violación de este derecho a la intimidad pretérita. No se puede obviar que todos los elementos digitales, como son los *emails*, los mensajes privados, los rastreos de búsqueda o los registros de compras *online* (entre otros muchos) implican un alto nivel de intimidad y de privacidad. La invasión de tal intimidad y la violación del secreto de dichos contenidos suponen un grave daño para la memoria *defuncti* del fallecido, máxime cuando es todo su círculo cercano el que puede acceder a tales contenidos y, por tanto, descubrir circunstancias que pudieran afectar al buen recuerdo del difunto y que aquel hubiera querido mantener en el anonimato. Pues bien, el legislador español ha optado por conceder el acceso a los datos personales y a los contenidos a «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos». Cosa distinta hubiera sido si, tal y como se contempla en el derecho comparado, este derecho hubiera recaído exclusivamente sobre la persona que el difunto hubiera designado expresamente, supuesto en el que la colisión con el derecho a la intimidad *post mortem* sería mucho menor o prácticamente inapreciable.

Según la normativa catalana, la persona encargada de ejecutar las voluntades digitales no puede acceder a los contenidos digitales, salvo que el causante lo hubiera dejado expresamente autorizado o salvo autorización judicial. Sin embargo, la LOPD ha establecido una presunción totalmente contraria, concediendo el acceso a los contenidos salvo prohibición expresa, «con la puesta en riesgo y vulnerabilidad del derecho a la privacidad del causante que también merece ser protegido posterior a su fallecimiento» (Ordelin Font y Oro Boff, 2020, p. 131). Y es que la norma general no puede ser otra que la de no asumir la voluntad del difunto para acceder a los contenidos de sus comunicaciones electrónicas. Acceso que solo podría resultar tolerable cuando el difunto lo hubiera consentido explícitamente, a fin de asegurar el respeto a su intimidad pretérita (Santos Morón, 2018, p. 426).

La solución ofrecida por la red social Facebook parece bastante acertada. El usuario de Facebook puede decidir que su cuenta desaparezca tras su defunción o bien dejar designado un «legado» para que se encargue de gestionar su cuenta «conmemorativa». La conversión de una cuenta a «conmemorativa» implica que aparezca la frase «en memoria de» junto a su nombre de perfil y que sus amigos puedan compartir recuerdos en una «biografía conmemorativa» mientras que el contenido que la persona hubiera compartido en vida permanecería visible e inalterable (Facebook 2024a). El legado encargado de la gestión del perfil conmemorativo no podrá en ningún caso iniciar sesión en la cuenta conmemorativa, eliminar o editar publicaciones pasadas, leer los mensajes o eliminar contactos (Facebook, 2024b). De esta forma, se contempla un mecanismo perfectamente válido para regular el destino *post mortem* de la personalidad digital de un difunto sin violar su intimidad.

El acceso a los activos digitales no solo supone un grave daño para la memoria *defuncti*, sino que resulta completamente innecesario para los fines que aquí interesan: contemplar el destino de su personalidad digital. En defecto de un documento de últimas voluntades digitales, el margen de decisión de las personas legitimadas no debería extenderse más allá de dos opciones bastante simples: la extinción de su personalidad digital en las plataformas digitales o la perpetuación de la misma con el mantenimiento de sus perfiles públicos; pero, en ningún caso, el acceso o la alteración de los mismos. Y, por supuesto, el destino de la personalidad digital debería someterse, en primer lugar, a la voluntad del difunto y, solo en defecto de disposiciones póstumas, someterse a la decisión de las personas legitimadas; pero sin que estas, cabe insistir, contasen con el derecho de acceder a los contenidos privados, personales e íntimos del fallecido, salvo expresa autorización (del difunto o de la autoridad judicial).

10. Conclusiones

El crecimiento de internet ha revolucionado las interacciones humanas, ha facilitado el acceso a un nuevo mercado de servicios digitales y ha propiciado la digitalización de otros bienes y productos. Se han transformado las comunicaciones y la identidad social, surgiendo

un mundo virtual en el que las personas comparten mensajes telemáticamente y construyen su propia personalidad digital. Este escenario plantea múltiples interrogantes acerca de cuál debe ser el destino de los bienes digitales tras la muerte de su titular.

Los bienes digitales abarcan un amplio espectro de posibilidades pero, a efectos de regular su sucesión, lo más práctico es distinguir entre los que tienen valor económico o naturaleza patrimonial y los que no. También es preciso diferenciar entre tres conceptos: el patrimonio digital (conjunto de bienes digitales con valor monetario), la identidad virtual (las obras y producciones publicadas en la red) y la personalidad digital (la manifestación de la propia personalidad exteriorizada a través de los canales de comunicación).

La sucesión del patrimonio digital se regirá por las normas civiles de transmisión hereditaria, al igual que los bienes analógicos. La expresión «testamento digital» será válida mientras se refiera a la inclusión de los bienes digitales en el testamento; sin embargo, no existe un testamento *online* en cuanto a su otorgamiento a través de medios exclusivamente digitales. La personalidad virtual se refiere a la propiedad intelectual en línea, por lo que se regirá por la LPI, la cual establece que los derechos de explotación sobre la propiedad intelectual se transmiten *mortis causa*, por cualquier medio admitido en derecho, durante un plazo de 70 años. El concepto de la herencia digital surge de la necesidad de contemplar el destino de la personalidad digital de las personas. La Ley 10/2017 de Cataluña fue la primera norma en regular la herencia digital. La Carta de los Derechos Digitales de España contempla el derecho a la herencia digital. A diferencia del RGPD, que deja fuera de su regulación los datos personales de las personas fallecidas, la Ley Orgánica 3/2018 trata sobre los datos de las personas fallecidas e incluye un nuevo derecho al testamento digital.

La Ley Orgánica 3/2018 otorga el derecho de acceso sobre los datos personales y los contenidos digitales de las personas fallecidas a favor de un amplio e indeterminado número de familiares, allegados y herederos, que solo quedaría sin efecto en caso de prohibición expresa por parte del difunto. Se trata de una normativa caótica e imprecisa, que parte de una acción sumamente invasiva para la intimidad del difunto y deja su voluntad en segunda posición. Esta invasión de los datos personales y contenidos digitales del finado implica una injerencia en su derecho a la intimidad pretérita, lo cual puede afectar gravemente a su memoria *defuncti*. Además, el acceso a los activos digitales del difunto resulta innecesario para la gestión de su identidad digital. En ausencia de un documento de últimas voluntades digitales, las personas autorizadas solo deberían contar con dos simples opciones: eliminar la presencia digital o mantener los perfiles, pero en ningún caso acceder o alterar su contenido. Por otro lado, el destino de la identidad digital debería estar determinado principalmente por la voluntad del fallecido y, solo subsidiariamente, por las personas legitimadas. El acceso a los datos y contenidos digitales solo habría de ser posible en caso de autorización expresa del difunto o autorización judicial.

Referencias bibliográficas

Adriano Fabre, A. y Hernández Sánchez, M. L. (2021). Testamento y herencia digital. *Enfoques Jurídicos: Revista Multidisciplinar del CEDEGS*, *4*, 120-136. https://doi.org/10.25009/ej.v0i04.2574

AEPD (Agencia Española de Protección de Datos). (2018). Protección de datos y prevención de delitos. https://www.aepd.es/guias/fichas-proteccion-datos-y-prevencion-de-delitos.pdf

AEPD. (2019). Informe Jurídico 010601/2019 (Informe n.º 010601/2019). https://www.aepd.es/documento/2019-0036.pdf

Aguas Valero, G. (2022). El testamento digital. *Revista de Derecho Aragonés*, *28*, 65-90.

Alonso Pérez, M. (2024). Daños causados a la memoria del difunto y su reparación. https://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html

Cámara Lapuente, S. (2019). La sucesión mortis causa en el patrimonio digital. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, *59*. http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf

Conde Rodríguez, M. (2022). *El testamento digital y su aplicación práctica* [Proyecto fin de máster, Universidad Loyola Andalucía]. Repositorio Institucional de la Universidad Loyola. https://repositorio.uloyola.es/bitstream/handle/20.500.12412/3291/Mar%c3%adaCondeRodr%c3%adguez_TFM.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil. Volumen VI: Derecho de Familia*. Tecnos.

Durán Rivacoba, R. (2020). Herencia y testamento digitales. En I. González Pacanowska (Coord.), *Protección de datos personales* (pp. 239-305). Tirant lo Blanch.

Facebook. (2024a). Qué pasa con tu cuenta de Facebook si falleces. https://es-es.facebook.com/help/memorialized

Facebook. (2024b). Contactos de legado. https://es-la.facebook.com/help/991335594313139

García Goldar, M. (2019). *La liquidación de la herencia en el Código Civil español*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

García Herrera, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas. *Actualidad Civil*, *5*, 1-13.

González Granado, J. (2016). Solo se muere una vez: ¿Herencia digital? En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *¿Testamento digital?* (pp. 39-44). Juristas con futuro. https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/39/53/04aguas.pdf

Jiménez Lájara, C. (2016). La herencia digital. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *¿Testamento digital?* (pp. 93-98). Juristas con futuro.

Llopis Benlloch, J. C. (2016). Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *Testamento ¿Digital?* (ed. especial, pp. 45-52). Desafíos Legales.

Luch Cerdá, C. (2016). El reto de una muerte digital… digna. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *Testamento ¿Digital?* (ed. especial, pp. 16-25). Desafíos Legales.

Madden, M., Fox, S., Smith, A. y Vitak, J. (2007). Digital Footprints: Online Identity Management and Search in the Age of Transparency. Pew Internet & American Life Project. Pew Research Center. https://www.pewresearch.org/2007/12/16/digital-footprints-online-identity-management-and-search-in-the-age-of-transparency/

Martín Pérez, J. A. (2011). Comentario al artículo 659 del Código Civil. En A. Cañizares

Laso (Ed.), *Código Civil comentado* (vol. II, p. 217). Thomson Reuters.

Moralejo Imbernón, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *ADC*, *73*(1), 241-281.

Muñoz Catalán, E. (2022). Testamento digital y evolución histórico-jurídica de las voluntades digitales. En B. Puebla-Martínez, R. Vinader Segura y N. Navarro Sierra (Coords.), *COVID-19, Multiverso de disciplinas: Una mirada desde la salud, la educación y la comunicación* (pp. 701-718). Dykinson.

Öhman, C. J. y Watson, D. (2019). Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online. *Big Data & Society*, *6*(1). https://doi.org/10.1177/2053951719842540

Okdiario. (2021). Frases de Jeff Bezos en el día de su nacimiento. https://okdiario.com/curiosidades/frases-jeff-bezos-dia-nacimiento-6688610

Ordelin Font, J. L. y Oro Boff, S. (2020). Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *23*(1), 119-139.

Otero Crespo, M. (2019). La sucesión en los «bienes digitales»: La respuesta plurilegislativa española. *Revista de Derecho Civil*, *6*(4), 89-133.

Otero Crespo, M. (2020). Las disposiciones post mortem sobre el llamado «patrimonio digital»: una primera aproximación desde el sistema plurilegislativo español. En *Encontro de Investigadores* (pp. 1-10). Universidade do Minho.

Prenafeta, J. (2014). Legado digital ante notario. https://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/

Ramos Gutiérrez, M. (2012). *La protección de la memoria defuncti* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. Repositorio documental Gredos. https://gredos.usal.es/handle/10366/121403

Rosales de Salamanca Rodríguez, F. (2016). Testamento digital. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *¿Testamento digital?* (pp. 93-98). Juristas con futuro.

Salamanca Rodríguez, F. R. de (2016). Testamento digital. En R. Oliva León y S. Valero Barceló (Coords.), *¿Testamento digital?* (pp. 26-38). Juristas con futuro.

Santos Morón, M. J. (2018). La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *10*(1), 413-438.

Álvaro Adán Vega. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Ávila y doctorando en el programa de Derecho y Sociedad de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA. Ejerce como procurador de los tribunales y cuenta con 12 años dedicados al ejercicio práctico de la profesión jurídica. Ha colaborado con el Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid ocupando los cargos de vocal de mediación y vocal de deontología, participa como asesor de los servicios de consulta y asesoramiento, y ha realizado varias publicaciones en la revista institucional. Ha intervenido como ponente en diversas conferencias académicas, ha sido tutor de prácticas externas del Máster de Acceso a la Procura de diferentes universidades y profesor del actual Máster de Acceso a la Abogacía y a la Procura en la Universidad de Alcalá y en la Universidad Rey Juan Carlos. https://orcid.org/0009-0003-5468-4807

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

Criptoactivos y finanzas descentralizadas en la Unión Europea. ¿Cambio de paradigma en el delito de manipulación de mercado?

Mariano Castillo García

Castillo&García. Abogados penalistas.
Especialistas en derecho penal económico y de la empresa (España)
marius.castillo-garcia@icab.es | https://orcid.org/0009-0006-9104-7163

Extracto

Este artículo trata sobre el debate dogmático principal que presenta el delito de manipulación de mercado con la aplicación del Reglamento (UE) 2023/1114, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y su relevancia penal.

Palabras clave: abuso de mercado; accesoriedad asimétrica; criptoactivos; ley penal en blanco.

Recibido: 30-04-2023 / Aceptado: 04-06-2024 / Publicado (en avance *online*): 18-06-2024

Cómo citar: Castillo García, M. (2024). Criptoactivos y finanzas descentralizadas en la Unión Europea. ¿Cambio de paradigma en el delito de manipulación de mercado? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, *282*, 61-92. https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22049

© Centro de Estudios Financieros (18-06-2024)
Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

Cryptoassets and decentralized finance in the European Union. Paradigm shift in the crime of market manipulation?

Mariano Castillo García

Abstract

This article discusses the literature debate that arises in the crime of market manipulation with the implementation of Regulation (EU) 2023/1114, of 31 May 2023, in crypto asset markets and their criminal relevance.

Keywords: market abuse; asymmetric accessory law; cryptoassets; blank penal law.

Received: 30-04-2023 / Accepted: 04-06-2024 / Published (online preview): 18-06-2024

Citation: Castillo García, M. (2024). Criptoactivos y finanzas descentralizadas en la Unión Europea. ¿Cambio de paradigma en el delito de manipulación de mercado? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, *282*, 61-92. https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22049

Sumario

1. Introducción
2. La prohibición de manipulación de mercado (art. 91 MiCA), ¿ley penal en blanco o de accesoriedad asimétrica?
3. Criptoactivos, ¿instrumentos financieros?
4. El riesgo permitido
5. Manipulaciones informativas del precio de cotización de las acciones en redes sociales
6. Conclusión

Referencias bibliográficas

BlackRock's Larry Fink says bitcoin ETFs are just the first step in the technological revolution of finance[1].

The first generation of the digital revolution brought us the internet of information. The second generation driven by Blockchain of value: new distributed platforms that can help us reshape the business world and transform the older of human affairs for the better[2].

Los grandes descubrimientos del siglo XIX, principalmente la aplicación del vapor a los transportes, tanto terrestres como marítimos, y la telegrafía y telefonía por hilos y sin hilos, determinan una revolución mundial, porque, al desaparecer las distancias y al multiplicarse las relaciones entre los pueblos, se siente de un modo intenso el palpitar de una vida internacional que dará al traste con las fronteras, como la intensificación de la vida nacional dio al traste con las murallas, consideradas hasta casi nuestros días como el único medio de poder garantizar la independencia de las ciudades[3].

1. Introducción

Desde octubre de 2023 el Bank for International Settlerments[4] de Basilea (Suiza) tiene constituido un equipo de investigación, Innovation Hub, dedicado a cartografiar el mundo de las finanzas descentralizadas mediante el Project Atlas[5], en colaboración con el Deustche Bundesbank y el Nederlandsche Bank, adscritos al Eurosystem[6], proporcionando *know*

[1] Macheel, T., Cryptoworld. CNBC. Jan 12 2024. *Cfr.* ARK 21 Shares Bitcoin ETF. Prospectus. Registration No. 333-257474. Security and Exchange Commission (SEC). January 9 2024.

[2] Tapscott, D. y Tapscott, A. (2018). *Blockchain Revolution*. *How the technology behind bitcoin is changing money, business, and the world.* Penguin Random House.

[3] Benito y Endara, L. (1924). *La Conferencia Internacional de Derecho marítimo de Bruselas de 1922.* Conferencia sesión de 4 de abril de 1923. Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. LVIII. Ed. Reus, p. 14.

[4] En adelante, BIS.

[5] Project Atlas. Mapping the world of decentralized finance. Bank for International Settlements (BIS). *Cfr.* BIS, The crypto ecosystem: Key elements and risks. Report submitted to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors. July 2023. *Cfr.* Auer, R. *et al.*, The Technology of Centralized Finance (DeFi). BIS Working Papers No. 1066. January 2023. *Cfr.* Mignano, J. *et al., Disruptive money. Exploring the Future of corporate Cryptocurrency*. Rand corporation. 2023.

[6] *Vid.* García Martínez, F. y Martínez Resano, J. R. (2023). Digital assets and reporting: is there anything new under the sun? *Revista de Estabilidad Financiera*, *44*. Banco de España Eurosistema, 71-93. https://doi.

how a los bancos centrales y a los reguladores y supervisores financieros vía *soft law*[7], al igual que organismos supranacionales similares, como el Basel Committee on Banking Supervision (BCBS)[8], el Financial Stability Board (FSB)[9], la International Organization of Securities Commissions (IOSCO)[10] y la Oganization for Economic Co-operation and Development (OECD)[11]. Recomendaciones[12] que mediante s*oft law* / *hard law*[13] se reflejan en el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, sobre los mercados de criptoactivos[14], promoviendo su convergencia[15], con precedente en el Reglamento (UE) núm. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014,

---

org./10.53479/30052. *Cfr.* Anguren, R., García Alcorta, J., García Calvo, L. y Hernández García, D. (2023). La regulación de los criptoactivos en el marco internacional en curso. *Revista de Estabilidad Financiera*, *44*. Banco de España Eurosistema, 119-147. https://doi.org./10.53479/30054. *Cfr.* Born, A., Gschossmann, I., Hodbod, A. y Lambert, C., *Decentralised finance-a new unregulated non-bank system*. ECB. 11 Jully 2022. European Central Bank. *Cfr.* Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS). Informe anual. 2022, p. 32.

7 *Vid.* Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*. Tirant lo Blanch (pp. 38-39). *Cfr.* Van Rijsbergen, M. (2014), On the Enforceability of EU Agencies' Soft Law at the National Level: The Case of the European Securities and Markets Authority. *Utrecht Law Review*, *10*(5). *Cfr.* Möllers, T. M. J. (2010). Sources Law in European Securities Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosiere. *European Business Organization Law Review, 11*, 381-401. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1725778. *Cfr.* Mörth, U., *Soft Law and New Models of EU Governance-A Democratic Problem*? Stockholm University. Departament of Political Science. Paper presented in Darmstadt. 2005.

8 Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), Prudential treatment of cryptoasset exposure. 2022.

9 FSB, Assessment of Risks to Financial Stability from Crypto-Assets. 6 February 2022.

10 IOSCO, Decentralised Finance Report. Public Report. OICV-IOSCO. The Board. OR01/2022. 2022.

11 OECD, Why Decentralized Finance (DeFi). Matters and the Policy Implications. 2022.

12 *Vid.* OICV-IOSCO, Policy Recommendations for Crypto and Digital Asset Markets. CR01/2023. 2023.

13 *Vid.* Shaffer, G. C. y Pollack, M. A., *Hard vs. Soft Law Alternatives Complements and Antagonists in International Governance*. University of Minnesota Law School. Legal Studies Research Paper Series. Research paper No. 09-23. 2010. pp.707-798. https://ssrn.com/abstract=1426123. *Cfr.* Esteve Pardo J. (2008). Prólogo a *Soft Law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes*. Thomson Reuters (pp. 18-19).

14 Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937 L 150/40. DOUE 9.6.2023, L 150/40. En adelante, MiCA, siglas en inglés. Entrada en vigor y aplicación del título III (fichas referenciadas a activos) y el título IV (fichas de dinero electrónico) a partir del 30 de junio de 2024 (art. 149.3. L 150/183) . El resto a partir del 30 de diciembre de 2024, art. 149.2. L 150/183. *Vid.* ESMA, Third consultation package under MiCA. Out now. Spotlight on Markets. February & March 2024. p. 8. *Cfr.* Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV): «Las disposiciones relativas a fichas referenciadas a activos y fichas de dinero electrónico se aplicarán a partir del próximo mes de junio». p. 23. Plan de actividades 2024. *Cfr.* Chone, A., Benetti, Z. y Giuglini, F., *Decentralized Finance in the EU*.

15 *Vid*. considerando 8 del MiCA: «Los mercados de criptoactivos son mundiales y, por tanto, intrínsecamente transfronterizos. Por consiguiente, la Unión debe seguir apoyando los esfuerzos internacionales para promover la convergencia en el tratamiento de los criptoactivos a través de organizaciones internacionales como el Consejo de Estabilidad Financiera, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y el Grupo de Acción Financiera Internacional». L 150/42.

sobre el abuso de mercado[16], estando concatenadas a propuestas legislativas por las autoridades reguladoras y supervisoras de los Estados Unidos de América[17].

El día 27 de septiembre de 2023, Gary Gensler[18], presidente de la Comisión del Mercado de Valores (SEC) de Estados Unidos, en una comparecencia ante el Comité de Servicios Financieros de la Cámara de Representantes que tramita el proyecto de ley sobre *stablecoins*[19], informó sobre la vinculación existente entre dos áreas de la tecnología emergente (el análisis predictivo de datos[20] y las criptomonedas) y la integridad y divulgación del mercado[21], que se enmarca en el debate sobre las finanzas descentralizadas[22] y digitales[23], siendo la SEC objeto de polémica, por decisiones adoptadas, arbitrarias, no exentas de reproche judicial[24], con discrepancias entre sus comisionados al supervisar el mercado secundario de

---

16 Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión. DOUE 12.6.2014. 173/1. En adelante, MAR. *Cfr.* Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado). DOUE 17.6.2014. L 173/179. En adelante, MADII.

17 *Vid.* House of Representatives. 118th Congress 1st Session H.R. 4766. A Bill to provide for the regulation of payment stablecoins, and for other purposes. July 20, 2023. *Cfr.* Gensler, G., Testimony Before the United States House of Representatives Committee on Financial Services. U.S. Securities and Exchange Commission. Washington D.C. Sept. 27, 2023. *Cfr.* Solowey, J. y Schulp, J., *Crypto Courts, and Congress*. Cato Institute. April 5, 2014.

18 Gensler, G., Testimony Before the United States House of Representatives Committee on Financial Services, *op. cit*.

19 House of Representatives, 118th Congress 1st Session H.R. 4766. A Bill to provide for the regulation of payment stablecoins, *op. cit*.

20 *Vid.* Gensler, G., Testimony, *op. cit. Cfr.* Bagattini, G., Benetti, Z. y Guagliano, C., *Artificial intelligence in EU securities markets*. ESMA TRV Risk Analysis. 1 February 2023. *Cfr.* Martínez Parera, M. (Vicepresidenta de la CNMV), VI Edición del Foro Blockchain&activos digitales. CNMV. 7 de noviembre de 2023. *Cfr.* Lin, T. C. W., Artificial Intelligence, Finance and the Law. 88 *Fordham Law Review 531 (2019). Temple University Legal Studies Research Paper No. 2019 31*.

21 *Vid.* Gensler, G., Testimony Before the United States House of Representatives, *op. cit*.

