

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 286 | Noviembre 2024

ISSN: 2697-1631

La propiedad sobre activos digitales

Ignacio Sánchez Gil

La consideración de objetivos de desarrollo sostenible en los procedimientos de reestructuración empresarial

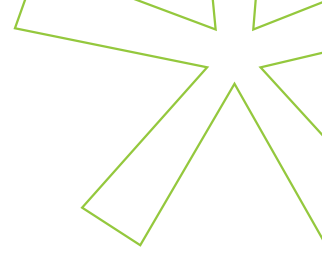
Marta Flores Segura

Aporías del control de constitucionalidad del déficit presupuestario

Francisco Javier Donaire Villa y
Luis Miguel Carazo Domínguez

Alcohol, drogas, sumisión química y violencia sexual ante las últimas reformas legales. Un peligro real para las víctimas mujeres

Vicente Magro Servet



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

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
- ★ **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 de la Procura • Prevención de Riesgos Laborales
- ★ **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**
Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • 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*

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 286 | Noviembre 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

Francisco Javier Arias Varona. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos

Xabier Arzo 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

José Luis Blanco Pérez. Director adjunto de la Asesoría Jurídica Sociedad Española de Sistemas de Pago

José María Blanco Saralegui. Magistrado del Tribunal Supremo y Counsel de Uría Menéndez Abogados

Borja Carvajal Borrero. Gómez Acebo y Pombo Abogados

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

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

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

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

Itziar Gómez Fernández. Profesora de Derecho Constitucional. UC3M y letrada del Tribunal Constitucional

Nicolás González Deleito. Socio de Cuatrecasas Abogados

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

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

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

María Medina Alcoz. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos

Luis Mingo Benedicto. Socio del Área Mercantil en KPMG Abogados

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

Nieves Moralejo Imberón. Catedrática de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid

María José Morillas Jarillo. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid

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

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

José Luis Zamarró Parra. Socio de Clifford Chance

Edita

Centro de Estudios Financieros

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Redacción, administración y suscripciones

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

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

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

Suscriptores 25 €

No suscriptores 30 €

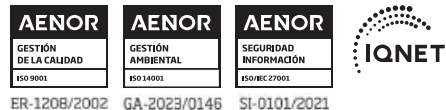
Edita

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

Entidad certificada por:

Imprime

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



Indexación y calidad



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

Todos los derechos reservados.

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Estudios doctrinales

Civil-mercantil

La propiedad sobre activos digitales 5-32

Property over digital assets

Accésit del Premio Estudios Financieros 2024

Ignacio Sánchez Gil

La consideración de objetivos de desarrollo sostenible en los procedimientos de reestructuración empresarial 33-60

The consideration of sustainable development goals in business restructuring procedures

Accésit del Premio Estudios Financieros 2024

Marta Flores Segura

Constitucional-administrativo

Aporías del control de constitucionalidad del déficit presupuestario 61-100

Budget deficit's judicial review aporiae

Accésit del Premio Estudios Financieros 2024

Francisco Javier Donaire Villa y Luis Miguel Carazo Domínguez

Penal

Alcohol, drogas, sumisión química y violencia sexual ante las últimas reformas legales. Un peligro real para las víctimas mujeres 101-120

Alcohol, drugs, chemical submission and sexual violence in the face of the latest legal reforms. A real danger for female victims

Vicente Magro Servet

Casos prácticos

Civil

Competencia internacional: adopción de medidas y alimentos José Ignacio Esquivias Jaramillo	121-128
Publicación en una revista sobre hechos presuntamente delictivos y vulneración del derecho al honor Casto Páramo de Santiago	129-135

Administrativo

Incompatibilidades de concejales y contratos administrativo y privado y función pública Julio Galán Cáceres	136-154
Entrega de los Premios Estudios Financieros 2024	155-160

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

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



La propiedad sobre activos digitales

Ignacio Sánchez Gil

Doctorando en la Universidad Complutense de Madrid (España)

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

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don José María Blanco Saralegui, don Francisco Javier Arias Varona, don José Luis Blanco Pérez, doña María Medina Alcoz, don Luis Mingo Benedicto, doña Nieves Moralejo Imbernón y doña María José Morillas Jarillo.

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

Extracto

En los últimos años, las tecnologías de registro distribuido, o DLT, tales como las *blockchains*, han permitido la creación de novedosos activos que, a pesar de estar representados en un soporte digital, comparten muchas de las características de los bienes dotados de existencia material. A la par que la relevancia económica de los activos digitales crecía, también lo hacían las incógnitas sobre su régimen jurídico. Los peculiares elementos funcionales de las DLT llevaron a numerosos autores a propugnar el reconocimiento de un *status* jurídico de propietario a favor del titular de estos activos digitales, de tal forma que pudiesen beneficiarse del régimen normativo característico de la propiedad. A lo largo de las próximas páginas examinaremos la naturaleza de los activos digitales representados en DLT, a fin de determinar su idoneidad para constituir objetos de una auténtica relación de propiedad, tal y como esta se contempla en nuestro ordenamiento. Como trataremos de justificar, las analogías funcionales entre los activos digitales y las cosas auténticamente apropiables no bastan para dotarlas de un tratamiento jurídico idéntico; o, al menos, no sin dar lugar a resultados aberrantes desde una perspectiva científica, pero también práctica.

Palabras clave: activo digital; DLT; blockchain; bitcoin; propiedad; propietario; Unidroit; criptoactivo.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 05-09-2024 / Publicado (en avance *online*): 17-10-2024

Cómo citar: Sánchez Gil, I. (2024). La propiedad sobre activos digitales. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 286, 5-32. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.22123>



Property over digital assets

Ignacio Sánchez Gil

This paper has won **second prize Financial Studies 2024 Award** in the category of **Civil and Commercial Law**.

The jury members were: Mr. José María Blanco Saralegui, Mr. Francisco Javier Arias Varona, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mrs. María Medina Alcoz, Mr. Luis Mingo Benedicto, Mrs. Nieves Moralejo Imbernón and Mrs. María José Morillas Jarillo.

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

Abstract

Over the last few years, distributed ledger technologies, or DLTs, such as blockchains, have enabled the creation of a novel type of assets that, despite being represented on a digital medium, share many of the characteristics of tangible assets. As the economic relevance of digital assets grew, so did the unknowns about their legal framework. The particular functional elements of DLTs led many authors to advocate the recognition of a legal status of owner in favor of the controller of these digital assets, so that they could benefit from the regulatory regime characteristic of property. In the following pages we will examine the nature of the digital assets represented in DLTs, in order to determine their suitability to constitute objects of a genuine ownership relationship, as contemplated in our legal system. As we will try to justify, the functional analogies between digital assets and genuinely appropriable things are not enough to provide them with an identical legal treatment; or, at least, not without giving rise to aberrant results from a scientific, but also practical, perspective..

Keywords: digital asset; DLTs; blockchain; bitcoin; ownership; proprietary; owner; Unidroit; cryptoasset.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 05-09-2024 / Published (online preview): 17-10-2024

Citation: Sánchez Gil, I. (2024). La propiedad sobre activos digitales. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 286, 5-32. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.22123>



Sumario

1. El activo digital como fenómeno jurídico
2. Derechos reales y personales
3. Sobre la idoneidad del activo digital para constituir objeto de propiedad. Breve referencia a la propiedad intelectual
4. ¿Es necesaria la propiedad sobre activos digitales?
5. Conclusión

Referencias bibliográficas

1. El activo digital como fenómeno jurídico

Durante décadas, la idea de una auténtica «propiedad digital» se mostraba tan sugerente en la teoría como irrealizable en la práctica. Una titularidad de este tipo permitiría emplear un conjunto de datos como objeto del tráfico jurídico generalizado. Nos encontraríamos así con un activo susceptible de actuar como depósito de valor, objeto de inversión, garantía para obtener financiación, etc.; y con la ventaja de ser enajenable a unos costes de transacción relativamente bajos, ya que podría circular a una velocidad prácticamente instantánea, y sin necesidad de sufragar medio de transporte alguno.

El principal obstáculo para la funcionalidad de los «activos digitales» provenía de su misma naturaleza. Al contrario que las representaciones de información en soportes físicos, la información digital no se transmite, se comunica. La transmisión de un libro representado en papel supone la pérdida de la posesión del transmitente a favor del adquirente. Esto no ocurre, sin embargo, con la comunicación de un libro representado digitalmente, de tal forma que el comunicante se mantiene en el disfrute sobre la información, aunque esta haya sido comunicada; es más, la misma información puede ser comunicada infinitas veces sin que ello perjudique las facultades de disfrute del comunicante. Por ello, la información digital, en las múltiples formas que esta pueda adoptar, es *per se* un bien no rival (*non-rival*).

Esto constituye un obstáculo para la explotación económica derivada de la creación o distribución de contenidos representados digitalmente. Las teorías subjetivas explican el valor de un bien o servicio atendiendo a dos factores: el grado de utilidad percibido y su escasez relativa. Solo en caso de que un bien o servicio no sea superabundante en relación con su demanda, cada uno de los demandantes particulares estará dispuesto a asumir un sacrificio patrimonial –precio– a cambio de la percepción del bien o servicio en cuestión. Si un bien o servicio es superabundante en relación con su demanda, no existe motivo alguno que justifique tal sacrificio patrimonial.

La capacidad de disponer de un contenido digital no supone, al contrario que la detención material sobre los bienes físicos, un control exclusivo y excluyente sobre el mismo. Por ello, para asegurar la existencia de un auténtico control, es necesario añadir un elemento externo a los propios datos: un registro que certifique que un conjunto de datos «pertenece» a un titular, y solo a dicho titular. Cuando añadimos la figura de un registro, la infinita replicabilidad potencial de los datos deja de ser un problema, ya que el elemento determinante no es la capacidad de acceder al contenido digital, sino la legitimación «registral» que, por su naturaleza, sí puede otorgar una titularidad exclusiva y excluyente.

Esta clase de sistema de asignación de titularidades es el tipo de estructura que subyace desde hace décadas al funcionamiento de nuestros mercados financieros, particularmente, a raíz de la llamada «crisis del título-valor» (y, en particular, del valor mobiliario), que supuso la adopción del sistema de valores representados mediante anotaciones en cuenta. Determinada información, previamente representada en un soporte físico-cartular (titularidad sobre acciones, títulos de deuda, etc.) pasa a representarse electrónicamente. Para ello, se confía en la existencia de un registro que certifique la titularidad de un determinado sujeto sobre los datos en cuestión.

Este sistema, siendo idóneo para la representación de instrumentos financieros, presenta limitaciones cuando trata de extrapolarse a otras clases de activos. El funcionamiento de los registros centralizados implica grandes costes operativos, y requiere una intensa supervisión regulatoria que asegure su normal funcionamiento. Esto determina que su actividad sea económicamente viable solamente en relación con activos sometidos a un tráfico masivo y constante. Por otro lado, la analogía entre la legitimación registral y la titularidad sobre un activo físico es acertada solo en parte. Mientras que la detentación material sobre un bien es patente *erga omnes*, el reconocimiento de la titularidad registral solo se dará por parte de aquellos sujetos que reconozcan al registro la legitimidad para conceder tales titularidades. Está claro que los sistemas multilaterales de negociación a través de los que circulan los instrumentos financieros son reconocidos como válidos de forma prácticamente universal (incidimos de nuevo aquí en el papel que juega la supervisión regulatoria). No obstante, este no tendría por qué ser el caso con respecto a otros registros representativos de unidades de cuenta.

En los últimos años, las tecnologías de registro distribuido (*distributed ledger technologies*, o DLT), de entre las cuales las *blockchains* son su principal exponente, han venido solventando algunas de las anteriores limitaciones. Sin llevar a cabo una explicación técnica de su funcionamiento¹, diremos que las *blockchains* funcionan mediante un registro de información que se almacena simultáneamente en un gran número de equipos informáticos («nodos») distintos².

Podemos explicar el funcionamiento de una *blockchain* apelando a la primera y más célebre de sus representantes: el sistema de Bitcoin. Bitcoin no es más que un registro de unidades de cuenta (bitcoins). Decir que un sujeto es titular de un bitcoin no es más que

¹ Mediante la presente exposición, pretendemos describir las principales características funcionales de las DLT, omitiendo ciertos aspectos técnicos (tales como el funcionamiento de los protocolos de validación a través del *proof-of-work* o *proof-of-stake*, el carácter secuencial de la información, o el concreto funcionamiento del sistema de clave asimétrica), que requerirían un espacio mucho más extenso para ser tratados de forma adecuada. Remitimos al lector interesado a la magnífica obra de González Meneses (2019), que logra conciliar una explicación rigurosa con un lenguaje claro y comprensible.

² Otras DLT, tales como las *holochains* o las *directed acyclic graphs* presentan peculiaridades en su funcionamiento respecto a las *blockchains*. No obstante, la premisa funcional en todos los casos sigue siendo idéntica: mantener un registro relativamente distribuido que pueda ser empleado para otorgar a su titular un control sobre una unidad de cuenta.

afirmar que el sistema, el registro de Bitcoin, le reconoce tal condición. En este sentido, no hay especiales diferencias entre el funcionamiento de Bitcoin y el de otros sistemas «tradicionales» que permiten el reconocimiento de unidades de cuenta.

La particularidad de Bitcoin, y de las demás DLT radica en su estructura descentralizada. El registro de Bitcoin no está almacenado en un único lugar; al contrario, existen decenas de miles de equipos informáticos o «nodos», cada uno de los cuales alberga una copia del registro. Dichos nodos no se organizan de acuerdo con una estructura jerárquica –no existe un registro «matriz», siendo los demás meras copias–; todos los registros tienen carácter igualmente matricial, y ningún nodo en particular puede exigir unilateralmente a los demás que modifiquen sus respectivas copias del registro.

La coordinación entre un número tan vasto de copias se consigue a través de mecanismos de consenso. El complejo protocolo técnico de Bitcoin permite asegurar que todas las copias del registro sean idénticas. En caso de que un nodo albergase una versión alterada del registro, el resto de los nodos dejarían de reconocerle como tal, y este quedaría desconectado de la red de Bitcoin.

El sistema de Bitcoin no podría ser empleado con fines dinerarios o de inversión si no permitiese la transmisión de las unidades de cuenta. En este sentido, Bitcoin, al igual que la mayoría de las *blockchains*, emplea un sistema de «claves criptográficas». Cada titular de un bitcoin posee una clave privada, consistente en una secuencia alfanumérica relativamente compleja generada aleatoriamente³, que, *de facto*, actúa como una suerte de «contraseña». Cada titular de bitcoins debe legitimarse necesariamente como tal mediante el uso de su clave criptográfica, y solo mediante el uso de su clave criptográfica. Esto supone que el conocimiento de la clave permite la disposición de los bitcoins asociados con la misma, independientemente de cómo se haya obtenido dicho conocimiento. Contrariamente, el extravío de las claves impide al titular disponer de sus bitcoins de ninguna otra manera⁴.

Cuando un titular enajena sus bitcoins habiendo acreditado el conocimiento de su clave privada, la red de Bitcoin «válida» la transmisión, y cada uno de los nodos actualiza su versión del registro, añadiendo la transmisión.

Para añadir nuevas transacciones, el sistema requiere de la existencia de un tipo de nodo especial: en Bitcoin, estos nodos se denominan «mineros»; en otros sistemas, reciben el nombre de «validadores». Cuando un titular pretende enajenar parte de sus bitcoins, este comunica su transmisión a uno de estos nodos mineros el cual, a su vez, se encarga de verificar que la operación es legítima (es decir, que el titular ha acreditado el conocimiento de

³ Un ejemplo de clave privada de Bitcoin, tomada de Guzmán Durán y Muñoz (2020), podría ser el siguiente: «1E99423A4ED27608A15A2616A2B0E9E52CED330AC530EDCC32C8FFC6A526AEDD».

⁴ Precisamente por ello, es relativamente común el recurso a custodios especializados en la tenencia de claves criptográficas, a través de los cuales se minimizan los riesgos de pérdida o sustracción.

sus claves, que no pretende disponer de más bitcoins de los que posee, etc.). Una vez efectuada tal verificación, el nodo minero comunica la nueva información al resto de los nodos, que proceden a actualizar el registro de información, incorporando esta nueva transacción. Evidentemente, el funcionamiento de los nodos mineros supone un coste (principalmente, energético); precisamente por ello, la red cuenta con un sistema de «incentivos», de tal forma que cada vez que un nodo minero actualiza la información de forma satisfactoria, este percibe una «contraprestación» o «comisión», en forma de nuevos bitcoins.

En caso de que un nodo pretendiese llevar a cabo una actualización ilegítima del registro, esta sería rechazada por el resto de los nodos. De este modo, la lógica del sistema descansa en que, si bien un ataque a la red en su conjunto no es imposible, sí es antieconómico: si un único sujeto deseara controlar el sistema para poder modificar el registro arbitrariamente, necesitaría tener a su favor el consenso mayoritario de los nodos, para lo cual debería poder controlar, simultáneamente, miles de equipos informáticos distribuidos alrededor del planeta. Así, la seguridad de Bitcoin se desprende del coste asociado con la adquisición de un control mayoritario de los nodos, el cual excede notablemente cualquier potencial beneficio obtenido (Nuzzi *et al.*, 2024). Esto explica que, a pesar del valor millonario al que asciende la capitalización de mercado global de Bitcoin, el sistema jamás haya sufrido un ataque de este tipo.

Los activos digitales representados en *blockchains* poseen unas características funcionales semejantes a las de los activos físicos, sin perder por ello las ventajas de la representación en formato digital. El número potencialmente indefinido de nodos dota al titular de una situación de control sobre el activo más semejante a la detentación material sobre una cosa que a la legitimación registral vis a vis en un registro centralizado: el titular, adecuadamente legitimado mediante el conocimiento de sus claves, puede transferir sus activos en cualquier momento, sin que, aparentemente, ninguno de los nodos pueda «bloquear» dicha transacción. Por otra parte –especialmente en las *blockchains* no permissionadas, en las que no existen restricciones para la participación en la red–, cualquiera puede transmitir y recibir un activo digital, sin necesidad de someterse a ningún tipo de control previo⁵. Adicionalmente, la garantía de la integridad de la información, consecuencia de la existencia de mecanismos de consenso, y de sistemas de incentivos que hacen antieconómico cualquier esfuerzo de manipular el registro en su conjunto, disminuyen la necesidad de una supervisión intensa, y permiten que los activos digitales puedan tener un valor económico propio y reconocible por cualquiera, lo que facilita que puedan ser objeto de un tráfico económico generalizado.

Por los motivos expuestos, desde distintas disciplinas se ha calificado a los activos digitales representados mediante DLT como los primeros en ser, de manera simultánea, propiamente digitales y «reale». El carácter descentralizado de los nodos, y la legitimación de

⁵ Esto contrasta con el funcionamiento de una gran parte de los sistemas multilaterales de negociación de instrumentos cotizados, que limitan la posibilidad de ostentar la titularidad registral a ciertos intermediarios financieros (Ramos Muñoz, 2018).

la titularidad de forma necesaria mediante el conocimiento de claves criptográficas, supondría una aproximación insólita entre la funcionalidad de esta clase de activos digitales y los activos dotados de una existencia material.

Esta supuesta equivalencia funcional ha suscitado el debate, en prácticamente todos aquellos sistemas jurídicos que parten de cierta distinción entre el *status* del propietario y del acreedor, sobre la naturaleza del vínculo jurídico existente entre estos activos digitales y sus titulares⁶. Este debate también se ha planteado en el contexto de nuestro derecho interno, enfrentando a aquellos autores que consideran que los activos digitales pueden constituir objetos de propiedad (por todos, Ibáñez Jiménez, 2018, pp. 60 y ss.)⁷, y aquellos que defienden la postura contraria, señalando las fricciones que se producen al tratar de acomodar a los activos digitales dentro de la categoría de cosas apropiables (Anguiano, 2018; Gomá Lanzón, 2014; *inter alia*).

Este panorama de incertidumbre supone el perfecto caldo de cultivo para que sean los legisladores los que traten de adaptar los distintos sistemas jurídicos a las peculiares características de los activos digitales, sea mediante la creación de nuevas categorías jurídico-privadas, sea mediante su acomodo *ex lege* en los expedientes preexistentes. Sin embargo, estos esfuerzos públicos, de no estar suficientemente coordinados, podrían derivar en una fragmentación jurídica incompatible con la naturaleza ubicua (*rectius*: descentralizada) de los activos digitales. Es por ello que, en septiembre de 2023, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) dio a conocer sus Principios sobre Activos Digitales y Derecho Privado⁸, resultado del esfuerzo de casi tres años llevado a cabo por un grupo de trabajo constituido por 16 expertos. Este instrumento pretende facilitar la labor de juristas de todo tipo, si bien presenta una clara vocación de asistencia a la función de legisladores y reguladores, a fin de homogeneizar las aproximaciones normativas hacia los activos digitales, independientemente de la tradición jurídica de cada Estado.

Los principios contienen un conjunto de sugerencias sobre el tratamiento que deben recibir los activos digitales, entendidos como «registros electrónicos que pueden ser sometidos a control»⁹. El «control», a su vez, se define en el principio 6 como una situación fáctica en la que un determinado sujeto ostenta, en relación con un activo digital, la capacidad ex-

⁶ Un completo análisis de resoluciones jurisdiccionales y opiniones doctrinales en el derecho comparado puede encontrarse en García García (2022, pp. 54 y ss).

⁷ Esta postura también encuentra apoyo en resoluciones administrativas (RRDGT V0999-18, de 18 de abril; y V1149-18, de 8 de mayo), si bien, debemos precisar, no creemos que de la *ratio* de estas resoluciones se puedan desprender conclusiones a efectos de derecho privado.

⁸ Disponibles en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked.pdf>

⁹ Todas las traducciones son nuestras. Principio 2.2: «"Digital asset" means an electronic record which is capable of being subject to control». A lo largo de las páginas siguientes, emplearemos la misma definición de «activo digital» y «control» empleada por el texto de los principios.

clusiva de disfrutar el activo, excluir a terceros de dicho disfrute, y enajenar su posición¹⁰. Si bien estos criterios pretenden ser tecnológicamente neutros y no ceñirse al ámbito de las DLT, en la actualidad estas tecnologías parecen las más idóneas para otorgar a su titular un control del tipo que se describe en los principios, motivo por el cual existen multitud de referencias expresas a las DLT y, en particular, a las *blockchains*¹¹.

La posibilidad de control es lo que diferencia a los activos digitales, en el sentido referido por los principios Unidroit, de otras formas de representación de información en un soporte digital, y que también son susceptibles de explotación económica (vía descarga directa, *streaming*, acceso a una base de datos ajena, etc.), sin que ello suponga la transmisión del control sobre la información representada¹². Así, la diferencia entre una página web y un bitcoin radica en que, si bien la primera puede ser disfrutada simultáneamente por un número indefinido de usuarios, la titularidad del segundo es única, y excluye la titularidad simultánea a favor de otro sujeto.

Según decíamos, los principios se crean con una vocación de asistencia a sistemas de tradiciones muy distintas. Es por ello que su redacción trata de ser lo más aséptica posible a la hora de referirse a expedientes jurídicos concretos que pueden ser familiares en ciertos sistemas, pero extraños para otros. Si se quiere, podría decirse que los principios pretenden homogeneizar las legislaciones en el plano estrictamente funcional o finalístico, pero sin pronunciarse acerca de los medios, de las concretas instituciones empleadas por cada legislador para alcanzar los fines de política legislativa.

Esta neutralidad terminológica se quiebra parcialmente en relación con la naturaleza de la relación de titularidad sobre el activo digital. El principio 3.1 estipula que un activo digital debe poder ser objeto de *proprietary rights*. Si bien la heterogeneidad entre los distintos sistemas jurídicos impide a los principios exigir a todos los legisladores el reconocimiento de un auténtico derecho de propiedad sobre los activos digitales¹³, la contundencia en su redacción¹⁴ podría reforzar la postura de aquellos autores que entendían que es en el ex-

¹⁰ Principio 6.1: «A person has "control" of a digital asset if: (a) subject to paragraphs (2) and (3), the digital asset, or the relevant protocol or system, confers on that person: (i) the exclusive ability to prevent others from obtaining substantially all of the benefit from the digital asset; (ii) the ability to obtain substantially all of the benefit from the digital asset; and (iii) the exclusive ability to transfer the abilities in sub-paragraphs (a)(i), (a)(ii) and (a)(iii) to another person; and (b) the digital asset, or the relevant protocols or system, allows that person to identify itself as having the abilities set out in sub-paragraph (a)».

¹¹ En las 142 páginas del texto, la palabra *blockchain* se repite en 19 ocasiones; mientras que el término *distributed ledger technology* aparece 4 veces.

¹² Sobre el *status* jurídico al que puede dar lugar la situación de disfrute sobre estos contenidos que no merecen el calificativo de activos digitales, en el sentido empleado en este trabajo, véase Cámara Lapuente (2018).

¹³ Téngase en cuenta que algunos sistemas, como el alemán (parágrafo § 90 del BGB) exigen expresamente el requisito de la corporeidad de la cosa objeto de propiedad (García García, 2022, p. 55).

¹⁴ En el comentario 2.20 se señala que «(p)ursuant to their principles of functionality and neutrality, these Principles do not prescribe a specific classification of digital assets. However, they do require that digital

pediente de la propiedad donde la titularidad sobre activos digitales puede tener un más sencillo acomodo en nuestro ordenamiento.

Esta postura parecería plenamente razonable. *Grosso modo*, podríamos señalar que el carácter de apropiable de un activo digital se fundamenta en dos grandes grupos de argumentos: unos de naturaleza sustancial, que acentuarían las similitudes entre la relación de propiedad sobre un activo material, y la de control sobre un activo digital (de tal forma que, desde una perspectiva tecnológicamente neutra, no habría motivos para dar a la segunda un tratamiento diferenciado con respecto a la primera); y otros de naturaleza funcional, los cuales, aun admitiendo que pueden existir divergencias sustanciales entre activo digital y activo material, abogan por dotarles de un tratamiento idéntico, a fin de que los activos digitales puedan beneficiarse de la aplicación de las normas e institutos propios de los derechos reales (por ejemplo, las posibilidades de reivindicar el activo frente al poseedor no propietario, las reglas sobre adquisición a *non domino* por tercero de buena fe, etc.).

A lo largo de las siguientes páginas, pretendemos someter a examen la propuesta de reconocer *ex lege* el carácter de apropiable de los activos digitales. Nuestro estudio se circunscribirá al derecho español, si bien algunos de los argumentos esgrimidos podrán extrapolarse *mutatis mutandis* a otros sistemas de tradición civilista. Toda vez que consideramos absolutamente pacífico que de la situación de control que existe entre un activo digital y su titular cabe predicarse la existencia de un interés jurídicamente protegible, sometido a la voluntad del titular –un derecho– de contenido económico, la cuestión se centra en la determinación sobre cuál de las dos categorías de derechos patrimoniales (derechos personales o jurídico-reales) ofrece un mejor encaje a los activos digitales.

Antes de proseguir, debemos realizar una advertencia: resulta común que los activos digitales se empleen como formas de representación de otros derechos, en cuyo caso se habla de *tokens*. Estos *tokens*, de forma similar a un título-valor, podrían «incorporar» derechos personales o, incluso, reales. No obstante, el objeto de nuestro trabajo se limita al estudio de la relación «primaria» entre el activo digital y su titular, independientemente de los efectos legitimatorios que esta situación puede suponer con respecto a relaciones «secundarias» incorporadas. Tampoco serán objeto de consideración otros cuerpos normativos (relativos a la regulación del sector financiero, protección del consumidor, etc.) que puedan incidir en la relación jurídica de titularidad del activo digital.

assets can be the subject of proprietary rights (see Principle 3(1)). This may mean, in certain jurisdictions, that digital assets must be classified as "property", "good", "thing", or similar concept, but this would depend on the applicable law in question and is left for each specific State to decide. If the law of a State includes a classification of different categories of assets which can be subject to proprietary rights, and these different categories have different consequences, it is recommended that the State's law should specify which category or categories of assets digital assets are. This is so that digital assets can be subject to proprietary rights. This could mean the introduction of a new category of asset, but again, this is left for each specific State to decide».

2. Derechos reales y personales

La *summa divisio* de los derechos patrimoniales, que es precisamente la que discrimina entre derechos reales y de crédito, se remonta al derecho romano, que ya diferenciaba entre la *actio* del *dominus* respecto de una *res*; y la que asistía al *creditor* frente a su *debitor*, referida a una prestación (que podía, a su vez, consistir, de forma mediata, en un *dare* de una *res*, pero también en un *non-facere* o un *prestare* (Silva Sánchez y Acedo Penco, 2019, pp. 109 y ss.). La diferencia entre propiedad y crédito residía, pues, en su objeto: la primera se proyectaba sobre una cosa y el segundo, sobre una conducta.