22 Decentralized Finance. En adelante, DeFi. Siglas en ingles. *Vid.* Banco de España: «La expansión de los proveedores de servicios de criptoactivos ha sido compatible con el crecimiento de la operativa financiera descentralizada a estos instrumentos. De forma general, el marco DeFi (*Decentralized Finance*) constituye una infraestructura alternativa al sistema bancario, basada en la aplicación de contratos inteligentes en redes descentralizadas y, mayoritariamente, sobre el criptoactivo sin respaldo *etherum*, con el objeto de replicar el funcionamiento de productos financieros como contratos de deuda, derivados y gestión de activos sin el marco contractual formal de las finanzas tradicionales». Especial Criptoactivos. Informe de Estabilidad Financiera. 2022, pp. 155-156. *Cfr.* Martínez Parera, M., VI Edición del Foro Blockchain, *op. cit*.

23 *Vid.* ESMA Report. Digital finance related issues-Survey to NCAs. 7 February 2022. ESMA50-164-5411. *Cfr.* Hernández de Cos, P., Digitalisation and investment in tangible capital: the Spanish case within the EU. Banco de España-European Investment Bank. Banco de España. Eurosistema. 4.11.2019.

24 *Vid.* Memorandum Decision Order. District Court for the District of Utah. *Case SEC v. DEBT BOX*. No 2:23-cv-004282.03/12/24. La resolución del juez federal Shelby desestimó la medida cautelar de blo-

criptoactivos, sancionando vía administrativa a ShapeShift AG[25]. Integridad del mercado que en los mercados DeFi[26] y en los mercados criptoactivos carece actualmente de suficiente investigación, ante la ausencia de datos y tecnicismos, según la doctrina[27].

El día 5 de junio de 2023 la Fiscalía de Nueva York informó de la condena a 75 meses de prisión de un copropietario de Minnesota Vikings por intercambio de criptomonedas mediante la práctica de *shadow banking*[28].

El día 26 de octubre de 2022, Christy Goldsmith Romero[29], comisionado de la Comisión de Comercio de Futuros de Productos Básicos de Estados Unidos (CFTC), en una ponencia realizada en la Asociación de Derivados y Permutas Internacional (ISDA), avisó de que los activos digitales han demostrado, recientemente, tras condenas criminales[30], tener riesgos para la estabilidad financiera global similares a los de la crisis corporativa y financiera de Lehman Brothers Holdings, Inc.[31] de 2008.

---

queo de cuentas de criptoactivos de la plataforma criptográfica DEBT Box (por defraudar, supuestamente, a inversores 50 millones de dólares) solicitada por la SEC por fraude de ley. La decisión judicial, sin precedentes, condenó al pago de las costas por temeridad y mala fe procesal a la SEC. *Cfr.* Schartz, L. (2004). Judge slams SEC for 'gross abuse of power' in crypto case, imposes sanctions. *Fortune*, *18*.

25 *Vid.* Peirce, H. M. y Uyeda, M. T., On today's Episode as the Crypto World Turns: Statement in Shape Shift AG. March 5, 2024. *Cfr.* SEC v. Shapeshit AG, Administrative Proceeding File No. 3-21891. March 5, 2024. *Cfr.* Patel, M. S. (2014). Secondary Trading Crypto Fraud and the Propriety of Securities Class Action. *Southern California Law Review*, *96*.

26 *Vid.* U.S. Departament of Justice: «DeFi platforms purport to run autonomously without the support of a central company, group, or person, relying instead on distributed governance to allow users to make decisions collectively-although some DeFi platforms are decentralized more in name that in fact». The Report of the Attorney General Pursuant to Section 5(b) of Executive Order 14067: The Role of Law Enforcement in Detecting, Investigating, and Prosecuting Criminal Activity Related to Digital Assets. September 6, 2022. *Cfr.* Capponi, A., Kaplan, A. y Sarkar, A., *Can Decentralized Finance Provide More Protection for Crypto Investors?* Federal Reserve Bank *of* New York*.* Liberty Street Economics*.* December 21, 2022. *Cfr.* Aramonte, S. *et al.* (2021). DeFi risks and the decentralisation illusion*. BIS Quarterly Review*.

27 *Vid.* Chone, A., Benetti, Z. y Giuglini, F., *Decentralized Finance in the EU: Developments and risks.* ESMA TRV Risk Analysis. 11 October 2023. ESMA-2085271018-3349.

28 *Vid.* United States Attorney's Office Southern District of New York. June 5, 2023. *Cfr.* Allen, H. J. (2023). DEFI: Shadow Banking 2.0? *William & Mary Law Review*, *64*(4). *Cryptocurrency Symposium*. *Cfr.* Leising, M., Crypto Shadow Banking Explained and Why 12 % Yields Are Common. Mar 27, 2021. BNN Bloomberg.

29 Goldsmith Romero, C., Remarks of CFTC Commisioner before the International Swaps and Derivatives Association's Crypto Forum 2022, New York. Financial Stability Risks of Crypto Assets. October 26,2022. Commodity Futures Trading Commission. *Cfr.* Case CFTC v. Adam Todd, Digitec LLC *et al.*, n.º 1:29-cv23174-XXXX. US District Court for Southern District of Florida. Jury Trial Demanded. 09/30/2022. *Cfr.* Brown, E., Defusing the Derivatives Time Bomb: Some Proposed Solutions. Scheerpost. February 14, 2024.

30 *Vid.* U.S. Departament of Justice. Case Bitmex, cryptocurrencicy derivates exchanges. The Role of Law Enforcement in Detecting, Investigating and Prosecuting Criminal Activity, *op. cit.*, p. 30.

31 *Vid.* Wayne, P. y Von Haften A. H., Are Basel's Capital Surcharges for Global Systemically Important Banks Too Small? *Finance and Economics Discussion Series* 2017-021. Washington: Board of Governors of the

El día 9 de marzo de 2022, la Administración Biden-Harris advirtió, a través de la Presidencia[32] y del Departamento del Tesoro[33], que los criptoactivos y las DeFi representan una amenaza para la seguridad nacional de los Estados Unidos[34].

La extrema volatilidad[35], complejidad y falta de transparencia convierten los criptoactivos[36], las criptomonedas[37], en «productos extremadamente arriesgados poco recomenda

Federal Reserve System. https://doi.org/10.17016/FEDS.2017.021. *Cfr.* Peirce, H. (2016). Derivatives Clearing houses: Clearing the Way to Failure. *Cleveland State Law Review. Law Journals*, *589*. *Cfr.* Esteve Pardo, J. (2014). Los derivados extra-bursátiles. Retos y contradicciones de su regulación. En M. A. Salvador Armendáriz (Dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y estado de derecho*. Thomson Reuters Aranzadi-ICS. Universidad de Navarra. Instituto de Cultura y Sociedad (pp. 321-343). *Cfr.* Rauterberg, G. V. y Verstein, A: «To be sure, private transnational regulation carries risks, that have sometimes materialized, such as the manipulation of LIBOR». (2013). Assessing Transnational Private Regulation of the OTC Derivatives Market: ISDA, the BBA, and the future of Financial Reform. *Virginia Journal of International Law*, *54*(1). *Cfr.* Vitali, S., Glattfelder, J. B. y Battiston, S., *The network of global corporate control.* ETH Zurich. 19 Sep. 2011.

[32] Presidential Documents: «c) We must mitigate the illicit finance and national security risks posed by misuse of digital assets. Growth in decentralized financial ecosystem peer-to-peer payment activity, and obscured blockchain ledgers without controls to mitigate illicit finance could so present additional market, and national security risks in the future». Ensuring Responsible Development of Digital Assets. Title 3. The President. Executive Order 14607 of March 14, 2022. 1413. Federal Register. Vol. 87, No. 49. Monday, March. 1414. Presidential Documents.

[33] Departament of the Treasury, Ensuring Responsible Development of Digital Assets. Request for Comment. Federal Register. Vol. 87, No. 181. Tuesday, September 20, 2022. Notices. *Cfr.* Bhasker, S., Comolli, A. D. y Zhu, O., Carpe Crypto (2022). Prosecuting Cases Involving Digital Assets and Blockchain Technology. *Journal of Federal Law and Practice*, US Departament of Justice, pp. 105-116.

[34] *Vid.* Presidential Documents, *op. cit*. *Cfr.* Departament of the Treasury, *op. cit*. *Cfr.* United States District Court Southern District of New York. *SEC v. Telegram Group Inc. et al*. Case n.º 1:19-cv-09439-PKC. Opinion order. 03/24/20. *Cfr.* Murphy, H., Telegram: social media giant or the new 'dark web'. As the messaging platform gears up for a potential stock market flotation, it is under pressure to curtail use by criminals. *Financial Times*. March 12 2024. *Cfr.* European Court of Human Rights, Third Section. *Case of Podchasov v. Rusia*. Application No. 33696/19. Strasbourg. 13 February 2024. *Cfr.* Lummis, C. (*Senator Banking Committee*), Hill, F. (*Chair Subcommitte on Digital Assets House Financial Services Committtee. Illicit Finance Activities of Binance*). Letter Attorney General of the United States.

[35] *Vid.* Pardo Torregrosa, J. y Fontrodona, J. (2022). *Ética y criptomonedas.* Hacia un modelo ético y sostenible de monedas virtuales*. Cuadernos de la Cátedra CaixaBank de Sostenibilidad e Impacto Social.* IESE. n.º 54. *Cfr.* Ge Huang, V., Bitcoin ETFs Are Off to a Rearing Start. Are Other Crypto Funds Next? BlackRock, Fidelity and other Wall Street firms have applied to Launch ether ETFs. *The Wall Street Journal*. Feb. 27, 2014.

[36] *Vid.* Hacibedel, B. y Pérez-Saiz, H., *Assessing Macrofinancial Risks from Crypto Assets*. International Monetary Fund. WP/23/214.2023. *Cfr.* Financial Conduct Authority (FCA): «28. The valuation of cryptoassets [...]. Without a reliable model on which to base value, it is impossible for retail consumers reliably to value crypto-derivatives. This makes the risk of unexpected losses high». *Prohibiting the sale to retail clients of investment products that reference cryptoassets*. Policy Statement. PS20/10. October 2020, p. 9. https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps20-10.pdf

[37] *Vid.* Pardo Torregrosa, J. y Fontrodona, J., Ética y criptomonedas, *op. cit.*, p. 16. *Cfr.* Banco de España. Eurosistem. CNMV. Comunicado conjunto sobre el riesgo de las criptomonedas como inversión. Madrid, 9 de febrero de 2021. *Cfr.* Fernández, E.: «L'alt preu del *bitcoin* podría ser raonable si aquesta moneda

bles para el inversor minorista»[38], de riesgo ético y sostenible[39], causantes de deflación[40], con impacto medioambiental derivado de la tecnología *blockchain*[41]. La ausencia de marcos regulatorios claros a nivel mundial[42] abona un terreno para que la manipulación del mercado adopte conductas propias de burbuja económica[43] y crisis financiera (p. ej., USD Coin y el concurso del Silicon Valley Bank [SVB])[44], algunas ya conocidas en los mercados tradicionales, y otras más novedosas. Estas asociadas a estrategias que menciona el Reglamento Delegado (UE) 2016/522 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015[45], vinculadas al MAR y aplicables en los mercados de criptoactivos[46] a través de las redes sociales, fórums o plataformas digi-

---

s'arribés a convertir en un mitjà de pagament comunment acceptat i/o en un actiu utilitzat com a reserva valor». *La febre de les monedas virtuals*. Editorial. CaixaBankResearch. 31 de desembre de 2017. IM01. caixabank research.com.

38 Buenaventura, R., presidente de la CNMV, comparecencia en la Comisión de Economía y Transformación Digital del Congreso de los Diputados. Presentación del informe anual 2022. 10 de abril de 2024, pp. 6-7.

39 *Vid.* Pardo Torregrosa, J. y Fontrodona, J., Ética y criptomonedas, *op. cit*.

40 *Ibid.*

41 *Ibid., Cfr.* The White House. Climate and energy implications of Crypto-Assets in the United States. September 2022. Washington.

42 *Vid.* Auer, R. *et al.*: «In May 2021, the Chinese government announced a crackdown on Bitcoin mining and trading in China». (2022). Crypto trading and bitcoin prices: evidence from a new database of retail adoption. *BIS Working papers*, *1049*. www.bis.org/publ/work1049.pdf. *Cfr.* CaixaBank: «Risks from China's Evergrande and the announcement that Chinese authorities will ban all transaction and mining related to cryptocurrencies». Financial Markets. Daily Report 27-Sep-2021. *Cfr.* Hernández, L. La SEC da luz verde a los primeros fondos cotizados de bitcóin: podrán comenzar a operar a partir del jueves. El rally cripto de los últimos tres meses se ha basado en la expectativa de esta autorización. El mercado estima que la decisión abre la puerta a la adopción masiva por parte de clientes minoristas e institucionales. *CincoDías*. Madrid, 10 de enero de 2024. *Cfr.* Chipolina, S. y Scmitt, W. Price war for spot bitcoin ETF heats up ahead of Key SEC ruling. BlackRock, Ark and Grayscale Slash Management fees as market anticipates regulatory approval. *Financial Times*. January 8, 2024. *Cfr.* Ferrer, R. y Carreras, O.: «El *bitcoin* i les altres criptomonedas que l'han seguit no han rebut el support de cap Govern, I, per tant, el seu valor com a mitjà de pagament rau en l'expectativa que altres persones l'acceptin com a tal», *Libra, la criptomoneda de Facebook*. Dossier. Diners i Criptomonedas en la nova economía digital. IM10. CaixaBank Research. Octubre 2019, pp. 31-32.

43 *Vid.* Pardo Torregrosa, J. y Fontrodona, J., *Ética y criptomonedas*, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

44 *Vid.* ARK 21 Shares Bitcoin ETF Prospectus, *op. cit.*, p. 26. *Cfr.* Lara White, I.: «Pel que fa als altres sectors, el financer (sensible en positiu) es va ressentir de la crisi del Silicon Valley Bank al començament de l'any», *La política monetària i el funcionament borsari als EUA*. Mercats financers. Focus. IMO1. 8 de gener de 2024, CaixaBank Research. *Cfr.* Kosse, A. *et al.* (2023). Will the real stablecoin please stand up? *BIS Papers*, *141*, 2-7. *Cfr.* Anadu, K. *et al.* (2023). Runs and Flights to Safety: Are Stablecoins the New Money Market Funds. *Staff Reports*. Federal Reserve Bank of New York, *1073*, 13 y 20-25. https://doi.org/10.59576/sr.1073

45 Anexo II. Indicadores de manipulación. Sección 1. Indicadores de manipulación relativas a señales falsas o engañosas de los precios. Anexo I. Sección A del Reglamento de abuso de mercado n.º 596/2014. DOUE 5.4.2016. L 88/13 - L 88/18. *Cfr.* ESMA. Report. Digital finance related issues, *op. cit.*, 9.

46 *Vid.* Chone, A., Benetti, Z. y Giuglini, F., *Decentralized Finance in the EU*, *op. cit.*, pp. 14 y ss. *Cfr.* Coffee, Jr. J., *Cheating the Algorithm. The New «Pump and Dump» Fraud*. The CLS Blue Sky Blog. Columbia

tales[47]. Aumentando, asimismo, con el MiCA (en el ámbito del mercado financiero tecnológico) la tendencia a la concentración[48], monopolio u oligopolio[49], según prognosis de la doctrina macroeconómica[50] y de la doctrina penal (Paredes Castañón, 2014) con las crisis financieras de 2008 y 2012. Tendencias *antitrust* que con el *caso Intel*, el Tribunal General de la Unión Europea, en la sentencia de 26 de enero de 2022[51], parece que inaugura una nueva *era*[52] en la interpretación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Esta investigación aporta una reflexión crítica, descriptiva, con propuestas *de lege ferenda*, que desde el derecho penal bursátil y la ciencia económico-financiera (la teoría macroeconómica)[53] pretende repensar la criminalización de conductas[54] a la que recurre la

---

Law. School's Blog on Corporations and the Capital Markets. July 24, 2017. *Cfr.* Feijóo Sánchez, B. (2013). Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares. En J. M.ª Silva Sánchez y F. Miró Llinares (Dirs.), *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. La Ley.

47 *Vid.* ESMA. Report. Digital finance related issues, *op. cit.*, p. 17.

48 *Vid*. ESMA: «concentration risk on platforms trading-assets», Report on the DLT Pilot Regime. Study on how financial instrument transactions are registered in various Distributed Ledger Technologies. October 2023. ESMA 12-2121844265-3183. *Cfr.* ESMA/EBA/EIOPA: «Mar ket manipulation [...]. The holding of certain crypto-assets is also concentrated, which may impact prices or liquidity», EU financial regulators warn consumers on the risks of crypto-assets». ESA 2022 15. p. 2. *Cfr.* BBVA. Creando oportunidades. Position Note on the proposal Regulation on Markets in Crypto-assets (MiCA). January 2021.

49 *Vid.* ESMA. Report. Digital finance related issues, *op. cit.*, p. 16. *Cfr.* Egilsson, J. H. (2023). *MICA's Antitrust Concerns: The Potential Impact of Protecting Banks' Interests on Innovation and Growth in Europe*. University of Iceland. https://ssrn.com/abstract=4410008

50 *Vid.* Dell'erba, M. (2024), *Technology in Financial Markets*. *Complex Change and Disruptive.* Oxford University Press. *Cfr.* Kurz (2023), *The market power of Technology*. *Understanding the Second Gilded Age*. Columbia University Press. *Cfr.* Kregel, J. y Savona, P. (2020), The impact of technological innovation on money and financial markets. *Public Policie Brief.* Levy Economics Institute of Bard College, *150*.

51 Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta ampliada). Ponente J. Scharcz. *Cfr.* European Commission, Communication from the Commision. Amendments to the Communication from the Commission Guidance on the Commission's enforcement priorities in application Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. Brussels, 27.3.2023. C (2023) 1923 final.

52 *Vid.* Díez Estella, F. (2022). ¿Una nueva era en la aplicación del artículo 102 TFUE? *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, *30*.

53 *Vid*. Dell'erba, M., *Technology in Financial Markets*, *op. cit*. *Cfr.* Kurz, *The Market Power of Technology, op. cit. Cfr.* Kregel. J. y Savona, P., *The impact of technological Innovation on Money and Financial Markets*, *op. cit*. *Cfr.* Paredes Castañón, J. M.: «Resulta imprescindible un análisis más realista, más «a ras de suelo». Es decir, más atento a lo que la ciencia económica tiene que decirnos acerca de la realidad (económica) en que la acción delictiva ha de incidir. Una realidad que –conviene resaltarlo– no es uniforme sino más bien variopinta». *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios*, *op. cit.*, p. 796.

54 *Vid.* Mandösfer, M., *Zur theorie des Wirtschaftsstrafrechts: Zugleich eine Untersuchungzu Funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischen Handeln (Schriften zum Wirtschafts*

Comisión Europea en los mercados de criptoactivos mediante sanciones administrativas y penales aplicables al abuso de mercado (según el *proceso Lamfalussy*)[55]. Esto es, en el marco de un derecho penal simbólico, después del cambio de paradigma sobre la protección de los usuarios de servicios de inversión y la asignación de riesgos en la contratación minorista, según la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros[56]. Los desafíos, sesgos[57], que comportan el mercado de criptoactivos, el MiCA, las DeFi[58] y las finanzas digitales plantean un cambio de paradigma en el concepto de integridad de mercado[59] y de instrumento financiero. Por ejemplo, el artículo 2, ámbito de aplicación (5) del MiCA, relacionado con el artículo 284.1.1.º del Código Penal (CP), la posición dominante en el mercado del artículo 284.1.3.º del CP, la integridad en el mercado del artículo 284.1.2.º c), 3.º c) del CP[60].

---

strafrecht). Gebundene Ausgabe-22. Juni 2011. CF Müller. *Cfr.* Schlüter, U., *Börsen- und Marktpreis manipulation*. 2002.

55 *Vid.* CNMV, Proceso de Lamfalussy. *Cfr.* Nieto Martín, A. (2018). Protección penal de la competencia y del mercado de valores. *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson. *Cfr.* Castillo García, M. (2024). Mercados financieros sostenibles (I) y (II). Aproximación desde el abuso de mercado, la administración desleal y las estafa de inversión de capital y de crédito. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, *277*, 73-114 y *278*, 67-114.

56 Modifica la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. DOUE 12.6.2014, L173/349. En adelante, MiFIDII. *Cfr.* Ruiz Ojeda, A. (2017). *Caveat vendor*, o el volteo regulatorio de la asignación de riesgos en las transacciones financieras por la normativa MiFID*. Revista para el Análisis del Derecho*. Universidad de Málaga. InDRET 2/2017.

57 *Vid.* Martínez Parera, M., VI Edición del Foro Blockchain, *op. cit*., p. 1.

58 *Vid.* Heimbach, L. y Huang, W. (2024). DeFi Leverage. *BIS Working Papers*, *1171*. March. www.bis.org/publ/work1171.pdf. *Cfr.* Case Terraform LABS PTE LTD/Do Hyeong Kwon. United States District Court Southern District of New York. Nº 1:23-cv-1346. Jury Trial Demanded. February 16, 2023. 120. p. 35. *Cfr.* Santiago Moreno, I. (2021). Los nuevos métodos de valoración de criptoactivos (*The new methods of valuation of cryptoassets*). Universidad de Sevilla.

59 *Vid.* Bains, P.: «Consensus mechanisms that are less secure could result in fraudulent transactions where malicious nodes are able to get access to the network through, for example, a 51 percent attack, or where a leader node has malicious intent. In financial markets, the result of such actions could lead to market manipulation and market abuse». *Blockchain Consensus Mechanisms: A Primer for Supervisors.* Fintech Note/2022/003. International Monetary Fund. January 2022. *Cfr.* Feijóo Sánchez, B. (2019). Los delitos de manipulación del precio de cotización de un instrumento financiero del art. 284 CP tras la LO 1/2019: retos dogmáticos frente a un desatino legislativo. *La Ley Penal*. Wolters Kluwer, *138*. *Cfr.* G7 International Monetary Fund sobre las *stablecoins*. Refiere el concepto desde el *hard law/soft law*: «Market integrity is a concept that defines fairness, or transparency of price formation in financial markets - a critical foundation of protection for investors and consumers as well as competition». G7 Working Group on Stablecoins. Investtigating the impact of global stablecoins. October 2019. G7 International Monetary Fund. Committee on Payments and Market Infrastructures, p. 9. BIS.

60 *Cfr.* Art. 68(9) MiCA. Disposiciones de gobernanza. Proveedores de servicios de criptoactivos (CASP). L 150/126. *Cfr.* Securities and Markets Stakeholder Group (SMSG). Advice to ESMA. SMSG advice to ESMA on its second consultation paper on Technical standards specifying certain requirements of

o la manipulación[61]. Asimismo, sobre la posible responsabilidad penal o administrativo-sancionadora de personas físicas y jurídicas[62] (p. ej., los emisores de fichas referenciadas a activos respecto de la información contenida en el libro blanco de criptoactivos[63], intermediarios [*miners*][64], proveedores de criptoactivos [CASP][65], proveedores de servicios de activos virtuales [VASP][66]), especialmente en los mercados de intercambios descentralizados (DEX)[67]

---

the Markets in Crypto Assets (MiCA) Regulation. 18 December 2023. ESMA 24-2292444789-4623. *Cfr*. OICV-IOSCO, Market Backdrop informing the Need to Develop a Globally Consistent and Coordinated Approach to Crypto-Asset Regulation. Policy Recommendations for Crypto and Digital Asset Markets. Consultation Report. The Board of the International Organization of Securities Commissions. pp. CR01/2023. May 2023, pp. 11. *Cfr.* Martínez Parera, M., VI Edición del foro Blockchain&activos digitales, *op. cit*.

61 *Vid.* OICV-IOSCO: «*Chapter 5-Recommendations to address Abusive Behaviors* [...] issues on market integrity risks which have been exacerbated by the fragmented, cross-border nature of the crypto-asset market, such as (2) manipulative market practices (including pyramid Ponzi schemes, pump and dump' schemes, wash trading, front-running». Policy Recommendations for Crypto and Digital Asset Markets, *op. cit.*, p. 6. *Cfr.* ESMA/EBA/EIOPA, EU financial regulators warn consumers on the risks of crypto-assets, *op. cit*., p. 2.

62 *Vid.* cdo. 8 y art. 111 (Sanciones administrativas y otras medidas administrativas) del MiCA: «3. Cuando la persona jurídica a que se refiere el párrafo primero, letras a) a d), sea una empresa matriz o una filial de una empresa matriz que deba elaborar estados financieros consolidados de conformidad con la Directiva 2013/34/UE, el volumen de negocios total anual pertinente será el volumen de negocios total anual, o el tipo de ingresos correspondientes, conforme al Derecho de la Unión aplicable en materia de contabilidad de acuerdo con las cuentas consolidadas disponibles más recientes aprobadas por el órgano de dirección de la empresa matriz última». L 150/158. *Cfr.* Tiedemann, K.: «Desde el principio debe destacarse la creciente *internacionalización* en la comisión de delitos económicos, distinguiendo, al respecto, tanto táctica como jurídicamente entre delitos cometidos dentro de la UE y aquellos cometidos en (o en relación con) terceros Estados no pertenecientes a la UE [...]. En la internacionalización de la criminalidad económica y del Derecho penal económico juegan también un papel importante las *empresas multinacionales*, con su actividad (y con sus filiales) en varios o numerosos Estados». *Manual de Derecho Penal Económico, Parte General y Especial*, *op. cit.*, p. 39. *Cfr.* Demetro-Crespo, E., *Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal-económico (CIIDE). 20/09/10. *Cfr.* Vitali, S., Glattelfelder, J. B. y Battiston, S., *The network of global control*, *op. cit. Cfr.* Teubner, G., *Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of «Private» and «Public» Corporate Codes of Conduct*. Gralf-Peter Calliess (Ed.), Governing Transnational Corporations - Public and Private Perspectives, *Indiana Journal of Global Studies*, 2010.

63 *Vid.* art. 26 MiCA L 150/87.

64 *Vid.* cdo. 96 del MiCA. L 1050/57. *Cfr.* ESMA, Report on the DLT Pilot, *op. cit.*, p. 49. *Cfr.* ARK 21 Shares Bitcoin, op. cit. pp. 33-39. *Cfr.* Auer, R., Frost, J. y Vidal Pastor, J. M. (2022). «Miners» as intermediaries: extractable value and market manipulation in crypto and DeFi. *BIS Bulletin*, *58*. www.bis.org/publ/bisbull58.pdf. *Cfr.* Pardo Torregrosa, J. y Fontrodona, J., Ética y criptomone*das*, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

65 Arts. 60, 80 y 143 MiCA.

66 *Vid.* Ross, V., Innovation in Crypto-Assets Regulation, Financial Supervisors Academy (FSA) Forum-Malta.

67 *Vid*. Chone, A., Benetti, Z. y Giuglini, F.: «DeFi has a multi-layered architecture also known as the 'DeFi stack', that includes permissionless blockchains, smart contracts, DeFi protocols and decentralised

–el valor máximo extraíble, las conductas de préstamos rápidos que suceden en la industria financiera[68], la formación de precios–[69], al margen del delito de estafa[70] y del delito de blanqueo de capitales[71]. Habida cuenta de que el MiCA no es comparable a la MiFIDII[72], ¿se puede calificar un criptoactivo como dinero[73], instrumento financiero[74] o moneda[75], según el derecho penal del mercado de valores? Si *prima facie*, determinados criptoactivos[76] del MiCA no están clasificados[77], y según autoridades supervisoras (p. ej., ESMA y CNMV) y un sector de la doctrina no son comparables a los instrumentos financieros[78], aunque sí pueden conside-

applications [...]. A third layer compromises web or mobile device applications (DApps) providing user-friendly interfaces for uses to access DeFi products and services from computers or smartphones». *Decentralised Finance in the EU*, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

68 *Ibid.*

69 *Vid.* Martínez Parera, M., VI Edición del Foro Blockchain&activos digitales, *op. cit*.

70 *Vid.* art. 140.2 MiCA: «2. Los informes a los que se refiere el apartado 1 contendrán: f) el número de fraudes, estafas, pirateos, casos de usos de criptoactivos para realizar pagos relativos a ataques con programas de secuestro, ciberataques, robos o pérdidas de criptoactivos notificados en la Unión, los tipos de actos fraudulentos [...]». L 150/177. *Cfr.* Departament of Justice, Samuel Bankman - Fried Sentenced to 25 years for His Orchestration of Multiple Fraudulent Schemes. March 28, 2024. *Cfr.* Morcillo, N., Afectados por estafas de «criptos» piden al fiscal general medidas para acelerar sus juicios. Empresas y finanzas. *CincoDías*. 8 de enero de 2024.

71 *Vid.* Department of Justice, Samuel Bankman - Fried Sentenced to 25 Years, *op. cit*.

72 *Vid.* Buenaventura, R. (presidente de la CNMV): «No puede ser comparada en ningún caso con MiFID, sino más bien una versión en miniatura, a escala, y sus niveles de protección al inversor quedan alejados de los que confiere la regulación financiera. No habrá un fondo de garantía de inversores, no habrá un reporte de transacciones al supervisor que permita vigilar el abuso de mercado». *XXX Encuentro del sector financiero ABC-Deloitte.* «Acelerando la transformación en momentos inciertos». 8 de noviembre de 2023. CNMV, p. 2. *Cfr.* Barczentewizcz, N. y De Gândara Gomes, A., *Crypto-Asset Market Abuse Under EU MiCA*, *op. cit.*, pp. 2-3.

73 Art. 3.1.7 MiCA. [«"ficha de dinero electrónico" un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda oficial»]. L 150/63. *Cfr. Capítulo 2* L 1507112 del MiCA, p. ej. art. 56 MiCA. Fichas significativas de dinero electrónico. Artículo 57 MiCA L 150/113. Clasificación voluntaria de fichas de dinero electrónico como fichas significativas de dinero electrónico. *Cfr.* Chan, N. (jefe ejecutivo de la Autoridad Monetaria de Hong Kong), Crypto-assets and money. Keynote speech at the Treasury Markets Summit 2018, «Crypto-assets and Money», Hong Kong, 21 September 2018, pp. 3. www.bis.org/review/r181004d.pdf.

74 *Vid.* art. 284.1.1.º 2.º y 3.º del Código Penal. En adelante, CP.

75 *Vid.* Chan, N., Crypto-assets and Money, *op. cit.*, p. 3.

76 MiCA, cdo. 2: «Cuando se usan como medio de pago, pueden brindar la oportunidad de realizar pagos más baratos, rápidos y eficientes, en nivel transfronterizo, dado que se limita el número de intermediarios». L 150/40.

77 Ross, V. The Chair. Annex. Identified challenges related to the implementation of the DLT Pilot Regime. Letter to EU institutions on DLT Pilot Regime Implementation. 3 April 2024, p. 3. ESMA 25-11736770-460.

78 *Ibid. Cfr.* Buenaventura. R., XXX Encuentro del sector financiero, *op. cit*.

rarse los tokens no fungibles (NFT)[79] –p. ej. *blockchain* de riesgo en la cultura y el deporte[80] asociado a la estafa piramidal–[81], según la norma primaria, la MiFiDII, ¿es posible subsumir las infracciones del artículo 91 del MiCA, relacionado con el anexo II (indicadores de manipulación, etc.) del Reglamento Delegado (UE) 2016/522 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, que desarrolla el MAR, en el artículo 284.1.1.º, 2.º y 3.º del CP –delito de manipulación operativa del mercado de valores o instrumentos financieros–, norma secundaria? Si se reconoce por la norma primaria que un criptoactivo único y no fungible puede considerarse un instrumento financiero[82], ¿por qué no se aplica al criptoactivo la misma vara de medir ya existente (regulación) que a las acciones y bonos y se recurre a una versión «en miniatura» a «escala» de la MiFIDII[83]? ¿Puede la norma secundaria, el Código Penal, en relación con las infracciones del MiCA (norma primaria) excluir el tipo en el ámbito de reflexión sobre la teoría jurídica del delito a través de la teoría de la imputación objetiva mediante el riesgo permitido[84]?

---

79 *Vid.* cdo. 10 del MiCA: «La exclusión de los criptoactivos únicos y no fungibles del ámbito del presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la consideración de dichos criptoactivos como instrumentos financieros». L 105/42-43. *Cfr.* Barczentewicvz y De Gândara Gomes, A., *Crypto-Asset Market Abuse Under EU MiCA*, *op. cit.*, pp. 2-3.

80 *Vid.* House of Commons. Culture, Media and Sport Committee, NFTs and the Blockchain: the risk to sport and Culture. Fourteenth Report of session 2022-23. *Report, together, with formal minutes relating to the report. Ordered by the House of Commons. 19 September 2023.*

81 *Vid.* European Commission. Commission Staff, an initiative on Web 4.0 and virtual worlds: a head start in the next technological transition. Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions. Strasbourg 11.7.2023.SWD (2023) 250 final Part ½ (COM[2023]442 final) pp. 47-48. *Cfr.* Hufnagel, S. y King, K., *Non-Fungible Tokens: Art and Crime in a Virtual World*. Queen Mary University of London and Institute of Advanced Legal Studies, University of London. February 8, 2023. https://ssrn.com/abstract=4370145. *Cfr.* Santillana Linares, Mª. G, Crypto Crash. Como es la «teoría del tonto mayor» de la que habla Bill Gates. *Forbes Ar*. 15 junio de 2022.

82 *Vid.* art. 2 Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. (LMVSE). *Cfr.* ESMA. Consultation paper on the draft guidelines on the conditions and criteria for the qualification of crypto-assets as financial instruments - 29 January 2024. ESMA75-453128700-52.

83 *Vid.* Goldstein, M. y Yaffe-Bellany, D.: «Federal judges are weighing whether digital currencies should be subject to the same rules as stocks and bonds. The outcome could shape crypto's future in the U.S.». Is Cryptocurrency Like Stocks and Bonds? Courts Move Closer to Answer. *The New York Times*. Jan 30, 2024. *Cfr.* U.S. Department of Justice. Man Convicted of $300M Securities Price Manipulation and Wire Fraud Cryptocurrency («wash trades», «spoof trades»). February 7, 2024. *Cfr.* Case CFTC v. JPMorgan Chase&Co. *et al*. Docket No. 20-69. Manipulation, Attempted Manipulation, and Spoofing. Sep. 29, 2020.

84 *Vid.* Feijóo Sánchez, B., *Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido, op. cit*., pp. 145-162. *Cfr.* Demetrio-Crespo, E. *Fundamento de la Responsabilidad en Comisión por Omisión de los Directivos de las Empresas*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal-económico (CIIDPE). 20/09/2010. *Cfr.* Diamantis, M. E., *Clowkwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment. Iowa Law Review. U Iowa Legal Studies. Research Paper No. 2017-32*. November.

2. La prohibición de manipulación de mercado (art. 91 MiCA)[85], ¿ley penal en blanco o de accesoriedad asimétrica?

El MiCA en el considerando 95[86] dice:

> Es importante garantizar la confianza y la integridad de esos mercados. Por consiguiente, se requiere establecer normas para prevenir el abuso de mercado en relación con los criptoactivos que se admitan a negociación. Ahora bien, dado que es muy habitual que los emisores de criptoactivos y los proveedores de servicios de criptoactivos sean pymes, sería desproporcionado aplicarle todas las disposiciones del Reglamento sobre abuso de mercado. Se hace, pues, necesario establecer normas específicas para prohibir determinadas conductas que podrían socavar la confianza de los usurarios en los mercados de criptoactivos y la integridad de estos mercados, como las operaciones con información privilegiada, la comunicación ilícita de información privilegiada y la manipulación de mercado relacionada con criptoactivos. Esas normas específicas sobre el abuso de mercado en relación con criptoactivos han de aplicarse cuando estos se admitan a negociación[87].

Esto es, el MiCA se remite al MAR, y ambos reglamentos forman parte de la «normativa europea y española». Por un lado, según el artículo 2. *Instrumentos financieros sujetos* a la LMVSE: «También se consideraran instrumentos financieros los comprendidos en el apartado 1 cuando los mismos sean emitidos, registrados, transferidos o almacenados utilizando tecnología de registros distribuidos u otras tecnologías similares como soporte de esas actuaciones»[88]. Y, por otro, el artículo 285 ter del CP: «Las previsiones de los tres artículos precedentes se extenderán a los instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes previstos en la normativa europea y española en materia de mercado e instrumentos financieros».

¿Desde esta base normativa se puede afirmar que la «prohibición de manipulación de mercado» (art. 91) del MiCA puede calificarse como ley penal en blanco?

El artículo 9 del CP dice: «Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquellas».

---

85 L 150/142-143.

86 Cdo. 95 L 150/57.

87 MiCA, L 150/57.

88 *Cfr.* Preámbulo II con remisión a MiFIDII: «Modifica también la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, con la finalidad de aclarar el tratamiento jurídico de los criptoactivos que puedan considerarse instrumentos financieros. Para ello, modifica la definición de «instrumento financiero» de dicha Directiva a fin de aclarar, sin que subsista ninguna duda jurídica, que tales instrumentos pueden emitirse mediante tecnología de registros distribuidos».

La génesis del concepto de ley penal en blanco, *sensu strictu*, se asocia a las tesis de Binding[89] sobre la «delegación». Son normas en blanco las que «delegan» en una autoridad de rango inferior (administrativa, regional, etc.) la definición parte de la conducta típica. Desde otro enfoque, Tiedemann[90] sostiene que la ley penal en blanco no es posible definirla como complemento de otra norma (coincidiendo los elementos normativos). Tampoco la remisión (explícita o implícita) puede ser el criterio determinante de la distinción entre elementos normativos y leyes penales en blanco. Esto es, existen remisiones, tanto implícitas como explícitas, con elementos normativos, remisiones expresas. En mi opinión, y dejando al margen la discusión sobre la constitucionalidad[91], el Código Penal menciona, por ejemplo en el artículo 284.1, términos como «mercado financiero»; 1.º «instrumentos financieros», «contratos de contado sobre materias primas», «índices de referencia»; 2.º «precio de cotización»; 3.º «utilizando la misma información»; «posición dominante». En el MiCA se definen en el artículo 3.1[92] (p. ej., «tecnología de registro distribuido»; «registro distribuido»; «mecanismo de consenso»; «nodo de red TRD»; «criptoactivo»; «ficha referenciada de activos»; «ficha de dinero electrónico», etc.). Elementos normativos que al practicarse implican la intervención de otras normas, en este caso la LMVSE. La clave radica en el rango de la norma, la LMVSE, que completa la ley penal. Parafraseando a García Arán (1992-1993, p. 69), con anterioridad al carácter explícito e implícito en la práctica de la remisión, situando «el problema en el ejercicio de sus competencias por las distintas instancias con capacidad normativa»[93]. Sin olvidar la distinción entre normas prohibitivas y normas permisivas (p. ej. la aplicación «atenuada» del MAR en el MICA, cdo. 95) ([…] se requiere establecer normas para prevenir el abuso de mercado en relación con los criptoactivos que se admitan a negociación. Ahora bien, dado que es muy habitual que los emisores de criptoactivos y los proveedores de servicios de criptoactivos sean pymes, sería desproporcionado aplicarle todas las disposiciones del Reglamento de abuso de mercado)[94]. O las opiniones públicas del presidente de la CNMV sobre el MiCA: «no habrá un reporte de transacciones al supervisor que permita vigilar el abuso de mercado […] versión en miniatura no equiparable a la MiFIDII», que afectan a las relaciones entre la tipicidad (p. ej., intencionalidad)[95] y la antijuricidad en los delitos económicos y de la empresa.

---

89 Binding, K., *Die Normen und ihre Übertretung; eine Untershuchung* über die Rechtmäs*sige Handlung und die Arten des Delikts*. (3.ª ed.), Verlag Von Wilhelm Engelmann. Vil. 1916, pp. 68-161. *Cfr.* García Arán, M. (1992-1993). Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, 16, p. 69.

90 Tiedemann, K. (1998). La ley penal en blanco. *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, *1*(2), 515-541. *Cfr.* García Arán, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco, op. cit.*, p. 69.

91 STC 102/1998, de 15 de Junio. Ponente García Mon y González Regueral, por todas.

92 L 150/63.

93 *Ibid.*

94 L 150/57.

95 *Vid.* art. 4.1, Comunicación ilícita de información privilegiada y art. 5.1, Manipulación de mercado, de la MADII L 173/8. *Cfr.* Tiedemann, K.: «2. Las normas penales en blanco y las teorías del dolo y del error. En el ámbito de la tipicidad es característico del Derecho Penal Económico el uso de normas penales

Por tanto, según mi opinión, la «prohibición de manipulación de mercado» (art. 91) del MiCA no es una ley penal blanco. Siguiendo las tesis de Feijóo Sánchez (2019), son los delitos de abuso de mercado los que constituyen una ley penal en blanco «en lo que respecta a su ámbito de protección, que queda determinado expresa y directa del artículo 285 ter CP tanto a la normativa española como a la europea. Se trata de una remisión dinámica que no va referida a una norma concreta, sino a la normativa vigente en cada momento en materia de mercados e instrumentos financieros» (p. 5).

En todo caso, la «prohibición de manipulación de mercado» (art. 91 MiCA) es una accesoriedad legislativa (no de dependencia absoluta), sin que exista una remisión expresa o concluyente al MAR. Esta sería relativa. Parafraseando a Feijóo Sánchez (2019, pp. 5-6)[96] (que se inspira en la doctrina alemana), «la prohibición de mercado» (art. 91 MiCA) constituye una accesoriedad asimétrica, «que obliga al ordenamiento jurídico-penal a importar las valoraciones básicas del orden primario extrapenal, con independencia de que no dejen de ser revaloradas o tenidas en cuenta de acuerdo a las funciones propias del Derecho penal. Ello lleva, por ejemplo, a una conclusión obvia y generalmente aceptada: lo que en el orden primario está permitido no puede entenderse como un hecho típico. La infracción del orden primario es un requisito necesario e imprescindible para la tipicidad de los hechos, para "acceder" a la responsabilidad penal».

La posible infracción del MiCA (relacionada con MADII/MAR, MiFIDII/MiFIR y los reglamentos delegados y de ejecución correspondientes) no constituye una conducta típica. Sería un indicio de tipicidad sujeto a la interpretación de los requisitos de cada figura delictiva. El rechazo a calificar de ley penal en blanco la «prohibición de manipulación de mercado» (art. 91 MiCA) (integrado de elementos normativos, interpretados según la LMVSE, MADII/MAR y MiFIDII/MiFIR) «tiene relevancia y consecuencias a efectos de delitos de exclusiva comisión dolosa, el dolo típico (y por consiguiente de las características del error excluyente del dolo que excluye la responsabilidad criminal). El objeto del dolo son las circunstancias del hecho que ha de ser subsumido en el correspondiente tipo penal (la materia de subsunción), pero no la norma *extra*-penal. Una interpretación errónea de la legislación *extra*penal puede dar lugar a un error sobre la concurrencia de los elementos del tipo y excluir la responsabilidad penal, tanto en casos de errores vencibles como invencibles». Así, se puede inferir, por un lado, considerando 95 del MiCA:

> Ahora bien, dado que es muy habitual que los emisores de criptoactivos y los proveedores de servicios de criptoactivos sean pymes, sería desproporcionado aplicable todas las disposiciones del Reglamento sobre abuso de mercado. Se hace, pues, necesario establecer normas específicas para prohibir determinadas conductas que podrían socavar la confianza de los usuarios en los mercados de criptoactivos y la integridad de estos mercados.

---

en blanco, es decir, normas «abiertas» total o parcialmente que permiten, para ser completadas y complementadas, a normas de rango inferior a la ley que las contiene (normas penales en blanco en sentido amplio)». *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial, op. cit.*, pp. 61 y ss.

[96] *Cfr.* Martínez-Buján Pérez, C. (2013). *El error en la teoría jurídica del delito*. Tirant lo Blanch. *Cfr.* Kessler, C. (2012). *Strafrechtliche Aspekte von Corporate Governance*. BWV Wiss Verl.

Y, por otro, de las mencionadas declaraciones públicas del presidente de la CNMV calificando el MICA como «una MiFID en miniatura» y que «no habrá un reporte de transacciones al supervisor que permita vigilar el abuso de mercado».

3. Criptoactivos, ¿instrumentos financieros?

La pregunta está relacionada, por ejemplo, por un lado, sobre los mencionados criptoactivos únicos y no fungibles del considerando 11 del MiCA, y, por otro, con las tesis de un sector de la doctrina, Barczentewicvz y Gândara Gomes[97] y representantes de autoridades supervisoras (Chan[98], Buenaventura[99], Panetta[100], Ross[101], Woods[102]). El considerando 11 del MiCA dice: «La exclusión de los criptoactivos únicos y no fungibles del ámbito del presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la consideración de dichos criptoactivos como instrumentos financieros».

Chan sostiene que los criptoactivos no son dinero, ni monedas, los inversores o especuladores con criptoactivos carecen de expectativa real de que algún día se conviertan en dinero (¿deuda convertible?)[103]. Buenaventura[104] alega, invocando la MiFIDII, que MiCA

97 Barczentewicz y De Gândara Gomes, *Crypto-Asset Market Abuse Under EU MiCA*, *op. cit.*, pp. 2-3.

98 Chan, N., Crypto-assets and money, *op. cit*.

99 Buenaventura, R.: «Si tuviese que destacar un riesgo sobre los demás, sería que los inversores concluyan erróneamente que una vez que estén regulados y supervisados los proveedores de criptoactivos a partir de diciembre, las criptomonedas pasarán a tener el mismo nivel de regulación, supervisión y protección que los instrumentos financieros. Nada más lejos de la realidad». Comparecencia del presidente de la CNMV en la Comisión de Economía, Comercio y Transformación Digital del Congreso de los Diputados», *op. cit.,* pp. 6-7. *Cfr.* El mismo, Acelerando la transformación en momentos inciertos, *op. cit*.

100 Panetta, F. (Gobernador del Banco de Italia. Anterior miembro ejecutivo del Banco Central Europeo), *Caveat Emptor does not apply to crypto*. The ECB Blog. 5 January 2023. *Cfr.* Diamantis, M. H. (2020). The Light Touch of Caveat Emptor in Crypto's Wild West. *Iowa Law Review*, *104*(113). *Cfr.* U.S. Court Appeals for the Second Circuit. Appeal from the United States District Court for the Southern District of New York. *SEC v. Rashid*. No. 20-4080-cv. March 13, 2024. Dissident Kearse, pp. 10-11.

101 Ross, V., Annex. Identified challenges related to the implementation of the DLT Pilot Regime, p. 3.

102 Woods, S. (subgobernador del Banco de Inglaterra), Existing or planned exposure to cryptoassets. Letter to Chief Executive Officers of Banks and designated investment firms on the treatment of cryptoassets under the current framewok. 24 March 2022.

103 *Vid.* Coinbase Announces Proposed Private Offering of $1.0 Billion of Convertible Notes Due 2023. Coinbase. March 12, 2024. *Cfr.* Hirstenstein, A.: «Coinbase (COIN). The crypto Exchange said late Tuesday it plans to issue $1.0 billion of convertible debt. Its stock edged up premarket, as bitcoin whose price its often tracks, railled to new highs». *The Wall Street Journal*. Markets A. M. March 13, 2024. *Cfr.* Heinbach, L. y Huang, W., *Defi Leverage*, *op. cit*.