Los juristas posclásicos¹⁵, negando la posibilidad de que una relación entre sujeto y cosa pueda calificarse como auténticamente jurídica, mantuvieron, no obstante, la distinción entre derechos reales y de crédito, pasando a pivotar el elemento diferenciador sobre el sujeto pasivo de cada categoría jurídica. Mientras que en el derecho real existe una vinculación universal y negativa –es decir, que existe una obligación genérica de abstención o respeto al disfrute del titular–, en el derecho personal, la obligación es específica y, en principio, positiva –referida a un deudor específico, que debe cumplir con la prestación obligacional–.

En los últimos tiempos han venido emergiendo posturas sincréticas, que pondrían en entredicho la sustancialidad de la distinción entre derechos personales y reales (Sánchez Calero *et al.*, 2014, p. 30). Así, tratadistas como Demogue vendrían diferenciando entre un contenido «fuerte» y un contenido «débil» de los derechos patrimoniales. Los derechos reales exigirían una obligación universal de abstención (contenido débil), pero también impondrían una obligación específica y positiva (contenido fuerte, dirigida al particular tercero que perturba al propietario en su posesión). Los derechos personales, por su parte, exigirían una conducta específica del deudor (contenido fuerte), pero también incluirían una obligación universal de abstención, a fin de que nadie perturbe al *solvens* que lleva a cabo la prestación debida (García Pita y Lastres, 2006, p. 162).

Sin perjuicio de la variedad de criterios esgrimidos por la doctrina para diferenciar (o equiparar) derechos personales y reales, está claro que nuestro derecho positivo parte de una distinción entre estas dos categorías de derechos patrimoniales. Siendo cierto que, con carácter excepcional, un derecho personal puede recibir el tratamiento propio de un derecho real o viceversa –siempre a efectos de facilitar el tráfico jurídico–, existen múltiples divergencias en el régimen de constitución, extinción, transmisión, vocación temporal, protección registral, etc., de un tipo de derecho u otro: las obligaciones pueden tener su origen en una disposición legal expresa, en los (cuasi)contratos o en los ilícitos penales, administrativos o civiles (art. 1089 CC)¹⁶; mientras que los derechos reales y, particularmen-

¹⁵ Particularmente, la doctrina francesa, de la mano de autores como Planiol y Ripert (García-Pita y Lastres, 2006, p. 162).

¹⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

te, la propiedad, se adquieren originariamente mediante la ocupación, o derivativamente, mediante el sistema del título y el modo, o a través de la usucapión (art. 609 CC)¹⁷. Difieren también en cuanto a su vocación temporal, ya que, si bien, por lo general, nuestro derecho común se opone a la existencia de obligaciones jurídico-personales perpetuas (art. 1583 CC, para el arrendamiento de servicios), nos encontramos con que la propiedad se proyecta de manera indefinida en el tiempo. Tampoco es idéntico el régimen de enajenación, y es que, según decíamos, la enajenación de derechos reales requiere típicamente de una forma de *traditio*, de acuerdo con el sistema del título y el modo, pudiendo darse, en determinados casos, una adquisición a *non domino* por parte de un adquirente de buena fe (ex arts. 85 y 86 CCom¹⁸, art. 34 LH¹⁹, *inter alia*²⁰); por su parte, la transmisión de derechos personales (no incorporados a través de un título-valor) no requiere de *traditio*, sino de notificación al deudor (art. 1526 CC)²¹, personal a requisito, no pudiendo el adquirente de buena fe ampararse en la apariencia para adquirir un derecho distinto al que tenía el cedente.

En fin, podríamos seguir, señalando las diferencias entre las acciones paradigmáticas para la defensa del crédito (acción de cumplimiento) y de la propiedad (acción reivindicatoria), la posibilidad de acceso al registro de la propiedad (circunscrito en principio a los derechos reales, aunque existen ciertas excepciones, ex art. 2 LH); o el necesario carácter formal de los negocios con trascendencia jurídico-real (art. 1280 CC). No obstante, nuestro objetivo aquí es simplemente el de efectuar una ilustración somera y concisa sobre algunas de las divergencias entre el tratamiento que nuestro ordenamiento ofrece a una y otra categoría de derechos patrimoniales. Que lo anterior sirva para defender la vigencia y pertinencia de una diferenciación entre derechos personales y jurídico-reales en nuestro derecho positivo, sin perjuicio de que ciertos autores puedan negar la relevancia científica de tal diferenciación.

¹⁷ Las teorías obligacionistas del derecho real concebirían los supuestos del artículo 609 del CC como una forma de nacimiento de una obligación (general de abstención) *ministerio legis*, supuesto al que se refiere el artículo 1089. En otras palabras, la obligación general de abstención en la que consistiría la propiedad tendría su origen en una disposición legal, el artículo 609, que asociaría tal obligación a la concurrencia de una serie de supuestos de hecho (por ejemplo, la ocupación originaria de la *res nullius*).

¹⁸ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

¹⁹ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley hipotecaria.

²⁰ Resulta común en cierto sector de la doctrina referirse al artículo 464 del CC como el principal habilitador de adquisiciones a *non domino* en lo que a bienes muebles se refiere, mediante el cual se daría acogida al principio germánico de *Hand wahre Hand* en nuestro derecho positivo. Sin embargo, creemos que esta interpretación, que nunca había gozado de gran predicamento en nuestra jurisprudencia, ha sido convincentemente combatida por uno de los autores que con más profundidad se han aproximado al tema (Miquel González, 1979), alineándose con la postura defendida en su momento por Vallet de Goytisolo (1956).

²¹ Si bien algunos autores defienden que dicha notificación no tendría una eficacia perfeccionadora de la cesión, sino que simplemente operaría en el plano legitimatorio, frente al deudor cedido, precluyendo la eficacia solutoria del pago al acreedor aparente (art. 1164 CC. Véase García-Pita y Lastres, 2006, p. 551).

3. Sobre la idoneidad del activo digital para constituir objeto de propiedad. Breve referencia a la propiedad intelectual

Antes de pasar a analizar la cuestión que constituye el principal objeto del presente trabajo, queremos aprovechar la ocasión para efectuar una puntualización previa. Desde un plano estrictamente fáctico y no necesariamente jurídico, un activo digital no es una «cosa», sino que es el «estado» –materializado normalmente gracias a una concreta disposición de códigos binarios– en el que se encuentra una cosa (el soporte a través del cual se reproduce; sea un ordenador, un teléfono móvil, una televisión, etc.). Cuando decimos que un dispositivo representa cierta información almacenada electrónica o magnéticamente, a lo que nos referimos es que el *hardware* de dicho dispositivo almacena cierta energía electrónica o magnética, que se representa de una forma concreta, siguiendo las reglas según las cuales el dispositivo ha sido diseñado. Si la pantalla de un ordenador muestra una imagen con la letra «A», es porque su *hardware* almacena cierta cantidad de energía en una disposición –binaria– que es distinta a la que llevaría asociada la representación de la letra «B».

Esto implica que la información digital solo existe en la medida en que sea representada en un determinado dispositivo (en términos escolásticos, diríamos que se trata de un «accidente» y no de una «sustancia»). Esta puntualización es relevante de cara a diferenciar el caso de los activos digitales frente a otros supuestos de –en este caso sí– «cosas» que, a pesar de no ser perceptibles (o de serlo limitadamente) por los sentidos de forma independiente, sí tienen una existencia autónoma frente al soporte en el que se almacenan, y sobre los que está relativamente aceptado que pueden ser objeto de derechos reales, tales como ciertos gases, o el fluido eléctrico (Clavería Gonsálbez, 2015a).

Lo anterior no tiene por qué condicionar necesariamente el resultado de nuestro examen. Al fin y al cabo, y al contrario que otros sistemas de tradición civilista²², nuestro derecho común no contiene una enumeración positiva de los caracteres que debe reunir la cosa para ser objeto de derecho real. No lo encontramos en los artículos 348 y siguientes del CC, relativos al derecho de propiedad, ni siquiera en los artículos 333 y siguientes, que desarrollan conceptos como el de «bien» o «cosa».

La existencia de un derecho personal o real no depende necesariamente y en todo caso de las características del objeto sobre el que recae o, si se quiere, solo lo hace de manera refleja. Así, en ocasiones, nuestro legislador se refiere a los derechos incorporales como una clase de «cosas»²³ e, incluso, llega a contemplar de manera puntual y por motivos eminentemente prácticos situaciones en las que el objeto de ciertos derechos reales es, a su vez, un derecho

²² Véase *supra* nota 13.

²³ Por ejemplo, en los artículos 334.10 o 336 (Clavería Gonsálbez, 2015b). Esto entronca con una distinción recogida por Gayo, de acuerdo con la cual se podía diferenciar entre cosas materiales e inmateriales, perteneciendo los derechos a esta segunda categoría (Silva Sánchez y Acedo Penco, 2019, p. 115).

de crédito²⁴. Por otro lado, podríamos referirnos a supuestos en los que una misma cosa es, simultáneamente, objeto de un derecho real y personal: piénsese en el caso de un arrendamiento, o de una compraventa en la que la cosa ya está determinada. En estas situaciones existe, sobre el mismo bien, una posición jurídico-real (la del arrendador o el vendedor) y otra jurídico-personal (la del arrendatario o comprador). El lector perspicaz podrá criticar esta última aseveración; al fin y al cabo, el objeto de un derecho personal es siempre una prestación: en el caso de la compraventa, es la obligación de *dare* y en el arrendamiento la de *prestare*, no la cosa en sí. Sin embargo, no puede negarse que existe una íntima conexión, siquiera *mediata*, entre el derecho del arrendatario, o del comprador; y la cosa arrendada o vendida²⁵. Si esta relación entre acreedor del derecho personal y cosa no puede explicarse desde el objeto de la obligación, sí lo hace desde su causa. Y es precisamente esta relación la que explica, por ejemplo, la posibilidad de proteger registralmente derechos personales sobre bienes inmuebles, como el del arrendatario (art. 2.5 LH) o del optante (art. 14 RH)²⁶, o que se afirme que el comprador de una cosa determinada es titular de un auténtico «derecho real en formación»²⁷.

Vemos, pues, que no es tanto el objeto como la relación con dicho objeto lo que determina que nos encontremos ante un tipo de derecho u otro. Resulta común hallar en los tratados destinados al estudio del tema afirmaciones sobre cómo el derecho real otorga un dominio inmediato sobre el bien, que contrasta con la relación mediata de los derechos personales. Pero ¿mediata respecto de qué? Respecto de un deudor que, para ostentar tal condición, debe ser persona, debe estar dotado de una voluntad distinta y –típicamente– contrapuesta, pero a la vez coincidente con la del acreedor. Es precisamente dicha voluntad la que le permite cumplir, liberándose de su carga, o incumplir. Y es la posibilidad de incumplimiento la que fundamenta la existencia de mecanismos de tutela del crédito, legales (art. 1224 CC) o contractuales.

Si el *dominus* se ve frustrado en relación con su propiedad, porque esta no le sirve de acuerdo con su expectativa, no existe un remedio equivalente a la acción de cumplimiento, por no existir una obligación que compeler, un deudor compelido, ni una expectativa merecedora de protección por el ordenamiento. No nos referimos a supuestos de perturbación

²⁴ El artículo 469 del CC reconoce la posibilidad de usufructo sobre derechos. El artículo 1868 del CC, por su parte, y según la interpretación dada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia 1147/1997, de 19 de abril, también admitiría la constitución de prendas sobre derechos de crédito; posibilidad asimismo reconocida *ex lege* con relación a la prenda sin desplazamiento (véase el art. 54.3 de la ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión). Sobre las diferencias entre una y otra modalidad de prenda de créditos, véase la RDGRN de 18 de marzo de 2008.

²⁵ Decía Hernández Gil (1967) que «no es que los derechos de crédito sean incompatibles con las cosas [...]. Las cosas son un elemento constante de los derechos reales y solo un factor variable en los de crédito» (p. 105). Posteriormente, refiriéndose a la opinión de Messineo, decía el mismo autor que «la actitud, durante mucho tiempo generalizada, de excluir las cosas de los derechos de crédito ha sido después rectificadas».

²⁶ Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento hipotecario.

²⁷ «Formación» que no se perfeccionaría hasta la tradición de la cosa (Sánchez Calero, Moreno Quesada y González Porras, 2014, p. 34).

del derecho de propiedad por parte de terceros, tutelados con acciones como la reivindicatoria (y que tienen un equivalente más apropiado en figuras como la tutela aquiliana del crédito en materia de derechos obligacionales, antes que en las acciones por incumplimiento). Tampoco nos referimos a supuestos como los saneamientos por evicción o por vicios ocultos, que tienen su origen, no en el derecho de propiedad, sino en el negocio jurídico previo. Estamos hablando de algo tan evidente como que dentro de la dinámica del aprovechamiento jurídico-real de la cosa (y sin perjuicio de la ya mencionada intervención de terceros) no existe una voluntad deudora, y esto es lo que justifica parte de sus diferencias con la relación jurídico-personal. Si bien las cualidades de una cosa no determinan enteramente su idoneidad para ser un objeto de derecho real, sí podemos concluir que existe una influencia refleja: entendida la propiedad como un señorío naturalmente inmediato, solo aquellos objetos susceptibles de ser sometidos de forma inmediata podrán ser apropiables.

Todo activo digital debe estar necesariamente representado en un soporte. Según decíamos previamente, los principios Unidroit asocian la caracterización de un activo digital como tal a su susceptibilidad para ser controlado de forma exclusiva y excluyente por su titular (principio 6)²⁸, lo que los diferencia de otras formas de contenido representado digitalmente. Este control solo se consigue cuando el sistema en el que se representa la información es ajeno al ámbito de control del titular del activo digital²⁹. Pensémoslo de la siguiente manera: el activo digital se constituye como tal principalmente por su vocación circulatoria. Para que pueda darse una transmisión, de tal forma que el transmitente pierda el control exclusivo y excluyente a favor del transmisionario, es necesario que la asignación del control se efectúe por una entidad, un «registro» externo tanto al transmitente como al transmisionario. El motivo radica en que, si la asignación de la titularidad corresponde exclusivamente, pongamos, al transmitente (por ejemplo, porque se compromete a eliminar la información de su equipo una vez transmitida), no puede decirse que el transmisionario adquiera un control exclusivo y excluyente, ya que ello dependerá en último término de la voluntad del transmitente de, efectivamente, eliminar los datos en cuestión. Mientras que la *traditio* posesoria supone necesariamente la desposesión del *tradens*, no ocurre lo mismo con la transmisión de un contenido digital. En la medida en que el «control» exclusivo y excluyente del transmisionario dependa de la voluntad del transmitente, este control no será exclusivo y excluyente, *ergo* no habría un auténtico activo digital.

El soporte o registro donde se almacena el activo, sin embargo, tampoco debe estar sometido al arbitrio de una única voluntad. Si este fuera el caso, no podría decirse que el transmitente ostenta un control exclusivo y excluyente sobre el activo digital, ya que el con-

²⁸ Comentario 6.4 de los principios: «it is important to note that control (as defined in Principle 6) is also an element in the definition of "digital asset" in Principle 2(2): only an electronic record which is capable of being subject to control is a "digital asset" and therefore within the scope of the Principles».

²⁹ Comentario 6.10 de los principios: «the exclusive abilities contemplated by Principles 6(1)(a)(i) and 6(1)(a)(iii) assume the existence of a system for digital assets that reliably establishes those abilities and their exclusivity».

control dependería de la efectiva colaboración del gestor del registro, con lo que, de nuevo, no existiría un control exclusivo, excluyente y enajenable por parte del titular. Aquí es donde las DLT se presentan como las grandes posibilidades de los activos digitales. En la medida en que el registro está distribuido, y este se comporta de acuerdo con unas reglas preestablecidas, ningún nodo concreto puede intervenir en el control de un titular sobre su activo. Es solamente el titular el que, de acuerdo con dichas normas, puede controlar el activo digital.

Desde un punto de vista técnico, la afirmación anterior es correcta. Las DLT se diseñan partiendo de un sistema de incentivos que hace antieconómico cualquier intento de concentración del control de la mayoría de los nodos en un único sujeto (Nuzzi *et al.*, 2024). Esto asegura que los nodos que integran el sistema estén suficientemente distribuidos; mas, ¿cuál es el alcance de dicha distribución? Según veíamos, esta se refiere a la descentralización en los soportes en los que se almacenan las distintas copias del sistema. La descentralización también se proyecta sobre la capacidad para añadir cambios (por ejemplo, anotando transacciones) en el registro: ningún nodo concreto alberga una copia «matriz», ni tampoco puede imponer a los demás nodos la validación de una transmisión.

Así, en las DLT arquetípicas, todos los nodos almacenan una copia idéntica del registro, sin que existan relaciones jerárquicas entre unas versiones y otras. Esto permite que, aunque el registro esté distribuido, siga siendo único, y es precisamente la singularidad del registro la que explica la integración de los nodos en un único sistema a pesar de su dispersión³⁰: los nodos participan en la misma red en la medida en que comparten la misma versión del registro. La información representada –el activo digital– solo existe en relación con un registro concreto que acredita su existencia. Es por ello que podemos afirmar que las DLT suponen una descentralización lógica –de los nodos–, a la par que una centralización ontológica –del registro–.

El nodo, que individualmente considerado es prescindible, al integrarse en un sistema más amplio, pasa a ser el elemento clave del mismo. Y es que toda relación con un activo digital debe necesariamente estar mediada por un nodo (o si se quiere, por todos los nodos), garante(s) de la existencia y transmisibilidad del activo digital. En la medida en que la totalidad de las facultades que lleva aparejada la titularidad sobre un activo digital necesitan de la colaboración de uno o varios terceros –los nodos o, mejor dicho, los sujetos que controlen dichos nodos–, consideramos esta relación incompatible con el tipo de señorío directo e inmediato que caracteriza al derecho real de propiedad.

Admitimos que un nodo individual no tiene la capacidad para disponer de un activo digital contra la voluntad de su controlador. Tampoco puede impedir una transacción llevada a cabo conforme a las «normas» de funcionamiento del registro. Esto implica que, en efecto, el titular de un activo digital ostenta un control exclusivo y excluyente vis a vis de un nodo

³⁰ Según decíamos, el nodo que contenga una versión del registro inidéntica a la mayoritaria queda excluido de la red. Por lo tanto, la unidad del registro es premisa y fundamento de la unidad del sistema.

concreto. No obstante, el normal disfrute de las facultades que van aparejadas al control necesita de la colaboración de los nodos integrantes de la red en su conjunto (*rectius*: de la mayoría de dichos nodos). Por ello, no puede decirse que la situación de dominio sea exclusiva y excluyente *erga omnes*, ya que el ejercicio de dicho control requiere de manera indispensable de la colaboración de determinados terceros. Entre el titular del activo digital y dichos nodos existe una relación eminentemente jurídico-personal que, a falta de un mejor calificativo, podríamos definir apelando a la figuras contractuales, como la del mandato (arts. 1709 y ss. CC; véase Ibáñez Jiménez, 2018, p. 112), y que se revela como tal de forma paradigmática en el momento de la transacción, en el que el titular del activo, debidamente legitimado como tal, emite una orden a un destinatario indeterminado *a priori* (un nodo «minero» o «validador») para que este proponga al resto de los nodos la adición de nueva información al registro que, una vez actualizado, pasará a incluir la nueva transmisión.

El que los nodos no puedan o, mejor dicho, no existan incentivos para que contraríen el «mandato» del titular del activo digital pertenece al terreno de la *quaestio facti* y no debe afectar al análisis jurídico. La improbabilidad de incumplimiento no oscurece la existencia de una voluntad –eso sí, colectiva y dispersa– de cumplimiento, la cual es incompatible con un derecho de propiedad como el que se recoge en nuestro ordenamiento, caracterizado precisamente por un dominio tal que el propietario no necesita de la colaboración de ningún tercero *particular* para disfrutar de la cosa³¹.

La mejor manera de ilustrar la existencia de tal voluntad pasa por destacar aquellos casos en los que esta contraría el supuesto control del titular. Si los nodos de un sistema DLT actúan de manera no organizada (lo cual será el supuesto habitual), parece que estos no obedecerán más que a la *lex cryptographica*, a las «reglas» de funcionamiento del registro, que, en efecto, otorgan un control exclusivo y excluyente al titular legitimado como tal. No obstante, puede darse el caso de que la mayoría de los nodos pasen a actuar de forma coordinada, ya sea porque un único sujeto haya pasado a controlar una porción significativa de los nodos (lo cual será complejo, especialmente en los sistemas más numerosos, aunque no imposible)³², o por-

³¹ Se podrá argumentar que toda propiedad necesita del respeto de un deber general de abstención. Ante tal objeción, diremos que dicho deber, materialización de un principio general de *alterum non laedere*, no es algo exclusivo del derecho real, sino que también debe ser respetado en relación con los derechos de crédito (dando lugar, en caso contrario, al resarcimiento mediante la tutela aquiliana del crédito). Siendo el respeto del deber general de abstención un condicionante tanto para los derechos reales como para las obligaciones, diremos que estas se diferencian de aquellos en la necesidad de la concurrencia de una voluntad especial, no general, de cumplimiento.

³² Resulta común que los nodos se agrupen en *pools* para beneficiarse de economías de escala, entre otros motivos. En 2014, un mismo *pool* llegó a controlar en dos ocasiones el 50 % de los nodos de la red de Bitcoin, lo cual lo situó a una distancia mínima de poder someter el sistema entero a su voluntad (Cawrey, 2014). En cualquier caso, debemos destacar que, desde 2014, el número de nodos de Bitcoin ha aumentado significativamente, y sería muy poco probable que una concentración así pudiese darse en la actualidad. Sin embargo, los sistemas más pequeños están menos protegidos frente a una situación de este calibre.

que los gestores de dichos nodos deciden operar de manera concertada. Este fue el caso en 2016, cuando gran parte de los integrantes del sistema de Ethereum consensuaron que una transacción concreta había sido llevada a cabo de forma ilegítima, con lo que acordaron eliminarla del «registro»³³. En ocasiones, sin embargo, la interferencia (*rectius*: la negativa a tolerar) en el ejercicio de las facultades de control por parte de los nodos se produce, no necesariamente a causa de una actuación concertada, sino debido a la coacción por parte de un tercero, como una autoridad pública. Este es el caso del fenómeno conocido como la «censura» de transacciones, que se ha vuelto enormemente frecuente en sistemas como Ethereum. La censura se produce cuando, a causa de la presión de un Estado, una serie de nodos rechaza la anotación de determinadas transacciones sobre las que existen indicios de estar relacionadas con actividades ilegales. Datos recientes de la fundación Ethereum mostraron que aproximadamente el 70 % de los nodos encargados de seleccionar qué transacciones añadir a la red rechazan transacciones relacionadas con actividades ilícitas de acuerdo con la Office of Foreign Assets Control estadounidense³⁴. Si bien ello no determina necesariamente la imposibilidad de que algunas de estas transacciones «censuradas» accedan al sistema, sí dificulta enormemente el ejercicio de las facultades que llevaría aparejada la titularidad del activo digital representado en Ethereum, lo que colisiona con la idea de un control exclusivo y excluyente.

Los principios Unidroit desarrollan el concepto de control como un dominio fáctico³⁵, equivalente a la situación de posesión³⁶ o detentación material³⁷ respecto a una cosa física.

³³ Dicha reversión no fue aceptada por la totalidad de los nodos, lo que supuso el *hard fork* entre Ethereum y Ethereum Classic (Cryptopedia, 2023).

³⁴ Estadística disponible en <https://censorship.pics/>. En Ethereum la función de adición de nuevas transacciones se divide entre tres tipologías de bloques: las propuestas de transacciones se seleccionan por los «constructores» (*builders*), luego pasan a los retransmisores (*relay*) y, finalmente, a los validadores (*validators*). En el momento de redacción del presente trabajo, los datos agregados de los últimos 60 días indican que la cifra de nodos que participan en la censura de transacciones es del 66 % en los constructores, del 42 % en los retransmisores, y del 10 % en los validadores. Estas diferencias se explican por el carácter secuencial de la cadena, de tal forma que la gran mayoría de las transacciones censurables son filtradas por los «eslabones» inferiores.

³⁵ Comentario 6.1: «the concept of "control" is of great importance in these Principles. Principle 6 contains a detailed definition of control of a digital asset. Although control is a factual concept that is separate from, and need not accompany, proprietary rights».

³⁶ Comentario 6.2: «The exclusive ability requirements in Principle 6(1)(a) contemplate that "control" assumes a role that is a functional equivalent to that of "possession" of movables. However, "possession" in this context is a purely factual matter and not a legal concept. Moreover, because a digital asset is intangible, this functional equivalence to possession involves only the dominion and power over a digital asset but does not involve the physical situs dimension applicable to possession of movables. Whether "control", as defined in Principle 6, exists is a matter of fact and does not depend on a legal conclusion».

³⁷ Nos parece más adecuado emplear el concepto de «detentación material», dada la tendencia de nuestro derecho (deudora de las tradiciones germanistas, pero cuyos antecedentes también pueden encontrarse en el derecho romano justinianeo [García Valdecasas, 1953, p. 14]) de admitir nociones espiritualizadas de posesión (*vids. arts. 430-437 CC*).

La detentación material no conoce más límites que las leyes que rigen el mundo físico y, sin perjuicio de que su ejercicio pueda comportar la transgresión de las fronteras de la legalidad (en cuyo caso el detentador deberá soportar el correspondiente reproche jurídico), esta no requiere *a priori* de la conformidad de ninguna voluntad distinta de la del propio detentador. Esto, sin embargo, no ocurre con la dinámica del control del activo digital, en la que la voluntad del controlador se topa en todo caso con la necesidad de la anuencia de determinados terceros (o, mejor dicho, contrapartes). Esto constituye una diferencia sustancial entre control y detentación material y, a nuestro parecer, vuelve artificioso cualquier esfuerzo de catalogar como «propiedad» a la situación de titularidad sobre un activo digital.

La inadecuación del instituto de la propiedad no tiene implicaciones meramente científicas, al contrario, también puede suponer importantes inconvenientes prácticos a la hora de elaborar un sistema normativo relativo a los activos digitales. En primer lugar, porque desde la noción de propiedad no se consigue explicar las relaciones que existen entre el titular del activo digital y los nodos.

Todo ejercicio de voluntad supone una posibilidad de elección entre alternativas, algunas de las cuales pueden perseguir el mejor interés del titular del activo digital, y otras, no. Si bien las DLT se diseñan con el objeto de minimizar comportamientos desleales de nodos individuales (y así se habla de sistemas «tolerantes a fallos bizantinos»), los nodos integrantes del sistema siguen ejerciendo cierto grado de discrecionalidad (por ejemplo, en el caso de los nodos mineros o validadores, a la hora de seleccionar y organizar las transacciones que se pretenden añadir al registro)³⁸. En tales situaciones, es posible que, *v. gr.*, los gestores de los nodos antepongan sus propias transacciones frente a las demás para beneficiarse de las fluctuaciones en el precio (*front-running*), o que incentiven un aumento en el volumen de las transacciones para aumentar las «comisiones» percibidas (*churning*) (Ibáñez Jiménez, 2022, p. 21). Estos supuestos pueden resultar en un daño antijurídico para el titular del activo digital (derivado de las alteraciones en el precio, de la dificultad o el retraso en el ejercicio de sus facultades de control). El problema es que el instituto de la propiedad no contiene ninguna figura que permita el resarcimiento por la frustración del ejercicio de las facultades dominicales, por no existir una voluntad, una «parte pasiva de la propiedad» a la que imputar tal daño. Dicho de otro modo, el derecho real de propiedad, al contrario que los derechos de crédito, no contempla la posibilidad de incumplimiento³⁹.

Ante tal tesitura, se plantean dos salidas para mantener la postulación de un derecho de propiedad sobre el activo digital, a la par que se da solución a supuestos como los referidos

³⁸ Discrecionalidad que es especialmente notoria en ciertos modelos de gobernanza que tienden hacia estructuras oligopolísticas, donde existen incentivos (economías de escala) para que los nodos se agrupen en torno a grandes *pools* (Ibáñez Jiménez, 2022, p. 21).

³⁹ Insistimos que acciones como la de resarcimiento por evicción o vicios ocultos, o las que reconoce la normativa de consumidores y usuarios por defectos en el producto, pertenecen al ámbito jurídico-personal del negocio que sirve como título, no a la relación jurídico-real de propiedad.

en el párrafo anterior: en primer lugar, se podría canalizar la responsabilidad de los nodos «desleales» desde la responsabilidad extracontractual. Nos parece artificiosa esta postura, ya que nos obligaría a calificar de extracontractual la relación entre nodo y titular del activo digital, a pesar de tratarse de un vínculo en el que el nodo se obliga a gestionar un interés ajeno de forma voluntaria, concurriendo el consentimiento tanto del titular como del nodo, un objeto y una causa lícita, con lo que no resulta sencillo aducir argumentos para negar la existencia de una relación contractual entre nodo y titular.