104 Buenaventura, R., Acelerando la transformación en momentos inciertos, *op. cit*.

> no puede ser comparada en ningún caso con MiFID, sino más bien en miniatura, a escala, y sus niveles de protección al inversor quedan alejados de los que confiere la regulación financiera. No habrá un fondo de garantía de inversores, no habrá un reporte de transacciones al supervisor que permita vigilar el abuso de mercado y los requisitos de custodia son más laxos y benignos en comparación con los que tendría un fondo o un bono. MICA es un primer paso en la regulación de los criptoactivos, pero no los situará a un nivel parejo de protección con los activos financieros.

Panetta asocia los criptoactivos a las apuestas de los juegos de azar que deberían estar controladas bajo los «principios para la protección de los consumidores y los usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre los menores»[105], y obligadas al pago de impuestos[106]. En cambio, Woods constata que la «tecnología de criptoactivo está creando nuevos activos financieros y formas de intermediación»[107], siguiendo el criterio del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea[108].

El artículo 2.5 del MiCA, ámbito de aplicación[109] dice: «A más tardar el 30 de diciembre de 2024, la AEVM, a efectos del apartado 4, letra a), del presente artículo, emitirá directrices de conformidad con el artículo 16 del Reglamento (UE) n.º 1095/2010 sobre las condiciones y los criterios para la consideración de los criptoactivos como instrumentos financieros». Y el apartado 4.: «El presente Reglamento no se aplicará a los criptoactivos que se consideren, a) instrumentos financieros». Esta norma primaria, en el artículo 3.1, sobre definiciones[110] aporta, en el apartado 5), el «concepto de criptoactivo»: «una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar». Y, en el apartado 49) «instrumento financiero»[111], con remisión a MiFIDII: «un instrumento financiero tal como se define en el artículo 4, apartado 1, punto 3, de la Directiva 2014/65/UE[112], "depósito estructurado", punto 13 "instrumento financiero"; los instrumentos especificados en el anexo I, Sección C-Instrumentos Financieros[113]».

---

105 Panetta, F., *Caveat Emptor*, *op. cit*. *Cfr.* Directiva (UE) 2023/226, de 17 de octubre de 2023. DOUE 24.10.2023. *Cfr.* Recomendación de la Comisión de 14 de Julio de 2014. DOUE 19.7.2014. L 214/38.

106 *Ibid.*

107 Woods, S., Existing or planned exposure to cryptoassets, *op. cit*.

108 BCBS, Prudential treatment of cryptoasset exposures. Consultative Document. June 2021. www.bis.org/bcbs/publ/d519.pdf. *Cfr.* Wayne, P. y Von Haften, A. H., *Are Basel's Capital Surcharges for Global Systemically Important Banks Too Small*?, *op. cit*.

109 L 150/62.

110 L 150/63.

111 L 150/66.

112 L 173/82.

113 L 173/481.

A mayor abundamiento, la LMVSE refiere, al transponer directivas y reglamentos sobre la materia, por un lado, en el preámbulo II, la modificación de la definición de «instrumento financiero»: «[…] a fin de aclarar, sin que subsista ninguna duda jurídica, que tales instrumentos pueden emitirse mediante tecnología de registros distribuidos». Y, por otro, el artículo 2.2. *Instrumentos financieros sujetos a esta ley*: «También se considerarán instrumentos financieros los comprendidos en el apartado 1 cuando los mismos sean emitidos, registrados, transferidos o almacenados utilizando tecnología de registros distribuidos u otras tecnologías similares como soporte de esas actuaciones».

No obstante, ESMA ha preparado una consulta sobre el borrador de directrices respecto a la posible consideración de los criptoactivos como instrumentos financieros[114]. Esta inseguridad jurídica y vaguedad (generada por la propia DLT)[115] se añade a la ya existente con la reforma del artículo 284.3.º del CP, mediante la Ley Orgánica 1/2019[116], al transponer la MADII en el apartado II del preámbulo intentando concreción «sobre el *telos* de la reforma, como el bien jurídico protegido de carácter supraindividual: la "integridad de los mercados de la Unión", por lo que la protección de los inversores (bien jurídico individual) no será más que un efecto reflejo que se encuentra en segundo plano»[117]. Por ello, según mi opinión, par-

[114] ESMA. Consultation paper on the draft Guidelines on the conditions and criteria for the qualification of crypto-assets as financial instruments. 29 January 2024. ESMA75-453128700-52. *Cfr.* Ross, V., The Chair, Annex. Identified challenges related to the implementation of the DLT Pilot Regime, p. 3, *op. cit*.

[115] *Vid.* ARK 21 Shares Bitcoin ETF, *op. cit*., pp. 33-39. *Cfr.* Guagliano, C. y Kern, S.: «Structural risks in crypto-asset markets. A second source of native risks is inherent to the use of Distributed Ledger Technologies (DLTs) to manipulate the consensus mechanisms of distributed ledgers (i. e. through se-called «51%» or «Sybil» attacks) can pit the value on the entire blockchain at risk. If an attacker were to gain control of a majority (or a quorum) of network nodes (or hash power), he could change the ordering of transactions and enable a double spend. Double spending refers to the creation of new value where it did not exist before. An example would be when a single digital token (i.e. one BTC) is spent simultaneously more than once (an validated by the consensus mechanism)». *Crypto-assets and their risks for financial stability*. ESMA TRV Risk Analysis. October 2022, pp. 5-6. *Cfr.* Bains, P., *Blockchain Consensus Mechanisms: A Primer for Supervisors*. Fintech Notes. Note/2022/003. International Monetary Fund. January 2022, p. 4. *Cfr.* Committee on Payments and Market Infrastructures (CPMI): «Legal Risk. DLT can increase legal risks if there is ambiguity or lack of certainty about an arrangement». Distributed Ledger technology in payment, clearing and settlement. An analytical framework. February 2017, p. 16.

[116] Feijóo Sánchez, B.: «Si por su propia naturaleza este es un ámbito delictivo de delicado equilibrio entre la seguridad jurídica y una tipificación que no deje demasiadas lagunas a pesar de su constante innovación y de su complejidad técnica, una reforma tan poco meditada genera una enorme inseguridad que puede hacer que el Derecho penal resulte agresivamente disfuncional para el correcto funcionamiento de los mercados. No solo se trata, aunque sea lo más importante, de evitar castigos injustos y arbitrarios, sino de la preocupación por los perniciosos efectos económicos que puede tener una regulación tan defectuosa». *Los delitos de manipulación del precio de cotización de un instrumento financiero del Art. 284 CP tras la LO 1/2019, op. cit.*, p. 3.

[117] *Ibid. Cfr.* Mismo autor. Critica la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 4.ª) n.º 28, de 17 de octubre de 2017, con doctrina, y la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 29 de Madrid n.º 167/2016, de 24 de mayo, condenatoria, según el derogado art. 284, 2.º CP). Resolución confirmada en apelación por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29.ª), de 21 de marzo. «Crisis Bancaria y Derecho Penal». *La Ley Penal*, *132* (mayo-junio 2018), pp. 24 y ss.

tiendo desde los presupuestos de la norma primaria, la MiFIDII[118], y del instituto del riesgo permitido[119], y parafraseando a Diamantis (2020, p. 114), aquí se cuestiona la aplicación del abuso del mercado, con sanciones penales (*ultima ratio*), en el desarrollo e implementación de la tecnología de registros distribuidos o cadena de bloques (TRD-*blockchain*)[120] ante los riesgos legales que comporta en los mercados financieros y de criptoactivos. Esto es, si el Reglamento MICA es considerado una «versión en miniatura» a «escala» y «no puede ser comparado en ningún caso a MiFID», la LMVSE –norma primaria– (relacionada con MADII/MAR, MiFIDII/MiFIR) no da un aviso justo de la conducta que castiga»[121] el Código Penal, norma secundaria. Máxime si el MiCA recurre a la responsabilidad civil en el considerando 39[122]:

> Con la idea de brindar una mayor protección a los titulares de criptoactivos conviene aplicar normas de responsabilidad civil a los oferentes y a las personas que soliciten su admisión a negociación, así como a los miembros de sus órganos de dirección con respecto a la información facilitada al público a través del libro blanco de criptoactivos,

como medio de protección del inversor al regular los criptoactivos[123] en contraposición a los instrumentos financieros. *De lege data*, la responsabilidad civil[124] residenciada en la

---

118 *Vid.* Ruiz Ojeda, A., *Caveat vendor*, o el volteo regulatorio de la asignación de riesgos en las transacciones financieras por la normativa MiFID, *op. cit*.

119 *Vid.* Feijóo Sánchez, B., *Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido*, *op. cit*.

120 *Vid.* CPMI: «The legal underpinning for certain activities may not be as well established as that for traditional systems (for example, in terms of identifying the application jurisdiction or relevant laws [...] the legal basis regarding the ownership or transfer of assets or the rights and obligations of the relevant parties may not always be clear. An arrangement typically attempts to use standardized rules or contracts to define rights, obligations and processes. In such cases, it is important to consider the soundness of these legal arrangements and their enforceability. This can be further complicated by transactions that take place across borders or in multiple jurisdictions, in which case the law underpinning the activity would need to be confirmed or adopted in multiple jurisdictions in way that are mutually compatible». Distributed Ledger technology, *op. cit.*, p. 16. *Cfr.* CPMI, Wholesale digital tokens. December 2019, p. 11.

121 *Cfr. Beckles v. United States,* 137. S. ct 886, 892 (2017).

122 L 150/47.

123 Buenaventura, R.: «Si tuviese que destacar un riesgo sobre los demás, sería que los inversores concluyan erróneamente que una vez que estén regulados y supervisados los proveedores de criptoactivos a partir de diciembre, las criptomonedas pasarán a tener el mismo nivel de regulación y protección de los instrumentos financieros. Nada más lejos de la realidad. Las criptomonedas (al menos el tipo que hoy conocemos) seguirán siendo, incluso cuando estén regulados, productos extremadamente arriesgados, poco recomendables para el inversor minorista y con un nivel de protección del inversor muy inferior al de los productos financieros. También las posibilidades de supervisión estarán notablemente mermadas y la CNMV, y el sistema en su conjunto, no podrá ofrecer una protección remotamente similar a la que ofrece en productos financieros». Comparecencia del Presidente de la CNMV en la Comisión de Economía, Comercio y Transformación Digital del Congreso de los Diputados, *op. cit.*, pp. 6-7.

124 *Vid.* Upegui Villegas, C., *La responsabilidad civil por «abuso de mercado» en el mercado de valores*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho Privado. Universitat Autònoma de Barcelona. Septiembre de 2014.

jurisdicción civil-mercantil es la que debería prevalecer sobre la responsabilidad penal del abuso de mercado (sin perjuicio de la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa) en los mercados de criptoactivos, evitando la intervención de la jurisdicción penal mediante el arbitrio e interpretación (p. ej., manipulaciones informativas del precio de cotización de un instrumento financiero, STS 369/2019, de 22 de julio)[125].

4. El riesgo permitido

El artículo 91.2. del MICA[126] dice:

> A efectos del presente Reglamento, la manipulación de mercado incluirá cualquiera de las siguientes actividades: a) a menos que se haya efectuado por razones legítimas, efectuar una operación, dar una orden de negociación o cualquiera otra conducta que [...].

Estas «razones legítimas» se asocian a prácticas aceptadas mediante exenciones y la inexigencia de requisitos previos. A saber, el considerando 26 del MiCA:

> Además, no debe aplicarse requisito alguno cuando las ofertas de fichas de consumo den acceso a un bien o servicio existente que permita al titular obtener el bien o utilizar el servicio, ni cuando el titular de los criptoactivos tenga derecho a utilizarlos a cambio de bienes y servicios en una red limitada de comerciantes con acuerdos contractuales con el oferente[127].

Y el considerando 33:

> A fin de evitar cargas administrativas indebidas, no ha de exigirse a las autoridades competentes que aprueben los libros blanco de criptoactivos antes de su publicación[128].

Las «razones legítimas» del artículo 91.2 del MiCA coinciden, por un lado, con las del considerando 49 del MAR[129]:

---

125 *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, 22 de julio). Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXXXVII. Nueva época. Diciembre 2020. Ubijus Editorial, pp. 613-623.

126 L 150/43.

127 L 150/45-46.

128 *Ibid*.

129 L 173/8. *Cfr.* Reglamento Delegado (UE) 2016/908 de la Comisión, de 26 de febrero de 2016, por el que se completa el MAR mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación sobre los criterios, el procedimiento y los requisitos para establecer una práctica de mercado aceptada, así como los re-

> Sin perjuicio del objetivo del presente Reglamento y sus disposiciones directamente aplicables, la persona que efectúa operaciones o emite órdenes de negociación que pueden considerarse manipulación de mercado puede demostrar que sus motivos para efectuar dichas operaciones o emitir dichas órdenes de negociación eran legítimas y que las operaciones y órdenes de negociación se ajustaban a prácticas aceptadas en el mercado en cuestión. Solo la autoridad competente responsable de la supervisión de los abusos de mercado en el mercado en cuestión puede determinar que se trata de una práctica aceptada. Una práctica aceptada en un mercado determinado no puede considerarse aplicable a otros mercados a menos que las autoridades competentes de estos últimos hayan aceptado oficialmente tal práctica. Aun así puede considerarse que se ha producido una infracción si la autoridad competente determina que no ha habido razones legítimas tras dichas operaciones u órdenes de negociación.

Con el artículo 13.1. del MAR[130]. *Prácticas de mercado aceptadas*:

> 1. La prohibición establecida en el artículo 15 no se aplicará a las actividades a que se refiere el artículo apartado1, letra a), si quien ejecuta la operación, da la orden de negociación o efectúa cualquier otra conducta demuestra que los motivos de la operación, orden o conducta son legítimas y que estas se adecuan a las prácticas de mercado aceptadas, establecidas de conformidad con el presente artículo.

Y, por otro, con el artículo 5.2 a) ii), párrafo segundo, de la MADII:

> Las razones por las que la persona que hubiese efectuado la operación o dado las órdenes de negociación sean legítimas y que esas operaciones u órdenes se ajusten a las prácticas de mercado aceptadas en el centro de negociación de que se trate[131].

Y, el apartado 7) del artículo 2 de esta directiva[132], que se remite al MAR: «práctica de mercado aceptada», «una práctica de mercado específica aceptada por la autoridad competente de un Estado miembro de conformidad con el Artículo 13 del Reglamento (UE) n.º 596/2014».

---

quisitos para mantenerla, derogarla o modificar las condiciones para su aceptación. Cdo. 2: «A fin de garantizar que las PMA no vayan en detrimento de la innovación y el permanente desarrollo dinámico de los mercados financieros, las autoridades competentes no deben suponer de forma automática que son inaceptables las tendencias de mercado nuevas o emergentes que puedan dar lugar a prácticas de mercado novedosas. Antes al contrario, dichas autoridades competentes deben valorar si tales prácticas de mercado se ajustan a los criterios establecidos en el presente Reglamento y en el MAR». L 153/3.

130 L 173/31. *Cfr.* Auto de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2024, n.º 286/2014, Sala Contencioso, Secc. 3.ª, Pte. García García-Blanco, refiere que el MAR es una norma de aplicación directa y obligatoria en todos sus elementos. FD 7.3.2.

131 L 173/186.

132 L 173/184.

Feijóo Sánchez (2013), al investigar la imputación objetiva y las estructuras típicas, sostiene que en los posibles delitos de resultado lesivo

> no es suficiente la existencia de una relación de causalidad entre una acción y un resultado, sino que solo se puede imputar un resultado a una persona cuando es la que ha creado un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado (en el caso de la comisión por omisión cuando se trata de una no evitación de un riesgo no permitido por un garante equivalente a su creación que se realiza en el resultado). Siendo esta aportación de la teoría de la imputación objetiva una teoría global y normativizadora del tipo y no una mera teoría de imputación de resultados (pp. 142-143).

Imputación objetiva y estructuras típicas aquí aplicables a personas físicas o jurídicas (pymes)[133] en los mercados del MiCA y en los DEX[134].

El concepto de riesgo permitido y su teoría, asociados a la doctrina de la imprudencia, tiene sus primeros desarrollos teóricos importantes (Binding of Bar)[135] con la segunda revolución industrial en el siglo XIX. El deber de cuidado ya no podía consistir en evitar cualquier conducta peligrosa, sino que tenía que pasar a consistir en una planificación razonable de riesgos[136]. La sociedad aceptaba ciertas actividades peligrosas siempre que se cumpliera un cierto nivel de cuidado. El riesgo permitido apareció como un instituto útil para ayudar a la dogmática en la determinación del nivel permitido de cuidado en las sociedades industriales, existiendo dos concepciones básicas sobre la imputación objetiva[137]. Por un lado, la que le otorga al derecho penal una función de protección de bienes jurídicos, identificándolo como la imputación del resultado a la conducta contraria a deber. Y, por otro, la que pone en primer plano la función de estabilidad normativa (permitiendo la protección de bienes jurídicos en última instancia)[138]. De tal manera que se sitúa en el centro de la teoría la delimitación

---

133 MiCA, cdo. 95: «Ahora bien, dado que es muy habitual que los emisores de criptoactivos y los proveedores de servicios de criptoactivos sean pymes, sería desproporcionado aplicarles el Reglamento (UE) n.º *596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo*, sobre abuso de mercado». L 150/57.

134 *Vid.* Securities and Markets Stakeholder Group (SMSG) Advice to ESMA: «The importance and innovative of Automated Market Makers (AMMs), particularly in a Decentralized Exchange (DEXs). 3.5 Pre-trade transparency for AMMs in a DEX context. SMSG advice to ESMA on its second consultation paper on Technical standards specifying certain requirements of the Markets in Crypto Assets (MiCA) Regulation». 18 December 2023, pp. 8. ESMA 24-229244789-4623.

135 *Vid.* Feijóo Sánchez, B. *Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo* permitido, pp. 145.

136 *Ibid.* pp. 143-145.

137 *Ibid.*

138 *Vid.* Feijóo Sánchez, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 31 y ss.

entre conductas típicas y permitidas, ya sea vinculando más con el desvalor específicamente jurídico-penal de la conducta o con un presupuesto para la imputación del resultado[139].

¿El riesgo permitido puede ser aplicable en las conductas-estrategias, por ejemplo en los *spot markets* de criptoactivos, en los DEX, con la expansión de las finanzas digitales, por ejemplo *antibleed backdoor*[140]; *cancer nodes*[141]; *momentum pricing*[142], *front-running*[143], *Sybil attack*[144], *wash trading*[145], *rug pulls*[146], *51 percent attack*[147], inherentes al MiCA? Parafraseando a Feijóo Sánchez (2013, pp. 143-146), el riesgo permitido en el MICA significa que las conductas inicialmente típicas (crear un riesgo) se encuentran asumidas por este y la norma primaria, la MiFIDII, según la nueva configuración de los mercados de capitales que acontece con la cuarta revolución industrial (p. ej. Web 4.0[148], Web 3.0[149], inteligencia artificial[150]…).

---

139 *Vid.* Feijóo Sánchez. B., *Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido*, *op. cit.*, pp. 143-146.

140 *Vid.* ARK 21 Shares Bitcoin, *op. cit.*, p. 36.

141 *Ibid.*

142 *Ibid*. p. 21.

143 *Ibid. Cfr.* Auer, R., Frost, J. y Vidal Pastor, J. M., *«Miners» as intermediaries*, *op. cit*.

144 *Vid.* Platt, M., McBurner, P., *Sybil in the Haystak: A Comprehensive Review of Blockchain Consensus Mechanisms in Search of Strong Sybil Attack Resistance*. Departament of Informatics, King's College London. 6 January 2023. https://doi.org/10.3390/a16010034. *Cfr.* Bains, P., *Blockhain Consensus Mechanisms*, *op. cit.*, p. 4.

145 *Vid.* ARK 21 Shares Bitcoin, *op. cit*., p. 21. *Cfr.* Cong, W., LI, X., Tang, K. y Yang, Y.: «To detect wash trading in the new Non-Fungible Token (NFT) markets». *Crypto Wash Trading*. July 2023, p. 29.

146 *Vid. Risley v. Universal Navigation, Inc, et al.*: «2. Cryptocurrency, Blockchain, and Decentralized Exchange». Case 1:22-cv-02780-KPF. August 29, 2023. United States District Court Southern District of New York. Katherine Rolk Failla, District Judge, p. 4. *Rug pulls* ([«tirones de alfombra», traducción del inglés, nuestra]). Constituyen una modalidad de estafa (*scam tokens*), según la calificación judicial, equiparable a la estafa informática del art. 248.2 a) CP).

147 *Vid.* ARK 21 Shares Bitcoin, *op. cit*. pp. 33-39. *Cfr.* Bains, P., *Blockchain Consensus Mechanisms*, *op. cit*., p. 4.

148 *Vid.* European Comission. Commission STAFF, An EU initiative on Web 4.0 and virtual worlds, *op. cit*.

149 *Vid.* Sanya Mondob, B., Adam-Johnson, S. y Georgopoulos, A.: «Web3 is a catch-all term for the vision of a new, better internet, focusing on investor and consumer proprietary rights [...]. Web3 employs blockchain and other Distributed Ledger Technology (DLT), cryptocurrency, and non-fungible tokens (NFYs) to give power back to consumers in the form of ownership». *NFT Legal and Regulation Compliance: Connoisseursship and Critique*. https://ssrn.com/abstract=4275613.

150 *Vid.* ESMA, Data Strategy 2023-2028. 15 June 2023, pp. 5, 9, 12, 19 y 24. ESMA 50-157304. *Cfr.* ESMA, Artificial Intelligence (AI) in finance. TRV Risk Analysis. 1 February 2023. *Cfr.* OECD, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. 2023. OECD/LEGAL/0449. *Cfr.* Pérez-Cruz, F. y Song Shin. H., *Testing the cognitive Limits of Large Language Models*. 4 January 2024. BIS Bulletin. N.º 83. *Cfr.* Martínez Parera, M., VI Edición del Foro Blockchain&activos digitales, *op. cit*. *Cfr.* Buenaventura, R., XXX Encuentro del sector financiero ABC-Deloitte, *op. cit*. *Cfr.* García Martínez, F. y Martínez Resano, J. R., *Digital Assets and Reporting*, *op. cit*.

No se trata de que el riesgo creado (o no evitado como garante)[151] esté permitido, sino más bien de que la creación (o no evitación) del riesgo está permitida o tolerada por el orden primario de la MiFIDII[152], preexistente al ordenamiento penal. Esto es, por un lado, el mismo MiCA[153] (p. ej. criptoactivos corporativos)[154], relacionado con el anexo II (indicadores de manipulación[155], etc.) del Reglamento Delegado (UE) 2016/522 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, que desarrolla el MAR, y, por otro, el artículo 284.1.3.º del CP y el artículo 285 del CP del orden secundario. La discusión se centra en la conducta permitida o tolerada por el supervisor (riesgo permitido)[156], ante la aparición de nuevos riesgos[157] que puede comportar la exclusión de la tipicidad al ser el «nuevo riesgo» incumbencia o competencia de un tercero (p. ej., intermediarios *miners* mediante el *51 percent attack*[158], CASP, VASP) o de la propia víctima[159] (conductas neutrales, prohibición de regreso, imputación al ámbito de la víctima, autopuesta en peligro, actuación a propio riesgo) en los mercados de criptoactivos y en los DEX. El riesgo permitido, en el marco de la evolución de la teoría de la imputación objetiva, puede ser un «instituto útil»[160] para la reflexión crítica sobre el MiCA, respecto de «un mero presupuesto de la imputación del resultado»[161]. Normas penales mencionadas por el MiCA, vinculadas, por un lado, al anexo II (indicadores de manipulación) del Reglamento Delegado (UE) 2016/522 de la Comisión de 17 de diciembre de 2015, que desarrolla el MAR y el artículo 284.1.1.º del CP, que interactúan con la MiFIDII, orden primario, que configura previamente las relaciones sociales o económicas[162] en los mercados de criptoac-

---

151 *Vid.* Feijóo Sánchez, B., *Imputación objetiva en el Derecho penal económico*, *op. cit*. *Cfr.* Demetrio-Crespo, E., *Fundamento de la Responsabilidad en Comisión por Omisión de los Directivos de las Empresas*, *op. cit*. *Cfr.* Diamantis, M. E., *Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment*, *op. cit*.

152 *Vid.* Buenaventura, R.: «No es una panacea, un remedio mágico o una solución perfecta para abordar este nuevo mercado. MiCA, a diferencia de MiFID, la normativa que regula los demás productos financieros no aborda todos los riesgos de criptoactivos, ni ofrece la totalidad de las soluciones». XXX Encuentro del sector financiero. ABC-Deloitte, *op. cit*.

153 *Ibid.*: «No habrá un reporte de transacciones al supervisor que permita vigilar el abuso de mercado y los requisitos de custodia son más laxos y benignos en comparación con los que tendría un fondo o un bono».

154 *Vid.* art. 3.1.7) MiCA. Definiciones. «A los efectos del presente Reglamento se entenderá por "ficha de dinero electrónico" un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda oficial». L 150/63. *Cfr*. Mignano, J. *et al.* Disruptive money. Exploring the Future of Corporate Cryptocurrency, *op. cit*.

155 *Collusion, ping orders, phising, abusive squeeze, wash trades, painting the tape, improper matched orders, concealing ownership, pump and dump*, *trash and cash, quote stuffing, momentum ignition, marking the close, etc*.

156 *Vid.* Feijóo Sánchez. B., *Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido*, *op. cit.*, pp. 146.

157 *Vid.* Martínez Parera, M., VI Edición el foro Blockchain&activos digitales, *op. cit*.

158 *Vid.* ARK 21 Shares Bitcoin, *op. cit.*, pp. 33-39. *Cfr.* Bains, P., *Blockchain Consensus Mechanisms, op. cit.*, p. 4.

159 *Vid.* Feijóo Sánchez, B., *Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido*, *op. cit.,* p. 147.

160 *Ibid.*, pp. 146.

161 *Ibid.*

162 *Ibid.,* pp. 147.

tivos y DEX. Y, por otro, la estructura típica y la literalidad de los preceptos que configuran el injusto concreto (la integridad, la manipulación e información privilegiada en los mercados de criptoactivos y DEX) pueden abarcar acciones no merecedoras de un desvalor o una desaprobación jurídico-penal[163], por ejemplo, el artículo 225.3 de la LMVSE y el Reglamento Delegado (UE) 2016/908 de la Comisión, de 26 de febrero de 2016 –prácticas de mercado aceptadas– porque «están socialmente permitidas o toleradas (incluso en algún caso fomentadas)»[164].

Por tanto, en mi opinión, y desde las tesis de Feijóo Sánchez, no se podrá calificar de manipulación de mercado actividades basadas en las razones legítimas del artículo 91.2 del MiCA, relacionadas con el artículo 13.1 del MAR, el artículo 2, apartado 7 y el artículo 5.2 a) ii), párrafo segundo, de la MADII. Esto es, en una «justificación, racionalidad o lógica económica o empresarial ajena a la manipulación de precios, y que se corresponda con una práctica aceptada de mercado como manifestación del riesgo permitido en este ámbito. En estos casos, si concurren estos requisitos (razones legítimas y práctica de mercado aceptada) la conducta no es típica porque está permitida»[165]. Procediéndose al sobreseimiento libre en la fase de instrucción[166].

5. Manipulaciones informativas del precio de cotización de las acciones en redes sociales

¿La difusión de información sobre el precio de las acciones en criptoactivos[167] relacionada, por ejemplo, con la absorción/fusión de bancos o empresas[168], a través de redes socia-

---

163 *Ibid.,* pp. 148.

164 *Ibid. Cfr.* GFMA/ICMA, The GFMA and ICMA Repo Market Study: Post-Crisis Reforms and the Evolution of the Repo and Broader SFT Markets. December 2018.

165 *Vid* .cdo. 5 del MiCA: «Existe el riesgo de que los usuarios desconfíen de esos activos, lo que podría obstaculizar considerablemente el desarrollo de un mercado de criptoactivos y comportar la pérdida de oportunidades en lo que se refiere a servicios digitales innovadores de instrumentos de pago alternativos o nuevas fuentes de financiación para la empresas de la Unión». L 150/41. *Cfr.* cdo. 6 del MiCA: «El marco de la Unión para los mercados de criptoactivos no ha de regular la tecnología subyacente. La legislación de la Unión debe evitar la imposición de cargas innecesarias y desproporcionadas sobre el uso de la tecnología, ya que la Unión y los Estados miembros tratan de mantener su competitividad en un mercado global». L 150/41. *Cfr.* Feijóo Sánchez, B., *Los delitos de manipulación del precio de cotización de un instrumento financiero del Art. 284 CP, op. cit.*, p. 18.

166 *Vid.* Feijoo Sánchez, B., *Los delitos de manipulación del precio de cotización de un instrumento financiero del Art. 284 CP, op. cit.*, p. 18.

167 *Vid.* Scmeling, M., Schrimpf, A. y Todorov, K.: «Crask risk in crypto markets and liquidations of futures positions are closely linked to, and partly predictable, by crypto carry [...] one of the most salient features of crypto markets over the past years, namely rapid prices booms followed by large busts, seem to be linked to the drivers of the crypto convenience yields. These drivers are investor attention and momentum trading by smaller investors, versus limited deployment of arbitrage capital by large and presumably more sophisticated investors». *Crypto carry*. BIS Working Papers n.º 1087. April 2023, p. 25.

168 *Vid.* Hopt, K. J. y Kumpan, C., *Insidergeschäfte und Ad-hoc-Publizität bei M&A. Unternhemenskäuse und übernahmeangebote und Marktmissbrauchsverordnung (MAR)*. Max Planck Institute for Comparative

les[169], puede ser constitutiva de abuso de mercado con sanciones penales o administrativas? La pregunta se formula en relación con la investigación realizada por Baierlacher[170] en el índice bursátil STOXX Europe 600 (referencia de los ETF) entre enero de 2019 y junio de 2023.

El considerando 96 del MiCA dice:

> Debe reforzarse la seguridad jurídica de los participantes en el mercado de criptoactivos mediante una caracterización de dos elementos esenciales de la definición de información privilegiada, a saber, la naturaleza exacta de dicha información y la importancia de su incidencia potencial en los precios de los criptoactivos. Esos elementos también deben tenerse en cuenta para prevenir el abuso de mercado en el contexto de los mercados de criptoactivos y su funcionamiento, teniendo en cuenta, por ejemplo, el uso de las redes sociales171.

Y el artículo 91 del MiCA sobre prohibición de manipulación de mercado:

> 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 uno o varios criptoactivos, o garantizando o pudiendo así garantizar en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios criptoactivos, incluida la difusión de rumores, cuando el autor de la difusión sepa o debiera saber que la información era falsa o engañosa.
>
> 3. Se considerarán manipulación de mercado, entre otras, las siguientes conductas: b) dar órdenes a una plataforma de negociación de criptoactivos, incluida cualquier cancelación o modificación de las mismas, por cualquier medio de comunicación disponible, cuando ello tenga alguno de los efectos a que se refiere el apartado 2, letra a) al: iii) crear una señal falsa o engañosa sobre la oferta, la demanda o el precio de un criptoactivo, en particular mediante la emisión de órdenes para iniciar o exacerbar una tendencia o la realización de cualquier actividad que pueda tener ese efecto; c) aprovecharse del acceso ocasional o periódico a los medios

---

and International Private Law. Research Paper Series. N.º 18/9. Hamburg. 23.07.18. https://ssrn.com/abstract=3225688. *Cfr.* Akdo`Gu, E. y Aziz Simsia, S., *Are blockchains and cryptocurrency M&A harder to close?* Finance Research Letters. Vol. 52, March 2023, 103500. *Cfr.* De Martino, F. (2020). Blockchain M&A: The Next Lint in Chain. *Stanford Journal of Blockchain Law&Policy*, *4*, 122-144.

169 *Vid.* Baierlacher, M. *et al.*: «X (Twitter), Instagram or Reddit and forum posts on finance blogs (e.g. Seekingalpha.com or Finanz.net)», *Social media sentiment impact on EU equity prices*. ESMA TRV Risk Analysis. 3 April 2024, p. 5. ESMA 50-524821-3157.

170 *Ibid.*

171 L 150/57.

> de comunicación tradicionales o electrónicos para exponer una opinión sobre un criptoactivo después de haber tomado posiciones en dicho criptoactivo y beneficiarse seguidamente de las repercusiones de la opinión expresada sobre el precio de dicho criptoactivo, sin haber comunicado simultáneamente ese conflicto de intereses al público de manera adecuada y efectiva[172].

Si se compara este artículo 91, *Prohibición de manipulación de mercado*, del MiCA, por un lado, con MADII/MAR, MiFIDII/MiFIR y la LMVSE –normas primarias–, y, por otro, con el artículo 284.1.2.º del CP, *Manipulaciones informativas* –norma secundaria–, existen importantes diferencias tanto cualitativas como cuantitativas. El artículo 284.1.2.º del CP dice:

> Por sí, de manera directa o indirecta a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio, difundieren noticias o rumores o transmitieren señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia, cuando obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que dicho beneficio fuera superior a doscientos cincuenta mil euros o se causara in perjuicio de idéntica cantidad; b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a dos millones de euros¸ c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.

En primer lugar, parafraseando a Feijóo Sánchez (2019, pp. 16-17), «informar sobre sospechas de abuso de mercado», según el considerando 110[173] del MiCA, no es típico en todos los casos (p. ej., *shadow rating*, «sanción administrativa»)[174]. La acción de «difusión por cualquier medio de información falsa (sean noticias o bien rumores)» no «supone

---

172 L 150/142-43.

173 L 150/59-60.

174 *Vid.* Decisions given by the Board of Appeal of the European Supervisory Authorities under Article 60.4 (EU) No 1095/2010 and the Board of Appeal's Rules of Procedure (BOA 2012 002) in Appeals by Svenka Handelsbanken AB [Apellant], Skandinaviska Enskilda Banken AB [Apellant], Swedbank AB [Apellant], Nordea Bank Abp [Apellant], [together «the Apellants»], against decisions of The European Securities and Markets Authority [ESMA] [Respondent]. Decisions Ref: BoA-D-2019-01. BOA-D-2019.01. BOA-D-2019-02. BOA-D-2019-03. BOA-D-2019-04. Frankfurt a. M. 27 February 2019. *Cfr.* Gelinas, N., *Finance's Lengthening Shadow*. 2018. *Cfr.* Pirrong, C., *The Economics of Commodity Market Manipulation*. *A Survey.* Bauer College of Business. University of Houston. February 11, 2017. *Cfr.* Green, S., *Mentir. Hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Traducción de José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Marcial Pons. 2013.

una perturbación de la integridad y la eficiencia del mercado»[175], *per se*. En segundo lugar, según mi opinión, el término abstracto de «integridad del mercado» –concepto jurídico indeterminado cuya vaguedad e inseguridad jurídica aumenta con la tecnología del registro distribuido y de la cadena de bloques–[176] (del que discrepo con Feijóo Sánchez) es soslayado en los apartados mencionados del artículo 91 del MiCA, comportando un cambio de paradigma en la manipulación del mercado diseñada por el legislador europeo en MADII/MAR y MiFIDII/MiFIR, según reconoce un sector doctrinal[177]. Máxime si, por ejemplo, los CASP (*crypto asset service providers*) pueden ser objeto de reiteradas conductas de manipulación de mercado (desde el *front running*[178], mediante órdenes realizadas a través del mercado minorista, el *momentum pricing*[179] y el *wash trading* en los nuevos mercados *non-fungible token* (NFT)[180], que en teoría afectarían a la «integridad del mercado»[181]. Asimismo, este concepto jurídico indeterminado no consta en la imposición de multas del capítulo 3 (Sanciones administrativas y otras medidas de las autoridades competentes)[182], ni en el artículo 111 (Sanciones y otras medidas administrativas)[183] del MiCA.

El Código Penal, en el mencionado artículo 284.1.2.º, al concepto de «integridad del mercado»[184] le precede la frase en la letra c) «que se causara un grave impacto». Según Feijóo Sánchez (2019):

> se entiende siempre que existe un grave impacto en la integridad del mercado cuando a) el beneficio es superior a los 250.000 euros y b) la manipulación ha ido

---

175 *Vid.* Feijóo Sánchez, B., *Los delitos de manipulación del precio de cotización de un instrumento financiero… op. cit.*, pp. 16-17.

176 *Vid.* ARK 21 Shares Bitcoin, *op. cit*. *Cfr.* Platt, M. y McBurney, P. *Sybil in the Haystack*, *op. cit*. *Cfr.* Bains, P., *Blockchain Consensus Mechanisms, op. cit.*, p. 6.

177 *Vid.* Chone, A., Benetti, Z. y Giuglini, F., *Decentralised Finance in the EU, op. cit*.

178 *Vid.* ARK 21 Shares Bitcoin ETF, *op. cit.*, p. 21.

179 *Ibid.*

180 *Ibid. Cfr.* Cong, W., Li, X., Tang, K. y Yang, Y., *Crypto Wash Trading*, *op. cit.*, p. 29. *Cfr.* Sun, L. W. W. *et al.*, *A Non-Fungible Token and Blockchain - Based Cotton Lint Traceability Solution*. *Appl. Sci*. 20 January 2024. 14, 1610.

181 *Vid.* Guagliano, C. y Kern, S., *Crypto-assets and their risks for financial stability*, *op. cit.*, p. 12. *Cfr.* Cong, W., Li, X., Tang, K. y Yang, Y., *Crypto Wash Trading*. July 2023.

182 L 150/157.

183 *Ibid.* «Los Estados miembros podrán decidir no establecer normas relativas a las sanciones administrativas cuando las infracciones señaladas en el párrafo primero, letras a), b) c), o e) ya estuvieran sujetas a sanciones penales en su Derecho nacional a más tardar el 30 de junio de 2024. En este caso, los Estados miembros comunicarán a la Comisión, a la AEVM y a la ABE, en detalle, las disposiciones pertinentes de su Derecho penal».

184 Respecto al concepto de «integridad del mercado» en los mercados financieros, *vid.* Castillo García, M., *Mercados financieros sostenibles (I) y (II), op. cit*.

> acompañada de un empleo de fondos superiores a los dos millones de euro. Pero el grave impacto podría obedecer también a otras razones como, por ejemplo, el nivel de alteración del precio de cotización es significativo y el volumen de los instrumentos financieros sea elevado (pp. 16-17).

Si esta tesis se intenta adaptar al MiCA, se añade un problema adicional: cuáles son los criptoactivos que pueden calificarse como instrumentos financieros según la norma primaria, LMVSE, relacionada directamente con MiFIDII/MiFIR[185] y MADII/MAR, a efectos penales, según la norma secundaria. Una vez que la clase de criptoactivos a enjuiciar sea calificada como instrumentos financieros (p. ej., los derivados, según la MiFIDII y el MAR)[186], si el autor difunde información a través de redes sociales transmitiendo señales falsas o engañosas sobre el precio de los criptoactivos con objeto de no garantizarlo en un nivel anormal o artificial, en mi opinión, la conducta es atípica según el artículo 284.1.2.º del CP, relacionado con el artículo 91 del MiCA. En caso contrario, y desde los requisitos subjetivos, la conducta del autor «debe abarcar estos elementos al menos con dolo eventual, salvo la falsedad –que debe ser conocida sin dudas relevantes– y actuar con un elemento subjetivo específico del injusto adicional al dolo, consistente en la finalidad de alterar o preservar el precio de cotización»[187].

6. Conclusión

La implementación de la tecnología de registro distribuido (TRD) y de la de cadena de bloques por el legislador europeo y estatal en los mercados de criptoactivos mediante el Reglamento (UE) 2023/1114, de 31 de mayo de 2023, puede causar inseguridad jurídica en general (empresas y sistemas financieros nacionales). Y, en el derecho penal bursátil, en particular, ante la ausencia, por un lado, de un concepto actualizado y diáfano de integridad de mercado por nuevas prácticas ilícitas emergentes (p. ej., *antibleed backdoor*, *cancer nodes*, *51 percent attack*, *Sybil attack…*) asociado a la manipulación, con tendencia a

---

185 *Vid.* ESMA. Consultation paper on the draft guidelines on the conditions and criteria for the qualification of crypto-assets as financial instruments, p. 2, *op. cit*. *Cfr.* Ross, V., Letter to EU institutions on DLT Pilot Regime Implementation, p. 3 y ss. *Cfr.* ESMA, Final Report. Draft technical standards specifying certain requirements of the markets in Crypto assets Regulation (MiCA) - first package. 25 March 2024. ESMA18-723302276-1634.

186 *Vid.* cdo. 97: «Los derivados que se consideren instrumentos financieros, tal como se definen en la Directiva 2014/65/UE, y cuyo activo subyacente sea un criptoactivo están sujetos al Reglamento (UE) n.º 596/2014 cuando se negocien en un mercado regulado, un sistema multilateral de negociación o un sistema organizado de contratación. Los criptoactivos incluidos en el presente Reglamento que sean activos subyacentes de dichos derivados han de estar sujetos a las disposiciones sobre el abuso de mercado del presente Reglamento». L 150/57.

187 *Vid.* Feijóo Sánchez, B., *Los delitos de manipulación del precio de cotización de un instrumento financiero, op. cit.*, pp. 16-17.

la concentración, monopolio y oligopolio. Y, por otro, de una conferencia mundial al estilo de Bretton Woods que establezca una moneda global de diseño Keynesian con cámaras de compensación bancaria[188]. Las nuevas actividades empresariales y modelo de negocio requieren de los legisladores (comunitario y estatal) y de las autoridades supervisoras claridad en las reglas de juego. Es necesario abordar el debate normativo sobre la posible intervención penal en el abuso de mercado (*ultima ratio*) –al margen del delito de blanqueo de capitales y de la estafa informática– desde otros sectores del ordenamiento, con preferencia del civil-mercantil (reparación de la víctima) y del contencioso-administrativo (sanciones).

Referencias bibliográficas

Diamantis, M. H. (2020). The Light Touch of Caveat Emptor in Crypto's Wild West. *Iowa Law Review*, *104*(113).

Feijóo Sánchez, B. (2013). Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares. En J. M.ª Silva Sánchez y F. Miró Llinares (Dirs.), *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. La Ley.

Feijóo Sánchez, B. (2019). Los delitos de manipulación del precio de cotización de un instrumento financiero del art. 284 CP tras la LO 1/2019: retos dogmáticos frente a un desatino legislativo. *La Ley Penal*. Wolters Kluwer, *138*.

García Arán, M. (1992-1993). Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, *16*, 69.

Paredes Castañón, J. M. (2014). Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores. En E. Demetrio Crespo (Dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), *Crisis Financiera y Derecho Penal Económico*. Edisofer-Editorial BdeF.

[188] *Vid.* Kregel, J. y Savona, P., *The impact of technological innovations on money and financial markets*, *op. cit.*, pp. 8-9.

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

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

Audiencia de los menores en la adopción de medidas sobre custodia

Comentario de la STS de 27 de mayo de 2024

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

En los procedimientos de familia se deciden en muchas ocasiones medidas que afectan a los hijos menores, que, de acuerdo con su grado de madurez, han de ser oídos, y cuando esa audiencia no se celebra, su falta de realización puede tener consecuencias desde el punto de vista del menor afectado, pero también consecuencias procesales, hasta el punto de que pueden dar lugar a nulidades que provoquen la devolución de las actuaciones al juzgado o tribunal que decidió el procedimiento, para que proceda a oír a los menores afectados respecto de la guarda y custodia, el régimen de visitas o aquellas otras medidas que pudieran afectarles. Por tanto, es necesario, mencionar que la audiencia de los menores es un presupuesto necesario en este tipo de procedimiento y que, en caso de que las medidas les afecten, se debe realizar.

Esto es lo que sucede en la sentencia que se comenta, y que en resumen de los hechos se señala que el progenitor paterno interesó en su demanda, entre otras modificaciones, el establecimiento de una guarda y custodia compartida.

En primer lugar el juzgado de 1.ª instancia desestimó la demanda en la que se solicitó la guarda y custodia compartida, pero la demanda incluía que, en caso de no estimarse, se ampliase el régimen de visitas. Tras los trámites correspondientes se desestimó la demanda de modificación de medidas y durante el procedimiento no se acordó la audiencia de los menores afectados.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en https://civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 30 de junio de 2024).

© Centro de Estudios Financieros (03-07-2024)
Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

La sentencia dictada por el juzgado de 1.ª instancia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia acordando, entre otras medidas, el aumento del régimen de visitas a un día entre semana con pernocta, sin que se oyera a los menores.

El interés superior del menor aparece en toda la normativa internacional, estatal y autonómica como el criterio determinante para solicitar y adoptar cualquier medida que afecte a los menores de edad, y forma parte de su estatuto jurídico, que como norma de orden público, no puede ser desconocida por ningún poder público, y por tanto, tampoco por los tribunales de justicia, y se inserta en el derecho a la tutela judicial efectiva y la defensa de las partes a que se refiere el artículo 24. 1 y 2 de la Constitución.

En relación con la normativa que integra este interés superior del menor pueden mencionarse las siguientes normas internacionales y normas internas.

En el ámbito internacional debe mencionarse la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3, párrafo 1 señala 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.

En la normativa española destaca la Constitución, que en su artículo 39.4 dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Además, es preciso mencionar el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, introducido por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que en relación con este derecho del menor a que se tenga en consideración su interés dispone que:

> 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.
>
> Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.
>
> 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los es-

tablecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

A continuación, en el punto 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, se establece que estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

> Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.
>
> 4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.
>
> En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.
>
> Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.
>
> 5. Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:
>
> a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
>
> b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.
>
> c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos.
>
> d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.
>
> e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

La audiencia de los menores es muchas veces necesaria para valorar su interés y teniendo en consideración el resto de las pruebas que se realicen, como recoge, por ejemplo, la Ley de la jurisdicción voluntaria, que prevé en el artículo 18, sobre las comparecencias re-

feridas a expedientes en los que los intereses de los menores de edad o personas con discapacidad se ven afectados, que sean oídos en condiciones idóneas.

El derecho a ser oído que tienen los menores está estrechamente relacionado con el interés superior del menor, si por su edad o condiciones de madurez puede contestar sobre lo que se le pregunte, al poder ser determinante a la hora de decidir sobre las medidas que procedan.

La Convención sobre los Derechos del Niño manifiesta en su artículo 12 que los Estados garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del mismo. Asimismo, nos indica que, con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Esta norma se relaciona con la del artículo 3 sobre el interés superior del niño, interés que ha de atenderse en todas las decisiones o medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales o Administraciones. Es decir, no se puede reafirmar en aras del «interés superior del niño» su incapacidad legal o procesal, porque es contrario al espíritu de la convención.

Por otra parte, el artículo 9 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reformada por la ley orgánica que se estudia, dispone que:

> 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.
>
> En los procedimientos judiciales, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.
>
> 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para compren-

> der y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos.
>
> Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.
>
> No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.
>
> 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

Específicamente se indica en el artículo 92 del Código Civil que antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor, para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. El mencionado artículo en el apartado 6 dice que «el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión».

También el artículo 770.1. 4.ª de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) dice que:

> Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas:
>
> […] Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de 12 años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando.

> En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Por tanto, se garantiza el derecho a ser oídos para los mayores de 12 años, y respecto de los menores de dicha edad serán oídos si tuvieren suficiente juicio y madurez, lo permite que, en muchas ocasiones, se considere conveniente oír a menores de 12 años, siempre que no sean demasiados pequeños, para tratar de valorar siempre cuál es su interés.