Precisamente por ello, la segunda salida pasaría por reconocer que, en paralelo al derecho de propiedad sobre el activo digital, existe una relación obligacional entre nodo y titular del activo, semejante a un depósito o a un mandato. En tal caso, podemos preguntarnos: cuando el titular de un activo digital ordena la transferencia del mismo, ¿lo hace en virtud del control «fáctico» en calidad de propietario, o más bien en calidad de acreedor (¿mandante?) de la relación obligacional? Y, en caso de que acceda al contenido del «registro» para legitimarse como titular ante terceros, ¿es un ejercicio del derecho real de propiedad, o del derecho de crédito vis a vis de los nodos? Estos supuestos ilustran que el reconocimiento de una obligación personal a favor del titular del activo digital implica un solapamiento prácticamente absoluto entre tal derecho personal y el supuesto derecho de propiedad. A nuestro parecer, y a la luz de las consideraciones que efectuaremos más adelante, este solapamiento hace que el reconocimiento de un derecho de propiedad sea prescindible.

Existen más motivos que nos llevan a poner en entredicho la viabilidad de un dominio propiamente dicho sobre el activo digital. La jurisprudencia es consistente a la hora de afirmar que las acciones paradigmáticas para la defensa de la propiedad, que son las de naturaleza reivindicatoria (incluyendo tercerías de dominio, etc.) requieren necesariamente la correcta identificación de la cosa a reivindicar de la que el propietario ha sido injustamente desposeído (por todas, STS 8840/1987, de 3 de julio), y esta identificación debe llevarse a cabo incluso en relación con cosas fungibles (Sánchez Calero *et al.*, 2014, p. 178). Dejando de lado el supuesto de los denominados *non-fungible tokens* o NFT, que son activos digitales respecto de los cuales se prevén mecanismos técnicos que aseguran su identificabilidad singular, la mayoría de DLT funcionan mediante un sistema de «saldos». Retomando el ejemplo de Bitcoin, si A es titular de tres bitcoins y transmite dos de ellos a B, ello implica que el sistema reconocerá que B pasa a tener la capacidad de disponer sobre un saldo de dos bitcoins; no obstante, no existe una continuidad entre los bitcoins de los que se desprende A y los que adquiere B⁴⁰. De nuevo, las implicaciones de esta imposibilidad para mantener una identidad objetiva que trascienda las transferencias de activos digitales no operan exclusivamente en el plano teórico. Pensemos en el siguiente supuesto: A, titular de cinco bitcoins es despojado de sus claves criptográficas por B que, a su vez, es titular de tres bitcoins. Este último se transmite a sí mismo, empleando las claves de A, los cinco bitcoins, que pasan a estar controlados por las claves de B. Posteriormente, B transmite los ocho bitcoins de los que ahora es titular

⁴⁰ Una excepción dentro del sistema Bitcoin podrían ser los llamados «bitcoins coloreados».

a C, D, E, F, G, H, I y J. ¿Cómo articular en tal situación una acción reivindicatoria? ¿Debería articularse una suerte de acción reivindicatoria solidaria dirigida contra los ocho adquirentes indistintamente, lo cual quebraría la esencia misma de la reivindicación?

No obstante, el principal motivo que nos lleva a rechazar la propiedad sobre activos digitales no reside ni en la imposibilidad del derecho real para explicar por sí mismo aquello que en sí constituye el núcleo de la titularidad sobre el activo digital (las relaciones entre titular y nodos), ni en las dificultades que surgen al tratar de identificar activos concretos de cara a su reivindicación.

Imaginemos que existe un registro digital de unidades de cuenta operado por una sola persona, a través un solo equipo informático. El gestor de este equipo informático decide anotar una serie de unidad de cuenta a favor de varios sujetos distintos, comprometiéndose a administrarlos de acuerdo con las instrucciones que reciba. Así, el gestor solamente actualiza el registro cuando uno de los «titulares» le ordena que transfiera sus unidades de cuenta a favor de otro sujeto.

Creemos que hasta los más firmes defensores de la tesis del reconocimiento de la propiedad sobre activos digitales convendrán en que las unidades de cuenta que acabamos de describir no pueden constituir activos digitales apropiables. En el supuesto que exponíamos, el equipo informático, el «nodo único» tiene una libertad omnímoda para crear o destruir activos digitales. Cuando se le ordena que efectúe una transferencia por parte del titular de un «activo» representado en este registro, el nodo puede elegir si llevar a cabo dicha transferencia o no. Contrariamente, también es factualmente posible que el gestor elija unilateralmente llevar a cabo una transferencia no ordenada por el titular del «activo». En tal situación, está claro que no existe un control exclusivo y excluyente por parte del titular de las unidades de cuenta representadas en dicho registro, toda vez que la existencia y el destino económico de cada «activo» depende de la voluntad de un único sujeto distinto del titular.

Pensemos ahora en el ejemplo contrario: las grandes *blockchains*, tales como Bitcoin o Ethereum. Si aceptásemos que los activos representados en estas redes otorgan un grado de control suficiente a sus titulares como para poder predicar la existencia de una relación de propiedad, ello nos conduciría inevitablemente a la pregunta: ¿a partir de qué momento el control fáctico es *suficiente* como para hablar de propiedad?

La distinción entre derecho personal y jurídico-real es discreta, no continua. Una cosa puede ser objeto de propiedad, o puede no serlo, *tertium non datur*. La imposibilidad de un control absoluto sobre un activo digital –por depender su existencia, en último término, de varios terceros–, empero, torna la cuestión de la suficiencia del control en elemento determinante del *status* jurídico del activo. Si el titular de un bitcoin es auténtico propietario, mientras que el titular de las unidades de cuenta a las que nos referíamos no es más que un mandante, entonces nos encontramos con que la determinación cuantitativa de la suficiencia condiciona la diferenciación cualitativa entre propietario y acreedor; en otras palabras, la propiedad se torna

en una propiedad emergente. Y en la medida en que el derecho de propiedad se considere como la premisa para la aplicación de todo un corpus normativo sobre los activos digitales, la compleja cuestión sobre la suficiencia pasa a tener una trascendencia jurídica mayúscula.

¿Qué criterios deberían guiar tal juicio sobre la suficiencia? Si convenimos que un registro que está controlado por una única entidad no otorga un control suficiente a los titulares de activos digitales, podríamos inducir que todo registro en el que no exista un control mayoritario por parte de un único sujeto sí que haría a los activos digitales susceptibles de un control propiamente dicho. Sin embargo, este criterio aisladamente considerado carece de capacidad para explicar supuestos de actuación concertada entre distintos gestores de nodos, en los que es manifiesto que existe un debilitamiento del control sobre el activo digital. Tampoco permitiría comprender fenómenos como el de la «censura» en Ethereum en los que, sin existir un convenio entre gestores de nodos, su comportamiento se coordina en una misma dirección, dada la presencia de un factor externo común a los distintos nodos. Una valoración adecuada del control exigiría un examen del comportamiento y las relaciones internodales ciertamente intrusivo, más propio de otras áreas, como puede ser el derecho de la competencia y, en cualquier caso, incompatible con la naturaleza descentralizada de las DLT.

Por otro lado, sea cual sea el o los criterios escogidos para valorar la suficiencia del control, estos serán esencialmente variables a lo largo del tiempo. Así, una desconexión de un gestor de nodos, o la adquisición de parte de los nodos por un mismo sujeto podría suponer una variación en los porcentajes de control que dotase a una única entidad de la capacidad fáctica de alterar el sistema en su conjunto. ¿Devendría insuficiente el grado de controlabilidad de los activos digitales representados a través de tal sistema? ¿Supondría ello la pérdida del carácter jurídico-real del derecho sobre tales activos? ¿Qué consecuencias tendría lo anterior sobre la aplicabilidad de las normas sobre activos digitales?

Antes de proseguir, queremos aprovechar para efectuar una puntualización, tendente a evitar una posible objeción que quizás se nos presente. Como se podrá observar, nuestra tesis, relativa a la inadecuación del expediente de la propiedad para explicar la titularidad de un activo, no se colige del carácter inmaterial de los activos digitales, sino de su imposibilidad para existir (y, por ende, ser aprovechados) de forma inmediata. Esto supone que en nada afecte a nuestra postura el hecho de que nuestro derecho reconozca una suerte de «propiedad especial» (arts. 428 y 429 CC) que recaee sobre ciertos bienes inmateriales, producto de la mente humana.

La existencia de la protección orquestada por el ordenamiento a través de los derechos de propiedad intelectual supone, en efecto, una titularidad sobre una suerte de bien «espiritual». No obstante, dicha protección resulta irrelevante a efectos de los argumentos que aquí esgrimimos, principalmente por dos motivos: el primero, porque, contrariamente a lo que indica su denominación, la doctrina mayoritaria entiende que la propiedad intelectual no es una auténtica propiedad, sino, más bien, un «derecho subjetivo complejo» (Cámara Lapuente, 2018, p. 329), cuyo contenido (patrimonial y moral) dista enormemente del propio de las facultades dominicales, y cuyo *nomen* se justifica exclusivamente atendiendo al

interés en enfatizar su eficacia *erga omnes* (Gete Alonso, 2019, p. 864)⁴¹. En segundo lugar, aun obviando la postura mayoritaria que niega a la propiedad intelectual el carácter de verdadera propiedad, seguiría siendo cierto que la propiedad intelectual, al igual que el dominio, y contrariamente a la titularidad sobre activos digitales, permite un disfrute directo e inmediato del «bien» (Cámara Lapuente, 2018, p. 329). Es decir, aunque la propiedad intelectual pueda ser aprovechada a través de un tercero, también cabe el supuesto contrario, esto es, que el aprovechamiento se lleve a cabo por el propio titular, sin que sea necesaria la colaboración de ningún otro sujeto (piénsese en el titular de una patente que explota por sí mismo la invención protegida). Los activos digitales, de naturaleza igualmente intangible, y al contrario que las invenciones protegidas mediante la propiedad intelectual, requieren de forma necesaria la colaboración de varios terceros para el ejercicio de las facultades íntitas en la condición de titular. Es esta necesidad (que no se puede predicar de las invenciones) la que, a nuestro parecer, impide dotar a los activos digitales del carácter de apropiables. Por ello, entendemos que la existencia de derechos de propiedad intelectual que recaigan sobre bienes inmateriales es irrelevante a efectos de la presente discusión.

4. ¿Es necesaria la propiedad sobre activos digitales?

Aquellos que abogan por el reconocimiento de una auténtica propiedad sobre los activos digitales nos podrán catalogar de antipragmáticos, o incluso dogmáticos. Se nos objetará que el derecho se debe a su propia coherencia interna, pero que el respeto a la obra del jurista clásico quiebra a favor de la necesidad de explicar las nuevas realidades emergentes; que «el derecho [es] eternamente el mudar; así lo que existe debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio» (Ihering, 1985, p. 66).

Es cierto que el jurista, y más marcadamente el iusprivatista, debe aproximarse a su función en calidad de ingeniero de los costes de transacción (Gilson, 1997). Las construcciones doctrinales sobre los derechos personales y reales no deben empecer el ejercicio de dotar de una regulación adecuada a un fenómeno tan trascendente económica y socialmente como el de los activos digitales. Lo que aquí combatimos es que la aplicabilidad de dicho corpus normativo esté asociado al reconocimiento de un derecho de propiedad sobre los activos digitales. La titularidad sobre el activo digital, a pesar de recordar funcionalmente a la auténtica propiedad, se explica mejor como un derecho personal que, eso sí, presenta ciertos elementos (la pluralidad de partes acreedoras indeterminadas apriorísticamente, la existencia de elementos técnicos que dificultan el incumplimiento, etc.) que la separan de los derechos de crédito paradigmáticos. Es desde el derecho de obligaciones desde el que, *mutatis mutandis*, se debe diseñar el régimen normativo de los activos digitales.

⁴¹ Decía Lacruz (2003) que, «en realidad, la denominación de "propiedad" es solo expresión del deseo de conceder al autor o inventor la protección más fuertemente organizada dentro del Derecho patrimonial, lo cual no impide que el poder jurídico sobre las creaciones intelectuales sea algo distinto y autónomo» (p. 343).

El régimen de los principios Unidroit propone dotar a los activos digitales de un tratamiento jurídico en muchos sentidos análogo al de las cosas objeto de propiedad. Sin embargo, dicho tratamiento no necesita partir, en todo caso, del reconocimiento de un derecho de propiedad. Al contrario, el legislador puede –como ya se ha hecho en el pasado– dotar a ciertos derechos personales de un estatuto normativo semejante al de los derechos reales, en pro de facilitar el tráfico económico. Es así, y no de otra manera, como el respeto a la coherencia interna del derecho debe quebrar a favor de la necesidad de dar un tratamiento adecuado a las nuevas realidades.

Grosso modo, podríamos sintetizar en tres los objetivos normativos perseguidos por los principios: el establecimiento de un régimen que favorezca la transmisibilidad de los activos; la habilitación de la posibilidad de establecer derechos reales de garantía sobre dichos activos; y la protección al titular en caso de concurso del «custodio del control» –esto es, un proveedor especializado que adquiere el control del activo digital para mantenerlo por cuenta del titular–.

En lo relativo a la transmisibilidad, los principios 6-9 contienen las principales normas que se proponen en relación con la situación de control y las transmisiones de activos digitales. Los activos digitales nacen con una vocación circulatoria, y ello permea en el principio 8.2, que reconoce que la posición del adquirente de buena fe de un activo digital es irrevindicable, y que no se le pueden oponer excepciones derivadas de la posición de su transmitente. Según comentamos previamente, esto contrasta con el régimen común de los derechos personales, en el que rige la máxima de *nemo dat quod non habet*.

Es claro que los derechos personales, por lo general, no presentan la misma vocación circulatoria que la propiedad. No obstante, ello no quiere decir que no existan fenómenos de *ius singulare* que se alejen del supuesto general. El ejemplo más evidente es el de los títulos-valores que, a través del instituto de la incorporación, permiten dotar a un derecho personal del tratamiento propio de un derecho real; sin embargo, «la incorporación no es un proceso taumatúrgico que transfigure un derecho en una cosa, sino un proceso instrumental que, en función de determinados fines, hace posible –en ocasiones y con límites– tratar un derecho como si fuese una cosa» (Paz-Ares Rodríguez, 1995, p. 8).

La incorporación parte de la existencia de un bien material, el título físico, que sí puede ser objeto de una titularidad jurídico-real. Esto no ocurre, sin embargo, con los valores representados mediante anotaciones en cuenta. El sistema elaborado por el legislador en el artículo 11 de la LMV⁴² es tan elegante como eficaz. Sin necesidad de determinar si el titular registral ostenta una posición personal o real, la norma determina la aplicabilidad *mutatis mutandis* de los principios de transmisión propios de los títulos-valor (y, por ende, con matices, de los bienes muebles).

⁴² Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los mercados de valores y de los servicios de inversión.

Es cierto que algunos autores habrían venido defendiendo que la titularidad de los valores anotados tendría un carácter jurídico-real⁴³. Esta postura, que dista de ser mayoritaria⁴⁴, y que no podemos compartir (esencialmente por los mismos motivos que nos llevan a rechazar la propiedad sobre activos digitales) es, a nuestro parecer, deudora en la mayoría de los casos de la importancia de la construcción doctrinal de la incorporación en los títulos-valores. En cualquier caso, la misma existencia de este debate, y la falta de consenso sobre el carácter de auténticamente apropiables de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, refuerza la tesis del presente trabajo, ya que evidencia que el reconocimiento de un auténtico derecho de propiedad no constituye una premisa necesaria para el funcionamiento de un sistema especial de transmisión de derechos personales.

El principio 14 pretende que se reconozca la posibilidad de constitución de derechos reales de garantía sobre activos digitales, lo cual es consecuente con la creciente importancia económica de esta clase de activos. Parece razonable pensar que la calificación como propiedad de la relación de titularidad sobre el activo digital facilitaría la consecución de este fin, en la medida en que los supuestos arquetípicos de prenda (art. 1864 CC) parten de la existencia de una cosa mueble pignorada. Nuestro ordenamiento contempla, empero, la posibilidad de constitución de derechos reales limitados y de garantía sobre derechos personales. Según se comentó anteriormente⁴⁵, el Código Civil y la jurisprudencia admiten la posibilidad de constitución de usufructo y prenda sobre derechos, incluyendo los derechos de crédito. Por lo tanto, en la medida en que la pignorabilidad no es una característica exclusiva de los derechos reales, no basta como argumento para defender el reconocimiento de un *status* de propietario a favor del titular de un activo digital.

El tercero de los motivos está relacionado con la función de los denominados «custodios». Según exponíamos previamente, las DLT se caracterizan por la necesidad de que el titular se legitime mediante el uso de ciertas claves criptográficas personales. No obstante, los riesgos (de extravío, sustracción, etc.) inherentes a tal sistema derivan en que, de forma habitual, se recurra a un tercero, un custodio especializado en la gestión de claves criptográficas. Esto supone que el custodio adquiera, por cuenta del titular, el control del activo digital, lo que puede derivar en situaciones conflictivas en caso de insolvencia del custodio. Por ello, el principio 13 lidia con el supuesto de concurso, determinando que los activos digitales custodiados no integran la «masa activa» –sirviéndonos de la terminología de nuestro derecho nacional– del concurso.

⁴³ A favor de la tesis del carácter jurídico real de la titularidad sobre los valores, véanse García-Pita y Lastres (2006, pp. 853 y ss.) o Martínez-Echevarría y García de Dueñas (2003, pp. 23 y ss.), *inter alia*.

⁴⁴ En contra, véase, por todos, Madrid Parra (1999, p. 2.732). Ramos Muñoz (2018) señalaba que «no parece fácilmente compatible con un derecho de propiedad, entendido en la forma del Derecho civil, que el mismo resulta ejercitable a través de único punto de entrada, representado por un intermediario».

⁴⁵ Véase *supra* nota 24.

Parece que la forma más natural de orquestar esta protección a favor del titular en nuestro derecho pasaría por reconocer un «derecho de separación» (arts. 239 y ss. TRLC)⁴⁶ que permitiese detraer los activos digitales de la masa activa. El supuesto paradigmático del derecho de separación parte de la premisa de un derecho de propiedad sobre el bien «separado» (art. 239.1 TRLC), de lo que podría colegirse que, para que el titular de un activo digital pueda verse beneficiado por tal derecho, se le deberá reconocer la condición de propietario. Y, sin embargo, una vez más nos encontramos con que el supuesto general dista de ser único; en este sentido, la doctrina es pacífica (por todos, Martín López, 2022, pp. 326, 327) a la hora de reconocer que el derecho de separación puede proyectarse sobre cualesquiera elementos patrimoniales, incluidos derechos de crédito, susceptibles de incluirse (indebidamente) en la masa activa. Por ello, tampoco podemos compartir la postura que justifica la necesidad de reconocimiento de un derecho de propiedad apelando a la necesidad de proteger al titular en caso de concurso de su custodio.

Lo que estos ejemplos evidencian es que los derechos personales llevan asociados unas características típicas, pero solo de forma contingente. Resulta plenamente admisible y sólito que *ministerio legis* se dote a ciertos derechos que revisten elementos particulares de un tratamiento jurídico más propio de las cosas sin reconocer necesariamente que sean cosas. Es en la adición de excepciones y no en la eliminación de la regla donde, a nuestro parecer, se encuentra el ansiado equilibrio legislativo entre continuidad y discontinuidad que puede dotar a los activos digitales de un régimen normativo adecuado.

5. Conclusión

El activo digital es una unidad de cuenta representada en un soporte que posee unas características tales que otorgan a su controlador unas facultades de disfrute y disposición relativamente amplias. Esto se consigue mediante la implementación de una serie de protocolos técnicos que impiden a un nodo concreto perturbar la capacidad de control sobre el activo. No obstante, ello no debe inducirnos a error: todo ejercicio del control sobre un activo requiere (*rectius*: consiste en) una conducta activa u omisiva llevada a cabo por uno o varios nodos.

La propiedad, entendida como señorío directo e inmediato sobre una cosa, no requiere de una contraparte para el normal ejercicio del derecho. Esto supone una diferencia estructural, cualitativa entre derecho real y personal, que no puede reducirse a un juicio de suficiencia. La dificultad, incluso imposibilidad de incumplimiento por parte de un nodo particular, no puede disfrazar la existencia de tal nodo, y su función a la hora de tolerar el ejercicio de los derechos del titular.

⁴⁶ Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal.

La subyacencia de una relación personal no hace al activo digital menos merecedor de un derecho propio y adaptado a sus particulares características. Sin embargo, la actividad normativa no debe partir del reconocimiento de una relación de propiedad. Como creemos haber podido demostrar, existe plenitud de supuestos de *ius singulare* en los que nuestro ordenamiento otorga a un derecho personal un tratamiento más cercano al de los derechos reales. De esta manera, dotaremos al activo digital de un régimen que favorezca su desarrollo sin necesidad de desdibujar las fronteras conceptuales entre las categorías de derecho personal y real.

Referencias bibliográficas

- Anguiano, J. M. (2018). «Smart Contracts». Introducción al «contractware». https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/smart-contracts-introduccion-al-contractware
- Cámara Lapuente, S. (2018). Los contenidos digitales como objeto de propiedad: aspectos problemáticos de su transmisión (en particular, en contratos con consumidores). En *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo*. Tirant lo Blanch.
- Cawrey, D. (2014). Are 51% Attacks a Real Threat to Bitcoin? <https://www.coindesk.com/markets/2014/06/20/are-51-attacks-a-real-threat-to-bitcoin/>
- Clavería Gonsálbez, L. (2015a). Artículo 333. Concepto de bienes muebles e inmuebles. En C. Paz-Ares Rodríguez (Ed.), *Comentario del Código Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Clavería Gonsálbez, L. (2015b). Artículo 334. Bienes inmuebles. En C. Paz-Ares Rodríguez (Ed.), *Comentario del Código Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Cryptopedia (2023). What was the DAO? <https://www.gemini.com/cryptopedia/the-dao-hack-makerdao>
- García García, J. A. (2022). *Régimen jurídico civil de los criptoactivos*. Colex.
- García Valdecasas, J. G. (1953). *La posesión*. (2.ª ed.). Comares.
- García-Pita y Lastres, J. L. (2006). *Derecho de títulos-valores (parte general)*. Tórculo Ediciones.
- Gete Alonso, M. (2019). Comentario al art. 43. En R. Bercovitz, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (4.ª ed.). Tecnos.
- Gilson, R. J. (1997). Lawyers as Transaction Cost Engineers. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=11418
- Gomá Lanzón, I. (2014). ¿Se puede constituir una sociedad con bitcoins? <https://www.hayderecho.com/2014/06/09/se-puede-constituir-una-sociedad-con-bitcoins/>
- González Meneses, M. (2019). *Entender blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido*. (2.º ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Guzmán Durán, C. R. y Muñoz, V. (2020). Fundamentos de Bitcoin y Blockchain. https://www.ucm.es/vicente_munoz/file/bitcoin-1?ver

- Hernández Gil, A. (1967). La función social de la posesión: ensayo de teorización sociológico-jurídica. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Ibáñez Jiménez, J. (2018). *Blockchain: Primeras Cuestiones en el Ordenamiento Español*. Dykinson.
- Ibáñez Jiménez, J. (2022). DEFI Paradox: la necesaria centralización de las finanzas descentralizadas. *Blockchain Intelligence*. https://blockchainintelligence.es/wp-content/uploads/2022/01/DeFi-paradox_-la-necesaria-centralizacion-de-las-finanzas-descentralizadas_.pdf
- Ihering, R. (1985). La lucha por el derecho (original de 1872). *Cuadernos Cívitas*.
- Lacruz, J. L. (2003). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales. Volumen primero, posesión y propiedad*. (2.ª ed.). Dykinson.
- Madrid Parra, A. (1999). *Transmisión de valores al portador y de los representados mediante anotaciones en cuenta*. La Ley.
- Martín López, A. I. (2022). La masa pasiva del concurso y los créditos contra la masa. En J. Pulgar Ezquerro (Dir.), *Manual de Derecho Concursal*. (4.ª ed.). La Ley.
- Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A. (2003). *La naturaleza jurídica de los valores anotados en cuenta. El desarrollo de la doctrina de los werltrechte en el derecho español*. Ediciones Mariano Otero. https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/231/1/Naturaleza_MartinezEchevarria_2003.pdf
- Miquel González, J. M. (1979). *La posesión de bienes muebles*. Montecorvo.
- Nuzzi, L., Waters, K. y Andrade, M. (2024). Breaking BFT: Quantifying the Cost to Attack Bitcoin and Ethereum. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4727999
- Paz-Ares Rodríguez, C. (1995). *La desincorporación de los títulos-valor (el marco conceptual de las anotaciones en cuenta)*. Colegios Notariales de España.
- Ramos Muñoz, D. (2018). La desmaterialización de los valores negociables. En R. Illescas Ortiz, (Ed.), *Electronificación de los títulos valores*. (2.ª ed.). Civitas.
- Sánchez Calero, F. J., Moreno Quesada, B. y González Porras, J. M. (2014). *Curso de derecho civil. Vol. III, derechos reales y registral inmobiliario*. (8.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Silva Sánchez, A. y Acedo Penco, A. (2019). *La persona y la propiedad en el derecho romano: análisis a través de sus etapas históricas y su influencia en el derecho civil vigente*. Dykinson.

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



La consideración de objetivos de desarrollo sostenible en los procedimientos de reestructuración empresarial

Marta Flores Segura

*Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid (España)
Of Counsel. Baker McKenzie*

marta.flores@uam.es | <https://orcid.org/0000-0002-2958-7883>

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don José María Blanco Saralegui, don Francisco Javier Arias Varona, don José Luis Blanco Pérez, doña María Medina Alcoz, don Luis Mingo Benedicto, doña Nieves Moralejo Imbernón y doña María José Morillas Jarillo.

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

Extracto

Este trabajo analiza el papel que juega la sostenibilidad en las operaciones de reestructuración empresarial realizadas en el marco de procedimientos de insolvencia, tanto concursales como preconcursoales. A estos efectos, se revisita el debate sobre los fines de los procedimientos de insolvencia y sobre quiénes son los *stakeholders* en los mismos. En relación con esta cuestión, se analizan con detalle las últimas tendencias internacionales en el derecho de la insolvencia y, sobre la base de lo anterior, se ensaya una aproximación teórica en torno a la admisibilidad y la conveniencia de la consideración de intereses basados en la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia y al impacto que ello puede tener sobre los intereses de los acreedores.

Palabras clave: acreedores; insolvencia; partes interesadas; reestructuración; sostenibilidad.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 05-09-2024 / Publicado: 04-11-2024

Cómo citar: Flores Segura, M. (2024). La consideración de objetivos de desarrollo sostenible en los procedimientos de reestructuración empresarial. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 286, 33-60. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.22127>



The consideration of sustainable development goals in business restructuring procedures

Marta Flores Segura

This paper has won **second prize Financial Studies 2024 Award** in the category of **Civil and Commercial Law**.

The jury members were: Mr. José María Blanco Saralegui, Mr. Francisco Javier Arias Varona, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mrs. María Medina Alcoz, Mr. Luis Mingo Benedicto, Mrs. Nieves Moralejo Imbernón and Mrs. María José Morillas Jarillo.

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

Abstract

This paper analyses the role that sustainability plays in corporate restructuring operations carried out in the context of insolvency proceedings. To this end, the debate on the purposes of insolvency proceedings and their stakeholders is revisited. In relation to this issue, the latest international trends in insolvency law are analysed in detail and a theoretical approach to the admissibility and appropriateness of the consideration of sustainability-based interests in insolvency proceedings and the impact this may have on the interests of creditors is discussed.

Keywords: creditors; insolvency; stakeholders; restructuring; sustainability.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 05-09-2024 / Published: 04-11-2024

Citation: Flores Segura, M. (2024). La consideración de objetivos de desarrollo sostenible en los procedimientos de reestructuración empresarial. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 286, 33-60. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22127>

Sumario

1. Introducción
 2. Los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia
 - 2.1. Consideraciones generales
 - 2.2. El modelo del gobierno corporativo: accionarialismo (*shareholderism*) vs. stakeholderismo (*stakeholderism*)
 - 2.3. La postura tradicional en la insolvencia. El «acreedorismo» (*claimholderism*)
 - 2.4. La irrupción de los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia
 - 2.5. Conclusiones preliminares
 3. El rol de la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia
 - 3.1. Consideraciones generales
 - 3.2. La sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia bajo las posturas tradicionales
 - 3.3. Ensayo de un nuevo enfoque basado en la viabilidad
 4. La preferencia legal expresa por propuestas sostenibles: análisis crítico de su conveniencia
 - 4.1. El caso de la Ley concursal española
 - 4.2. Análisis crítico
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo se ha realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: el proyecto titulado «La adaptación al Derecho europeo de la empresa: los nuevos retos del derecho de sociedades y de los mercados de capitales (II)» (referencia PID2023-146728NB-I00), cuyos investigadores principales son los profesores Aurora Martínez Flórez y Enrique Gandía Pérez; el proyecto titulado «Gobierno corporativo y creación de valor compartido» (referencia PID2020-112624GA-I00), cuyo investigador principal es el profesor Javier Megías López; y el proyecto titulado «The Transformative Power of European Union Insolvency Law», cuyos investigadores principales son los profesores Salvador Tomás Tomás y Rafael Castillo Felipe.

«A crisis is a terrible thing to waste»

Paul Romer. Premio Nobel de Economía

1. Introducción

La investigación en materia de sostenibilidad es una fértil disciplina que ha dado lugar (sobre todo en los últimos años) a un elevado número de trabajos académicos, especialmente en el campo del gobierno corporativo. En franco contraste con lo anterior, la sostenibilidad ha recibido escasa atención entre quienes nos dedicamos al derecho de la insolvencia. En efecto, los trabajos sobre insolvencia y sostenibilidad publicados a nivel mundial pueden contarse con los dedos de una mano¹.

El debate en torno a la sostenibilidad suele articularse en términos de su eventual impacto positivo en la creación de valor y el desarrollo empresarial a largo plazo, y no en el posible papel que pueda jugar en un contexto de insolvencia². Mas no por ello debe descartarse la existencia de conexiones intrínsecas entre ambas cuestiones. Al fin y al cabo, las crisis constituyen situaciones idóneas para plantear cambios que, por su dimensión o naturaleza, probablemente no serían bienvenidos –o siquiera factibles– en otro contexto³. Una situación de insolvencia puede ser, por lo tanto, una oportunidad para «reconstruir» una compañía mejorándola en términos de desarrollo sostenible, ya sea mediante la reducción de emisiones o cambiando sus estructuras operativas para promover una mejor gobernanza, una mayor diversidad, una protección laboral más intensa o unas prácticas antidiscriminatorias más sólidas, así como otras contribuciones a diversos objetivos de justicia social (*build back better*, en la expresión anglosajona) (Atkins y Luck, 2021, pp. 24-25).

Ello justifica el estudio que aquí se propone y que consiste en analizar el papel que juega la sostenibilidad (si es que juega alguno) en las operaciones de reestructuración empresarial realizadas en el marco de procedimientos de insolvencia⁴. El análisis parte de un concep-

¹ Algunas de las contadas excepciones son los trabajos de Linna (2019, pp. 210-232), que realiza un experimento de trasplante jurídico al examinar si los procedimientos de insolvencia pueden tener por objetivo un enfoque basado en la sostenibilidad, y de Boon (2018, pp. 150-177). El presente trabajo se nutre abundantemente de las aportaciones de ambos autores.

² Así lo reconocen Bauer y Krasodomska (2015): «The problem of CSR in relation to the companies at risk of bankruptcy is not common in literature where the concept is mostly discussed in terms of its positive impact on the value creation and company's long-term development» (p. 21).

³ En palabras de Sahut *et al.* (2012): «Crises can provide an opportunity for making easier radical changes compared with stable periods» (p. 152).

⁴ Este modesto trabajo se enmarca dentro de una tendencia internacional que aboga por reexaminar los postulados del derecho de la insolvencia en el actual contexto social y económico. Ejemplo de esta tendencia es, por ejemplo, el trabajo de Vaccari y Van Ho (2023).

to amplio de reestructuración, que incluye no solamente las operaciones que se realizan con carácter preventivo (a través de planes de reestructuración en el sentido de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia), sino también aquellas que se producen en el seno de un concurso de acreedores (por ejemplo, a través de un *pre-pack* o de la venta de unidades productivas en la liquidación).

El análisis del papel de la sostenibilidad en los procedimientos de reestructuración concursales y preconcursales exige visitar el eterno debate relativo a los fines de los procedimientos de insolvencia y a quiénes son los *stakeholders* en los mismos. En relación con esta cuestión, se analizan con detalle las últimas tendencias internacionales en el derecho de la insolvencia y, sobre la base de lo anterior, se ensaya una aproximación teórica relativa a la admisibilidad y a la conveniencia de la consideración de intereses basados en la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia y al impacto que ello puede tener sobre los intereses de los acreedores⁵.

2. Los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia

2.1. Consideraciones generales

No puede analizarse el papel de la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia sin abordar el imperecedero debate relativo a los fines de los procedimientos de insolvencia y a los intereses que los mismos deben atender. En efecto, si entendemos que el objetivo primordial de las reestructuraciones es maximizar la satisfacción de los acreedores, entonces la sostenibilidad no debería ser preferida ni valorada intrínsecamente (Linna, 2019, p. 218). Por el contrario, si incluimos dentro de los *stakeholders* de los procedimientos de insolvencia a personas que no sean acreedoras, entonces la sostenibilidad sí podría jugar un papel en contextos de crisis.

Para centrar el debate, utilizaremos un planteamiento paralelo al que se emplea en el marco societario. Como es bien sabido, en el campo del gobierno corporativo se ha investigado a fondo quiénes son los *stakeholders*, cuál es su tipología y cómo deben priorizarse los correspondientes intereses⁶. Trataremos de trasladar ese modelo al campo de la insolvencia y, a partir de ahí, analizaremos las últimas tendencias normativas.

⁵ Las conclusiones preliminares de este trabajo han sido expuestas en dos congresos internacionales. En primer lugar, en el II German-Austrian-Spanish Symposium, «Future Challenges in Company and Capital Markets Law: ESG (Sustainability) - Digitalization - Resilience (Restructuring)», celebrado en el Centro Cultural La Corrala de Madrid los días 11 y 12 de mayo de 2023. En segundo lugar, en el I Congreso Internacional de Derecho de la Empresa, celebrado a través de la plataforma Zoom entre el 18 y el 23 de septiembre 2023, organizado por la Asociación Civil «Derecho y Sociedad» de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁶ La misma metodología es aplicada por Boon (2018, p. 152).

2.2. El modelo del gobierno corporativo: accionarialismo (*shareholderism*) vs. stakeholderismo (*stakeholderism*)

El enfoque adoptado en el marco del gobierno corporativo se construye en torno a la conocida división entre dos posturas: por un lado, aquella que defiende la primacía del socio (*shareholder primacy*)⁷, y, por otro, la que aboga por introducir la perspectiva de los *stakeholders* (las demás personas que también ostentan un interés en la empresa, esto es, las partes interesadas). Estas teorías han dominado (y polarizado) durante décadas el debate sobre los fines corporativos, y ambas han sido objeto de numerosas críticas (en gran parte justificadas). Así, a la teoría de la primacía del accionista se le reprocha, principalmente, su carácter injusto, y la teoría de los *stakeholders* es considerada, entre otras cosas, imprecisa e inviable⁸. Frente a ellas, han surgido varias alternativas, como el *Entity Maximisation and Sustainability Model (EMS)* –que se centra en la empresa como entidad y propone que el objetivo de una empresa es fomentar la riqueza de la misma (lo que implicará que los directivos se esfuercen por aumentar el valor de mercado a largo plazo de la compañía)⁹– o la *Enlightened Shareholder Theory (ESV)* –que se basa en la primacía del accionista pero aboga por la rentabilidad a largo plazo e incorpora los intereses de otras partes (Harper, 2010, pp. 59 y ss.; Baumfield, 2016, pp. 187 y ss.)–.

Así las cosas, y dejando al margen estas alternativas, las posturas básicas son, fundamentalmente, dos: el «accionarialismo» (*shareholderism*), si la atención se centra en los intereses de los accionistas, y el «stakeholderismo» (*stakeholderism*), si los intereses de los

⁷ Esta división ha sido calificada como «el gran debate» (*The Great Debate*) (Vasudev y Watson, 2012, p. 6). Nos remitimos también a los trabajos de Jensen y Meckling (1976, p. 305) y Millon (2013, p. 1013), que describe dos tipos de primacía del accionista: (a) la primacía *radical* del accionista, en la que los administradores se centran totalmente en servir a los intereses de los accionistas, y (b) la primacía *tradicional* del accionista, en la que los administradores deben tener en cuenta los intereses de los accionistas y (en su caso, solamente cuando proceda) los intereses de los no accionistas.

⁸ Por ejemplo, Hart (1993) señaló la imposibilidad de aplicar en la práctica la teoría de los *stakeholders* porque la idea de exigir a un administrador que tenga en cuenta los intereses de todos los grupos es «esencialmente vacua», ya que los administradores podrían justificar cualquier decisión alegando que eventualmente beneficia a alguna persona o grupo de interés (pp. 299-303).

⁹ Esencialmente, el modelo implica el fomento de la riqueza de una entidad, lo que determina que los administradores deban esforzarse por aumentar el valor de mercado global a largo plazo de la compañía. Esto supondrá aumentar el valor de la empresa en su conjunto, teniendo en cuenta la inversión realizada por diversas personas y grupos. El enfoque de maximización de la entidad implica que los administradores tomen decisiones que maximicen la riqueza general de la empresa. En otras palabras, los administradores deben hacer aquello que maximice el valor de la corporación, de modo que aumente el valor actual neto para la empresa en su conjunto. La maximización de la riqueza de la corporación no siempre se mide por los beneficios obtenidos en un periodo determinado. Al mismo tiempo que maximizan la riqueza, los administradores tienen que garantizar la supervivencia de la entidad. Así pues, el modelo tiene dos elementos: maximizar la riqueza de la entidad y, al mismo tiempo, garantizar su sostenibilidad financiera (Keay, 2010, pp. 38 y ss.).

consumidores, de los trabajadores o la protección del medio ambiente también se incluyen entre los fines de la compañía¹⁰.

2.3. La postura tradicional en la insolvencia. El «acrededorismo» (*claimholderism*)

En el derecho de la insolvencia también existe un animado (y longevo) debate sobre los objetivos que persiguen estos procedimientos¹¹. Se trata de una cuestión sobre la cual existen, fundamentalmente, dos escuelas de pensamiento: el enfoque de la negociación *ex ante* con los acreedores (*creditors' bargain approach*) y el enfoque del beneficio social (*social benefit approach*)¹².

La primera postura se refiere al problema de reparto de un limitado e insuficiente fondo común (*common pool*) y considera que el derecho de la insolvencia debería reflejar el acuerdo que previsiblemente los acreedores alcanzarían entre ellos si pudieran negociarlo desde

¹⁰ No entraremos aquí en un análisis pormenorizado de lo que debe entenderse por *stakeholders*. Sin embargo, resulta útil el resumen que propone Boon (2018), que trae a colación las modificaciones adoptadas por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 2015 en relación con la Propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2007/36/EC sobre el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/EU en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobierno corporativo (COM[2014]0213-C7-0147/2014-2014/0121[COD]) (pp. 154 y ss.). El Parlamento Europeo propuso la siguiente definición de *stakeholders*: «todo individuo, grupo, organización o comunidad local que se vea afectado por el funcionamiento y los resultados de una empresa o que tenga un interés en ellos». Sin embargo, esta definición no se incluyó en el texto final de la Directiva (UE) 2017/828. Otras muchas definiciones de *stakeholders* pueden encontrarse en la literatura académica. Por ejemplo, la de Freeman (1984): «Una parte interesada en una organización es (por definición) todos aquellos grupos e individuos que pueden afectar, o se ven afectados por, el cumplimiento del propósito organizativo» [«A stakeholder in a organization is (by definition) all of those groups and individuals that can affect, or are affected by, the accomplishment of organizational purpose»] (p. 25). Otra perspectiva más invasiva es la que proponen Savage *et al.* (1991): «Las partes interesadas incluyen a aquellos individuos, grupos y otras organizaciones que tienen un interés en las acciones de una organización y que tienen la capacidad de influir en ella» [«Stakeholders include those individuals, groups, and other organizations who have an interest in the actions of an organization and who have the ability to influence it»] (p. 61). Estos autores distinguen, además, entre (a) partes interesadas primarias (*primary stakeholders*), como las que tienen un impacto económico directo y necesario en la organización, y (b) partes interesadas secundarias (*secondary stakeholders*), como las que solamente forman parte indirectamente de la actividad de la empresa, pero que pueden influir en ella. Para examinar las diferentes partes interesadas, se proponen dos dimensiones: (a) la amenaza potencial que representan y (b) el potencial de cooperación con estas partes interesadas.

¹¹ Hace referencia al mismo Veach (1997, pp. 1.211-1.212). Un excelente resumen puede encontrarse en Tirado (2009, pp. 1078 y ss.).

¹² También conocido como el *loss allocation model*, en la medida en que busca la manera de repartir las pérdidas del modo más justo, tomando en consideración distintas variables e intereses (Tirado, 2009, p. 1.079).

una posición *ex ante*. Bajo esta perspectiva, el derecho de la insolvencia está destinado a ser un enorme (y eficiente) dispositivo de cobro de deudas. Se trata, a grandes rasgos, de la escuela del Law & Economics, cuyo máximo representante en el ámbito concursal es el profesor Jackson (1984, 1985, 1986)¹³, y conforme a cuyos postulados las cuestiones sociales no están relacionadas con el derecho de la insolvencia. La pregunta fundamental en materia de insolvencia para Jackson y su escuela es: ¿qué obtienen los acreedores? Esta visión se centra en la satisfacción de las preferencias individuales y en la «realización de la eficiencia asignativa, mediante la cual los recursos se asignan de acuerdo con su valor expresado por la disposición a pagar de los individuos». Así las cosas, en el contexto del derecho de insolvencia, la atención se dirige a maximizar el valor únicamente para los acreedores.

Frente a esta postura, la teoría rival incorpora elementos redistributivos y de política pública al derecho de la insolvencia, ampliando su alcance más allá de los acreedores y tomando en consideración a otros *stakeholders* cuyos intereses no son estrictamente crediticios (por ejemplo, personas trabajadoras, consumidores, el Estado, etc.). Bajo esta concepción, el derecho de la insolvencia no aspira únicamente a pagar a los acreedores, sino que existen consideraciones más amplias que deben tenerse en cuenta. Quienes abogan por esta postura consideran simplista decir que el derecho de la insolvencia solamente se ocupa de garantizar que los acreedores obtengan el mayor retorno posible, e insisten en que, si bien la insolvencia de un deudor se manifiesta en términos económicos, la misma tiene importantes implicaciones sociales (Carlson, 1992; Daly, 1990, p. 401; Finch, 1997; Gross, 1997, 1994; Keay, 2000, p. 527; Korobkin, 1991, 1993; Morrison y Anderson, 2013, pp. 179 y ss.; Warren, 1987, 1993).

Trasladando la distinción tomada del gobierno corporativo al ámbito de la insolvencia, denominaremos «acrededorismo» (*claimholderism*) a la postura conforme a la cual los únicos intereses que deben tenerse en cuenta en la legislación sobre insolvencia son los intereses de los acreedores y, por lo tanto, en el contexto de la insolvencia, el objetivo es maximizar el valor exclusivamente para estos –es decir, la postura del enfoque de la negociación *ex ante* con los acreedores o *creditors' bargain approach* (término que tomamos prestado de Linna, 2019, pp. 210-232)–. Y consideraremos, en este sentido, a la postura contraria (la del beneficio social o *social benefit approach*) como una perspectiva paralela al *stakeholderismo* del gobierno corporativo, en la medida en que abre la puerta a la consideración de intereses de personas distintas a los acreedores.

Tradicionalmente, la postura dominante ha sido sin duda el «acrededorismo»: durante mucho tiempo, los intereses de los acreedores han sido los que más han importado (*rectius*, los únicos que han importado) en los procedimientos de insolvencia, que han estado principalmente dirigidos a garantizar un trato igualitario a los acreedores (la famosa *par condicio creditorum*) y a maximizar el valor del patrimonio del deudor insolvente. Hoy en día,

¹³ Jackson (1986) considera el derecho de la insolvencia como una forma de «mejorar un problema común creado por un sistema de remedios individuales de los acreedores» (pp. 16-17). Véase también Baird y Jackson (1984) y Scott y Jackson (1989).

en Europa, maximizar la satisfacción de los acreedores sigue siendo el interés primordial (véanse, por ejemplo, los casos de España y Alemania) (Tirado, 2009).

2.4. La irrupción de los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia

Existen varias tendencias que han fortalecido el rol de los *stakeholders* en el ámbito de la insolvencia. Entre las mismas destacan, fundamentalmente, tres: la expansión de los objetivos incluidos en el ámbito de los regímenes de insolvencia, el cambio de enfoque a nivel de armonización en la Unión Europea y el interés en rescatar empresas viables que atraviesan dificultades financieras (Boon, 2018, pp. 160 y ss.).

El primero de estos factores es la *expansión de los objetivos incluidos en el ámbito de los regímenes de insolvencia*. Si bien, hoy en día, la satisfacción de los acreedores continúa siendo el interés principal de la mayoría de los regímenes de insolvencia en Europa, lo cierto es que su alcance se está ampliando para incluir, a menudo con una importancia secundaria, los intereses del deudor, de los empleados o de la sociedad civil. De esta forma, en el plano teórico, aunque la perspectiva del *creditors' bargain* sigue siendo la predominante, parece que el enfoque social está adquiriendo cada vez más influencia, como demuestra la evolución reciente de las tendencias normativas internacionales. Veamos algunos ejemplos.

- El Reglamento Europeo de Insolvencia, en su redacción original del año 2000, no hacía referencia alguna a intereses que no fueran los de los acreedores. Sin embargo, esto cambió con la refundición de 2015, al hilo de la cual se incluyeron referencias a los trabajadores y a la protección de los puestos de trabajo (véanse los considerandos 63 y 72, el artículo 13, etc.).
- Otro ejemplo es la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial de 2014¹⁴, cuyo considerando 1 hacía hincapié en un amplio grupo de intereses: «El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, *maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía*».
- Un hito particular fue la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza (1997)¹⁵, cuyo preámbulo afirma: «La finalidad de la presente Ley es la de

¹⁴ *Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency* (Text with EEA relevance) (2014/135/EU).

¹⁵ *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation* (1997).

establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes: (a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza; (b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones; (c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja *los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas*, incluido el deudor; (d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor; así como (e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y *de preservar el empleo*». Del mismo modo, el artículo 69 de la Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación establece que: «La Ley Modelo tiene por objeto servir de instrumento para llegar a una solución coordinada y global para todas las partes interesadas en el procedimiento de insolvencia» (obsérvese que no se alude aquí exclusivamente a los acreedores). Por su parte, el artículo 161 se refiere a «la finalidad más amplia de la Ley Modelo, a saber, la de promover la cooperación internacional como medio de optimizar los resultados para todos los interesados (o *stakeholders*)».

- Otro ejemplo no europeo de fomento de la participación de los *stakeholders* puede extraerse de Estados Unidos: el American Bankruptcy Institute (ABI) presentó en 2014 un informe tras un amplio estudio sobre una posible reforma del capítulo 11 del *Bankruptcy Code* de Estados Unidos relativo a los procedimientos de reorganización¹⁶. El objetivo del grupo de trabajo para el informe del American Bankruptcy Institute era: «proponer reformas al Capítulo 11 y a las disposiciones legales relacionadas que equilibren mejor los objetivos de efectuar la reorganización efectiva de los deudores empresariales –con la consiguiente preservación y expansión de puestos de trabajo– y la maximización y realización del valor de los activos para todos los acreedores y partes interesadas (o *stakeholders*)».
- Y finalmente llegamos a la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva de 2019, que utiliza el término «parte interesada» (o *stakeholder*) en varias ocasiones¹⁷. El considerando 3 utiliza la expresión «acreedores, *trabajadores* y *otras partes interesadas*, así como la economía en su conjunto». El considerando 10 establece que: «Toda operación de reestructuración, en particular cuando es de gran envergadura y conlleva repercusiones importantes, debe basarse en un diálogo con *los interesados*». El considerando 16 afirma que «la eliminación de los obstáculos a la reestructuración preventiva efectiva de deudores viables en dificultades financieras contribuye a minimizar la pérdida de puestos de trabajo y las pérdidas de

¹⁶ *American Bankruptcy Institute Commission to Study the Reform of Chapter 11 (2012-2014)*, Final Report and Recommendations (2014), disponible en: www.commission.abi.org

¹⁷ Insiste en esta cuestión Boon (2018), para quien la Comisión Europea está adoptando un «enfoque *stakeholder* integrado» (*integrated stakeholder approach*) en materia de insolvencia.

valor para los acreedores en la cadena de suministro, permite preservar los conocimientos técnicos y las capacidades y, por lo tanto, *beneficia a la economía en general*». Según el apartado 6 del artículo 4, los Estados miembros pueden establecer disposiciones que limiten la intervención de una autoridad judicial o administrativa, garantizando al mismo tiempo la salvaguardia de los derechos de «las partes afectadas y de los interesados pertinentes». El artículo 19 (que se refiere a los deberes de los administradores) establece que, cuando exista probabilidad de insolvencia, los administradores deberán tener en cuenta, como mínimo, «los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otras partes interesadas». La directiva no especifica quiénes son esos «otros interesados» y, como se ha puesto acertadamente de manifiesto (Linna, 2019, p. 230), no es fácil determinar dónde se sitúa el énfasis de la directiva. En efecto, la directiva únicamente define a las «partes afectadas» como «los acreedores o clases de acreedores y, cuando sea aplicable según la legislación nacional, a los trabajadores y a los accionistas cuyos intereses se vean directamente afectados por un plan de reestructuración» (véase el artículo 2, apartado 1, apartado 2, de la directiva). Sin embargo, no parece que los conceptos de partes interesadas y de partes afectadas sean coincidentes, ya que el concepto de partes afectadas no engloba a todas las partes interesadas en la reestructuración, sino únicamente a las que se enumeran en la definición del artículo 2, apartado 1, apartado 2, de la directiva.

En todo caso, que la directiva no se centra en los intereses de los acreedores queda patente a través de la introducción de los mecanismos de exoneración de deudas (o *fresh start*)¹⁸. Difícilmente puede entenderse que estos mecanismos se prevén en interés de los acreedores (puesto que, precisamente en virtud de los mismos, verán sus créditos insatisfechos). Al contrario, la exoneración se prevé en interés de los deudores e, incluso, de la sociedad en general (en la medida en que existe un interés común genuino en que los miembros honrados de una determinada comunidad vuelvan a una posición en la que puedan contribuir de nuevo al desarrollo de la economía sin verse lastrados por deudas previas que son incapaces de satisfacer).

El segundo factor que ha influido en el fortalecimiento del rol de los *stakeholders* en la insolvencia es el cambio de enfoque a nivel de armonización en la Unión Europea (Boon, 2018, p. 160 y ss.). Ciertamente, se ha pasado de la armonización *ad hoc* a la armonización procesal, y de esta a la armonización sustantiva. Hasta el año 2000, en la legislación de la Unión Europea, las cuestiones relativas a la insolvencia eran objeto de una armonización

¹⁸ Como señala Keay (2001), la exoneración del pasivo insatisfecho, que claramente redundará en interés del propio deudor, también satisface dos aspectos de los intereses de la sociedad (p. 217). En primer lugar, existe la preocupación humanitaria de una sociedad desarrollada y solidaria de que las personas puedan liberarse de las cargas de la deuda y recuperar cierta medida de autoestima. En segundo lugar, existe un interés común en que un miembro de la comunidad recupere una posición que le permita contribuir de nuevo al desarrollo de la economía nacional (Weistart, 1977).

*ad hoc*¹⁹. La adopción del Reglamento Europeo sobre Insolvencia del año 2000 marcó el inicio de una segunda etapa, en la cual se procuró la armonización procesal de los procedimientos de insolvencia transfronterizos. A partir de 2011 se inició una tercera fase marcada por una armonización más intensa del derecho de insolvencia en la Unión Europea, que llevó no solamente a revisar el Reglamento europeo sobre insolvencia en el año 2015, sino también a la armonización de ciertos elementos de las leyes sustantivas de insolvencia. Ejemplos de esta última etapa, caracterizada por un creciente carácter invasivo de la legislación europea, son la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial de 2014²⁰, la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva de 2019 y la Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia que se hizo pública en diciembre de 2022²¹.

Finalmente, el tercer factor que suele identificarse como promotor del auge de la consideración de los intereses de los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia es el foco en *rescatar empresas viables* que atraviesan dificultades financieras. En las últimas dos décadas (a causa quizá de las sucesivas crisis económicas y de la pandemia originada por la covid-19), se ha producido un cierto cambio de paradigma en las reformas legislativas, que parecen haberse alejado del sacrosanto «paga lo que debes» (*pay what you owe*) a la promoción equilibrada de la continuidad de las empresas en dificultades (Wessels, 2014). Ejemplo de lo anterior son, nuevamente, la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial de 2014 y la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva de 2019. Este enfoque (que algunos han calificado como «holístico») (Boon, 2018, p. 160 y ss.) orientado hacia el rescate de empresas en dificultades (pero económicamente viables) en lugar de hacia la liquidación, no es algo puramente europeo, sino que se deja entrever también en el informe que el American Bankruptcy Institute (ABI) presentó en 2014 sobre una posible reforma del capítulo 11 del *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos.²²

¹⁹ Por ejemplo, se armonizan ciertos aspectos de la insolvencia en la Directiva sobre transferencia de empresas (Council Directive 2001/23/EC, of 12 March 2001, on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses), en la Directiva europea sobre viajes (Council Directive 90/314/EEC, repealed by Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council, of 25 November 2015, on package travel and linked travel arrangements) y en la Directiva sobre insolvencia de los empresarios (Directive 2008/94/EC of the European Parliament and of the Council, of 22 October 2008, on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer).

²⁰ Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency (Text with EEA relevance) (2014/135/EU).

²¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, COM(2022) 702 final, 2022/0408 (COD).

²² Véase el American Bankruptcy Institute Commission to Study the Reform of Chapter 11 (2012-2014), Final Report and Recommendations (2014), nota previa n.º 39: «El Capítulo 11 trabaja para rehabilitar empresas, preservar empleos y proporcionar valor a los acreedores solo si las empresas en dificultades y sus partes interesadas en realidad utilizan el proceso del capítulo 11 para facilitar una resolución judicial o extrajudicial de las dificultades financieras de la empresa».

2.5. Conclusiones preliminares

Lo descrito en las páginas que anteceden permite afirmar que los objetivos de los procedimientos de insolvencia se están ampliando, de forma que los intereses de los acreedores ya no son los únicos que se toman en consideración (Boon, 2018, p. 160). Así pues, de forma más tardía pero ciertamente paralela a lo acontecido en el ámbito del gobierno corporativo²³, la noción de «partes interesadas» (o *stakeholders*) ha irrumpido en el ámbito de los regímenes de insolvencia²⁴. Esto –a mi juicio– resulta indiscutible.

²³ En 2014, la Comisión Europea publicó una propuesta para revisar dos directivas sobre el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y el gobierno corporativo y promover la participación tanto de los accionistas como de otras partes interesadas en una empresa (Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre el gobierno corporativo, 9 de abril de 2014, 2014/0121 (COD). Tanto las propias directivas como esta propuesta apenas se manifiestan sobre la posición de los *stakeholders* distintos de los accionistas. El Parlamento Europeo, en respuesta, dio un paso más y sugirió incluir la posición de todos los *stakeholders* de la empresa (Parlamento Europeo, Enmiendas adoptadas por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 2015 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que atañe a determinados elementos de la declaración sobre el gobierno corporativo [COM(2014)0213-C7-0147/2014-2014/0121(COD)]). (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura), (P8_TA[2015]0257): «Greater involvement of shareholders in companies' corporate governance is one of the levels that can help improve the financial and non-financial performance of those companies. Nevertheless, since shareholder rights are not the only long-term factor which needs to be taken into consideration in corporate governance, they should be accompanied by additional measures to ensure a greater involvement of all stakeholders, in particular employees, local authorities and civil society». Con esta propuesta, el Parlamento Europeo rechazó, de forma más explícita que la Comisión, la perspectiva de la primacía de los accionistas. Sin embargo, en las fases posteriores del proceso legislativo, estas enmiendas no se incluyeron. En el texto final, tal como se adoptó en la directiva, se reiteró, no obstante, no solo que una mayor participación de los accionistas puede desempeñar un papel en la mejora de los resultados (no) financieros de una empresa, sino también que es importante implicar a otras partes interesadas en el gobierno corporativo. Véase la Directiva (UE) 2017/828, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, considerandos 2, 14 y 16. Con un papel todavía central para el accionista, esta directiva parece aplicar el mencionado enfoque de la *Enlightened Shareholder Theory* (ESV).