En el ámbito procesal, el artículo 777.5 de la LEC, respecto de la modificación de medidas que se indica que se regirá por lo dispuesto en el artículo 770, establece que deberá ser oído el menor mayor de 12 años, y el menor de dicha edad podrá serlo de acuerdo con las circunstancias personales a juicio del juez.

En el ámbito jurisprudencial puede mencionarse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de octubre de 2016, que respecto al trámite de audiencia de menores dice que

> el TEDH ha estimado que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado.

Observa, sin embargo, el derecho español:

> En caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier caso, cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivada.

También puede mencionarse la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 1229/2013, NormaCEF NCJ058939), que dice que:

> La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acor-

> darla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia 152/2005 del Tribunal Constitucional, de 6 de junio de 2005 (NormaCEF NCJ040673).
>
> Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras del interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.
>
> En función de lo expuesto procede acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

La Ley Orgánica 8/2021 menciona el derecho a ser oídos los menores, cuando dice:

> Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Asimismo, en la Ley de la jurisdicción voluntaria, modificada por la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, el artículo 18, que regula la celebración de la comparecencia, conteniendo la especialidad 4.ª del apartado 2, establece que:

> Cuando el expediente afecte a los intereses de una persona menor de edad o persona con discapacidad, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.
>
> La autoridad judicial o el letrado de la Administración de justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

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); 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 inex-

> cusable 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 NCJ041128]).

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 prescinda de su audiencia o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales 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).

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 interés del menor y el derecho a ser oído deben ser siempre tenidos en consideración en los procedimientos de familia cuando se deba decidir sobre la guarda y custodia el menor o bien obre el régimen de visitas, o sobre cuestiones sobre las que deban afectarle y deba manifestar lo que opina, y cuando ese derecho se desconoce se vulnera el derecho del menor, y eso ocurriría incluso en los casos en que exista un informe psicosocial que

dictamine sobre la guarda y custodia y sobre el régimen de visitas, sin que esos derechos sean suplidos sin otra consideración por el tribunal correspondiente.

En ocasiones se trata de suplir la audiencia del menor que fue omitido en la instancia con la elaboración del informe por el equipo psicosocial, pero no eliminaría ni corregiría la omisión de ese derecho a ser oído, que como se ha mencionado, forma parte del estatuto jurídico del menor, que es de inexcusable observancia, y que de no realizarse incidiría en una omisión que no puede omitirse.

En el supuesto de la sentencia que se comenta, tanto el juzgado de 1.ª instancia como la audiencia provincial omitieron la obligación de oír al menor, que siendo de inexcusable cumplimiento deberían haber realizado, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo en aplicación de la legislación aplicable estima el recurso para que se haga efectivo el derecho del menor a ser oído y escuchado sobre aspectos tan importantes como la guarda y custodia compartida y sobre el régimen de visitas y su posible ampliación.

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

La despenalización de la imprudencia leve y su conversión en cuestión civil

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

En fecha 16 de octubre de 2017 se aprobó por el Consejo Escolar del IES 000 de la localidad de 001 (Córdoba), la programación anual de actividades extraescolares prevista para el curso, entre las que estaba la actividad 002 –baño de 003– espeleología, para los alumnos de 2.º de ESO, a realizar en el mes de mayo. Dicha actividad extraescolar precisaba de autorización paterna, en la cual se informaba a los padres de los pormenores de la misma, para prestar el consentimiento a que sus hijos participaran. Así, los menores, el día programado para la actividad, saldrían a las 8:30 en autobús hacia 002, donde realizarían una actividad de orientación con brújula y mapa, además de juegos.

La segunda actividad comenzaría sobre las 16:00 horas, consistiendo en la visita a cuevas naturales en el valle del Guato, para lo que los menores irían equipados con el material adecuado para realizar la espeleología programada en el interior de dichas cuevas, acompañados de guías contratados con la empresa 004, cuyo titular era 005. Dicha actividad extraescolar se llevaría a cabo con 71 niños distribuidos en dos días, concretamente los días 28 y 29 de mayo de 2018.

Así pues, una vez realizada la actividad con 36 niños el día 28 de mayo, al día siguiente, 29 de mayo de 2018, 34 menores de 2.º de la ESO del citado IES se desplazaron en autobús hacia la zona de 002 para realizar la actividad de orientación y contacto con la naturaleza, siendo acompañados por los acusados, profesores, de educación física, Maximiliano, y de inglés, Consuelo, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales.

Entre las 14:00 horas y las 14:30 horas, el autobús los llevó a un camino de tierra que conecta 006 con 007, y desde allí, estuvieron andando unos 300 metros hasta llegar a la denominada 008, en el valle del río 009, donde los esperaban los ayudantes de la empresa de aventuras para realizar la actividad de espeleología, quienes les entregaron el material para realizar la actividad.

© Centro de Estudios Financieros (03-07-2024)
Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

De allí bajaron por un sendero empinado y abrupto hasta la orilla del río, junto a la cueva. Los cinco ayudantes que acompañaban a los menores al interior de la cueva les ayudaron a colocarse la equipación, consistente en neopreno, chaquetilla, casco con luz frontal y arnés. Seguidamente dividieron a los menores en dos grupos, de manera que mientras un grupo de 17 niños, entre los que se encontraba Eliseo (nacido el día 000 de 2004), realizaba la espeleología, el otro, compuesto por 16 niños, esperaba en una especie de remanso del río a unos 10 o 15 metros de la salida de las cuevas. Sobre las 14:45 y las 15:00 horas, el primer grupo se dirigió al interior de la cueva, acompañado de 5 ayudantes y el acusado. El resto estuvieron bajo la supervisión de la acusada Consuelo.

Los menores que hacían la actividad de espeleología en el primer grupo, bajo la supervisión del Maximiliano, tenían que salir nadando a río abierto, en cuya zona de salida de la cueva había un ayudante de la empresa organizadora, que los guiaba; Eliseo salió nadando sin problema, supervisado por Maximiliano.

Finalizada la actividad por parte del primer grupo, sin concretarse hora pero sobre las 17:15 o 17:30 horas, el personal de la empresa ayudó a los 17 menores primeros a despojarse de la equipación de espeleología, dado que era necesaria para el segundo grupo. Maximiliano ya no supervisó a ese grupo que entraba posteriormente, quedándose con Consuelo en la zona de orilla del río 009, mientras los que ya habían realizado la actividad tenían tiempo libre para comer, descansar en la orilla o bañarse. Sobre las 18 horas de la tarde un grupo de cinco alumnos, dado que el baño era opcional, y entre los que iba el fallecido Eliseo, decidió ir nadando hacia lo que llamaron «cascadas», esto es, pequeño salto de agua hacía dentro del río, para lo que debían atravesar una zona en que este se hacía más profundo y ya no se hacía pie. Pidieron consentimiento a Maximiliano, contando también con la supervisión y anuencia de Consuelo, siendo grabados en tal acción por el primero de ellos, que no advirtió, tras visualizar la grabación y el resto de fotos que estaba haciendo, situación extrema de tipo alguno. Eliseo seguía al resto de menores, entre los que se encontraban sus compañeros, lo que fue observado por Maximiliano, que miró el contenido de su grabación en terminal móvil. No advirtieron a los menores del peligro que entrañaba dicha acción, no viendo cómo el menor Eliseo no tenía soltura nadando y sin vigilar posteriormente que, tras haber alcanzado dicho lugar, volvieran todos a la orilla en buen estado. No se percataron de la circunstancia de la profundidad del río y de que el menor Eliseo no era suficientemente ducho nadando, que se cansó y no solicitó ayuda a ninguno de sus compañeros ni a los profesores que se encontraban allí, como tampoco del hecho de que de los siete menores que nadaban en el río en zona más alejada de la orilla, siendo un grupo no demasiado numeroso, solo salieran seis de ellos. Finalizó dicha jornada de deporte sobre las 19 horas de la tarde, que fue cuando, tras el recuento, echaron en falta al menor Eliseo, que no había conseguido mantenerse a flote y que falleció a consecuencia de la inmersión en el río, dado que no pudo alcanzar orilla.

Analizar qué tipo de imprudencia concurre en el caso y si la cuestión ha de ser sustanciada en los ámbitos penal o civil.

Cuestiones planteadas:

- Determinación de la naturaleza jurídica de los tipos de imprudencia a efectos penales y civiles.
- Criterios para su delimitación para delimitar los casos de imprudencia leve despenalizada.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

En la STS 169/2023, de 9 de marzo, con cita de las SSTS 54/2015, de 11 de febrero, y 421/2020, de 22 de julio (NormaCEF NCJ065129), nos recuerda la doctrina general anterior sobre la imprudencia grave, precisando que lo que constituye la esencia del delito de imprudencia es

> la infracción del deber de cuidado que hace reprochable su comportamiento porque ese cuidado le era exigible. En estos delitos culposos es la falta de atención la que determina ese error de cálculo, que ocasionó no tomarse en serio la producción del resultado o la mencionada esperanza equivocada, lo que traslada el título de imputación al ámbito de la imprudencia.
>
> A este respecto la jurisprudencia viene señalando que la imprudencia se configura por la concurrencia de los siguientes elementos:
>
> a) una acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa, con ausencia de cualquier dolo directo o eventual;
>
> b) el factor psicológico o subjetivo, consistente en la negligente actuación por falta de previsión del riesgo, elemento no homogeneizable y por tanto susceptible de apreciarse en gradación diferenciadora;
>
> c) el factor normativo u objetivo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, concretado en normas reglamentarias o impuesto por las normas socio-culturales exigibles al ciudadano medio, según común experiencia;
>
> d) producción del resultado nocivo; y
>
> e) adecuada relación causal entre el proceder descuidado desatador del riesgo y el daño o mal sobrevenido, dentro del ámbito de la imputación objetiva (SSTS 1382/2000, de 24 de octubre y 1841/2000, de 1 de diciembre).
>
> En efecto, esta teoría de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el ámbito de la imprudencia, donde es precisamente el resultado lesivo lo que con-

diciona la relevancia penal de un comportamiento descuidado, que por muy grave que sea, sin la concreción de aquel, queda sustraída del marco de lo punible. Efectivamente, la tradicional estructura del delito imprudente se basa en dos elementos fundamentales: el psicológico o previsibilidad del resultado y el normativo o reprochabilidad, referido al deber de evitar el concreto daño causado. Sobre esta estructura se requiere: una acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, referida a la acción inicial, puesto que el resultado no ha sido querido ni aceptado; que dicha acción u omisión será racionalmente peligrosa, no permitida, al omitirse el deber de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de la convivencia social; finalmente, esta conducta con conocimiento del peligro o sin él, ha de ser causa eficiente del resultado lesivo o dañoso no perseguido, que constituye la parte objetivo del tipo.

Así las cosas, la operación de conexión jurídica entre la conducta imprudente y el resultado no puede realizarse desde una perspectiva exclusivamente naturalística, sino que el resultado será objetivamente imputable a una conducta infractora de la norma de cuidado siempre que, constatada entre ambos la relación de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueda afirmarse que dicho comportamiento descuidado ha producido una situación de riesgo para el bien jurídico protegido suficientemente importante y grave para que se haya materializado en un determinado resultado lesivo.

En STS 1050/2004, de 27 de septiembre (NormaCEF NCJ053567), hemos precisado que la esencia de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado y el tipo objetivo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, por consiguiente, se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable y que supera el riego permitido. La tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta.

Respecto al momento y fuentes del deber de cuidado, la situación debe ser objeto de un análisis *ex ante* y teniendo en cuenta la situación concreta en la que se desarrolló la acción. La norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la ley, en un reglamento, en disposiciones particulares y, desde luego, basada en la experiencia. La acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis *ex ante*.

Varios son los criterios de imputación del resultado, y como más destacados señalaremos la teoría del incremento del riesgo; conforme a la misma es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido. Para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá imputación del resultado cuando este no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma. En otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar cier-

tos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado. Por último la teoría de la evitabilidad, conforme a la cual habrá que preguntarse qué hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado.

En el delito imprudente, el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable, ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado. En el caso presente la determinación de la relación de causalidad no ofrece duda alguna al ser evidente el nexo causal entre la acción del acusado y el resultado lesivo producido, y en cuanto a la calificación de la culpa, habrá de partirse de que en las infracciones culposas es la intensidad y relevancia de la previsión y diligencias dejadas de observar la que va a determinar la incardinación en una u otra modalidad, y de ahí que en los casos de lesiones imprudentes del artículo 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la imprudencia aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621 actualmente derogado).

Pues bien, la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 171/2010, de 10 de marzo, 282/2005, de 25 de febrero, 665/2004, de 30 de junio y 966/2003, de 4 de julio, señala que «el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada «culpa con previsión», cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto, porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito».

Desde otra perspectiva, generalmente se ha entendido que la omisión de la mera diligencia exigible dará lugar a la imprudencia leve, mientras que se calificará como temeraria, o actualmente como grave, cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental, todo ello en función de las circunstancias del caso.

De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo.

La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en ocasiones en este sentido, afirmando que la gravedad de la imprudencia se determinará en atención, de un

lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y, de otro, a la posibilidad concreta de que se produzca el resultado (STS n.º 2235/2001, de 30 de noviembre).

Por su parte la STS 805/2017, de 11 de diciembre (caso Madrid Arena, NormaCEF NCJ063063), tras unas consideraciones generales sobre la imprudencia, trata de establecer algunos criterios que ayuden a perfilar qué debemos entender por imprudencia menos grave, inspirándose en buena medida, lo que no se oculta, en el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial:

«Como acertadamente se razona, y resulta de la jurisprudencia de esta Sala, el delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.º La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión).

2.º Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado).

3.º Generación de un resultado.

4.º Relación de causalidad.

A lo anterior debe sumarse:

1) En los comportamientos activos:

a) el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico),

b) la imputación objetiva del resultado (vínculo normativo): que el riesgo no permitido generado por la conducta imprudente sea el que materialice el resultado.

2) En los comportamientos omisivos: dilucidar si el resultado producido se hubiera ocasionado de todos modos si no se presta el comportamiento debido. Pero no que no se puede saber o conocer si el resultado se hubiera producido, o no, de haberse prestado la atención debida.

Conforme a la teoría de la imputación objetiva, se exige para determinar la relación de causalidad:

1) La causalidad natural: en los delitos de resultado este ha de ser atribuible a la acción del autor.

2) La causalidad normativa: además hay que comprobar que se cumplen los siguientes requisitos sin los cuales se elimina la tipicidad de la conducta:

1.º Que la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, lo que se entiende que no concurre en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trata de riesgos permitidos.

b) Cuando se pretende una disminución del riesgo: es decir, se opera para evitar un resultado más perjudicial.

c) Si se obra confiado en que otros se mantendrán dentro de los límites del riesgo permitido (principio de confianza).

d) Si existen condiciones previas a las realmente causales puestas por quien no es garante de la evitación del resultado (prohibición de regreso).

2.º Que el resultado producido por la acción es la concreción del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción, manteniéndose criterios complementarios nacidos de la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, de forma que en estos casos hay que indagar cuál es la causa que realmente produce el resultado.

Como alegación subsidiaria, el recurrente sostiene que la conducta del Sr. Jesús Luis podría constituir una imprudencia menos grave.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a una despenalización de la imprudencia leve, dibujando nuevos conceptos, imprudencia grave y menos grave en los tipos imprudentes de los arts. 142 y 152 del Código Penal.

Las razones de la distinción es la modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal.

Así, según se expone en el Preámbulo de la LO 1/2015, el legislador considera «oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil», por considerar que estos supuestos deben quedar fuera del Código Penal, razonando que «no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última *ratio* determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad».

Dentro de las imprudencias que se consideran por el legislador que constituyen conductas merecedoras de reproche penal se establece esa modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, en las que se incluyen, por lo que afecta a la presente resolución, los delitos de homicidio por imprudencia grave y menos grave previstos en el párrafo primero y segundo del art. 142 del CP, respectivamente, y las lesiones por imprudencia grave del art. 147.1 del CP que se

recogen en el art. 152.1.1.º del CP, no considerándose constitutivas de infracción penal las lesiones previstas en el art. 147 del CP que se cometan por imprudencia menos grave, puesto que el segundo párrafo del art. 152 del CP solo sanciona al que por imprudencia menos grave cometiere alguna de las lesiones a que se refieren los arts. 149 y 150 del CP.

Se hace, pues, necesario un esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave y proyectarlos sobre la realidad social diaria.

La distinción, al menos en su nomenclatura, es novedosa en nuestro sistema penal, y en concreto la expresión y concepto de imprudencia menos grave, pudiendo ayudarnos los antecedentes histórico-legislativos en la exégesis de la misma.

Desde el Código Penal de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia. Con la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideró que la llamada infracción de reglamentos, por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no podía ser utilizada como criterio diferenciador entre delito y falta, antes al contrario, incluso para la falta debía requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en que no concurriera ese elemento; razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundada solo en las infracciones de la legislación extrapenal.

La imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno (STS de 15 de octubre de 1991).

En la imprudencia simple se incluía dogmáticamente la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y conforman el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habitualmente en la vida social (STS de 17 de noviembre de 1992).

El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen de crimina culposa, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve. La doctrina de esta Sala entendió que imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que la leve se nutría conceptualmente de la imprudencia simple (STS 1823/2002, de 7 de noviembre), persistiendo la culpa levísima como ilícito civil. La diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia.

Como hemos dicho, la LO 1/2015 contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual.

La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal.

En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave –y su relación con la grave–. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia –la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave–.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna.

En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos.

Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquellas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la

> infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).
>
> Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido, que es el que opera como conexión en la relación de causalidad.

Igualmente, en la STS 909/2023, de 13 de diciembre, recordábamos como en la sentencia del pleno jurisdiccional de esta Sala, 317/2021, de 15 de abril, decíamos que en la STS 1089/2009, de 27 de octubre, a la que ya nos referimos, entre otras, en la STS 552/2018, de 14 de noviembre, se decía que el delito imprudente

> aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de este le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado. A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por esta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico).

En cuanto a la diferenciación entre la imprudencia grave y la que no lo es, se decía en la STS 1823/2002 que la imprudencia grave «ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad», y con

parecidos términos se recordaba en la STS 537/2005 (NormaCEF NCJ053276), que «la jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos». Se ha dicho reiteradamente que es temeraria, cualidad que referida a la imprudencia se ha asimilado a la grave, cuando supone «un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado».

Con otras palabras, en la STS 1089/2009, antes citada, se argumentaba que

> la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social, mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.

Aplicando la anterior doctrina referida al caso presente, podemos destacar que:

El fatal accidente ocurre al tiempo en que el grupo en que se integra el menor fallecido está descansando después de haber realizado una actividad espeleológica y esperando que otro grupo la culmine. Esa espera se traduce, según la programación efectuada por el centro docente, conocida y autorizada por los padres de los menores, en que estos comerían y se bañarían en un lugar recomendado por la empresa especializada con la que se concertó la actividad extraescolar. Siete menores optan por nadar por el río para alcanzar una cascada o salto y luego volver, y piden autorización para ello a los docentes aquí acusados. En consecuencia, el riesgo que deben de medir estos en el ejercicio de su deber de vigilancia se identifica con un eventual accidente de diverso origen en la travesía de ida y vuelta por el río, un riesgo que deben de valorar en función de las particulares circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes al tiempo en que se va a iniciar su ejecución. Resulta que estas son las siguientes:

1.ª De todo el grupo, son siete menores en edad adolescente los que finalmente optan por nadar camino del salto, todos ellos con capacidad y habilidad suficientes para hacerlo, según han demostrado previamente en la zona de mayor peligro –en la poza existente a la salida de la 008– y según tienen reconocido de una manera u otra. El menor fallecido, por lo que hemos explicado en el considerando anterior, no era precisamente una excepción: reconoció a propios y extraños su habilidad de nado y la ejercitó delante de los profesores y los guías de la empresa interviniente.

2.ª La zona en la que se va a efectuar la concreta actividad de baño está ya suficientemente perfilada en el relato fáctico corregido de la sentencia: a) es el lugar recomendado previamente por la empresa especializada, conocedora del terrero, como más seguro para que los adolescentes naden; b) se trata de un sitio habilitado para el baño y de uso común por la ciudadanía, que no cuenta con advertencia de peligro alguno, y que desde luego no está inhabilitado o prohibido por las autoridades; c) es un espacio de aguas mansas que fluyen hasta el pequeño salto, sin obstáculos y cuya travesía, por ser corta, se salva con unas pocas brazadas hasta llegar a la orilla; d) se trata de un tramo de río en el que en buena parte de su trayecto se hace pie.

3.ª Las condiciones climatológicas para llevar a cabo la actividad de nado el día de autos eran buenas, no había ningún accidente geológico que pudiera poner en peligro la seguridad de los menores y estos iban vestidos adecuadamente para la ocasión.

4.ª Previamente al inicio de la concreta actividad, ninguno de los adolescentes que mostraron su interés por acercarse nadando al pequeño salto de agua hizo consideración o advertencia alguna a los docentes de indisposición o impedimento de cualquier tipo u origen para llevarla a cabo.

5.ª Los docentes acusados se encontraban en condiciones óptimas para intervenir en caso de haber surgido alguna emergencia para los menores dentro del agua.

En ese particular escenario, y justo al inicio de la actividad, los riesgos más comunes que los responsables docentes de la actividad extraescolar deberían de representarse eran los de posibles golpes entre los nadadores entre sí, que iban a nadar unos cerca de otros y harían juegos de agua propios de adolescentes en estado de diversión, o alguna indisposición repentina y sobrevenida dentro del agua de alguno de ellos, particularmente en la restringida zona en la que no hacían pie y que exigiera el socorro inmediato. Y ante tal escenario de riesgo, una vez procesada en sus mentes toda la información sobre la actividad de nado y las concretas circunstancias objetivas y subjetivas del mismo que acabamos de describir, el comportamiento humano naturalmente diligente de esos responsables de la seguridad de los menores no podía ser otro que el de supervisar tal actividad, estando pendientes del progreso de la misma y prestos a acudir en ayuda de alguno de los menores si la situación de emergencia lo requería. Ese era el verdadero deber objetivo de cuidado que la sociedad, a través de la comunidad educativa, les exigía para evitar que los bienes constitucionales de los menores pudieran verse dañados en tal acción formativa de entretenimiento.

Pues bien, resulta que ha quedado acreditado de manera incontestable que, con todos aquellos datos en haber de los dos docentes acusados, se inicia sin contratiempo alguno la actividad de nado, primero de cinco de los siete adolescentes y luego de dos más que se unen inmediato, estando pendientes los profesores del grupo de menores que nadaban –y eso que también había otros menores a cuidar en la zona de playa, lo que prueba que los dos profesores pusieron el foco de atención en la actividad más arriesgada de todas–, continuando estos con la supervisión permanente del desenvolvimiento de los menores dentro del agua y no perdiendo el contacto visual directo con los mismos durante el trayecto de ida y vuelta, haciéndolo desde la zona de playa en que se encontraban, que estaba ubicada a pocos metros del «salto» –la meta que se habían marcado los menores–, no percibiendo el más mínimo indicador de inconveniente, obstáculo, problema o peligro en el desarrollo de la actividad, particularmente del progreso de nado de los menores hacia el salto y su posterior regreso a la playa, saltando la alarma solo cuando, al tiempo del recuento de los menores, se echa en falta a uno de ellos.

Añadiendo que por razones que se desconocen, este nadador tuvo problemas en el desarrollo de la concreta actividad que lo llevaron a inmersiones que acabaron con su vida por ahogamiento a corta distancia de todos y sin que nadie, absolutamente nadie –ni siquiera el resto de los menores que nadaban con él– se percatara de ello, una percepción inviable igualmente para todos, también para los dos docentes ojeadores, cuando resulta que, en el desarrollo de la actividad, tal menor se estaba comportando de la misma manera que lo hacían los demás, esto es, disfrutando del baño... y sin dar en ningún momento muestra de problema de tipo alguno.