²⁴ Lo reconocen Wessels y Madaus (2017), quienes, además, proporcionan una definición de *stakeholder* propia de la insolvencia, en los siguientes términos: «Un *stakeholder* puede definirse como cualquier persona cuyos derechos o intereses se vean afectados directa o indirectamente por un procedimiento de insolvencia o reestructuración, razón por la cual puede tener que verse involucrada con arreglo a la legislación sobre insolvencia y reestructuración» (p. 73). Por su parte, Boon (2018, p. 151) señala que la importancia de la participación de los *stakeholders* en el ámbito de la insolvencia fue defendida, por ejemplo, por la comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género de la Unión Europea, Vra Jourová, en su discurso del 16 de junio de 2016 celebrado con motivo del V Congreso Europeo sobre Insolvencia y Reestructuración, donde habló sobre el proceso de armonización del derecho europeo de insolvencia. Hizo hincapié en la importante tarea de los profesionales y jueces de dar vida a la legislación y hacer llegar sus beneficios a todo el mercado interior.

Precisamente por eso hay quienes sostienen (seguramente con razón) que el derecho de la insolvencia ha dejado de ser un mecanismo destinado únicamente al cobro de deudas y que, en consecuencia, ha devenido necesario atender no solamente a los intereses de los acreedores²⁵. Una empresa insolvente no está aislada de su entorno (a diferencia de una deuda entre un acreedor y un deudor, la cual –por definición– normalmente sí resulta independiente del resto del mundo). Las corporaciones modernas forman parte de una gigantesca red de dependencia y, por ello, el rescate eficaz de empresas viables requiere adoptar un enfoque integrador que abarque a un grupo más amplio de partes interesadas, en particular, en una fase temprana de las dificultades financieras. Ciertamente, en circunstancias normales, la confianza y el apoyo de los *stakeholders* de una empresa es un requisito previo para que la reestructuración tenga éxito (Boon, 2018, p. 163). Y viceversa: con el rescate de una empresa viable en dificultades, los intereses de los distintos *stakeholders* se aseguran, en mayor o menor medida, con la protección de los empleos, el capital humano, la continuación de los acuerdos comerciales, el pago de impuestos, etc²⁶.

Ahora bien, antes de avanzar, debemos realizar una serie de precisiones en relación con la irrupción de los *stakeholders* en los procedimientos de insolvencia. En primer lugar, el hecho de afirmar que los intereses de los *stakeholders* deben tenerse en cuenta en los procedimientos de insolvencia no implica olvidar (ni mucho menos relegar) los demás intereses que la insolvencia trata de proteger, como los de los acreedores. De hecho, los conflictos entre cuestiones de sostenibilidad y cuestiones de insolvencia suelen enquistarse debido a la polarización de la doctrina (que, o bien apoya férrea y absolutamente una de las posturas, o bien plantea una crítica acerada de la otra)²⁷. Sin embargo, reconocer la importancia de los intereses de los *stakeholders* no significa que los intereses de estos últimos prevalezcan sobre cualesquiera otros intereses. Prácticamente nadie defiende que el interés de los *stakeholders* deba prevalecer en los procesos de reestructuración. Simplemente se postula que los intereses de los *stakeholders* deberían incluirse entre los factores a considerar (Veach, 1997, p. 1211; Keay, 2000, p. 533). Por lo tanto, que los intereses de los acreedores sean los principales en los procedimientos de insolvencia no debería necesariamente implicar que se ignoren completamente los intereses de otros *stakeholders* (Linna, 2019, p. 225). En segundo lugar, la consideración de los intereses de los *stakeholders* no es forzosamente una decisión antieconómica y tampoco es, *per se*, económicamente ineficiente, como veremos en la sección siguiente. Por último, tener en cuenta a los *stakeholders* no significa que deba salvarse también a las empresas cuya existencia ha quedado aparentemente obsoleta y cuya prolongación mediante una reorganización sea una pérdida de tiem-

²⁵ En este sentido, Keay (2000, p. 533) y Veach (1997, p. 1224) consideran que tratar una reestructuración como si solamente afectara a unas pocas partes es ver la cuestión de forma bastante simplista.

²⁶ Insisten en esta cuestión Boon (2018, p. 163), que recalca que la actitud hacia la insolvencia ha cambiado a lo largo del tiempo, y también, en el mismo sentido, Keay (2001, p. 226).

²⁷ Reprochan este enquistamiento Keay y Prez (2001, p. 109).

po y dinero²⁸. Evidentemente, si la empresa vale más liquidada que reorganizada, entonces la reestructuración carecerá de sentido²⁹.

3. El rol de la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia

3.1. Consideraciones generales

La sostenibilidad suele asociarse al «desarrollo sostenible», que, a su vez, es un marco conceptual normativo que integra el desarrollo económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente en la toma de decisiones (Dernbach, 2017, p. 125). El concepto tiene su origen en el Informe de la Comisión Brundtland (1987)³⁰, donde se define la sostenibilidad como «una estrategia de desarrollo social que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» [«A strategy for social development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own need»]. Las cuatro dimensiones del desarrollo sostenible definidas por la United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) son los apartados: medioambiental, económico, social y político. De esta forma, la sostenibilidad es un concepto amplio y la dimensión medioambiental no es la única³¹.

²⁸ Tomamos estas útiles advertencias de una clara defensora del *stakeholder approach*, Gross (1994). Esta autora considera que el enfoque del *Law & Economics* es gravemente erróneo. Señala que hay dos premisas que subyacen a la conclusión de que los intereses de los *stakeholders* en general no son una parte necesaria del debate sobre la insolvencia: la primera es que los intereses de los *stakeholders* son extremadamente difíciles de cuantificar, y esta dificultad explica su ausencia en un modelo económico relativo a la insolvencia. La segunda premisa es que el bienestar de la comunidad no es una preocupación apropiada para la insolvencia (pues la misma pretende únicamente reembolsar a los acreedores de manera eficiente). Para abordar la inadecuación de las premisas del *Law & Economics*, Gross recurre a dos movimientos jurídicos recientes: la teoría jurídica feminista (en particular, la teoría económica feminista) y el comunitarismo, y lo plantea en los términos siguientes: «Creo que el modelo económico tradicional es útil, aunque de alcance limitado, porque revela un dato importante que debe tenerse en cuenta al formular la política de insolvencia: el dinero. El dinero no carece de importancia para la insolvencia a muchos niveles. De hecho, los acreedores necesitan que se les pague. Sin embargo, propongo algo más. Sugiero que pensemos en un modelo económico más amplio, un modelo que mida otras cosas utilizando fórmulas diferentes» (p. 1.039).

²⁹ Por ejemplo, en caso de un plan de reestructuración, sus efectos no podrían imponerse a los acreedores disidentes –así se desprende de la aplicación de la prueba del interés superior de los acreedores, véanse los artículos 2(1)(6) y 10(2)(d) de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia–.

³⁰ Report of the World Commission on Environment and Development (WCED), *Our Common Future*, 1987. El informe fue elaborado por distintas naciones en 1987 para la ONU, por una comisión encabezada por la doctora Gro Harlem Brundtland, entonces primera ministra de Noruega. Originalmente, se llamó Nuestro Futuro Común (*Our Common Future*, en inglés).

³¹ Aunque el aspecto medioambiental es una parte importante de la sostenibilidad, limitar el concepto de sostenibilidad únicamente a las cuestiones medioambientales habría sido un grave error (véase el

Por su parte, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas afirma la necesidad de «proteger el planeta de la degradación, entre otras cosas mediante el consumo y la producción sostenibles, la gestión sostenible de sus recursos naturales y la adopción de medidas urgentes frente al cambio climático, para que pueda satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras» y de «velar por que todos los seres humanos puedan disfrutar de una vida próspera y satisfactoria y por que el progreso económico, social y tecnológico se produzca en armonía con la naturaleza»³².

Prescindiremos aquí de ciertas sistematizaciones que si bien han sido traídas a colación por la doctrina a la hora de analizar el rol de la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia, no resultan particularmente útiles para el análisis que pretendemos llevar a cabo (por ejemplo, la distinción entre procedimientos sostenibles desde un punto de vista funcional y desde un punto de vista fáctico, o la distinción entre procedimientos sostenibles a nivel interno o a nivel externo)³³.

3.2. La sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia bajo las posturas tradicionales

Según el planteamiento del enfoque de la negociación *ex ante* de los acreedores (*creditors' bargain approach*)³⁴, dar prioridad a fines sostenibles resulta inadmisibles si ello implica una recuperación menor para los acreedores. Para esta postura, las normas sobre insolvencia aspiran a maximizar el valor únicamente para los acreedores. En cambio, según el enfoque del

«Prólogo» del Report of the World Commission on Environment and Development [WCED], *Our Common Future*, 1987).

³² «Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development», United Nations, p. 3 (points «Planet» and «Prosperity»).

³³ Es Linna (2019) quien acuña estas distinciones en el ámbito de la insolvencia (pp. 215 y ss.). En primer lugar, esta autora divide los procedimientos de insolvencia en función de si la función principal del procedimiento es preservar los recursos. Si es la función *principal*, los procedimientos se denominan en este artículo procedimientos *sostenibles desde el punto de vista funcional*. El otro grupo está formado por distintos tipos de procedimientos que preservan los recursos como «subproductos», sin que la sostenibilidad sea su función principal. A estos procedimientos los denomina procedimientos *sostenibles desde el punto de vista fáctico*. En segundo lugar, establece una separación entre los puntos de vista de sostenibilidad interna y externa de los procedimientos. La sostenibilidad *interna* está relacionada con el resultado de los procedimientos, es decir, si los procedimientos producen sostenibilidad, por ejemplo, protección de los recursos naturales o humanos. Por el contrario, la sostenibilidad *externa* se refiere a los propios procedimientos y dependerá de si los mismos se gestionan de forma sostenible. Ambos aspectos pueden existir en paralelo. Por ejemplo, un procedimiento simplificado y eficaz de reestructuración de la deuda que conserve una fábrica en funcionamiento con motores y patentes, así como los puestos de trabajo, es el procedimiento sostenible en un doble sentido: el resultado del procedimiento es sostenible y el propio procedimiento funciona de forma sostenible.

³⁴ Nos remitimos a las referencias citadas en la nota al pie n.º 15, *supra*.

beneficio social (*social benefit approach*)³⁵, que proclama que las leyes deben servir a diversos intereses de la sociedad, entonces sería factible incluir objetivos de desarrollo sostenible en una reestructuración, incluso aunque prevean una recuperación menor para los acreedores.

Como hemos visto, si bien la segunda postura está ganando protagonismo en el ámbito del derecho de la insolvencia (con la irrupción del protagonismo de los *stakeholders* en los procedimientos de reestructuración de empresas viables), no puede afirmarse que la adopción de políticas sostenibles en un procedimiento de reestructuración justifique por sí misma que los acreedores obtengan un menor retorno, y ello porque, como explicábamos en las páginas que anteceden, la satisfacción de los acreedores continúa siendo el objetivo primordial de los procedimientos de insolvencia, al cual todos los demás deben estar subordinados.

3.3. Ensayo de un nuevo enfoque basado en la viabilidad

No obstante, es posible (al menos, teóricamente) hallar una forma de fomentar la preocupación por la sostenibilidad en las operaciones de reestructuración que comulgue con las dos posiciones anteriores, esto es, que permita dar entrada a objetivos de desarrollo sostenible como parte de las medidas incluidas en una reestructuración de forma alineada con los intereses de los acreedores.

Ahora bien, para ello resulta necesario vincular (de manera demostrable) las políticas de sostenibilidad a la viabilidad de la empresa. En efecto, cuando la adopción de medidas sostenibles sea una condición *sine qua non* para la viabilidad futura de la empresa, y puesto que la viabilidad es a su vez una condición previa para la reestructuración, entonces podría alcanzarse un equilibrio entre los intereses de los acreedores y los intereses de las demás partes interesadas. De esta forma, a los acreedores se les plantearía un determinado retorno que vendría condicionado (y sería, por ello, dependiente) de la adopción de políticas sostenibles, en la medida en que la viabilidad futura de la empresa dependería, a su vez, de estas últimas.

Normalmente, este esquema procedería cuando la adopción de políticas sostenibles resulte imprescindible para que la empresa en dificultades recupere un nivel de competitividad aceptable en un determinado mercado (por ejemplo, cuando la viabilidad esté vinculada a una mejora de la cuota de mercado y dicha mejora dependa de la percepción, por parte de los consumidores, de que la empresa ha adoptado políticas sostenibles) o para atraer financiación nueva o interina (piénsese que, cada vez más, las entidades financieras favorecen la financiación de empresas sostenibles) (Linna, 2019, pp. 227 y 228)³⁶. En ambos casos (tanto

³⁵ Nos remitimos a las referencias citadas en la nota al pie n.º 16, *supra*.

³⁶ Ciertamente, el cumplimiento de una política corporativa de sostenibilidad puede atraer financiación gracias a la mejora de la reputación de la empresa entre inversores y bancos.

para mejorar la competitividad a través de la reputación como para atraer *fresh money* por la vía del *green finance*), las políticas de sostenibilidad vendrían indisolublemente ligadas a la viabilidad futura de la empresa. Naturalmente, este análisis tendría que realizarse caso por caso. En definitiva, en escenarios inciertos, cuando se trata de realizar previsiones sobre el futuro desempeño de una empresa viable, podría ser posible incluir consideraciones de sostenibilidad sin perjudicar los intereses primordiales de los acreedores, siempre y cuando estas consideraciones de sostenibilidad estén relacionadas con la viabilidad de la empresa.

En el plano estrictamente teórico, hacer depender la adopción de políticas sostenibles de su vinculación con la viabilidad de la empresa tiene sentido por tres motivos fundamentales³⁷. En primer lugar, porque la viabilidad constituye, en todo caso, un requisito para la reestructuración: únicamente pueden reestructurarse deudores viables (véanse, por ejemplo, los considerandos 3, 24 y 26, y el artículo 4 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

En segundo lugar, porque la conservación de empresas viables es en sí misma sostenible, dado que conlleva una conservación útil de los recursos³⁸. Tanto desde la óptica de la sostenibilidad como desde la óptica de la insolvencia, existe una importante diferencia entre la liquidación fragmentada de una empresa (esto es, vender los activos del deudor) y la enajenación unitaria de la misma (es decir, vender la empresa en su conjunto), dado que, en este último caso, puede mantenerse el valor añadido que representa el negocio (en comparación con la disgregación de valor que se produce en las ventas fragmentadas). Confluyen aquí el derecho de la insolvencia y el desarrollo sostenible, en el bien entendido de que: (a) la continuidad ininterrumpida del negocio del deudor constituye un procedimiento sostenible funcionalmente que permite rescatar o salvar las partes viables de una empresa (evitándose así la pérdida o la destrucción de cualquier tipo de recursos)³⁹; y (b) también es la opción preferible desde una perspectiva estrictamente concursal, en la medida en que, previsiblemente, reportará un mayor valor a los acreedores⁴⁰. Tangencialmente, téngase en cuenta que, tanto

³⁷ Es cierto que los horizontes temporales de la viabilidad y de la sostenibilidad son diferentes, pues mientras la sostenibilidad está más orientada al largo plazo, la viabilidad se evalúa normalmente a medio plazo. Sin embargo, no consideramos que lo anterior constituya un obstáculo insalvable para el enfoque que proponemos, dado que, en ambos casos, lo que debe evitarse es el cortoplacismo (Linna, 2019, p. 227).

³⁸ En efecto, Bauer y Krasodomaska (2015) señalan que la reestructuración de empresas en dificultades puede considerarse alineada con la sostenibilidad, en la medida en que la finalidad de este tipo de operaciones no solamente es pagar las deudas a los acreedores, sino también proteger los puestos de trabajo, mantener relaciones positivas con los contratistas y cooperar con el entorno económico (p. 27).

³⁹ En palabras de Linna (2019): «Desde una perspectiva de pura sostenibilidad, debe evitarse la pérdida de cualquier tipo de recursos» (p. 223).

⁴⁰ Citamos nuevamente a Linna (2019), quien señala que, desde el punto de vista de la sostenibilidad, hay una diferencia importante entre vender los activos de un deudor y vender su empresa (p. 217). En este último caso, el valor añadido acumulado en el negocio (en comparación con los meros activos desagregados) puede mantenerse. Desde el punto de vista de la sostenibilidad, la continuación ininterrumpida del negocio es un procedimiento funcional de sostenibilidad para salvar su parte viable.

desde la óptica del desarrollo sostenible como desde la perspectiva de la insolvencia, resulta indiferente que al frente de la actividad continúe el deudor (en caso, por ejemplo, de un plan de reestructuración) o un tercer adquirente (en caso de *pre-pack* o de enajenación de una unidad productiva en el seno del concurso de acreedores) (Linna, 2019, p. 219).

Ciertamente, la idea básica en la cual se basa el desarrollo sostenible es bastante simple: el propósito es preservar y proteger no solamente los recursos naturales existentes, sino también los manufacturados. En consecuencia, la continuidad es un aspecto importante de la sostenibilidad (Becker, 2012, p. 10; Linna, 2019, p. 214). El mismo elemento aparece tanto en los considerandos de la Directiva (en particular, cuando se señala que la reestructuración debe permitir a los deudores en dificultades financieras continuar con sus negocios, en su totalidad o en parte) como en el artículo 2(1)(1), donde se define «reestructuración» como el «cambio de la composición, condiciones o estructura de los activos y pasivos de un deudor o cualquier otra parte de la estructura de capital del deudor, como las ventas de activos o partes de la empresa y, cuando así lo establezca la legislación nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de esos elementos». En consecuencia, la idea principal de la directiva (esto es, la reestructuración preventiva) está en consonancia con la sostenibilidad, dado que el propósito de la reestructuración preventiva es precisamente retener los recursos existentes tratando de asegurar la continuación de un negocio viable⁴¹.

En tercer lugar (corolario de la anterior), la conservación de empresas inviables resulta intrínsecamente contraria a la sostenibilidad, pues implica un despilfarró de recursos que podrían aprovecharse mejor de modo diferente. Dicho de otra forma, la continuación solamente será sostenible si la empresa es viable (de lo contrario, constituirá un desperdicio de recursos). Continuar de forma persistente con los negocios no rentables de un deudor y utilizar en vano los recursos naturales y de otro tipo supone un doble fracaso, tanto desde el punto de vista de la insolvencia como desde la perspectiva del desarrollo sostenible (Linna, 2019, p. 230).

La conclusión es que una reestructuración «verde» solamente resultaría admisible en la medida en que la adopción de políticas sostenibles tenga un impacto (esperado) positivo en el precio de venta o en la viabilidad de la compañía. En otras palabras, es necesario que la adopción de un enfoque sostenible permita anticipar un mayor retorno a los acreedores. Habida cuenta de que la rentabilidad tradicional resulta decisiva en la definición de lo que debe entenderse por «interés del concurso», la sostenibilidad (entendida en los términos más amplios posibles, como conservación de *know-how*, recursos naturales o empleo) solamente entrará en juego cuando constituya una condición para alcanzar esa rentabilidad

⁴¹ Sin embargo, como señala Linna (2019), desde el punto de vista de la sostenibilidad, la directiva no es clara ni exhaustiva, y no es profundamente consciente de la sostenibilidad –en comparación con la estrategia Europa 2020– (p. 229). Se podría decir que el legislador de la Unión no tenía en mente ninguna reestructuración «verde». Hasta cierto punto, se ha considerado el capital humano, en forma de protección de los trabajadores. En cambio, por ejemplo, se han pasado por alto los aspectos ecológicos.

tradicional⁴². A falta de lo anterior, no parece existir apoyo legal para optar por alternativas sostenibles en la reestructuración de una compañía. Cuestión distinta, evidentemente, es que medie consentimiento de los acreedores para percibir un menor retorno a cambio de que la reestructuración de su deudor se realice bajo una óptica sostenible (por ejemplo, cuando abstenerse de obtener un retorno máximo en los procedimientos de insolvencia en favor de la sostenibilidad esté en consonancia con sus propias estrategias empresariales y políticas a largo plazo) (Linna, 2019, p. 218).

De esta forma, aunque la finalidad principal de una reestructuración no sea alcanzar objetivos de desarrollo sostenible, nada obsta a que tales objetivos se alcancen de forma colateral. Las reestructuraciones giran en torno a la continuación del negocio de un deudor y la preservación (en la medida de lo posible) del valor añadido que alberga la empresa. Así pues, el objetivo no es la preservación de los recursos como tales, sino el mantenimiento del negocio que tenga potencial de rentabilidad. La empresa deudora puede tener que renunciar, por ejemplo, a algunas inversiones costosas para aplicar el plan de reestructuración, aunque ello suponga una pérdida de recursos: en la reestructuración no hay razón para mantener una parte no rentable del negocio, aunque se pierdan y desperdicien los recursos invertidos. De este modo, los objetivos de desarrollo sostenible solamente podrán ser resultados subordinados, mientras que el restablecimiento de la rentabilidad de la empresa del deudor será el principal objetivo de la reestructuración (Linna, 2019, p. 223).

Para terminar, téngase en cuenta que, bajo esta perspectiva, también es posible la situación contraria, esto es, que la viabilidad requiera abandonar políticas sostenibles. En efecto, si las razones de las dificultades financieras se derivan de un acento demasiado fuerte en la sostenibilidad (que provoque costes adicionales en comparación con los competidores y con las exigencias del mercado), resulta necesario suavizar los esfuerzos en materia de sostenibilidad. Y, en tales casos, la reestructuración no será verde, sino todo lo contrario.

4. La preferencia legal expresa por propuestas sostenibles: análisis crítico de su conveniencia

4.1. El caso de la Ley concursal española

La última cuestión que abordaremos en este trabajo es la conveniencia de incluir expresamente en la ley una preferencia por las propuestas orientadas a un desarrollo sostenible,

⁴² Así lo recuerda Linna (2019): «Much depends on the law: when traditional profitability is decisive, saving know-how, natural resources or employment plays no role in estimating viability. However, these resources must also be considered if they are, in reality, conditions for reaching traditional profitability. For example, an essential question may concern whether the current workforce of the company is competent and motivated or whether operations can continue without materialization of responsibility for environmental damages» (p. 215).

aunque las mismas impliquen una menor tasa de recuperación para los acreedores. Si bien la mera sugerencia de lo anterior seguramente haría estremecerse a buena parte de la más autorizada doctrina concursalista, lo cierto es que la Ley concursal española ya prevé algo semejante para las operaciones ordinarias de liquidación en el concurso de acreedores, pues es posible que se adjudique la venta de la empresa en funcionamiento a una oferta inferior económicamente, siempre que «se garantice en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo» (art. 219.1 LC), o bien que la oferta provenga «de personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral» (art. 219.2 LC). Sin embargo, la propia Ley concursal establece un límite cuantitativo, ya que la oferta ganadora no puede diferir en más de un 15 % de la mejor en términos económicos.

En otras palabras, en las ventas de empresas en funcionamiento que se producen en el seno del concurso de acreedores, en España está aceptado minorar la tasa de recuperación de los acreedores si ello favorece la continuidad empresarial y los puestos de trabajo, pero solamente hasta cierto punto, ya que se limita cuantitativamente el perjuicio que resulta admisible para los acreedores. La fijación de este límite en un 15 % es absolutamente discrecional y constituye una opción de política legislativa que consideramos perfectamente válida.

No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que se trata de una norma de delicada interpretación, pues menciona (como si fueran objetivos siempre alineados) «la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo» y «la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores». El elemento perturbador es el uso de la conjunción copulativa «y», en el bien entendido de que es posible que la oferta que garantice la continuidad de los puestos de trabajo no sea aquella que procure la «mejor» satisfacción de los créditos de los acreedores.

En todo caso, dejando a un lado estas dudas interpretativas, se podría decir que este tipo de enfoque representa un equilibrio entre los intereses de los acreedores (y la recuperación de los créditos) y los intereses de otras partes interesadas, en línea con las tendencias regulatorias que analizábamos en la primera parte de este trabajo.

4.2. Análisis crítico

Al hilo del caso español expuesto anteriormente, consideramos pertinente analizar si resulta conveniente, al menos desde un plano estrictamente teórico, que se incluya una preferencia expresa por las propuestas sostenibles en las reestructuraciones empresariales, aunque estas propuestas (más sostenibles) supongan una menor recuperación económica para los acreedores. La clave está en determinar si el derecho de la insolvencia es la herramienta adecuada para abordar las preocupaciones en materia de sostenibilidad. No se trata de una cuestión baladí, pues existe una posición bien fundada entre los expertos en derecho societario muy crítica con la inclusión de la sostenibilidad entre los fines de las

corporaciones, argumentando que el derecho societario (al ser derecho privado) no es el instrumento correcto para tratar estas cuestiones⁴³. Esta postura se basa, por un lado, en que la experiencia muestra que los resultados de estas estrategias empresariales son muy reducidos (Bebchuk y Tallarita, 2020, 2022) y, por otro lado, en que el uso del derecho de sociedades para alcanzar objetivos de sostenibilidad implica una suerte de «funcionalización» del derecho privado, cuyos fines no son ni la corrección de injusticias ni la búsqueda de un medio ambiente más limpio. Según esta postura, como la sostenibilidad es un asunto de interés público, es el Derecho público el que debe ocuparse de las preocupaciones medioambientales, culturales o de diversidad. Confiar la tutela del interés de la colectividad a los directivos de las grandes corporaciones, se afirma, puede retrasar aquellas reformas que aporten una tutela real a los intereses que quieren protegerse (Recalde, 2022, p. 446, Roe, 2021 y Ferrarini, 2021, citados en Recalde, 2022; Fleischer, 2021).

Resulta interesante examinar si la crítica proveniente del derecho societario puede extenderse al derecho de la insolvencia, es decir, si el derecho de la insolvencia debe considerarse una rama del derecho intrínsecamente privada (y, por tanto, utilizarla para alcanzar objetivos de interés público resulta inadecuado) o si, por el contrario, puede argumentarse que el derecho de la insolvencia no es totalmente privado y que, por lo tanto, sí podrían abordarse a través del mismo consideraciones de interés público.

La respuesta a la dimensión privada o pública del derecho de la insolvencia se encuentra, nuevamente, polarizada en torno a las dos posturas tradicionales (y antagonistas) que hemos analizado anteriormente. Conforme a la teoría del *creditors' bargain*, el derecho de insolvencia es un ámbito del derecho claramente categorizado como privado y relativo, *inter alia*, al problema de los acreedores que no cobran lo que legalmente se les debe. El foco del derecho de la insolvencia se sitúa así en los derechos de los acreedores frente a los deudores y aquello que los primeros recibirán de los segundos en concepto de pago de la deuda (si es que llegan a percibir algo) (Keay, 2000, p. 509).

La postura contraria, alineada con la teoría *stakeholder* y con el enfoque del beneficio social, considera que el ámbito de la legislación sobre insolvencia va más allá del incumplimiento, por parte del deudor, de sus compromisos financieros. Se insiste, al respecto, en que el derecho de la insolvencia ha evolucionado en el sentido de no solo establecer medi-

⁴³ Reproducimos aquí, por su claridad, las palabras de Recalde (2022): «La implicación de las sociedades en la tutela del medioambiente, el cambio climático, la infancia o los derechos de los trabajadores son, sin duda, objetivos encomiables. Más cuestionable es que los deba perseguir el Derecho de sociedades. Esto conlleva una funcionalización del Derecho privado, cuando sus fines no son corregir desigualdades u otras injusticias, ni conseguir un mundo más limpio y saludable. Aunque la conveniencia de atender estos fines debe darse por descontado, es discutible que deban internalizarse en la gestión de la sociedad y no que se satisfagan a través de la regulación. La experiencia muestra que los resultados de esas estrategias empresariales son muy reducidos. Además, confiar la persecución de objetivos públicos a las empresas puede ser contraproducente, si con ello se frena la adopción de medidas con instrumentos de Derecho público, que son los propios para esos fines» (p. 472).

das para la satisfacción de los acreedores, sino también para el rescate de empresas viables que atraviesan dificultades (de modo que puedan seguir operando en el mercado), en el bien entendido de que la reestructuración del deudor no beneficia únicamente a los acreedores (que cobran más de lo que cobrarían si el deudor fuese liquidado en el seno de un concurso), sino también al propio deudor (que evita la liquidación), y para otras partes interesadas (como los empleados del deudor, que conservan sus puestos de trabajo). Todo ello explica la existencia de numerosas voces a nivel internacional (Fletcher, 1997, p. 395; Keay, 2000, 2001, 2010; Keay y Prez, 2001; Gross, 1994, p. 1031; Veach, 1997, p. 1214) que se alzan en defensa de la consideración del derecho de la insolvencia como un asunto de interés público⁴⁴.

Sin entrar en la definición concreta del interés público que se ventila en los procedimientos de insolvencia (pues se trata de una expresión de contenido nebuloso y de difícil concreción) (Keay, 2000, p. 519), basta con decir, a los efectos del régimen de la insolvencia, que el interés público implica tener en cuenta intereses más amplios que los de las partes directamente implicadas en una situación de insolvencia determinada, es decir, el deudor y los acreedores. En otras palabras, el interés público no está conformado por los intereses de los acreedores y del deudor en un caso concreto, ya que es muy distinto de tales intereses: el interés público no puede entenderse como una mera acumulación o amalgama de intereses privados. De ahí que, tradicionalmente, el interés público se haya contrapuesto a los intereses de los acreedores y a los del deudor, al trascender los intereses individuales de ambas partes (Keay, 2000, p. 525). Como muestra de la presencia de intereses públicos en los procedimientos de insolvencia, suelen traerse a colación tanto la existencia de entidades *too big to fail* como, en relación con las personas físicas, los mecanismos de segunda oportunidad (Bauer y Krasodomska, 2015, pp. 26-27). De todas formas, el peso que debe tener el interés público en los procedimientos de insolvencia constituye, en todo

⁴⁴ Una encendida defensa de los intereses públicos subyacentes al derecho de la insolvencia puede encontrarse en Keay (2000, pp. 521 y ss.). Este autor menciona, entre otros, el Informe de la Comisión de Revisión del Derecho de la Insolvencia inglés (*Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, 1982, comúnmente conocido como el «Cork Report»), una investigación y un conjunto de recomendaciones sobre la modernización y reforma de la legislación británica sobre insolvencia, que constituye un precedente de la Insolvency Act de 1986 y donde se reconoció abiertamente que la insolvencia en Inglaterra jamás había sido tratada como un asunto puramente privado entre el deudor y sus acreedores. El párrafo 204 afirma, en este sentido, lo siguiente: «Creemos que la preocupación por la subsistencia y el bienestar de las personas que dependen de una empresa, que puede ser el sustento de toda una ciudad o incluso de una región, es un factor legítimo que debe tener en cuenta una ley de insolvencia moderna. La reacción en cadena derivada de una insolvencia puede ser tan desastrosa para los acreedores, los trabajadores y la comunidad que no debe pasarse por alto». El párrafo 1734 afirma, por otra parte, que la insolvencia «nunca ha sido tratada en el Derecho inglés como un asunto exclusivamente privado entre el deudor y sus acreedores; siempre se ha reconocido que la propia comunidad tiene un importante interés en ellos». En idéntico sentido, Fletcher (1997): «Puede decirse que la legislación inglesa sobre insolvencia ha desarrollado durante los últimos cien años aproximadamente una serie de principios entrelazados que destacan por su aceptación de la primacía del interés público en maximizar la detección y el castigo del fraude y otras formas de mala conducta del deudor» (p. 395).

caso, una cuestión de política legislativa (Keay, 2000, p. 526). Solamente al legislador corresponde determinar hasta qué punto los intereses de los acreedores tienen que hacerse a un lado, pues de ello depende que exista suficiente seguridad jurídica y los acreedores puedan adaptar su funcionamiento al marco normativo (Linna, 2019, p. 225).

En definitiva, dependiendo del punto de vista que adoptemos sobre la naturaleza de la legislación concursal, la inclusión expresa de objetivos de desarrollo sostenible en las normas de insolvencia que regulan los procesos de reestructuración empresarial se considerará adecuada o inadecuada.

5. Conclusiones

Primera. El papel que puede jugar la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia depende, en última instancia, de la postura que se tenga en relación con los objetivos que estos últimos deben perseguir. Para el enfoque de la negociación *ex ante* con los acreedores (*creditors' bargain approach*) en el contexto del derecho de insolvencia, la atención se centra en maximizar el valor únicamente para los acreedores. Por el contrario, la teoría del beneficio social (*social benefit approach*) incorpora elementos redistributivos y de política pública al derecho de la insolvencia, ampliando su alcance más allá de los acreedores y tomando en consideración a otros *stakeholders* cuyos intereses no son estrictamente crediticios (por ejemplo, personas trabajadoras, consumidores, el Estado, etc.).

Segunda. Trasladando la distinción tomada del gobierno corporativo al ámbito de la insolvencia, hemos denominado «acrededorismo» (*claimholderism*) a la postura conforme a la cual los únicos intereses que deben tenerse en cuenta en la legislación sobre insolvencia son los intereses de los acreedores y, por lo tanto, en el contexto de la insolvencia, el objetivo es maximizar el valor exclusivamente para estos (es decir, la postura del enfoque de la negociación *ex ante* con los acreedores o *creditors' bargain approach*). Y hemos considerado a la postura contraria (la del beneficio social o *social benefit approach*) como una perspectiva paralela al *stakeholderismo* del gobierno corporativo, en la medida en que abre la puerta a la consideración de intereses de personas distintas a los acreedores.

Tercera. Tradicionalmente, la postura dominante ha sido sin duda el «acrededorismo»: durante mucho tiempo, los intereses de los acreedores han sido los que más han importado (*rectius*, los únicos que han importado) en los procedimientos de insolvencia. Hoy en día, en Europa, maximizar la satisfacción de los acreedores sigue siendo el interés primordial. Sin embargo, pueden identificarse varias tendencias recientes que han fortalecido el rol de los *stakeholders* en el ámbito de la insolvencia. Entre las mismas destacan, fundamentalmente, tres: la expansión de los objetivos incluidos en el ámbito de los regímenes de insolvencia, el cambio de enfoque a nivel de armonización en la Unión Europea y el interés en rescatar empresas viables que atraviesan dificultades financieras.

Cuarta. Puede afirmarse, por lo tanto, que los objetivos de los procedimientos de insolvencia se están ampliando, de forma que los intereses de los acreedores ya no son los únicos que se toman en consideración. Así pues, de forma más tardía pero ciertamente paralela a lo acontecido en el ámbito del gobierno corporativo, la noción de «partes interesadas» (o *stakeholders*) ha irrumpido en el ámbito de los regímenes de insolvencia. Ello no implica olvidar (ni mucho menos relegar) los demás intereses que la insolvencia trata de proteger, como los de los acreedores. Ciertamente, reconocer la importancia de los intereses de los *stakeholders* no significa necesariamente que los intereses de estos últimos deban prevalecer sobre cualesquiera otros intereses. Simplemente se postula que los intereses de los *stakeholders* deberían incluirse entre los factores a considerar.

Quinta. Bajo las posturas tradicionales, el rol que pueda tener la sostenibilidad en los procedimientos de insolvencia es una cuestión polarizada: según el planteamiento del enfoque de la negociación *ex ante* de los acreedores (*creditors' bargain approach*), dar prioridad a fines sostenibles resulta inadmisibles si ello implica una recuperación menor para los acreedores. Para esta postura, las normas sobre insolvencia aspiran a maximizar el valor únicamente para los acreedores. En cambio, según el enfoque del beneficio social (*social benefit approach*), que proclama que las leyes deben servir a diversos intereses de la sociedad, entonces sería factible incluir objetivos de desarrollo sostenible en una reestructuración, incluso aunque prevean una recuperación menor para los acreedores.

Sexta. En el presente trabajo se ensaya una forma de fomentar la preocupación por la sostenibilidad en las operaciones de reestructuración que comulgue con las dos posiciones anteriores, esto es, que permita dar entrada a objetivos de desarrollo sostenible como parte de las medidas incluidas en una reestructuración de forma alineada con los intereses de los acreedores. Para ello resulta necesario vincular (de manera demostrable) las políticas de sostenibilidad a la viabilidad de la empresa. En efecto, cuando la adopción de medidas sostenibles sea una condición *sine qua non* para la viabilidad futura de la empresa, y puesto que la viabilidad es a su vez una condición previa para la reestructuración, entonces podría alcanzarse un equilibrio entre los intereses de los acreedores y los intereses de las demás partes interesadas. Normalmente, este esquema procedería cuando la adopción de políticas sostenibles resulte imprescindible para que la empresa en dificultades recupere un nivel de competitividad aceptable en un determinado mercado (por ejemplo, cuando la viabilidad esté vinculada a una mejora de la cuota de mercado y dicha mejora dependa de la percepción, por parte de los consumidores, de que la empresa ha adoptado políticas sostenibles) o para atraer financiación nueva o interina (por la vía del *green finance*).

Séptima. En el plano estrictamente teórico, hacer depender la adopción de políticas sostenibles de su vinculación con la viabilidad de la empresa tiene sentido por tres motivos fundamentales. En primer lugar, porque la viabilidad constituye, en todo caso, un requisito para la reestructuración, dado que únicamente pueden reestructurarse deudores viables. En segundo lugar, porque la conservación de empresas viables es en sí misma sostenible, dado que conlleva una conservación útil de los recursos. Y, en tercer lugar (corolario de la ante-

rior), la conservación de empresas inviables resulta intrínsecamente contraria a la sostenibilidad, pues implica un despilfarro de recursos que podrían aprovecharse mejor de otro modo.

Octava. Finalmente, en cuanto a si resulta conveniente, al menos desde un plano estrictamente teórico, que se incluya una preferencia expresa por las propuestas sostenibles en las reestructuraciones empresariales aunque estas propuestas (más sostenibles) supongan una menor recuperación económica para los acreedores. La clave está en determinar si el derecho de la insolvencia es el instrumento o la herramienta adecuada para abordar las preocupaciones en materia de sostenibilidad, pues dependiendo del punto de vista que adoptemos sobre la naturaleza de la legislación concursal, la inclusión expresa de objetivos de desarrollo sostenible en las normas de insolvencia que regulan los procesos de reestructuración empresarial se considerará adecuada o inadecuada. Conforme a la teoría del *creditors' bargain*, el derecho de insolvencia es un ámbito del derecho claramente categorizado como privado y, por lo tanto, utilizarlo para alcanzar objetivos de interés público resulta inadecuado. La postura contraria, alineada con la teoría *stakeholder* y con el enfoque del beneficio social, se alzan en defensa de la consideración del derecho de la insolvencia como un asunto de interés público. Conforme a esta última perspectiva, en los procedimientos de insolvencia pueden perseguirse objetivos de interés público, aunque ello constituye, en todo caso, una cuestión de política legislativa.

Referencias bibliográficas

- Atkins, S. y Luck, K. (2021). Restructuring – a key pillar of the global commitment to 'build back better'. *Insolvency & Restructuring International*, 15(2), 24-25.
- Baird, D. G. y Jackson, T. (1984). Corporate Reorganisations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy. *University of Chicago Law Review*, 51(1), 97-130.
- Bebchuk, L. A. y Tallarita, R. (2020). The illusory promise of Stakeholder Governance. *Cornell Law Review*, 106, 91-178.
- Bebchuk, L. A. y Tallarita, R. (2022). The Perils and Questionable Promise of ESG-Based Compensation. *Journal of Corporation Law*, 48, 37-75.
- Becker, C. (2012). *Sustainability Ethics and Sustainability Research*. Springer.
- Bauer, K. y Krasodomska, J. (2015). The premises for corporate social responsibility in insolvency proceedings. *Research Papers of Wrocław University of Economics*, 387, 20-29.
- Baumfield, V. (2016). Stakeholder Theory from a Management Perspective: Bridging the Shareholder/Stakeholder Divide. *Australian Journal of Corporate Law*, 31(1), 187-207.
- Boon, G. J. (2018). Harmonising European Insolvency Law: The Emerging Role of

- Stakeholders. *International Insolvency Review*, 27, 150-177.
- Carlson, D. G. (1992). Bankruptcy Theory and the Creditors' Bargain. *University of Cincinnati Law Review*, 61(2), 457-510.
- Daly, N. (1990). Amicus Curiae and the Public Interest: A Search for a Standard. *Law & Society*, 12(4), 389-420.
- Dernbach, J. C. (2017). Sustainable Development in Law Practice: A Lens for Addressing All Legal Problems. *Denver University Law Review*, 95(1), 123-192.
- Finch, V. (1997). The measures of insolvency law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 17(2), 227-251.
- Fleischer, H. (2021). Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law. *European Company and Financial Law Review (ECFR)*, 18(2), 161-189.
- Fletcher, G. P. (1997). Juggling with the Norms: The Conflict Between Collective and Individual Rights under Insolvency Law. En R. Cranston (Ed.), *Making Commercial Law* (pp. 391-417). Oxford University Press.
- Freeman, E. (1984). *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Cambridge University Press.
- Gross, K. (1994). Taking Community Interests into Account in Bankruptcy: An Essay. *Washington University Law Review*, 72(3), 1.031-1.048.
- Gross, K. (1997). *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Bankruptcy System*. Yale University Press.
- Harper Ho, V. E. (2010). Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide. *Journal of Corporation Law*, 36(1), 59-113.
- Hart, O. (1993). An Economist's View of Fiduciary Duty. *University of Toronto Law Journal*, 43(3), 299-313.
- Jackson, T. (1984). Avoiding Powers in Bankruptcy. *Stanford Law Review*, 36(3), 725-787.
- Jackson, T. (1985). The Fresh Start Policy in Bankruptcy Law. *Harvard Law Review*, 98(7), 1.393-1.448.
- Jackson, T. (1986). *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Harvard University Press.
- Jensen, M. y Meckling, W. (1976). Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360.
- Keay, A. (2000). Insolvency law: a matter of public interest? *Northern Ireland Legal Quarterly*, 51(4), 509-534.
- Keay, A. (2001). Balancing Interests in Bankruptcy Law. *Common Law World Review*, 30(2), 206-236.
- Keay, A. (2010). The Ultimate Objective of the Company and the Enforcement of the Entity Maximisation and Sustainability Model. *Journal of Corporate Law Studies*, 10, 35-72.
- Keay, A. y Prez, P. de (2001). Insolvency and Environmental Principles: A Case Study in a Conflict of Public Interests. *Environmental Law Review*, 3(2), 90-112.
- Korobkin, D. R. (1991). Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy. *Columbia Law Review*, 91(4), 717-789.
- Korobkin, D. R. (1993). Contractarianism and the Normative Foundations of Bankruptcy Law. *Texas Law Review*, 71(3), 541-631.
- Linna, T. (2019). Insolvency proceedings from a sustainability perspective. *International Insolvency Review*, 28(2), 210-232.
- Morrison, D. y Anderson, C. (2013). The Australian corporate rescue provisions: how do they compare? En P. Omar (Ed.), *International Insolvency Law: Reforms and Challenges* (pp. 171-207). Ashgate.

- Millon, D. (2013). Radical Shareholder Primacy. *University of St. Thomas Law Journal*, 12(4), 1.013-1.047.
- Recalde, A. (2022). La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital. En A. Martínez y N. Bermejo (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto* (pp. 439-473). Thomson Reuters-Civitas.
- Sahut, J. M., Boulerne, S. y Mili, M. (2012). What relation exists between CSR and longevity of firms? *International Journal of Business*, 17, 152-168.
- Savage, G., Nix, T. W., Whitehead, C. J. y Blair, J. D. (1991). Strategies for assessing and managing organizational stakeholders. *Academy of Management Executive*, 5(2), 61-75.
- Scott, R. E. y Jackson, T. (1989). On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain. *Virginia Law Review*, 75(2), 155-204.
- Tirado, I. (2009). Reflexiones sobre el concepto de interés concursal: ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores. *Anuario de Derecho Civil*, 62(3), 1.055-1.108.
- Vaccari, E. y Van Ho, T. (2023). Insolvency Law Through the Lens of Human Rights Theories. En E. Ghio, J. M. Wood y J. L. L. Gant (Eds.), *Rethinking Insolvency Law Theories in a Changing World: Perspectives for the 21st Century* (pp. 190-215). Edward Elgar.
- Vasudev, P. M. y Watson, S. (Eds.) (2012). *Corporate Governance after the Financial Crisis*. Edward Elgar.
- Veach, J. (1997). On Considering the Public Interest in Bankruptcy: Looking to the Railroads for Answers. *Indiana Law Journal*, 72(4), 1.211-1.230.
- Warren, E. (1987). Bankruptcy Policy. *University of Chicago Law Review*, 54(3), 775-814.
- Warren, E. (1993). Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World. *Michigan Law Review*, 92(2), 346-387.
- Weistart, J. C. (1977). The Costs of Bankruptcy. *Law & Contemporary Problems*, 41(4), 107-122.
- Wessels, B. (2014). On the Future of European Insolvency Law. En R. Parry (Ed.), *European Insolvency Law: Prospects for Reform* (pp. 131-158). INSOL.
- Wessels, B. y Madaus, S. (2017). *Instrument of the European Law Institute - Rescue of Business in Insolvency Law*. European Law Institute.

Marta Flores Segura. Profesora titular de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid. Desde 2019, compagina las tareas docentes y de investigación con el puesto de Of Counsel en el despacho Baker McKenzie. Destacada especialista en derecho de la insolvencia, ha publicado varios libros y más de un centenar de artículos y capítulos de libro sobre la materia. Su actividad investigadora ha sido galardonada con varios premios. Ha realizado estancias de investigación en el Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Hamburgo (Alemania) y en la Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia). Es miembro de la Asociación Española de Derecho de la Insolvencia y del International Insolvency Institute, así como ponente habitual en eventos nacionales e internacionales. Participa en varios proyectos de investigación en materia concursal, tanto a nivel nacional como a nivel europeo. <https://orcid.org/0000-0002-2958-7883>



Aporías del control de constitucionalidad del déficit presupuestario

Francisco Javier Donaire Villa (autor de contacto)

*Profesor titular de Derecho Constitucional.
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

franciscojavier.donaire@uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-7449-8177>

Luis Miguel Carazo Domínguez

Abogado del Estado (España)

luisincarazo@gmail.com

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Xabier Arzoz Santisteban, don Borja Carvajal Borrero, doña Itziar Gómez Fernández, don Nicolás González Deleito y don José Luis Zamarro Parra.

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

Extracto

Este trabajo aborda el control de constitucionalidad del déficit presupuestario, con arreglo al tenor reformado del artículo 135 de la Constitución y su desarrollo legislativo, así como los múltiples problemas teórico-prácticos constitucionales, procesales, administrativos y presupuestarios que pueden derivarse de dicho control, muchos de ellos virtualmente carentes aún de análisis doctrinal y jurisprudencial, en parte a causa de la novedad del tema (pues la reforma del precepto, aprobada en 2011, retrasó a 2020 el inicio de vigencia de los márgenes de déficit y endeudamiento).

Palabras clave: estabilidad presupuestaria; déficit excesivo; control de constitucionalidad; prórroga presupuestaria.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 05-09-2024 / Publicado: 04-11-2024

Cómo citar: Donaire Villa, F. J. y Carazo Domínguez, L. M. (2024). Aporías del control de constitucionalidad del déficit presupuestario. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 286, 61-100. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.22281>



Budget deficit's judicial review aporiae

Francisco Javier Donaire Villa (corresponding author)

Luis Miguel Carazo Domínguez

This paper has won **second prize Financial Studies 2024 Award** in the category of **Constitutional and Administrative Law**.

The jury members were: Mr. Xabier Arzo Santisteban, Mr. Borja Carvajal Borrero, Mrs. Itziar Gómez Fernández, Mr. Nicolás González Deleito and Mr. José Luis Zamarro Parra.

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

Abstract

This paper addresses the budget deficit's constitutional judicial review according to the amended wording of Article 135 of the Constitution and its legislative executing framework, as well as the theoretical-practical constitutional, procedural, administrative, and budgetary bunch of problems that may arise from such review, many of them virtually still lacking scholarly analysis or case-law, partly because of the issue's novelty (for the act of constitutional amendment, though endorsed in 2011, delayed the entry into force of the deficit margins until 2020).

Keywords: budget stability; excessive deficit; constitutionality control; budget extension.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 05-09-2024 / Published: 04-11-2024

Citation: Donaire Villa, F. J. y Carazo Domínguez, L. M. (2024). Aporías del control de constitucionalidad del déficit presupuestario. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 286, 61-100. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22281>

Sumario

1. La reforma del artículo 135 de la CE, origen y fundamento del control de constitucionalidad de las leyes de presupuestos por razón de déficit excesivo
 2. ¿Cuál es el parámetro del control de constitucionalidad del déficit presupuestario excesivo? ¿El derecho europeo? ¿Qué derecho europeo?
 3. ¿A qué tipo de déficit se refiere la prohibición constitucional (art. 135.2) de superación del máximo establecido por la UE? ¿Cómo se determina? ¿Recibimiento a prueba por el TC?
 4. La Ley orgánica de estabilidad, ¿bloqueo de la constitucionalidad, o parámetro de constitucionalidad de las leyes autonómicas de presupuestos?
 5. La suspensión de las reglas fiscales por el Congreso ex artículo 135.4 de la CE como convalidación del déficit excesivo y consiguiente parámetro de constitucionalidad de las leyes de presupuestos
 6. ¿La suspensión de las reglas fiscales por el Congreso de los Diputados como objeto de control de constitucionalidad?
 7. Prórroga de las leyes de presupuestos y prórroga de la suspensión de las reglas fiscales. ¿Inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes de presupuestos prorrogadas?
 8. Titularidad de la iniciativa para la suspensión de las reglas fiscales y asimetrías territoriales aparejadas a dicha suspensión
 9. La disposición adicional tercera de la LOEPSF: asimetrías territoriales en materia de legitimación y suspensión presupuestaria; efectos de la *prorrogatio ex lege* del presupuesto del ejercicio anterior
 10. Terminación del proceso de declaración de inconstitucionalidad: efectos de una sentencia estimatoria por déficit excesivo y posible terminación sobrevenida por convalidación parlamentaria ex artículo 135.4 del texto constitucional
 - 10.1. Terminación por sentencia estimatoria
 - 10.2. Paradojas de la prórroga presupuestaria como consecuencia de la nulidad declarada por sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de la ley de presupuestos
 - 10.3. La ejecución de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de la ley de presupuestos por déficit excesivo
 - 10.4. Terminación por carencia sobrevenida de objeto mediante aplicación del artículo 135.4 de la CE: apreciación del Congreso de los Diputados que convalida la constitucionalidad de la ley de presupuestos recurrida
 - 10.5. ¿Justiciabilidad de la apreciación parlamentaria al examinar la carencia sobrevenida de objeto?
 11. Consideraciones finales
- Referencias bibliográficas

1. La reforma del artículo 135 de la CE, origen y fundamento del control de constitucionalidad de las leyes de presupuestos por razón de déficit excesivo

Antes de la reforma de 2011 del artículo 135 de la Constitución española (CE) no era posible recurrir ante el Tribunal Constitucional (TC) una ley de presupuestos porque incurriera en un déficit superior al permitido por la Unión Europea, como confirmaron la doctrina (Aguar de Luque y Rosado Iglesias, 2001) y el TC, que tan solo pudo declarar no inconstitucionales las anteriores leyes de estabilidad presupuestaria (Ley 18/2001, luego seguida del Real Decreto legislativo 2/2007)¹. Con todo, tampoco lo fue durante más de 8 años después de la reforma del artículo 135 de la CE, por aplazarse la entrada en vigor de los límites de déficit estructural «a partir de 2020» (disposición adicional única de la reforma). De la enmienda del artículo 135 de la CE se han ocupado, entre otros, Álvarez Conde *et al.* (2011), Blanco Valdés (2011), Medina Guerrero (2012, 2014) o Ripollés Serrano (2013).

La acelerada tramitación de la reforma del artículo 135 CE (tan solo 31 días) no fue obstáculo para su validez formal (y consiguiente vigencia), como ratificó el Auto del TC (ATC) 9/2012, de inadmisión de sendos recursos de amparo interpuestos contra ella por un diputado y una diputada, que la consideraban irregular (a causa de su tramitación urgente, en lectura única y con arreglo al procedimiento ordinario de reforma constitucional, que entendían inaplicable, en beneficio del agravado, por afectarse, a su juicio, al núcleo del Estado social) y consiguientemente lesiva de su respectivo *ius in officium*. La reforma trocó la más breve redacción inicial del precepto (reserva de ley para la emisión de deuda pública, y obligación de incluir en las leyes de presupuestos los créditos para satisfacer intereses y amortizar capital) por una extensa e intensa disciplina normativa que, a la postre, supuso insertar al más alto nivel jurídico, en el texto constitucional, la regla de presupuesto equilibrado, o *golden rule*, así como una nueva reserva de ley orgánica para el desarrollo del precepto,

¹ Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 134/2011, de 20 de julio; 157/2011, de 18 de octubre; 185/2011, de 23 de noviembre; 195 a 199/2011, de 13 de diciembre, y 23/2011, de 14 de diciembre. Al respecto, cfr. Ridaura Martínez (2012, pp. 243-244).

que apenas siete meses después fue cumplimentada con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (LOEPSF). Acerca de este texto legal, entre otros, véase Martínez Lago (2013).

Esta reforma de la Constitución española (ya penúltima, tras publicarse oficialmente, el pasado 17 de febrero de 2024, la modificación del art. 49 de la Norma Fundamental) tuvo mucho que ver con el cumplimiento de las reglas de la Unión Europea (UE) sobre prohibición de déficits excesivos, y acerca de la Unión Económica y Monetaria, en la que España tiene plena participación, al formar parte de la Eurozona. Con la particularidad de que la opción por la reforma constitucional como vía de ejecución lo fue a resultas de una decisión intergubernamental encabezada por los entonces *premiers* francés (presidente Sarkozy) y alemana (canciller Merkel) en el contexto de la crisis financiera (Falcón y Tella, 2011; Ridaura Martínez, 2012; Rodríguez Bereijo, 2013), más que por obligación resultante del derecho de la UE. El constitucionalismo comparado ofrece ejemplos de entronización constitucional de reglas de equilibrio presupuestario, o *golden rule* (Bar Cendón, 2012; Fernández-Wulff, 2012; García Roca, 2013), aunque no siempre la finalidad es, como sí lo ha sido en el caso español y se expondrá más adelante, mantener o incluso profundizar el Estado social (Tajadura Tejada, 2011).

2. ¿Cuál es el parámetro del control de constitucionalidad del déficit presupuestario excesivo? ¿El derecho europeo? ¿Qué derecho europeo?

El control de constitucionalidad del déficit público presupuestario que, desde el 1 de enero de 2020, ha pasado a permitir el tenor reformado del artículo 135 de la CE, plantea directamente la cuestión de cuál es el parámetro a considerar por el TC cuando ejerza ese control. Los apartados 2 y 3 del artículo 135 de la CE no solo hacen expresa referencia al derecho de la Unión Europea (DUE), sino que el empleo, en ellos, de las locuciones «los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros» y «el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)» hacen imprescindible acudir al derecho europeo para concretar cuáles son tales márgenes y valores de referencia, porque el constituyente reformador del precepto renunció a expresar la cifra específica del déficit estructural máximo permitido al Estado y a las comunidades autónomas (cc. aa.) (v. *gr.*, el 3 %, el 5 %, etc.), y optó por remitirse genéricamente a la que se establezca por la Unión de acuerdo con la normativa europea. Del mismo modo, frente a la posibilidad de constitucionalizar un volumen máximo de deuda pública en relación con el producto interior bruto (PIB) del Estado (v. *gr.*, el 60 %, el 100 %, etc.), también prefirió apelar a la regulación comunitaria, de forma similar a como hace con el déficit estructural.

Todo ello da lugar a lo que podría calificarse de «reenvío constitucional dinámico» o de «norma constitucional en blanco», que remite al artículo 126 del TFUE, así como al pro-

protocolo 12.º anejo al mismo y al Tratado de la Unión Europea. De ambos términos de referencia del reenvío constitucional, se colige que el «déficit estructural máximo permitido al Estado y a las comunidades autónomas en relación con su PIB», a que hace referencia el artículo 135.2 de la CE, sería el 3 % del PIB. Del mismo modo, el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones públicas no podrá superar, según lo dicho, la cifra del 60 % del PIB del Estado.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, se hace necesario plantear si solo la normativa citada de la UE conforma el régimen jurídico aplicable o, por el contrario, otras reglas de contenido económico-financiero pueden subsumirse en la remisión efectuada por el artículo 135 de la CE a disposiciones europeas. En concreto, debe examinarse la posibilidad de que el más estricto título III del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, de 2 de marzo de 2012, también llamado Pacto Presupuestario o *Fiscal Compact* (analizado, entre otros, por Martín y Pérez de Nanclares [2013] y García Roca [2013], pp. 50 y ss.), pudiera dotar de contenido jurídico a los conceptos de los artículos 135.2 y 135.3 de la CE. A pesar de que el artículo 1 del citado protocolo 12.º fije un déficit estructural máximo del 3 % del PIB, el artículo 3 del *Fiscal Compact* o Pacto Presupuestario limita el déficit estructural máximo de las partes contratantes al 0,5 % de su PIB. Excepcionalmente, cuando su volumen de deuda pública sea inferior al 60 % y la sostenibilidad a largo plazo de su deuda no esté en riesgo, podrán incurrir dichas partes (España entre ellas) hasta en un 1 % de déficit estructural en relación con su PIB respectivo. Se plantea así la duda de qué concreto régimen jurídico es el aplicable a los efectos de la remisión del artículo 135 de la CE: ¿el previsto en el TFUE y el protocolo 12.º, o el más estricto fijado en el pacto presupuestario?