Estaríamos ante una imprudencia que antes era considerada como leve y que el legislador ha querido expresamente despenalizar por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, derivando esa hipotética falta de diligencia, en su caso, a la jurisdicción civil.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.902.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 142, 147.1, 149, 150 y 152.
- SSTS, Sala 2.ª, de 27 de septiembre de 2004, 10 de marzo de 2010, 11 de febrero de 2015, 22 de julio de 2020, 9 de marzo de 2023 y 15 de febrero de 2024.

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

Convenio administrativo para el uso de un bien demanial y subvenciones públicas

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.- (España)
juliogalancaceres@hotmail.com | https://orcid.org/0000-0002-3857-4849

Enunciado

Con fecha 25 de agosto del año 0001 se suscribe –tuvo lugar el consentimiento de ambas partes–, un convenio de colaboración por parte del ministerio competente en materia de asuntos sociales, sin que conste la autorización previa del Ministerio de Hacienda.

El convenio está firmado por un director general del ministerio y los representantes legales de la Asociación Nacional de Alternativas Dramáticas y Expresivas, carente de ánimo de lucro y financiada por personas y entidades privadas, mediante el cual se autorizaba gratuitamente a la utilización privativa de los pabellones 1 y 3, así como las instalaciones de actividades comunes: cine, bar y cocina del edificio Los Rosales, de naturaleza demanial, sin contraprestación alguna, que venía siendo utilizado como oficinas y dependencia del ministerio, por un periodo de 4 años, pero admitiendo sucesivas prórrogas hasta un máximo posible de 28 años, pero debiéndose solicitar por la asociación y autorizar la prórroga el órgano competente, cada 4 años. Este convenio se inscribió en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación, el día 1 de septiembre del mismo año. En el convenio se especificaba que el edifico se entregaba en perfecto estado y que la asociación quedaba obligada, a su costa, a conservarlo en las mismas condiciones y hacer las reparaciones precisas en las instalaciones, a fin de que sirviera al fin del mismo, causadas por el deterioro de las mismas por cualquier causa ordinaria, quedando exceptuado los daños causados por acontecimientos catastróficos.

El objetivo de dicho convenio consistía en impartir clases y actividades relacionadas con el objeto del convenio a favor de personas con algún grado de discapacidad. En el mismo se incluían las obligaciones y derechos de la asociación, entre las cuales se encontraban:

1. Atender con diligencia, prontitud y diligencia en todas las solicitudes de ayuda de los discapacitados recibidas por la asociación.
2. Velar por la protección de datos y derechos digitales, tanto de los atendidos como del personal que preste su servicio.

© Centro de Estudios Financieros (03-07-2024)
Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

3. Solicitar con antelación de un mes, al menos, las peticiones de prórroga de duración del convenio.
4. Conservar en todo momento las instalaciones en perfecto estado, debiendo acometer las obras o sustituciones precisas a tal fin.
5. A la finalización de la vigencia del convenio, devolver el uso a la Administración en idéntica situación en la que se entregó.
6. Contratar al personal necesario para el objeto de la Asociación y la debida atención a los usuarios, debiendo observar la normativa laboral vigente para ello.
7. Prestar el servicio sin cobrar a los usuarios ninguna cantidad por su función de atención, consulta y asesoramiento.
8. Se prevén las prórrogas del mismo previa solicitud de la asociación y conformidad de la Administración.
9. La autorización no constituirá gravamen alguno sobre las instalaciones afectadas, las cuales continuarán íntegramente con su condición de bienes de dominio público, destinados a sus fines específicos.
10. Todos los gastos de mantenimiento ordinarios (electricidad, agua, limpieza, etc.) y compra de suministros (para este fin) correrían a cargo de la asociación.

Una asociación cuyo objeto social era la rehabilitación de toxicómanos y que venía funcionado desde hacía bastante tiempo, y que necesitaba la utilización de dicho edificio, dado el incremento notable de su actividad en los últimos meses, lo que hacía insuficiente el lugar donde desempeñaba su labor. Había dirigido escrito, hacía siete meses, al ministerio solicitando la autorización para el uso del edificio para sus fines, pero no obtuvo respuesta alguna. Enterada de la celebración del convenio interpone recurso contencioso-administrativo el día 21 de diciembre del año 0001 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, solicitando la anulación de aquel por la falta de la autorización previa del ministro de Hacienda.

Pasados los primeros cuatro años de la entrada en vigor del convenio, el día 9 de septiembre de 0005, la asociación presenta escrito en la oficina de Correos de su domicilio social solicitando la primera prórroga. Esta solicitud llega al registro de entrada del ministerio el día 22 de septiembre de dicho año. Es de hacer constar que con anterioridad –dos meses antes de que se cumplieran los primeros cuatro años– la asociación había dirigido una comunicación sobre su intención de solicitar la prórroga del convenio.

Ante ello, y la deficiente conservación de las instalaciones, pese a los diversos requerimientos de la Administración para que procediera a su subsanación, previa incoación del oportuno procedimiento, con audiencia de la interesada, dicta resolución, notificada a la interesada el día 14 de diciembre de igual año, acordando la no renovación del convenio.

Esta resolución es recurrida el 14 de febrero del año 0006 por la asociación tanto en vía civil (presentando demanda de juicio declarativo) como en vía contencioso-administrativa.

Además, entendiendo la asociación que esta resolución le acarrea unos daños materiales importantes (salarios a trabajadores, material comprado, seguros contratados, etc), presenta una reclamación el día 17 de diciembre del año siguiente, en concepto de responsabilidad patrimonial, en virtud de la Ley 40/2015, LRJSP, a la Administración por importe de 600.000 euros, que tiene entrada en el registro del ministerio ese mismo día. entiende que existió una absoluta mala fe en la decisión administrativa de no renovar el convenio, ya que este era de larga duración y resultaban totalmente subsanable los defectos o incumplimientos parciales en que hubiera podido incurrir en el cumplimiento del mismo; además, antes de vencer el plazo de los primeros cuatro años ya comunicó a la administración su intención de solicitar la prórroga del convenio.

Por otra parte, indica que debería haberse aplicado la figura del silencio positivo, por entender que el artículo 25 de la ley 39/2015 exceptúa de la aplicación del silencio positivo los casos en que la petición afecte a un dominio público todavía no afectado, lo que, a su juicio, no es el caso, por lo que en el supuesto en que se entendiera no solicitada la prórroga, a la vista de los actos y actuaciones desplegadas debería aplicarse el silencio positivo y dar por prorrogado automáticamente el convenio.

El ministerio alega en su defensa:

a) Como causa de no admisión del escrito, que la asociación prestó el consentimiento a la no renovación.

b) Para su desestimación:

- Extemporáneidad de la reclamación.
- No concurrencia de los requisitos para la estimación de la reclamación.
- Inviabilidad de la acción planteada, ya que estaba reclamando por responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando debió fundar la acción en el instituto de la responsabilidad contractual.

Finalmente, es de constatar que el ministerio había concedido, tras la oportuna convocatoria y procedimiento de concurrencia competitiva, una subvención a una entidad mercantil, SRL. Tras la finalización del plazo para el cumplimiento del objeto de la subvención, la Administración constató que la referida entidad no había cumplido la finalidad para la que se le concedió la subvención, procediendo por ello a la oportuna incoación del procedimiento de reintegro, contemplado en la Ley 38/2003, general de subvenciones. Dicho procedimiento se inició el día 31 diciembre del año 0001. El día 30 de diciembre de dicho año, el órgano compe-

tente resolvió mediante resolución por la que ordenaba la devolución de la cantidad percibida en concepto de subvención a la mercantil, al estar incursa en causa de reintegro. Al ignorar la administración la dirección electrónica de la interesada porque no compareció en el procedimiento para ningún trámite, ese mismo día, 30 de diciembre, intentó realizar la notificación personal en la sede de dicha sociedad, resultando infructuosa, al no encontrarse nadie en ese lugar. En dicha notificación se le advertía de que las sucesivas notificaciones se harían por vía electrónica. Por ello, el día 5 de enero del año siguiente, 0002, la notificación de la resolución se hizo por vía electrónica, a través de la dirección electrónica habilitada de la Administración.

Enterada, finalmente, la entidad del contenido de la resolución, interpone recurso de reposición alegando que se había producido la caducidad del procedimiento, por lo porque, de acuerdo con el artículo 43.2 de la Ley 39/2015, la notificación, y con ello la terminación del procedimiento, se produce en el momento en que se acceda a su contenido y, para ello, el administrado dispone de 10 días naturales desde que se produce la puesta a disposición de la notificación.

Cuestiones planteadas:

1. Indique el ajuste a derecho del convenio celebrado con respecto a su conveniencia y cumplimiento o no de requisitos legales, valorando todos los aspectos jurídicos, incluidos los patrimoniales e indicando las consecuencias de las posibles ilegalidades.
2. Comente la naturaleza del escrito por la asociación de rehabilitación de toxicómanos y las consecuencias jurídicas derivadas del mismo y de la inactividad administrativa y el posterior recurso presentado contra la resolución que otorga la concesión a la otra asociación.
3. Comente todo lo procedente a los recursos interpuestos por la Asociación Nacional de Alternativas Dramáticas y Expresivas, tanto en vía civil como contencioso-administrativa, solicitando la anulación de la resolución y cómo deberán resolverse.
4. Indique el ajuste a derecho o no de la resolución administrativa dando por extinguido el convenio.
5. Comente todo lo concerniente a la reclamación por responsabilidad patrimonial efectuada por la asociación y la oposición de la Administración y sus argumentos.
6. ¿Sería ajustada a derecho la interpretación del silencio administrativo positivo respecto a la solicitud de la asociación de toxicómanos que no fue respondida por la Administración?
7. ¿Se había producido la caducidad del procedimiento de reintegro, como solicita el subvencionado?

Solución

1. Indique el ajuste a derecho del convenio celebrado con respecto a su conveniencia y cumplimiento o no de requisitos legales, valorando todos los aspectos jurídicos, incluidos los patrimoniales, indicando las consecuencias de las posibles ilegalidades

Diversas cuestiones debemos distinguir:

A) El artículo 48 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, referido a los requisitos de validez y eficacia de los convenios y al órgano competente, señala que:

> 1. Las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán suscribir convenios con sujetos de derecho público y privado, sin que ello pueda suponer cesión de la titularidad de la competencia.
>
> 3. La suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En este caso, dado el fin perseguido y que la asociación tiene como objeto actividades relacionadas con las artes dramáticas y expresivas, así como que los beneficiados con el mismo, personas discapacitadas, en principio, no se encuentra obstáculo alguno para su viabilidad, concurriendo, en principio, un interés público en su objeto.

Se trata de un convenio del apartado 2, letra c) de la LRJSP, convenios firmados entre una Administración pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de derecho privado.

Respecto a la actuación del director general, la Ley 40/2015, en su artículo 48.2 señala que «en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, podrán celebrar convenios los titulares de los Departamentos Ministeriales y los Presidentes o Directores de las dichas entidades y organismos públicos». Ahora bien, de acuerdo con el artículo 9 del mismo texto legal nada impide la existencia de una delegación sobre el ejercicio de esta competencia. Si no fuera así, sería vicio de anulabilidad del artículo 48 de la LPAC.

B) Plazo de vigencia del convenio.

El artículo 49 h) 1.º de la LRJSP se refiere a ello, señalando que se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

> 1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.
>
> 2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

Debió establecer en el convenio la duración máxima de 4 años y la posibilidad de prórroga, por lo que, en principio, el plazo establecido excede del inicial fijado como máximo en la ley.

Pero si, normativamente se preveía un plazo superior, sería ajustado a derecho la duración del convenio y, a partir de ahí, se podrían celebrar sucesivas prórrogas, como parece que se hizo. Según el mismo artículo, la prórroga deberá ser comunicada al Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación al que se refiere la disposición adicional séptima.

Realmente, este convenio lo que supone o encubre es una concesión demanial, por ello sería de aplicación el artículo 93.3 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, que prevé un plazo máximo de duración de la concesión demanial de hasta 75 años, incluidas las prórrogas. Por ello, entendemos que lo que debe prevalecer es lo que supone el contenido del convenio, que es una concesión demanial, por lo que debería aplicarse este plazo al venir «normativamente previsto un plazo superior».

C) Trámites preceptivos previos.

El artículo 50.2 c) de la LRJSP exige la autorización previa del Ministerio de Hacienda Pública para su firma, modificación, prórroga y resolución por mutuo acuerdo entre las partes.

Por otra parte, aun siendo preceptivo el trámite antes citado, su omisión, para calificar su efecto invalidante habría que analizar las circunstancias del caso concreto. En principio es vicio de anulabilidad, pero si el acto no contiene vicio alguno y el informe, de existir, hubiera sido de acuerdo con lo acordado, podría quedarse en una mera irregularidad no invalidante, porque no son vinculantes, además de que cabría la convalidación prevista en el artículo 52 de la Ley 39/2015, LPAC, autorizándolo el Ministerio de Hacienda posteriormente y, por otra parte, el convenio no supone ninguna obligación financiera para la Administración General del Estado. Además, el artículo 95 de la Ley 33/2003, LPAP señala:

> Las concesiones y autorizaciones sobre los bienes y derechos demaniales del Patrimonio del Estado se otorgarán por los ministros titulares de los departamentos a que se encuentren afectados, o corresponda su gestión o administración, o por los presidentes o directores de los organismos públicos que los tengan adscritos o a cuyo patrimonio pertenezcan.

Por otra parte, el artículo 91 de la LPAP señala que «el Ministro de Hacienda, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado, podrá aprobar condiciones generales

para el otorgamiento de categorías determinadas de concesiones y autorizaciones sobre bienes y derechos del Patrimonio del Estado, que deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado». De manera que ha podido intervenir, *a posteriori*, el Ministerio de Hacienda autorizando la concesión y aprobando las condiciones generales de la misma.

El resto de los requisitos previos se establecen en el citado artículo 50 de la Ley 40/2015, LPAC, ignorando si concurrieron o no, porque el relato de hechos nada dice al respecto.

D) Firma del convenio por el director general.

En principio, como órgano competente, le correspondería al ministro, según el artículo 95 de la LPAP, ahora bien, nada impediría una delegación de firma o del ejercicio de competencia contemplada en los artículos 12 y 9, respectivamente, de la Ley 40/2015, LRJSP o, en último caso, una convalidación por el ministro a tenor de lo establecido en el artículo 52 de la LPAC.

E) Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas.

El convenio celebrado implica el uso exclusivo o privativo del bien demanial, impidiendo el uso de los demás, por ello, precisaría de un título habilitante para ello, a través de la concesión demanial a que se refiere el artículo 93 y siguientes de la Ley 33/2003, LPAP.

Ahora bien, señala el artículo 91.4, de carácter básico, de la LPAP que

> las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquel. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.
>
> No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público.

Lo cierto es que no estamos en presencia de un contrato administrativo, prueba de ello es que la Ley 40/2015, en su artículo 47.1, establece que los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

Un contrato es un arreglo bilateral que establece una relación jurídica entre las partes involucradas y la Administración tiene prerrogativas. Un convenio es un acuerdo voluntario que no se encuentra sujeto a la ley. Siempre puede existir un convenio sin haber contrato, pero para que se lleve a cabo un contrato siempre debe haber un convenio. A diferencia del convenio, el contrato busca crear obligaciones que puedan modificarse, transferirse o extinguirse legalmente.

Pero, por analogía, podría extenderse la aplicación de lo previsto en este artículo a este convenio porque el mismo implica, en sí, la utilización exclusiva de un bien demanial. No tiene sentido el convenio si no lleva implícita esa utilización privativa.

Finalmente, debemos señalar que el artículo 137.4 b) y c), de carácter supletorio para la Administración local, de la LPAP permite la adjudicación directa cuando el adquirente sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública, o una iglesia, confesión o comunidad religiosa legalmente reconocida o cuando el inmueble resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general por persona distinta de las previstas en los párrafos a) y b). Por tanto, no existe vicio alguno respecto al procedimiento utilizado si se justificó y motivó por la Administración.

F) Utilización gratuita del bien.

El artículo 93.5 de la LPAP, de carácter básico, señala:

> Las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal regulada en el capítulo VIII del título I de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, o a las tasas previstas en sus normas especiales.
>
> No estarán sujetas a la tasa cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquella.

Todo dependerá de si hay ganancia o ánimo de lucro en la asociación, parte del convenio administrativo, pues si su actividad origina unos beneficios, no tendría sentido el carácter gratuito de la concesión demanial y se incumpliría el precepto antes citado. Pero, en este caso, la asociación beneficiaria carece de ánimo de lucro.

2. Comente la naturaleza del escrito por la asociación de rehabilitación de toxicómanos y las consecuencias jurídicas derivadas del mismo y de la inactividad administrativa y el posterior recurso presentado contra la resolución que otorga la concesión a la otra asociación

Como recurso como tal, probablemente, deberá no admitirse, teniendo en cuenta que está fuera de plazo, porque el convenio se inscribió en el registro el día 1 de septiembre de 0001 y el recurso se presentó el día 21 de diciembre de igual año, es decir, más dos meses

después. Siendo eso cierto, no nos consta si se publicó en el BOE ni en algún otro diario oficial, como obligaba el artículo 8 de la Ley 40/2015, debiendo ser la fecha de esta publicación la que marca el inicio del plazo de los dos meses establecidos en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, LJAC, para recurrir. En conclusión, ignoramos si el recurso era o no extemporáneo aunque presumimos que no, porque se inscribió el día 1 de septiembre y se recurre el 21 de diciembre, por tanto había transcurrido bastante tiempo para presumir que se había publicado ya en el BOE.

Respecto a la ausencia de la autorización previa del Ministerio de Hacienda para su firma, que es exigida por el artículo 50.2 c) de la Ley 40/2015, diremos que, en primer lugar, es un defecto subsanable o convalidable, al amparo del artículo 52 de la Ley 39/2015, LPAC y, en segundo lugar, como el convenio contenía una concesión demanial, el artículo 95 de la Ley 33/2003, LPAP, señala que

> las concesiones y autorizaciones sobre los bienes y derechos demaniales del Patrimonio del Estado se otorgarán por los ministros titulares de los departamentos a que se encuentren afectados, o corresponda su gestión o administración, o por los presidentes o directores de los organismos públicos que los tengan adscritos o a cuyo patrimonio pertenezcan.

En relación con el escrito por el que pidió, siete meses antes, la utilización del edificio, debió considerarse como el ejercicio del derecho de petición recogido en el artículo 29 de la CE y desarrollado por Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, porque la solicitud de una autorización o concesión demanial es un potestad discrecional de la Administración que, respetando, en su caso, los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, en su caso, podrá otorgar al que represente una mayor realización del interés público. Además, en este caso, se permitía la adjudicación directa, por aplicación de varios supuestos del artículo 147 de la LPAP, de manera que parece ser que consideró de mayor interés y protección la solicitud de la Asociación Nacional Alternativas Dramáticas y Expresivas.

Las peticiones pueden incorporar una sugerencia, una iniciativa, una información, expresar quejas o súplicas. Su objeto, por tanto, se caracteriza por su amplitud y está referido a cualquier asunto de interés general, colectivo o particular. Ahora bien, su carácter supletorio respecto a los procedimientos formales específicos de carácter parlamentario, judicial o administrativo obliga a delimitar su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable a todo aquello que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado.

Según el artículo, 3 las peticiones podrán versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general.

Conforme al artículo 11.1, el plazo para contestarla es de tres meses desde el momento de su petición y el silencio administrativo –como ha ocurrido en este caso– es desestimatorio.

Entendemos que es derecho de petición y no solicitud de interesado porque, en principio, ningún precepto obliga a la Administración a conceder el uso de sus bienes de dominio público; no existe derecho alguno previo a favor de nadie para ello. En este sentido, los artículos 91 y siguientes de la Ley 33/2003, LPAP, referido a las autorizaciones y concesiones demaniales, no imponen la obligación o el deber de ceder el uso de estos bienes a la Administración, ni prevén ningún supuesto para ello; es aquella la que debe decidir, en ejercicio de una potestad pública, lo que conviene o no al interés general, que está por encima del particular. De ello, las expresiones que utilizan dichos preceptos son «podrá admitirse la ocupación» (art. 89), «podrá aprobar» (art. 91), etc. Y lo único que regula la LPAP es, admitido el uso por la Administración, el órgano competente, requisitos y procedimiento de autorización, ocupación o concesión.

Como hubo silencio desestimatorio a ese derecho de petición, la interesada, previo agotamiento de la vía judicial previa –recurso contencioso-administrativo ordinario o especial de la protección de derechos fundamentales de los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, LJCA–, podría haber recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional.

3. Comente todo lo procedente a los recursos interpuestos por la Asociación Nacional de Alternativas Dramáticas y Expresivas, tanto en vía civil como contencioso-administrativa, solicitando la anulación de la resolución y cómo deberán resolverse

A) Recurso contencioso-administrativo

a) Plazo para interponer el recurso y procedencia del mismo

Respecto al plazo, el recurso no es extemporáneo, pues la resolución no otorgando la prórroga se le notificó el 14 de diciembre y el recurso se presenta el 14 de febrero; por tanto, dentro de los dos meses previstos en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA.

La procedencia del mismo está fuera de toda duda, pues el competente para acordar el uso del bien demanial era el ministerio interesado (art. 95 LPAP) y los actos de este ponen fin a la vía administrativa, según el artículo 114 de la LPAC. Si existió delegación en el director general, el acto se entiende dictado por el órgano delegante (art. 9 LRJSP).

b) Órgano competente

No lo era el Tribunal Superior de Justicia, sino que a tenor de lo previsto en el artículo 10.1 g) de la LJCA, *a sensu contrario*, puesto que el convenio es de la Administración General del Estado, lo es la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Por ello, y a tenor, del artículo 7.3 de la LJCA, el Tribunal Superior debió declararse incompetente, adoptando su resolución la forma de auto dictado antes de la sentencia, remitiéndose las actuaciones al órgano de la jurisdicción que estimara competente (Audiencia Nacional) para que ante él siga el curso del proceso.

c) Fondo del recurso

Es cierto que no existe una normativa concreta sobre los principios que deben presidir la realización de los convenios administrativos, porque debe ser la Administración, en cada caso, la que valore la conveniencia de su celebración con una u otra persona a la vista del interés general que con su celebración se obtenga y a los bienes jurídicos tutelados o protegidos. Pero no cabe duda de que si ese interés es idéntico y no hay razones objetivas y constatables que aconsejen la preferencia de uno sobre otros, es lo cierto que en caso de igualdad absoluta, forma parte de la actuación administrativa la observancia de los principios mínimos que deben presidir su actividad. Y respecto a ello, y dentro de los principios, entre otros, de los procedimientos de concurrencia competitiva debe regir la publicidad, la concurrencia, la igualdad y la no discriminación, que de no ser respetada podría producir la vulneración de un principio constitucional como es el del artículo 14 de la CE.

Por otra parte, no puede olvidarse que la solicitud de la asociación de rehabilitación de toxicómanos fue realizada con anterioridad a la de la otra asociación y, en este sentido, el artículo 71.2 de la Ley 39/2015 señala que

> En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.
>
> El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor y, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo.

Pero, en este caso, la Administración podría considerar de mayor interés el fin de la asociación con la que celebró el convenio que el de la otra asociación, aunque no cabe duda de que debió contestarse y notificarse su solicitud, bien aisladamente, o bien, lo lógico, mediante el procedimiento, antes visto, de derecho de petición del artículo 29 de la CE.

En relación con si tenía razón en el recurso, respecto al fondo de la cuestión, ya adelantamos que no, y se examina en la siguiente pregunta planteada.