Conviene reparar, a este respecto, en que el artículo 126 del TFUE y el protocolo 12.º anejo al mismo son derecho originario de la Unión, mientras que el Pacto Presupuestario es un tratado internacional, un acuerdo intergubernamental que, suscrito entre Estados miembros de la UE, y no todos ellos, sino solo los pertenecientes a la Eurozona, no constituye DUE (ni originario ni derivado). El artículo 135 de la CE se refiere en su apartado 2 al «déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros», definiendo subjetiva («establecido por la Unión Europea») y medial o relacionalmente («para sus Estados miembros») dicho déficit estructural.

El déficit estructural máximo inferior que se fija mediante acuerdo intergubernamental (Pacto Fiscal) de los Estados de la Eurozona, España entre ellos, adoptado al margen de las instituciones comunitarias, y sin seguir los procedimientos asimismo comunitarios, no es, a efectos del artículo 135 de la CE, el «establecido por la Unión Europea para sus Estados Miembros», por faltar los citados elementos subjetivo y relacional. Del mismo modo, cuando nuestro principio constitucional de estabilidad presupuestaria se refiere en el apartado 3 del mismo artículo 135 al «valor de referencia establecido en el TFUE», dicha norma es concluyente respecto a su origen: solo el volumen de deuda pública que esté recogido en el mencionado tratado podrá considerarse como parámetro de constitucionalidad.

No desmiente las anteriores conclusiones el hecho, incontestable por otra parte, de que la forma de tramitar *ad intra* la manifestación del consentimiento *ad extra* escogida en España para obligarse mediante el Pacto Fiscal haya sido una ley orgánica (Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio², de autorización previa ex art. 93 CE), aunque en la práctica, según apunta García Roca (2013, p. 50), las Cortes Generales han tenido un muy pequeño papel de control, y nadie parece haber suscitado reparos de legitimidad democrática. E igualmente claro es que el *Fiscal Compact* no forma parte del sistema de fuentes del DUE, puesto que ese mismo acuerdo declara su subordinación al derecho de la Unión, lo que implica que, si está subordinado al mismo, no forma parte de él. Aún más significativo es el hecho de que el Pacto Fiscal no fue tramitado con arreglo a los procedimientos previstos por los tratados comunitarios para la adopción, por la UE, de acuerdos internacionales.

El legislador orgánico español se consideró competente para autorizar la celebración del Pacto Fiscal, acogiendo la iniciativa legislativa del Gobierno al respecto, el cual, a su vez, siguió la recomendación no vinculante del Consejo de Estado, basada, no en la realización del supuesto de hecho del artículo 93 de la CE (que sea un tratado por el que se cedan competencias a la UE ni a ninguna organización internacional distinta), sino en que el *Fiscal Compact* prevé la actuación de instituciones de la UE (Comisión, Banco Central Europeo). Ahora bien, esa actuación lo es en calidad de *borrowed institutions* que no aplican DUE, como aclaró el Tribunal de Justicia de esta en su Sentencia de 2016, sobre el asunto *Ledra Advertising*³, acerca de un similar ejemplo de «préstamo de instituciones de la UE» por disposición de otro acuerdo intergubernamental no comunitario entre Estados miembros de aquella: el creador del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), del que, entre otros, se ha ocupado Armengol i Ferrer (2018). Ello no quiere decir que el criterio del supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 107 CE) yerre, sino que el mismo se proyecta únicamente sobre el procedimiento interno de celebración (que fue el tema acerca del que se le consultó), opción cuya corrección (que aquí se presupone) permanece extramuros del objeto del presente trabajo.

La normativa europea (comunitaria, *stricto sensu*, lo que no incluye al Pacto Fiscal, según lo visto) a que se refiere el artículo 135.2 de la CE como techo de déficit no superable, no solo lo es para las leyes de presupuestos, sino también para la ley orgánica a que el apartado 2 del mismo precepto remite a fin de que concrete el porcentaje del déficit estructural máximo permitido al Estado y a las cc. aa. Esa última remisión al legislador orgánico, para que sea este el que fije el déficit máximo permitido al Estado y a las cc. aa. sin rebasar el igualmente máximo que la UE establezca para sus Estados miembros, determina que el DUE expresamente mencionado en el artículo 135.2 de la CE no sea parámetro directo de constitucionalidad de las leyes de presupuestos, sino que lo sea, a estos efectos, la citada ley orgánica a la que el precepto encomienda esa fijación.

² BOE núm. 178, de 26 de julio de 2012, p. 53541.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-8/15 a 10/15, *Ledra Advertising*.

Reiterada doctrina del TC había negado desde el ingreso español en las Comunidades Europeas la posibilidad de calificar el hoy DUE (recuérdese, el Derecho de la Unión Europea) como parámetro de constitucionalidad, prefiriendo considerarlo «canon de interpretación». Y de hecho, con cita a esa jurisprudencia antecedente, así se ha dicho precisamente, en relación con el actual tenor reformado del artículo 135 de la CE, en la STC resolutoria del recurso de inconstitucionalidad dirigido contra la LOEPSF por el Gobierno de Canarias⁴.

Nótese, por otra parte, el importante dato de que el déficit constitucionalmente admisible ex artículo 135.2 de la CE no es el estructural fijado por la UE para sus Estados miembros, sino uno que no exceda de dicho valor, al cual denomina el precepto como el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las cc. aa. que fije una ley orgánica. Y este déficit cuantificado por la LOEPSF (art. 3.2), con el artículo 135.2 de la CE en la mano, no tiene necesariamente que ser igual al establecido por la UE, al definirse este último en el precepto constitucional como un máximo, que si se rebasa en dicha ley orgánica la tornaría en inconstitucional, lo que en cambio no sucedería si esta señalase un déficit estructural inferior a ese máximo. Y es aquí donde la ley orgánica dictada en aplicación del artículo 135 de la CE (apdos. 2 y 5) se imbrica con el Pacto Fiscal, al establecer en su artículo 3.2 un techo de déficit menor a ese máximo determinado por la UE, aun a pesar de que dicho pacto no forme parte de la normativa de la UE a la que el propio artículo 135 de la CE remite, por ser un tratado intergubernamental paracomunitario (o a se) entre los Estados de la Eurozona (ni siquiera, pues, entre todos los que lo son de la UE).

El Pacto Fiscal, con el rango infraconstitucional que es propio de todos los tratados, a tenor del artículo 95.1 de la CE y del artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, y su consiguiente incapacidad para ser instrumento de reforma constitucional tácita, como subrayara la DTC 1/1992, sin embargo, obliga y compromete internacionalmente a España a consecuencia de la regla de derecho internacional general *pacta sunt servanda*. Y el Pacto Fiscal establece un margen máximo menor que el DUE en cuanto al déficit público estructural admisible, algo que, como se ha visto, el artículo 135.2 de la CE no prohíbe.

Un déficit inferior al fijado por la UE, que se establezca por ley orgánica, aún se halla dentro del parámetro del artículo 135.2 de la CE. Pero esto no significa que el parámetro constitucional de un déficit por debajo del máximo fijado por la Unión se agote en ese precepto de la Norma Fundamental, el artículo 135, sino que abarca el resto de ella. En su caso, también pueden integrar ese parámetro constitucional amplio otros preceptos de nuestra Ley de leyes, como los reconocedores de derechos fundamentales o constitucio-

⁴ STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3.A), con cita de las SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); 134/2011, de 20 de julio; 6235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14, y 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5.

nales que requieran partidas presupuestarias para su efectiva vigencia, o en conexión con estos, asimismo la cláusula constitucional del Estado social (art. 1.1 CE), cuya pervivencia y garantía se declara, precisamente, como norte de la reforma del artículo 135 de la CE en su exposición de motivos⁵.

Toda vez que ese déficit inferior admisible para Estado y cc. aa. ha sido establecido por normas infraconstitucionales (la LOEPSF, y el Pacto Fiscal, aunque, dada la carencia de efecto de este, su medida legislativa estatal de ejecución es aquella), las vías para activar el control de cumplimiento de preceptos constitucionales distintos al artículo 135 de la CE integrantes, como él, del parámetro de constitucionalidad, vienen a limitarse en la práctica a la cuestión de inconstitucionalidad, al haber transcurrido ya respecto a ambas normas (LOEPSF y Pacto Fiscal) el fugaz plazo legal de tres meses para la interposición del recurso directo (art. 33 LOTC). También puede jugar ese papel de activación de un control de constitucionalidad, en caso de erosión más allá del contenido esencial de derechos de prestación requeridos de financiación pública que sean susceptibles de amparo constitucional (educación, por ejemplo), el recurso de amparo contra medidas aplicativas de la LOEPSF y, a través de ella, del Pacto Fiscal, que pudiera derivar en autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC).

3. ¿A qué tipo de déficit se refiere la prohibición constitucional (art. 135.2) de superación del máximo establecido por la UE? ¿Cómo se determina? ¿Recibimiento a prueba por el TC?

Déficit estructural y déficit contable no son conceptos equiparables⁶ y, dada la opción del artículo 135.2 de la CE por el segundo, no puede pretenderse la declaración de inconstitucionalidad de una norma presupuestaria por transgredir el primero: esto es, por el mero hecho de que *prima facie* prevea un endeudamiento neto (en los términos del SEC 2010)⁷, resultante de operaciones financieras, superior al 3 % del PIB, puesto que el cómputo del déficit estructural requiere de la aplicación de parámetros específicos, mucho más complejos que la mera sustracción de los gastos a los ingresos presupuestarios. Déficit estructural no es déficit aritmético, es decir, el que se obtendría meramente de restar los gastos presupuestados a los ingresos previstos, sino el componente o parte del déficit que es in-

⁵ Primer párrafo de la exposición de motivos de la Reforma del artículo 135 de la CE, de 27 de septiembre de 2011: «La estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el art. 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos».

⁶ Diferencia que, con cita del voto particular de dicha resolución, también mencionan García Roca y Martínez Lago (2015, p. 99).

⁷ Fundamentalmente, Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

dependiente del ciclo: el que existiría si la economía siguiera su trayectoria de crecimiento potencial según la producción que puede obtenerse sin generar tensiones, tanto en el ámbito del empleo como en el de los precios (esto es, considerando un PIB de pleno empleo sin inflación), y con la sola actuación de los estabilizadores automáticos sin decisión discrecional alguna de los poderes públicos: impuestos sobre la renta y consumo, y subsidio de desempleo (Ruiz-Huerta Carbonell, 2012):

El déficit estructural es menos restrictivo que el equilibrio presupuestario anual asumidos en su día por las leyes de estabilidad presupuestaria de 2001, pero más exigente que el equilibrio a lo largo del ciclo económico por el que se decantara después la Ley de estabilidad presupuestaria de 2005, pues el acogido en la redacción reformada del artículo 135 de la CE impide medidas anticíclicas discrecionales aun en las fases contractivas del ciclo económico (Ruiz-Huerta Carbonell, 2012). Sin embargo, con él aún se deja un cierto margen de endeudamiento efectivo anticíclico, que aumentará en fases restrictivas del ciclo, y viceversa: en este sentido, Falcón y Tella (2011) maneja cifras de déficit admisibles, por aplicación de la noción del déficit estructural, detrayendo las de déficit cíclico, que rondarían entre el 4,3 y el 4,7 %. Tal consecuencia se alinea más con el Estado social que en su contra, a diferencia, por ejemplo, del equilibrio presupuestario anual (Ruiz-Huerta Carbonell, 2012), que es procíclico al intensificar la caída de fondos públicos en las fases restrictivas, obligando en ellas a producir superávit para que el déficit efectivo se iguale a cero.

Ahora bien, como se advierte con acierto en el voto particular de la STC 215/2014, de 18 de diciembre de 2014, resolutoria del recurso del Gobierno canario contra la LOEPSF, «el método para calcular el déficit estructural no está regulado en norma europea alguna, sino que se construye a partir de estimaciones y elaboraciones doctrinales, existiendo diferentes métodos disponibles en la literatura económica. Así lo confirma la mera lectura del preámbulo de la Orden ECC/2741/2012, de 20 de diciembre, que desarrolla el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/2012, que desmiente que todas y cada una de las opciones metodológicas estén predeterminadas en una norma europea de aplicación directa».

Lo anterior lleva a concluir que probablemente sea necesario practicar prueba en el eventual proceso de inconstitucionalidad que se promueva contra la norma presupuestaria, en aplicación del artículo 89 de la LOTC, como –a título ilustrativo– se hizo mediante el ATC 223/1984, de 9 de abril, que admitió la práctica de prueba documental en el proceso de enjuiciamiento de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica por el que se despenalizaba el aborto, y que concluyó con la STC 53/1985, de 11 de abril. Las pruebas a practicar, dado el etéreo procedimiento de cálculo del déficit estructural establecido en la LOEPSF aplicando (por remisión) la normativa europea, probablemente habrán de ser informes periciales que acrediten que el déficit contable o formal resultante de la ley de presupuestos enjuiciada comporta un déficit estructural superior al constitucional y legalmente (LOEPSF) admisible. También cabría aplicar el artículo 88 de la LOTC y recabar a su amparo la remisión al TC de informes o documentos relativos al presupuesto enjuiciado que pudieran justificar que la ejecución del mismo no lleva a incurrir en un déficit estructural superior al 3 %.

4. La Ley orgánica de estabilidad, ¿bloque de la constitucionalidad, o parámetro de constitucionalidad de las leyes autonómicas de presupuestos?

La posibilidad de impugnar ante el TC aquellas normas presupuestarias que vulneren lo dispuesto en los artículos 3.2 y 11.2 de la LOEPSF encuentra expresa determinación legal, cuando esas leyes de presupuestos son autonómicas, en el apartado primero de la disposición adicional tercera (DA3) de la LOEPSF. Consecuencia ineludible de ello es plantearse si la LOEPSF forma parte del bloque de la constitucionalidad en el sentido del artículo 28.1 de la LOTC (esto es, si se trata de una norma atributiva o delimitadora de competencias entre Estado y cc. aa., como reza el precepto), uno de los dos significados (el otro lo hace equivaler al parámetro de constitucionalidad en general) con los que el TC emplea esta locución⁸. Sobre la noción del bloque de la constitucionalidad en su primer (y primigenio) sentido recién mencionado, se han ocupado los trabajos, ya clásicos, de Fernández Rodríguez (1981), Rubio Llorente (1989), Favoreu (1990), Pérez Tremps (1990), Favoreu y Rubio Llorente (1991), García Roca (1998), Piniella Sorli (1994) o Requejo Rodríguez (1997).

Curiosamente, la propia LOEPSF insinúa que sí es bloque en este primer sentido, pero el TC, en cambio, ha considerado que no. Si se atiende a las previsiones de la LOEPSF, esta forma parte del bloque en sentido competencial (en la línea del artículo 28.1 LOTC), pues en la disposición final primera (DF1) de dicha ley orgánica se invoca como título habilitante único el artículo 135 de la CE, sin que pueda hallarse referencia alguna al artículo 149 de la Norma Fundamental, ni en esa misma DF, ni en el resto de la referida ley orgánica, en un claro entendimiento, por parte del legislador, de que tanto el artículo 135 de la CE como la ley orgánica adoptada a su amparo se integran en el bloque de la constitucionalidad. Por el contrario, según el TC, supremo intérprete de la Norma Fundamental (art. 1.1 LOTC) y órgano jurisdiccional superior en España en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE, y arts. 1 y 4 LOTC), la LOEPSF no forma parte del bloque de la constitucionalidad, sino que las competencias del Estado sobre las que sustenta dicha ley orgánica vienen dadas por los apartados 11, 13, 14 y 18 del art. 149.1 de la CE. Así lo ha subrayado en la STC 215/2014, FJ 3.A), resolutoria, como ya se ha dicho, del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de Canarias contra la LOEPSF.

Al respecto, la STC 215/2014 remite a jurisprudencia preexistente sobre el carácter no competencial de las reservas constitucionales de ley orgánica, que se generó a partir de las

⁸ Esta anfibológica utilización de la locución «bloque de la constitucionalidad» no impide discernir sin grandes dificultades, atendiendo al contexto de cada sentencia, cuándo el Alto Tribunal la emplea en un sentido o en el otro. La noción amplia, equivalente a «parámetro de constitucionalidad», aparece, entre otras, en las SSTC 89/2005, de 18 de abril, FJ 2; 90/2005, de 18 de abril, FJ 2; 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4 c), o, más recientemente, 68/2020, de 29 de junio, FJ 2, normalmente, eso sí, en impugnaciones por vía de amparo.

impugnaciones gubernamentales contra las leyes de asociaciones vasca (STC 173/1998) y catalana (STC 135/2006), conforme a la cual las disposiciones constitucionales entronizadoras de reservas de ley orgánica operan en un plano distinto al de las reglas, asimismo constitucionales, relativas a la distribución y atribución competencial entre Estado y cc. aa., y han de cohonestarse con ellas. Corolario de lo anterior fue la afirmación, en la STC 215/2014, de que la reserva de ley orgánica realizada en el artículo 135 de la CE corrobora la competencia del Estado en materia de estabilidad presupuestaria, así como que el basamento competencial de la LOEPSF, pese a no decirse así en ella (como se ha visto, esta ley orgánica invoca al efecto el art. 135 CE), y tal vez rozando de este modo la divisoria entre legislador negativo y positivo (al modificar jurisprudencialmente el contenido de la DF1 LOEPSF), se halla en los citados apartados del artículo 149.1 de la Norma Fundamental (esto es, en los títulos competenciales sobre sistema monetario y ordenación de crédito, banca y seguros, horizontal sobre unidad de mercado, Hacienda general, y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas).

Resulta llamativo que, en incongruencia con lo anterior (si el sustento competencial de la LOEPSF no es el art. 135 CE, como reza la DF1 de aquella, sino los apdos. 11, 14, 14 y 18 del art. 149.1 de la Ley de leyes, según se dice en el FJ3 de la STC 215/2014), dicha sentencia no declare inconstitucional esa misma DF del citado texto legal, ni tampoco efectúe un pronunciamiento interpretativo de esa misma DF. Puede explicarlo el principio de congruencia con el *petitum* del Gobierno autonómico recurrente (canario), que no impugnó dicha DF, aunque esa explicación solo es parcial, pues podría haberse aplicado lo previsto en el artículo 39.1 de la LOTC, que permite extender la declaración de inconstitucionalidad a otros preceptos no impugnados de la misma ley por conexión o consecuencia. Al margen de la crítica doctrinal que esa catalogación (no) competencial ha suscitado (García Roca y Martínez Lago, 2015), la negativa del TC a considerar la LOEPSF como parte integrante del bloque de la constitucionalidad no impide que dicha ley orgánica se encuadre dentro del parámetro de constitucionalidad de las leyes de presupuestos (también en el de las autonómicas) en todo lo relacionado con la concreción y modo de cálculo de la *golden rule* establecida en el artículo 135 de la CE por remisión de este último precepto (apdos. 2 y 5).

En definitiva, tras la STC 215/2014, cabe afirmar que si bien la LOEPSF no es bloque de la constitucionalidad en la acepción competencial en clave territorial del término según se emplea en la jurisprudencia del TC cuando este lo vincula al artículo 28.1 de la LOTC, sí lo es, en cambio, en el sentido más amplio con que el mismo tribunal utiliza a veces la alocución, haciendo equivaler, en general, la expresión «bloque de la constitucionalidad» a la de «parámetro de constitucionalidad». También hay precepto de referencia en la LOTC en tal tesitura, pues si dicho artículo no es el 28.1 de dicha ley por no ser la LOEPSF bloque de la constitucionalidad en el sentido competencial, ese término normativo de referencia pasa a ser el artículo 28.2 de la propia LOTC, en tanto se estará en la hipótesis de una ley ordinaria (la de presupuestos) que infringe preceptos de una ley orgánica, y esta (aquí, la LOEPSF) será bloque de la constitucionalidad en el sentido amplio que al término confiere esa otra línea jurisprudencial del propio TC. No así el Pacto Fiscal, por cierto, debido a su falta de

efecto directo, lo que *a priori* parecería evitar la compleja cuestión del control de convencionalidad de las leyes de presupuestos.

Esa infracción de la LOEPSF, por parte de la ley autonómica de presupuestos que exceda de los referidos parámetros estatales de déficit excesivo, carecería de la correspondiente base competencial (ahora sí, en el estatuto de autonomía) que pudiera permitir la divergencia. Y ello por ser la del Estado en materia de estabilidad presupuestaria, a tenor de la STC 215/2014, una competencia exclusiva (apdo. 14 del art. 149), o básica (arts. 149.1.11, 13 y 18), y la concreción del déficit público y del volumen de endeudamiento máximo admisible, según lo manifestado en la referida sentencia, entraría dentro del ámbito de esa exclusividad competencial estatal (apdo. 14: Hacienda general), o, incluso, también dentro del núcleo de «lo básico» dimanante de los tres últimos subapartados del artículo 149.1 de la CE recién citados, y aun dentro del componente coordinador, de consiguiente observancia obligada, que resulta del segundo de esos tres subapartados citados (el 13) del mismo precepto constitucional.

5. La suspensión de las reglas fiscales por el Congreso ex artículo 135.4 de la CE como convalidación del déficit excesivo y consiguiente parámetro de constitucionalidad de las leyes de presupuestos

Influido por la situación política y económica del momento de su redacción, así como por los precedentes normativos comunitarios (Reglamentos 1466⁹ y 1467 de 1997¹⁰), el reformador constitucional flexibilizó —en previsión de situaciones económicas y sociales adversas— el principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el artículo 135 de la CE, al incluir en su apartado 4 un mecanismo en virtud del cual el Congreso de los Diputados puede autorizar la superación de los niveles de déficit o endeudamiento públicos en determinados supuestos excepcionales predefinidos por el precepto constitucional, cuya apreciación y consiguiente dispensa del rigor presupuestario, conforme a dicho apartado, quedan en manos de la citada cámara parlamentaria.

La apreciación, por el Congreso de los Diputados, de la concurrencia de alguno de los supuestos enunciados en el artículos 135.4 de la CE (catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social

⁹ Reglamento (CE) n.º 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, DO L 209, 2 de agosto de 1997, p. 1-5.

¹⁰ Reglamento (CE) n.º 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo DO L 209, 2 de agosto de 1997, p. 6-11.

de este) habilita *ex Constitutione* a la cámara para autorizar por mayoría absoluta la superación de los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública a que se refieren los apartados 2 y 3 del mismo artículo. Se produce así una suspensión de las denominadas «reglas fiscales» por voluntad del legislador, que determina la inaplicación de parcial y temporal del mandato o regla general de respeto de esos respectivos volúmenes de déficit y deuda. Tal suspensión tiene efectos presupuestarios *ex ante* (durante la elaboración, enmienda, aprobación y constitucionalidad de los Presupuestos Generales), así como efectos *ex post*, impidiendo que de una liquidación del presupuesto vulneradora del principio de estabilidad presupuestaria puedan derivarse las consecuencias del capítulo IV de la LOEPSF («Medidas preventivas, correctivas y coercitivas»)¹¹.

La referida habilitación al Congreso para autorizar la inaplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 135 del CE, que este mismo precepto constitucional regula en su cuarto apartado, se configura como parámetro de constitucionalidad y mecanismo de constitucionalización (y en su caso de «reconstitucionalización») de todos aquellos presupuestos cuyas previsiones de endeudamiento público superen el límite de déficit excesivo referido anteriormente (el establecido por la LOEPSF sin superar el máximo determinado por el DUE para sus Estados miembros). Asimismo, la activación del artículo 135.4 de la Norma Fundamental se configura como la vía para constitucionalizar la correspondiente ley de presupuestos cuando –incluso sin endeudarse– el volumen de deuda pública exceda del 60 % del PIB, salvo que ya esté desplegando efectos un plan de reequilibrio. En este sentido, el desarrollo del precepto constitucional efectuado en el artículo 11.3 de la LOEPSF prevé la referida autorización parlamentaria para la superación del límite de déficit estructural, lo que el artículo 13.3 del mismo texto legal hace aplicable a la del volumen de deuda pública, mediante una remisión expresa y estableciendo la necesidad de fijar un plan de reequilibrio.

Siempre que el déficit estructural o endeudamiento resultante(s) de los presupuestos excediera(n) de los límites constitucionalmente fijados por la LOEPSF, será preciso, so pena de inconstitucionalidad de aquellos, que el Congreso suspenda la vigencia de las reglas fiscales por la vía del artículo 135.4 de la CE. Ello supone, necesariamente, no solo el voto afirmativo de la mayoría absoluta de la cámara, sino también la concurrencia efectiva de alguna de las tres causas que le permiten autorizar dicho exceso, lo que, como se verá más adelante, plantea la cuestión de la justiciabilidad de dicho acuerdo parlamentario como garantía de su rectitud constitucional. Del mismo modo, y con igual *caveat* (¿justiciabilidad?), cuando el volumen de deuda pública presupuestada exceda del 60 % del PIB, habrá de recabarse (y obtener) la oportuna autorización del Congreso, o bien someterse estrictamente al plan de reequilibrio que se aprobara al otorgarse la última autorización.

¹¹ Por ello, la primera comunicación al Congreso de los Diputados, realizada en octubre de 2020, interesó la suspensión de las reglas fiscales no solo para el ejercicio de 2021 (cuyos Presupuestos Generales vulnerarían previsiblemente los principios establecidos en el art. 135 CE), sino también para el –entonces ya en curso– ejercicio de 2020 (cuya liquidación resultaría manifiestamente contraria al principio de estabilidad presupuestaria, a pesar de que sus Presupuestos fijaron un déficit inferior al 3 % del PIB).

Mediante la suspensión de las reglas fiscales por el Congreso de los Diputados, situaciones que normal e inicialmente contravienen la Constitución (con las consecuencias jurídicas que más adelante se desarrollarán) quedan material y excepcionalmente convalidadas como constitucionales. La naturaleza de la «apreciación» del Congreso a que se refiere el cuarto apartado del artículo 135 de la CE puede sintetizarse como una suspensión de la vigencia o de inaplicación temporal y parcial de los apartados 2 y 3 del mismo precepto acordada por el legislador constituido (Congreso de los Diputados), previa concurrencia de ciertos presupuestos de hecho, por expresa previsión constitucional.

Como se ha dicho, la reforma de 2011, y el vigente régimen constitucional presupuestario que resulta de ella, fueron notablemente influenciados por el derecho comparado europeo y por el régimen jurídico comunitario e intergubernamental continental. En este sentido, es necesario referirse, principalmente, al artículo 109 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, tras su reforma en el año 2009, analizada, entre otros, por Arroyo Gil (2010), Cordero González (2012) o Kölling (2012). E igualmente son términos de referencia a estos efectos los artículos 3.1 c) y 3.3 b) del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (*Fiscal Compact* o TCEG).

Según el citado artículo 109 de la Ley Fundamental de Bonn:

Los presupuestos de la Federación y de los Länder deben ser equilibrados, en principio, sin ingresos provenientes de créditos. La Federación y los Länder pueden prever regulaciones para la toma en consideración, de forma simétrica en expansión y recesión, de los efectos de un desarrollo coyuntural divergente de la situación normal, así como una regulación de excepción para casos de catástrofes naturales o de situaciones extraordinarias de emergencia, que se sustraen al control del Estado y que graven considerablemente la situación financiera estatal. Para la regulación de excepción debe preverse una regulación correspondiente de amortización.

Por otra parte, según los artículos 3.1 c) y 3.3 b) del TCEG,

las Partes Contratantes podrán desviarse temporalmente de su objetivo a medio plazo respectivo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo únicamente en las circunstancias excepcionales definidas en el apdo. 3, letra b) [y] por «circunstancias excepcionales» se entenderá aquel acontecimiento inusual que esté fuera del control de la Parte Contratante afectada y tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos períodos de grave recesión económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante afectada no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo.

La influencia germana e intergubernamental (que no comunitaria) europea en los artículos 135.4 de la CE y 11.3 de la LOEPSF es manifiesta, sin perjuicio de que el *Fiscal Com-*

pact sea cronológicamente posterior (García Roca, 2013, p. 54) a la reforma constitucional española de 2011¹², debiendo destacarse, también, cómo la reforma de la Ley Fundamental de Bonn de 2009 fue criterio inspirador para el régimen europeo posterior, comunitario (UE) e intergubernamental (TECG).

Ahora bien, la apreciación del Congreso de los Diputados a que se refiere el artículo 135.4 de la CE no se configura como una potestad discrecional, ayuna de presupuestos de hecho habilitantes para su ejercicio, sino que, como antes se ha dicho, solo «en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado» podrá el Congreso autorizar la superación presupuestaria de los límites de déficit o endeudamiento públicos, por mayoría absoluta. La concurrencia de alguna de estas tres circunstancias debe ser apreciada por la cámara, siendo la última una evidente cláusula de apertura y constituyendo todas ellas, salvo la recesión económica (cuya definición está legalmente establecida, art. 11.3.2.º LOEPSF), conceptos jurídicos indeterminados. Autores como Gabriel Moreno González han criticado este –cada vez mayor– oscurantismo técnico e indeterminación terminológica en la fijación de las «cláusulas de escape» o suspensión de las reglas fiscales (Moreno González, 2021). Asimismo y según se ha indicado ya, el Gobierno deberá velar por la coherencia de tal suspensión con la normativa europea, configurándose este elemento comunitario como otro de los parámetros de validez de la suspensión de las reglas fiscales¹³.