4. Indique el ajuste a derecho o no de la resolución administrativa dando por extinguido el convenio

El artículo 51 de la Ley 40/2015, LRJSP, señala que:

> 1. Los convenios se extinguen por el cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto o por incurrir en causa de resolución.
>
> 2. Son causas de resolución:

a) El transcurso del plazo de vigencia del convenio sin haberse acordado la prórroga del mismo.

b) El acuerdo unánime de todos los firmantes.

c) El incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.

En este caso, cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla en un determinado plazo con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes firmantes.

Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución y se entenderá resuelto el convenio. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados si así se hubiera previsto.

Si la Administración cumplió con este requisito previo que, según el relato de hechos, fue así, podía acordar la resolución del convenio o la no concesión de nueva prórroga.

También es de resaltar que, en primer lugar, el artículo 14.2 b) de la Ley 39/2015 obligaba a la asociación a relacionarse electrónicamente con la Administración al tratarse, en principio, de una entidad sin personalidad jurídica, por lo que el escrito solicitando la prórroga, salvo que se acepte, no produce eficacia alguna, aunque debió ser requerido de subsanación (art. 68.4 Ley 39/2015), extremo que ignoramos.

En segundo lugar, si el escrito lo presenta en la oficina de Correos, lugar admitido por el artículo 16 de la LRJSP –llegó al ministerio pasados los cuatro años primeros de vigencia del convenio– entra en vigor y tiene eficacia desde su inscripción en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación y publicación en el BOE (que, sin duda, ya se habría producido por el tiempo transcurrido), y llegó al ministerio el día 12 de septiembre. Luego el plazo de vigencia del primer plazo del convenio ya se había cumplido cuando solicitó la prórroga, de manera que la resolución es ajustada a derecho. Y, por otra parte, una de las obligaciones que establecía el convenio era solicitar la prórroga con un mes de antelación a la finalización del plazo, obligación prevista en el número 3 de las cláusulas expuestas en el relato de hechos, extremo este que no cumplió.

B) Reclamación en vía civil

Esta reclamación no es procedente.

El artículo 1430 del Código Civil establece la posibilidad de incluir en un contrato una cláusula que permita su resolución cuando una de las partes no cumple con una presta-

ción específica y claramente establecida. Esta disposición regula la forma en que las partes pueden pactar la resolución del contrato en caso de incumplimiento, brindando precisión y seguridad jurídica en estos casos.

Sin embargo, aunque no cabe duda del aspecto negocial del convenio, no es la condición de sujeto privado de una de las partes la que determinará la jurisdicción competente, sino la normativa de aplicación. Y, en este caso, es la Ley 40/2015, artículos 47 y siguientes y la Ley 33/2003, LPAP, las que resultarán de aplicación. Por ello, es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de los conflictos entre las partes.

El artículo 49 f) de la Ley 40/2015, referido al contenido de los convenios, señala que se incluirán «mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes. Este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios».

Finalmente, señalar que, prácticamente, todos los convenios administrativos contienen la siguiente cláusula, en aplicación de la Ley 40/2015:

> Que las cuestiones litigiosas que surjan entre las partes durante el desarrollo y ejecución del convenio y que no puedan ser resueltas en la Comisión de Seguimiento prevista en la Cláusula […] se someterán a la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

5. Comente todo lo concerniente a la reclamación por responsabilidad patrimonial efectuada por la asociación y la oposición de la Administración y sus argumentos

A) Como causa de no admisión del escrito, que la Asociación prestó el consentimiento a la no renovación

No es ajustada a derecho porque esta causa, sobre si la Asociación prestó o no el consentimiento presunto a la no renovación del Convenio por no solicitarlo en plazo, debe estudiarse para la estimación o no de la vigencia del convenio, pero, en ningún caso, para una admisión o no del escrito de reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial.

B) Extemporaneidad de la reclamación

En primer lugar, debemos señalar que la comunicación de la asociación sobre su intención de solicitar la prórroga del convenio, que fue realizada antes de transcurrir el plazo de los cuatro años, no revela de forma indubitada la declaración expresa de voluntad necesaria, sino que es una declaración de intenciones que ningún efecto jurídico produce en virtud,

entre otros, del principio de seguridad jurídica y porque, en estas cuestiones, la declaración de voluntad ha de ser cierta e indubitada, no basada, como en el presente caso, en intenciones futuras susceptibles de interpretaciones diversas, con el peligro que ello conlleva.

En principio, no es extemporánea, pues si se le notificó a la interesada el día 14 de diciembre, acordando la no renovación del convenio y presenta una reclamación a la Administración el día 17 de diciembre del año siguiente por importe de 600.000, hay que tener en cuenta que tenía la opción, en el plazo de un mes, para recurrir la resolución en reposición y dos meses en contencioso-administrativo, y el relato de hechos dice que recurrió la resolución por la que se acordó la no renovación del convenio, de manera que, hasta que la resolución administrativa fuera firme, si hubiera habido resolución expresa, o si no se resolvía el recurso interpuesto, no empezaba el cómputo del año para reclamar, porque podía haber optado, perfectamente, por esta vía solicitando la anulación de la resolución administrativa y la indemnización, o bien solo la anulación de la resolución y, posteriormente, en un año, ejercer la acción de responsabilidad patrimonial (art. 67.1 de la Ley 39/2015, LRJSP que señala: «En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva»).

C) Inviabilidad de la acción planteada ya que estaba reclamando por responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando debió fundar la acción en el instituto de la responsabilidad contractual

Tiene razón la Administración cuando no considera ajustado derecho reconducir la acción ejercitada a un supuesto de responsabilidad extracontractual de aquella, pues, independientemente de que la asociación recurrente la fundamente en el artículo 32 y siguientes de la LRJSP, tal acción debió sustentarse en otro ámbito de la responsabilidad, por dimanar esta de la extinción del convenio de colaboración, suscrito entre la Administración General del Estado (ministerio competente) y la asociación, lo que nos conduce a concluir que no se trató, en su caso, de una responsabilidad extracontractual, sino basada en un acuerdo de voluntades de naturaleza pactada y exteriorizada a través del instrumento del convenio administrativo, teniendo por base el análisis si hubo incumplimiento o no del mismo por parte de la asociación.

Por ello, en sentido estricto, tenía razón la Administración en que, en este caso, no era procedente el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, el carácter antiformalista y la preeminencia de los derechos de los interesados para que no se les produzca indefensión, amén del famoso principio *in dubio pro actione* consagrado en el artículo 115.3 de la Ley 39/2015, LPAC, hacen preciso considerar este escrito como una reclamación y obliga a entrar en el fondo del asunto el fondo del asunto, aunque los requisitos concurrentes para acreditar la existencia de una u otra responsabilidad sean diferentes. Pero será culpa del interesado si no lo hace así.

D) Indique si concurrían los requisitos para la estimación de la reclamación

La responsabilidad patrimonial de la Administración se regula en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, LRJSP.

Doctrinal y jurisprudencialmente se exige para que nazca esta responsabilidad la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Actuación administrativa en sentido amplio.
- La producción de un daño real, efectivo e individualizado.
- Que el daño sea antijurídico, es decir, que no se tenga el deber de soportar.
- Que exista relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño producido, sin que la intervención de terceros haga desaparecer ese nexo de causalidad.

En el presente caso, ni el daño fue antijurídico, en el sentido de que no tuviera el deber de soportar, porque la actuación administrativa fue conforme a derecho y no se produjo ningún daño como consecuencia de la misma y, en segundo lugar, hay ausencia total de la relación de causalidad a que antes nos hemos referido, pues fue la conducta de la interesada, incumpliendo los términos del convenio y el plazo para pedir su renovación, amén del incumplimiento de sus deberes, la única culpable de los presuntos daños producidos que, por cierto, tampoco aparecen acreditados.

La acción de responsabilidad patrimonial, en su caso, podría ejercitarse desde que no se renovó *de facto* el convenio en su día firmado.

Solo un incumplimiento arbitrario, falto de razonabilidad o sorpresivo de la Administración podría dar lugar a la acción emprendida, responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de un servicio público, porque el mero incumplimiento de un contrato o convenio, por sí, no tendría que ser causa eficiente para el nacimiento de la mencionada responsabilidad.

En suma, fue la asociación incumplidora de las cláusulas del convenio la única causante, en su caso, de los posibles perjuicios sufridos.

Por otra parte, además, no existía un derecho incondicionado de la asociación a la prórroga sucesiva del convenio, hasta el máximo de 28 años, establecido en el mismo, porque las prórrogas deberían autorizarse por la Administración, que por razones de una mayor protección del interés público hubiera podido denegarla. Como tampoco lo podía tener a la permanencia en el uso de las instalaciones de forma absoluta e independiente, al tratarse de un bien de dominio público y sujeto, en cuanto a esa utilización, a instrumentos jurídicos como el convenio.

No se puede hablar de extinción del convenio, o de la no renovación del mismo, por parte de la Administración, en el sentido de que sea arbitraria, desprovista de procedimiento o carente de motivación. Constan indicios para que la Administración pudiera no renovar el

convenio o, de otra forma dicho, extinguirlo por las causas antes indicadas: incumplimiento del convenio por el deficiente estado de conservación de las instalaciones y que, cuando se solicita la prórroga, el plazo ya se había extinguido, incumpliendo la asociación su obligación de solicitar la prórroga un mes antes del vencimiento de los cuatro años iniciales.

Constan las siguientes circunstancias objetivas que justifican la no renovación del convenio:

- El convenio se extinguió por transcurso del plazo pactado (4 años), sin que existiera derecho incondicionado de la asociación demandante a la prórroga sucesiva.
- No podía ostentar un uso independiente y absoluto de las instalaciones, sino que el mismo estaba condicionado a la prestación de unos servicios a los discapacitados y al cumplimiento de unas obligaciones de conservación, que no cumplió, pues la Administración constató el deficiente estado de las instalaciones y, pese a los requerimientos de la Administración, la asociación no solucionó este problema.

6. ¿Sería ajustada a derecho la interpretación del silencio administrativo positivo respecto a la solicitud de la asociación de toxicómanos que no fue respondida por la Administración?

Con respecto a la aplicación de la figura del silencio positivo, el artículo 24.1, en primer lugar, señala:

> El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, no estamos en presencia de ninguna solicitud de interesado en el sentido del artículo 4 de la LPAC, no es titular de ningún «derecho o interés legítimo» previo a la manifestación administrativa, sino que, como ya hemos señalado en otra pregunta, estamos ante el ejercicio del derecho de petición del artículo 29 de la CE, y conforme al artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, el plazo para contestarla es de tres meses desde el momento de su petición y el silencio administrativo –como ha ocurrido en este caso– es desestimatorio.

7. ¿Se había producido la caducidad del procedimiento de reintegro, como solicita el subvencionado?

El artículo 37.1 b) de la Ley 38/2003, general de subvenciones, señala como causa de reintegro de la misma «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».

Con respecto a su duración máxima el artículo 42.4 señala que «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 el actual artículo 23 de la Ley 39/2015».

De acuerdo con el artículo 25.1 b) de la Ley 39/2015, si no se notifica la resolución en ese plazo, se produciría la caducidad y archivo del procedimiento.

Por otro lado, el artículo 14.2 a) obliga, en todo caso, a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo a las personas jurídicas.

Tras la entrada en vigor el 2 de octubre de 2016 de la Ley 39/2015, LPAC, se están dictando recientemente, con mayor continuidad, sentencias del Tribunal Supremo que resuelven cuestiones casacionales de interés para los aplicadores del derecho.

Una de las materias de interés sobre las que se está pronunciando el Tribunal Supremo, por su evidente novedad respecto a la regulación contenida en la derogada Ley 30/1992, LRJPAC, es la referida a la práctica de las notificaciones por medios electrónicos.

El artículo 58.4 de Ley 30/1992 hacía referencia a la necesidad de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos y a la constancia del requisito de acreditar debidamente el intento de notificación, previsión que se contiene con la misma redacción en el artículo 40.4 de la Ley 39/2015.

Sin embargo, la Ley 39/2015 alude a dicho artículo 40.4, en el 43.3, cuando señala que «se entenderá cumplida la obligación a la que se refiere el artículo 40.4 con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única».

Para la práctica de las notificaciones electrónicas, se han de considerar dos momentos: uno, el de la puesta a disposición del administrado de la notificación –ya en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante, ya en la dirección electrónica habilitada única del destinatario–; otro, el del acceso por el administrado al contenido de la notificación. A estos últimos efectos, el administrado dispone de un plazo de 10 días naturales, transcurrido el cual la notificación se entenderá rechazada: «Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido» (art. 43.2 párrafo segundo).

Ambos momentos –puesta a disposición y práctica de la notificación– han de acreditarse en los procedimientos administrativos (en la citada sentencia se refería uno de naturaleza

urbanística) tramitados de oficio (en la misma se refería a los de restitución de la legalidad urbanística y sancionadores). Las legislaciones urbanísticas autonómicas establecen con carácter general un plazo para la resolución y notificación de ambos procedimientos (generalmente 1 año), debiéndose valorar si, a efectos del cómputo del *dies ad quem*, el momento a considerar es uno (puesta a disposición) u otro (práctica de la notificación).

Pero, queda claro que el aviso no sustituye a la notificación. Pues bien, la STS número 1320/2021, de 10 de noviembre, rec. núm. 4886/2020 (NormaCEF NFJ084335), se ha pronunciado sobre las dos posturas contrapuestas por las partes en el proceso, constituyendo la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: «Cuándo debe entenderse cumplida la obligación de notificar, a efectos del *dies ad quem* del plazo de 12 meses establecido por el artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuando la notificación se ha efectuado por medios electrónicos». El recurso de casación se planteó contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2020, que anuló el acto impugnado por caducidad del procedimiento.

Las dos posturas valoradas por el Tribunal Supremo son las siguientes:

Una, sostenida por la Abogacía del Estado, mantiene que debe distinguirse entre el intento de notificación efectuado en legal forma y debidamente acreditado, que es suficiente para entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, y la notificación del acto, a partir de la cual el acto despliega su eficacia y para el interesado se abren los plazos para impugnarlo en la vía administrativa o judicial. De este modo, si el intento de notificación se ha realizado en plazo y así resulta acreditado, la práctica de la notificación con posterioridad a través del acceso por el interesado a su contenido no se produce caducidad del procedimiento. Esta postura se fundamenta en la previsión del artículo 40.4 de la Ley 39/2015 sobre la constancia del requisito de acreditar debidamente el intento de notificación.

Otra postura, sostenida por el administrado –parte recurrida–, defiende que la notificación, y con ello la terminación del procedimiento, se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 39/2015, en el momento en que se acceda a su contenido y, para ello, el administrado dispone de 10 días naturales desde que se produce la puesta a disposición de la notificación. Esta postura se fundamenta en la previsión del artículo 43.2 de la Ley 39/2015, que dispone: «Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido»; el desarrollo reglamentario de este precepto se contiene en los artículos 42.1 y 45.1 y 2 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público, por medios electrónicos.

Simplificando las posturas contrapuestas, son las siguientes: si para el cómputo del plazo de resolución del procedimiento se ha de considerar la fecha de puesta a disposición de la notificación, con independencia de cuándo accede a su contenido el destinatario, o se ha

de considerar la fecha de acceso a su contenido o el transcurso de 10 naturales, transcurrido el cual se entenderá rechazada la notificación.

En la práctica son frecuentes los supuestos de rechazos de las notificaciones electrónicas por no acceder el destinatario a su contenido en el plazo de 10 días. Repárese en ese sentido que, para conocer la puesta a disposición de una notificación electrónica, el interesado dispondrá de un aviso realizado por la Administración notificante, aviso regulado en el artículo 41.1. *in fine* de la Ley 39/2015, teniendo en cuenta, no obstante, que el precepto regula su naturaleza y alcance en los siguientes términos: «Adicionalmente, el interesado podrá identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico que servirán para el envío de los avisos regulados en este artículo, pero no para la práctica de notificaciones».

Queda claro que el aviso no sustituye a la notificación, sirve solo, como su propio nombre indica, para avisar al administrado de que tiene a su disposición una notificación electrónica. Además, el artículo 41.6 deja claro que «la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida».

Sobre el aviso se ha pronunciado también el Real Decreto 203/2021, en su artículo 43, atribuyéndole carácter meramente informativo, por lo que la falta de práctica de este aviso «no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida».

Siendo consciente el legislador de los supuestos de notificaciones electrónicas donde la Administración no conoce el dispositivo electrónico o la dirección de correo electrónico donde remitir el aviso (particularmente los disciplinarios de restitución de la legalidad y sancionadores), el artículo 43.2 del real decreto antes citado tiene regulado el modo de proceder en los procedimientos de oficio donde no se puede practicar el aviso:

> Cuando el interesado sea un sujeto obligado a relacionarse por medios electrónicos y la Administración emisora de la notificación no disponga de datos de contacto electrónicos para practicar el aviso de su puesta a disposición, en los procedimientos iniciados de oficio la primera notificación que efectúe la Administración, organismo o entidad se realizará en papel en la forma determinada por el artículo 42.2 de la Ley 39/2015, LPAC, advirtiendo al interesado en esa primera notificación que las sucesivas se practicarán en forma electrónica por comparecencia en la sede electrónica o sede electrónica asociada que corresponda o, en su caso, a través de la Dirección Electrónica Habilitada única según haya dispuesto para sus notificaciones la Administración, organismo o entidad respectivo, y dándole a conocer que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41.1 de la LPAC, puede identificar un dispositivo electrónico, una dirección de correo electrónico o ambos para el aviso de la puesta a disposición de las notificaciones electrónicas posteriores.

Retomando el asunto que estamos analizando, la cuestión valorada es determinar si la fecha a considerar para la caducidad de un procedimiento de restitución de la legalidad urbanística o

sancionador urbanístico –*dies ad quem*– debe ser la fecha de puesta a disposición de la notificación o el acceso a su contenido o transcurso de 10 días naturales para entenderla rechazada.

Advierte el Tribunal Supremo, que ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre la cuestión de cuándo debe entenderse cumplida la obligación de notificar, que tales pronunciamientos se refieren a notificaciones efectuadas en papel, y no a través de medios electrónicos, por lo que el auto de admisión considera aconsejable un pronunciamiento de la sala que esclarezca la cuestión en relación con las notificaciones electrónicas.

Sobre la doctrina ya consolidada referida al intento de notificación, esta es reiterada en el sentido de entender que tanto el artículo 58.4 de la Ley 30/1992 como el 40.4 de la Ley 39/2015 atribuyen al intento de notificación debidamente acreditado el efecto de entender por cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, de modo que cuando el precepto legal habla de «intento de notificación» es evidente que se refiere a una notificación no culminada. Por ello, intento de notificación es suficiente para entender cumplida la obligación de notificar.

Por resaltar una de las sentencias exponente de la doctrina expuesta, se puede citar la de 7 octubre de 2011, rec. núm. 40/2010, donde la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo diferenció entre intento de notificación, a efectos de entender resuelto el procedimiento dentro de plazo, y notificación, a efectos de que el acto despliegue todos sus efectos, e insistió en que el artículo 58.4 de la Ley 30/1992 solo puede interpretarse en el sentido que resulta de su propia dicción literal, esto es, que el intento de notificación efectuado en legal forma y debidamente acreditado es suficiente para entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo legal, añadiendo que «esa suficiencia concurre en todo caso (en el bien entendido de que aquellos intentos se realicen en debida forma), con independencia de que la resolución correspondiente se notifique o no, con posterioridad, al interesado».

Pues aplicando este criterio a los intentos de notificación electrónica, la solución resultará de la conjugación de estos dos preceptos: el artículo 43.2 de la Ley 30/2015, que dispone: «Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido»; y el artículo 43.3: «Se entenderá cumplida la obligación a la que se refiere el artículo 40.4 con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única».

La previsión del artículo 43.2 constituye una regla general (práctica de la notificación mediante acceso a su contenido) y la del 43.3 una regla especial (la obligación de notificar a efectos del cómputo del plazo de resolución de los procedimientos se entiende cumplida con el intento de notificación debidamente acreditado, lo que se produce con la puesta a disposición electrónica de la notificación); esta regla especial viene también recogida en el artículo 45.3 del Real Decreto 203/2021.

En conclusión, el Tribunal Supremo mantiene y ratifica el criterio anterior de entender cumplimentada la obligación de notificar en plazo a efectos de la caducidad de un proce-

dimiento administrativo con el intento de notificación, lo que, en los supuestos de notificaciones electrónicas, se produce con la puesta a disposición de estas en la sede o en la dirección electrónica habilitada única.

En conclusión, según esta doctrina, no se había producido la caducidad del procedimiento al haberse notificado, en plazo de duración del mismo, la resolución ordenando el reintegro, pues el procedimiento se inició el día 31 de diciembre del año 0001 y se resolvió el 30 de diciembre de ese año (por tanto, dentro del plazo de 12 meses de duración de ese tipo de procedimiento). Ese mismo día intentó, al amparo de lo dispuesto en el artículo 43.2 del Real Decreto 303/2021, al ignorar la Administración la dirección electrónica de la interesada porque no compareció en el procedimiento para ningún trámite, realizar la notificación personal en la sede de dicha sociedad, resultando infructuosa al no encontrarse nadie en ese lugar. En dicha notificación se le advertía de que las sucesivas notificaciones se harían por vía electrónica. Por ello, el día 5 de enero del año siguiente, 0002, la notificación de la resolución se hizo por vía electrónica, a través de la dirección electrónica habilitada de la Administración.

Otra cuestión es que, hasta que no se notificó de forma efectiva, la resolución carece de eficacia alguna y no empiezan a correr los plazos para interponer el o los oportunos recursos.

Por eso el recurso de reposición interpuesto por la entidad debe admitirse, en ningún caso sería extemporáneo, pero, por las razones apuntadas, debió desestimarse.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14 y 29.
- Ley Orgánica 4/2001 (reguladora del derecho de petición), arts. 3, 11.1 y 29.
- Código Civil, art. 1430.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 7.3, 10.1, 46.1 y 114.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 89, 91, 93, 95, 137.4 y 147.
- Ley 38/2003 (general de subvenciones), arts. 37.1 y 42.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 14.2, 23, 24, 40, 41, 42, 43, 52, 67.1, 68.4, 71.2 y 115.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 8, 9, 12, 16, 32, 47, 48, 49, 50 y 51.
- Real Decreto 203/2021 (Rgto. actuación y funcionamiento del sector público, por medios electrónicos), arts. 42.1, 43 y 45.
- SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 octubre de 2011, rec. núm. 40/2010, y núm. 1320/2021, de 10 de noviembre, rec. num. 4886/2020 (NormaCEF NFJ084335).

udima

La universidad online más cercana

Grados oficiales

* **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**

  Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería Informática

* **Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación**

  Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

* **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**

  Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

* **Facultad de Ciencias Jurídicas**

  Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

* **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**

  Historia • Filosofía, Política y Economía

Títulos propios y doctorados

* *Consultar en la web*

Másteres oficiales

* **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**

  Energías Renovables y Eficiencia Energética

* **Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación**

  Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Neuropsicología • Psicopedagogía • Psicología General Sanitaria • Tecnología Educativa

* **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**

  Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

* **Facultad de Ciencias Jurídicas**

  Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Práctica de la Abogacía y la Procura • Prevención de Riesgos Laborales

* **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**

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

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

Juntos hacia tu objetivo

Más información en:
www.udima.es

CEF.-

Más de 30.000 opositores
aprobados gracias al
#MétodoCEF.-

Preparamos el acceso a:

- Administración General
- Administración Local
- Banco de España
- Comunidades Autónomas
- Cuerpos de Informática
- Empleo y Seguridad Social
- Ministerio de Hacienda
- Ministerio de Justicia
- Ministerio del Interior
- Unión Europea

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta www.cef.es y descubre el #MétodoCEF.-