La concurrencia de los presupuestos habilitantes deberá ser justificada por el Gobierno en la solicitud dirigida al Congreso de los Diputados, a quien corresponderá su examen y, en su caso, efectiva apreciación. Siendo esta la regla general, no parece descartable que en determinados casos la concurrencia de tales circunstancias sea constatable por otros actos o resoluciones del propio Congreso. Así, a título ilustrativo, resultó fácil admitir en octubre de 2020 la existencia de una situación de emergencia extraordinaria a los efectos del artículo 135.4 de la CE tras autorizar las prórrogas del estado de alarma acordado por el Real Decreto 463/2020 durante los meses de marzo a junio de 2020.

Lo anterior, sin embargo, no puede llevar a confundir los dos tipos de actos parlamentarios citados: si bien es cierto que una autorización del Congreso de los Diputados para prorrogar un estado de alarma es un poderoso indicio de que existe una situación de emergencia extraordinaria a los efectos del artículo 135.4 de la CE, ni puede considerarse que

¹² Y no al contrario, como se dice en la STC 215/2014, resolutoria del recurso del Gobierno de Canarias contra la LOEPSF (FJ 2.B): la adopción del Pacto Fiscal se produjo en 2012, mientras que la reforma del artículo 135 de la CE se publicó en 2011.

¹³ El propio Consejo de Ministros hace referencia a la particular influencia que tiene una previa apreciación de la existencia de las circunstancias del artículo 135.4 de la CE por la Unión Europea. *Vid.* el Plan de Reequilibrio remitido a las Cortes Generales por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de febrero de 2024. Párrafo 5.º del apartado 3.1.

una previa resolución en dicho sentido presuponga indubitadamente tal extremo desde la perspectiva de este último precepto, ni mucho menos habilita para concluir que una prórroga del estado de alarma comporte implícitamente la autorización que regula el propio artículo 135.4 de la CE. Se trata de dos actos parlamentarios bien diferenciados, independientes desde el punto de vista sistemático, sometidos a distintas mayorías y sin vinculación procedimental o consecucional alguna.

6. ¿La suspensión de las reglas fiscales por el Congreso de los Diputados como objeto de control de constitucionalidad?

Expuesto cuanto antecede, es necesario indagar si la «apreciación» del Congreso de los Diputados (auténtica autorización o habilitación a todos los efectos) ex artículo 135.4 de la CE es susceptible de control de constitucionalidad, pudiendo o no integrar el objeto de procesos constitucionales: ¿es dicha apreciación impugnabile ante el TC? En caso afirmativo, ¿cuál es la vía de impugnación adecuada? ¿Cuáles son los criterios que podrían emplearse para enjuiciar la constitucionalidad del acuerdo? Y, finalmente, ¿qué efectos podría tener una eventual declaración de inconstitucionalidad de la apreciación de la cámara por transgresión del artículo 135.4 de la CE?

La posibilidad de impugnar dicha apreciación del Congreso ante el TC es el presupuesto lógico de todas las cuestiones que acaban de expresarse: sin esa posibilidad procedimental de poner en tela de juicio tal actividad de la cámara, deviene inútil analizar los criterios de enjuiciamiento, así como los efectos de una eventual declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad del acto parlamentario. Para resolver este crucial aspecto es necesario determinar previamente qué fuerza y características tiene la «apreciación» del Congreso de los Diputados.

Es obvio que no se trata de un producto de la actividad legislativa, no constituyendo formalmente ley, ni ley orgánica, ni manifestación alguna de legislación con intervención gubernamental (real decreto-ley o real decreto legislativo), ni ninguna otra norma revestida de forma legislativa o asimilada en rango y fuerza a tenor de la Carta Magna o de los reglamentos de las cámaras (Moreno González, 2021). Tampoco resulta subsumible en otras figuras normativas (v. gr. tratados internacionales), ni en distintos actos parlamentarios que poco o nada tienen que ver con lo aquí estudiado. Se trata de una manifestación *sui generis* de la actividad parlamentaria y de las facultades del Poder Legislativo que, en el ámbito presupuestario y económico, incide en las del Gobierno y de la Administración pública.

De todo lo anterior resulta, en principio, la imposibilidad de recurrir específica y aisladamente la autorización (*lato sensu*) o apreciación (*stricto sensu*) ante el TC mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 32 LOTC). Tampoco parece que la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC) se configure como medio adecuado para permitir al TC conocer de esta actividad parlamentaria como único y exclusivo objeto del incidente que se plantee por este cauce, siendo muy difícil imaginar el escenario en que, concurriendo los

requisitos procesales, la susodicha cuestión sea finalmente planteada por un órgano judicial ordinario ante el Supremo intérprete constitucional. Todo ello, a reserva de lo que posteriormente se dice acerca de la eventual extrapolación, al supuesto que aquí se examina, de la jurisprudencia generada acerca de la impugnabilidad de los reales decretos relacionados con el estado de alarma por la vía de los procedimientos de control de constitucionalidad.

Resta contemplar la posibilidad de que el conflicto entre órganos constitucionales (arts. 73 a 75 LOTC) constituya cauce procesal adecuado para someter al conocimiento del TC la «apreciación» parlamentaria ex artículo 135.4 de la CE. Puesto que las reglas fiscales suponen una limitación a la actividad financiera del Gobierno, la suspensión de las mismas viene a significar una flexibilización del corsé presupuestario. Si el Ejecutivo solicitara la suspensión de las reglas fiscales, y el Congreso de los Diputados no la aprobara, difícilmente podría afirmarse la existencia de conflicto entre ambos órganos constitucionales, puesto que la negativa se habría producido en el ejercicio de las competencias constitucionales de la cámara, no estando esta obligada a autorizar la suspensión a requerimiento del Gobierno.

Por otra parte, si el Congreso de los Diputados suspendiera *motu proprio* las reglas fiscales sin intervención (solicitud formal) del Ejecutivo, potencialmente podría plantearse el conflicto, alegando el Gobierno que solo a él le corresponde la iniciativa de la apreciación de la cámara ex artículo 135.4 de la CE (cuestión que es analizada más adelante en este mismo artículo). Sin embargo, como ya se ha dicho, la suspensión de las reglas fiscales supone una liberación del corsé presupuestario constitucional que no tiene carácter vinculante para el Gobierno: así las cosas, no está claro hasta qué punto el Ejecutivo (pudiendo hacerlo) estaría interesado en promover el citado conflicto.

Como un primer cauce alternativo, podría intentar aplicarse analógicamente al ámbito estatal la DA3.1 de la LOEPSF, sustituyendo la referencia a «resoluciones emanadas de cualquier órgano de las cc. aa.» por «resoluciones emanadas de cualquier órgano del Estado» justificando que existe identidad entre ambos supuestos. Se plantea, en fin, si pudiera ser la apreciación del Congreso de los Diputados ex artículo 135.4 de la CE una resolución emanada de un órgano del Estado que contraviniera los principios del artículo 135 de la CE y de la LOEPSF a los efectos indicados.

Si bien se trata de una posibilidad a plantear, no parece sostenible esta interpretación analógica de la DA3. El sentido de la norma es claro y evidente (*in claris non fit interpretatio*), no permitiendo una lectura como la propuesta, ayuna de la motivación jurídica imprescindible para mutar el sujeto al que se dirige el mandato legislativo. No puede entenderse aplicable al Estado una previsión normativa dirigida específica y exclusivamente a las cc.aa. Una interpretación integradora de los apdos. 1 y 2 de dicha disposición adicional (DA3.1 y DA3.2) evidencia que el precepto está pensado únicamente para ser invocado frente a las cc.aa, no teniendo sentido plantear una aplicación analógica al Estado cuando la utilización del artículo 161.2 de la CE, que prevé la DA3.2 de la LOEPSF, tan solo es posible respecto de normas autonómicas (arts. 161.2 CE y 30 LOTC).

En cuanto al Dictamen 164/2012 del Consejo de Estado, sobre el proyecto gubernamental que conduciría a la aprobación parlamentaria de la LOEPSF, en la letra B de su apartado XI, el supremo órgano consultivo analiza la redacción originaria del precepto que aquí es objeto de atención, y de sus manifestaciones se deduce claramente la imposibilidad de aplicar analógicamente el precepto al ámbito estatal. El Consejo de Estado concluyó, entre sus recomendaciones al Ejecutivo, que la referencia originaria en el proyecto al Gobierno había de suprimirse para evitar generar confusión con la legitimación regulada en la LOTC. Sin embargo, y tal y como está fundada tal recomendación, se evidencia que la disposición no es extrapolable al ámbito estatal, estando concebida única y exclusivamente para impugnar, desde el Estado, resoluciones emanadas de cualquier órgano de las cc. aa.

Como segunda vía de impugnación extraordinaria procede plantearse si podría atacarse la constitucionalidad de la «apreciación» parlamentaria ex artículo 135.4 de la CE recurriendo ante el TC la ley de presupuestos aprobada al amparo de la suspensión de las reglas fiscales, con alegación de la inconstitucionalidad de dicha suspensión y, por tanto, de la ley de presupuestos dictada a su amparo. En este sentido, no cabe una acción directa de inconstitucionalidad contra dicha apreciación parlamentaria, porque, como se ha adelantado y ahora queda detallado, no se halla entre sus objetos impugnatorios posibles según el artículo 27.2 de la LOTC. En cambio, sí resultaría posible aducir los vicios en que incurriese hipotéticamente el acuerdo del Congreso adoptado ex artículo 135.4 de la CE entre los motivos impugnatorios de la propia ley de presupuestos combatida por exceso de déficit, como parámetro de constitucionalidad formal de la misma que, de decaer tal acuerdo parlamentario por oponerse al referido artículo y apartado de la Norma Fundamental, acarrearía la inconstitucionalidad de la propia ley de presupuestos así «convalidada» irregularmente por la cámara. Incluso en caso de que el mencionado acuerdo parlamentario sobreviniera tras la presentación del recurso ante el tribunal, y hallándose dicho recurso aún pendiente, cabría introducir dicho acuerdo en el proceso constitucional por vías como las ofrecidas por los artículos 84 y 88.1 de la LOTC.

La tercera de estas eventuales y adicionales vías impugnatorias consistiría en extrapolar la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra la «apreciación» del Congreso mediante invocación de la doctrina establecida en el ATC 7/2012, de 13 de enero, respecto de los reales decretos por los que se declaran los estados de alarma¹⁴. Según el fundamento jurídico 3 del recién citado ATC 7/2012, *in fine*:

A pesar de la citada diversidad de locuciones constitucionales, resulta palmario, a los efectos que ahora importan, que con las expresiones «rango» o «valor» de ley la Constitución primero, y luego la Ley Orgánica del TC, han querido acotar un *genus* de normas, decisiones y actos, del que serían especificaciones, además de la propia ley parlamentaria, otras fuentes en parte equiparadas a la misma por la

¹⁴ Esta doctrina fue reiterada en el fundamento jurídico 2.A de la STC 183/2021, de 27 de octubre, así como en las SSTC 83/2016 y 148/2021.

propia Constitución, así como algunos actos, decisiones o resoluciones no identificados como tales ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del TC, pero que sí gozarían de aquel «valor» o «rango», en virtud del cual no serían residenciables ante el TC por la vía del recurso de amparo.

Sin otra pretensión ahora que la identificación de esa categoría en relación con el específico objeto de este proceso de amparo, es manifiesto que son de subsumir también en la misma aquellas decisiones o actos parlamentarios que sin ser leyes o fuentes equiparadas a la ley, sí pueden, conforme a la propia Constitución, afectar a aquellas normas legales o asimiladas, esto es, excepcionarlas, suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente. Si la Constitución y el ordenamiento habilitan a determinados actos, decisiones o resoluciones parlamentarias para modificar de tal modo la aplicación de las leyes, no es de dudar que tales actos, decisiones o resoluciones ostenten ese genérico «rango» o «valor» de ley que invoca, para acotar el objeto del respectivo tipo de recurso de amparo constitucional, el art. 42 LOTC, con la consecuencia de que los mismos serían insusceptibles de dicho recurso previsto en ese precepto, y solo cabría impugnarlos ante este Tribunal a través de los procesos constitucionales previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del TC que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, normas y actos con fuerza o valor de ley.

Así, al entender que la apreciación del Congreso de los Diputados supone la excepción o suspensión de normas legales (LOEPSF), e incluso constitucionales (apdos. 2 y 3 del art. 135 CE), habría de concluirse que se trata de un producto legislativo que, con independencia de su rúbrica, identificación o *nomen iuris* escogido, goza de valor o fuerza de ley, aplicando analógicamente la doctrina indicada, y residenciando en la vía de los artículos 161.1 a) de la CE y 31 y siguientes de la LOTC (recurso de inconstitucionalidad) la impugnación de la apreciación del Congreso, si se considera, según lo expuesto, como «acto del Estado con fuerza de ley» (arts. 2.1.a, 31 y 32.1 LOTC).

Finalmente, puede plantearse la posibilidad de impugnar la apreciación del Congreso mediante la vía del recurso de amparo (arts. 41 y ss. LOTC), basado en el *ius in officium* de los diputados (art. 23.2 CE), al haberse impedido a los recurrentes (pertenecientes a la minoría que hubiese votado adversamente) velar por el recto ejercicio de la potestad, conferida a la cámara a que pertenecen, por el artículo 135.4 de la CE. Partiendo de tal premisa, una suspensión de las reglas fiscales acordada por el Congreso sin concurrir efectivamente alguno de los supuestos previstos en el artículo 135.4 de la CE habilitaría para que cualquier diputado promoviera recurso de amparo invocando vulneración del artículo 23.1 de la CE, en relación con los artículos 32.1 c) y 42 de la LOTC, al privar *a priori* a la minoría parlamentaria del derecho a impugnar una ley de Presupuestos Generales que, si no estuvieran suspendidas las reglas fiscales, infringiría los apartados 2 y 3 del artículo 135 de la CE.

En virtud de lo expuesto, si se considerara que la efectiva adopción parlamentaria de la apreciación contemplada en el artículo 135.4 de la CE es una decisión o acto sin valor de ley

emanado del Congreso de los Diputados con imputada vulneración de derechos susceptibles de amparo constitucional, podría acceder a control de constitucionalidad por dicha vía. Como podrá comprobarse, esta hipotética alternativa impugnatoria guarda cierto paralelismo con la del recurso de amparo interpuesto contra la resolución y los acuerdos de la Mesa del Congreso que determinaron la tramitación urgente, en lectura única y por el procedimiento ordinario previsto en el artículo 167 de la CE, de la proposición de reforma del artículo 135 de la propia Norma Fundamental, resuelto por el ATC 9/2012, de 13 de enero, fallando su inadmisión a trámite pero con examen, en su fundamentación jurídica, del fondo del asunto.

Examinadas las formas de acceder a la jurisdicción constitucional, procede analizar seguidamente los parámetros y criterios sustantivos a emplear en el hipotético análisis de constitucionalidad (si cualquiera de las posibles vías de acceso diera lugar a una resolución de admisión a trámite). En este ámbito de estudio, debe señalarse la evidente semejanza entre los institutos jurídicos de la apreciación del Congreso ex artículo 135.4 de la CE y de la convalidación, por la misma cámara, de los reales decretos-leyes conforme a las previsiones del artículo 86 de la CE. Ambos preceptos regulan manifestaciones de actividad parlamentaria que tienen una incidencia esencial en la actividad del Gobierno, estando configurados por conceptos jurídicos indeterminados como «extraordinaria y urgente necesidad» o «situaciones de emergencia extraordinaria». Así, y sin perjuicio de que posteriormente se analice si la iniciativa para activar el artículo 135.4 de la CE es o no exclusiva del Gobierno, se aprecia cierta semejanza en la construcción de ambas figuras, lo que justificaría la extrapolación *mutatis mutandis* al artículo 135.4 de la CE de parte de la jurisprudencia del artículo 86 de la CE (la relativa al control de constitucionalidad de los reales decretos-leyes en cuanto a la concurrencia de las circunstancias habilitantes).

La doctrina del TC tendente a evitar un uso «abusivo o arbitrario» del real decreto-ley es perfectamente trasladable a la apreciación del artículo 135.4 de la CE, aunque el sujeto y el juicio de oportunidad ya no se proyectarán sobre el Gobierno, sino sobre el Congreso de los Diputados. El control del TC tendrá carácter externo, verificando, pero no sustituyendo, el juicio político o de oportunidad que corresponda a la citada cámara parlamentaria –y en su caso al Gobierno– en el ejercicio de sus funciones (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ B.3 *in fine*).

7. Prórroga de las leyes de presupuestos y prórroga de la suspensión de las reglas fiscales. ¿Inconstitucionalidad sobrevinida de las leyes de presupuestos prorrogadas?

Una vez sentado que la autorización del artículo 135.4 de la CE es un mecanismo «reconstitucionalizador» de un presupuesto *a priori* inconstitucional por desviación deficitaria, lo siguiente que se plantea es la posibilidad de prórroga de la autorización del Congreso adoptada al amparo del precepto. El modo en que este configura la suspensión de las re-

glas fiscales mediante acuerdo de la cámara permite concluir que esa autorización tiene, en principio, una vigencia temporal limitada a un ejercicio presupuestario: aquel cuya superación del límite de déficit estructural (o de endeudamiento) por la ley de presupuestos se pretende «constitucionalizar» mediante este expediente. Por tanto, los efectos de esa autorización parlamentaria se despliegan –ordinariamente– entre el 1 de enero y el 31 de diciembre. Una vez se aproxime el final de dicho ejercicio, será necesario (si subsisten tanto el supuesto de hecho habilitante como la necesidad presupuestaria) plantear nueva suspensión para el ejercicio siguiente. La praxis parece conformarse a este esquema teórico, pues la suspensión de las reglas fiscales adoptada durante el ejercicio 2020 y 2021 fue reiterada durante los ejercicios 2022 y 2023 por el Congreso de los Diputados, previa instancia del Ejecutivo en forma de Acuerdo del Consejo de Ministros¹⁵. A mayor abundamiento, el propio artículo 11.3 de la LOEPSF define la autorización del Congreso de los Diputados como una «desviación temporal» que no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo.

Sin perjuicio de lo expresado, la suspensión de las reglas fiscales solicitada por el Gobierno el 6 de octubre de 2020, y acordada por el Congreso de los Diputados el 20 de octubre del mismo año, ratificó que la misma es susceptible de ser aplicada con relativa flexibilidad: no existe impedimento para suspender las reglas fiscales a lo largo de un ejercicio presupuestario ya comenzado (2020), así como tampoco para incorporar en una sola autorización las suspensiones de dos ejercicios distintos (2020 y 2021). De los tres acuerdos referidos, así como de las correspondientes ratificaciones parlamentarias, puede destacarse cómo se citan únicamente los artículos 135.4 de la CE y 11.3 de la LOEPSF, omitiendo cualquier referencia expresa al artículo 13.3 de la LOEPSF, cuya eficacia, en principio, también ha de desplegarse sobre la autorización parlamentaria interesada. Es decir, si bien se pretende la suspensión de las reglas fiscales tanto respecto del déficit estructural como del volumen de deuda pública, el Gobierno únicamente cita de forma expresa el precepto relativo al déficit estructural.

En relación con lo anterior, resulta evidente que la institución de la prórroga presupuestaria no puede aplicarse analógicamente a la autorización del Congreso regulada por el artículo 135.4 de la CE. El artículo 134.4 del texto constitucional no es aplicable, por su propia naturaleza y contenido, a la suspensión de las reglas fiscales, no apreciándose identidad de razón entre una norma presupuestaria y una habilitación parlamentaria excepcional cuyos efectos no pueden extenderse a momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

¹⁵ Acuerdos del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2020, 27 de julio de 2021, 26 de julio de 2022; ratificados por el Pleno del Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 2020, 13 de septiembre de 2021 y 12 de septiembre de 2022, respectivamente: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 16 de octubre de 2020, serie D, núm. 161, páginas 35 a 38; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 22 de septiembre de 2021, serie D, núm. 329, página 24; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 12 de septiembre de 2022, serie D, núm. 496, páginas 86 a 90.

Lo antecedente permite concluir que la prórroga de unos Presupuestos Generales del Estado no supone de modo automático la de la suspensión de las reglas fiscales, así como que la de estas últimas tampoco es susceptible, a su vez, de prórroga al amparo del artículo 134.4 de la CE, sino, en su caso, al abrigo del artículo 135.4 de la CE. Por tanto, si la previsión de ingresos y gastos resultante de unos presupuestos prorrogados comporta una vulneración sobrevenida del artículo 135.2 de la CE, el Consejo de Ministros deberá acordar una nueva solicitud de suspensión parlamentaria ex artículo 135.4 de la CE, con su correspondiente remisión al Congreso de los Diputados interesando al efecto la votación favorable de la mayoría absoluta de la cámara. Todo ello, evidentemente, supeditado a que aún persista (o, en su caso, que sobrevenga) catástrofe natural, recesión económica o situación de emergencia extraordinaria, como en el ejercicio anterior.

Ello plantea una nueva situación: ¿qué ocurre con los Presupuestos Generales que se ven prorrogados por aplicación del artículo 134.4 de la CE, pero cuya constitucionalidad mediante suspensión parlamentaria de reglas fiscales desaparece porque el Congreso no apruebe una nueva autorización basada en el artículo 135.4 de la CE? De acuerdo con todo lo señalado hasta aquí, es evidente que tales Presupuestos Generales, sometidos ahora a las reglas fiscales precisamente a causa de la falta de dispensa del Congreso, adolecerán de vicio de inconstitucionalidad por incumplimiento de las mismas, con la consiguiente vulneración del artículo 135.2 de la CE. Debe destacarse que en este caso la inconstitucionalidad de la ley de presupuestos es sobrevenida, a causa de la desaparición de la convalidación parlamentaria que temporalmente habilitaba para superar los límites de déficit excesivo. Se trata de un supuesto en que una norma, constitucional en el momento de su aprobación, deviene inconstitucional sin alteración sobrevenida del texto constitucional ni modificación legislativa alguna.

Ahora bien, el plazo de tres meses para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la ley de presupuestos aquejada de tal inconstitucionalidad sobrevenida se habrá sobrepasado manifiestamente, puesto que el *dies a quo* se fija legalmente en la fecha de publicación oficial de las normas impugnables (art. 33.1 LOTC). Excepcionalmente, cabe plantearse lo que ocurriría si aconteciese una aprobación extemporánea de la norma presupuestaria, de suerte que los Presupuestos Generales del Estado de un determinado ejercicio fueran publicados en el último trimestre del año en curso.

Suponiendo que de dichos presupuestos resultara un déficit estructural inconstitucional, pero se hubiera acordado por mayoría absoluta del Congreso, conforme al artículo 135.4 de la CE, la suspensión de reglas fiscales para el ejercicio correspondiente, y suponiendo también que quedasen prorrogados al año natural siguiente por efecto del artículo 134.4 de la CE, sin que para este último año (el de la prórroga) recaiga acuerdo parlamentario de suspensión de reglas fiscales, podría plantearse la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad dentro de los días que, restando del plazo de tres meses, formen parte del año siguiente en que las reglas fiscales ya no estuvieran suspendidas. Las remotas probabilidades de que acontezcan simultáneamente el conjunto de sucesos necesarios para

que este supuesto se dé efectivamente convierten la elaboración anterior en un sugestivo caso de laboratorio que muestra las múltiples y complicadas manifestaciones que presenta la suspensión de las reglas fiscales en relación con otros institutos normativos, institucionales, presupuestarios y económicos de nuestro régimen constitucional.

8. Titularidad de la iniciativa para la suspensión de las reglas fiscales y asimetrías territoriales aparejadas a dicha suspensión

Otro elemento a destacar del régimen de autorización parlamentaria de un déficit superior al aplicable, que permite el artículo 135.4 de la CE, radica en la asimetría territorial existente entre el Estado y las cc. aa. Si bien ya la norma constitucional lo consagra expresamente, el artículo 11.3 de la LOEPSF reitera que

excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

Aunque el precepto legal prevé la autorización para el Estado y las cc. aa., no contempla la intervención del Congreso de los Diputados y de las asambleas legislativas territoriales, sino solo del primero. Ello es conforme con el artículo 135.4 de la CE, que no dispone una análoga apreciación autonómica por las asambleas legislativas.

La literalidad del precepto permite concluir que, en el caso de que una comunidad autónoma individualmente considerada requiriera suspender las reglas fiscales, dicha suspensión habría de contar con autorización del Congreso de los Diputados, y no de su asamblea legislativa, pese a que sería esta última quien finalmente aprobara el presupuesto autonómico. A esta primera asimetría territorial, puede aducirse lo complicado que es imaginar escenarios de recesión económica grave (art. 11 LOEPSF), o situaciones de emergencia extraordinaria, que circunscriban sus efectos solo al territorio de una comunidad autónoma, sin afectación al resto del Estado. Más factible, en cambio, parece el escenario de una catástrofe natural que afecte al territorio de una sola comunidad autónoma, y que permita solicitar la autorización, individualizadamente, al Congreso de los Diputados.

No hay disposición en la LOEPSF que atribuya en exclusiva al Gobierno la competencia para interesar la apreciación del Congreso de los Diputados respecto a la concurrencia de las situaciones del artículo 135.4 de la CE. Parece lógico, no obstante, que normalmente sea el Ejecutivo central quien, de acuerdo con la tramitación presupuestaria prevista en la

LOEPSF (v. gr. art. 15), y en comunicación con las cc. aa., interese dicha apreciación, en específica manifestación de su función constitucional de dirección de la política interior (art. 97 CE). Pero no existe atribución legal exclusiva de dicha facultad al Gobierno: de hecho, ni siquiera existe una previsión específica de la concreta vía por la que deba articularse dicha actuación gubernamental.

En los tres supuestos en los que en la práctica se ha invocado el precepto hasta ahora, se ha procedido mediante comunicación del acuerdo del Consejo de Ministros «por el que se solicita del Congreso de los Diputados la apreciación de que España está sufriendo [...], lo que supone una situación de emergencia extraordinaria, a los efectos previstos en los arts. 135.4 CE y 11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera». La única diferencia entre las comunicaciones de 2020 y 2021 con respecto a la de 2022 es que, en esta última, se cambió la locución «España está sufriendo una pandemia» por «España está sufriendo las consecuencias del estallido de la guerra en Europa y de una crisis energética sin precedentes». Tales acuerdos vienen a ser las resoluciones del Consejo de Ministros a que se refieren los artículos 15 y 30 de la LOEPSF.

Por tanto, si bien es cierto que la vía ordinaria de suspensión de las reglas fiscales radica en la apreciación por el Congreso de los Diputados ex artículo 135.4 de la CE, previa comunicación del acuerdo del Consejo de Ministros, tal y como se ha visto que ha acontecido en la práctica hasta el momento, no puede concluirse que dicha forma de iniciación haya de ser la única posible. Ningún precepto de la LOEPSF articula un procedimiento específico, ni legitima exclusivamente a uno o varios órganos para interesar tal apreciación (no se consagra, pues, un monopolio gubernamental de iniciativa). A ello debe aunarse que el artículo 135.4 de la CE únicamente determina que el Congreso de los Diputados es quien debe apreciar la concurrencia de las situaciones de dicho precepto, a los efectos de suspender a su amparo las reglas fiscales.

Cabe plantearse si las cc. aa. pueden dirigir comunicación a la referida cámara estatal al objeto de interesar la aplicación del artículo 135.4 de la CE para sus respectivos presupuestos. Aunque el artículo 11.3 de la LOEPSF (así como el 13.3 de la misma norma) hace referencia a la suspensión de las reglas fiscales para las cc. aa., solo queda previsto que la posibilidad de la apreciación de esa circunstancia corresponda al Congreso de los Diputados. Es razonable admitir que las cc. aa. puedan, en el ejercicio de su autonomía financiera (art. 156 CE), remitir al Congreso de los Diputados comunicaciones de acuerdos en los que soliciten de la cámara la apreciación de alguna de las circunstancias del artículo 135.4 de la CE en sus respectivos territorios. En este punto, se plantea el dilema de que no existe vía específica en el Reglamento del Congreso de los Diputados para estas comunicaciones de las cc. aa. a dicha cámara. No obstante, una vez se ha admitido que el Congreso goza de la potestad para suspender de oficio las reglas fiscales, puede considerarse que cualquier modo de llevar a su conocimiento la necesidad autonómica o nacional de apreciar la concurrencia de alguna de las causas del artículo 135.4 de la CE permitirá debatir en la cámara la oportunidad de que esta acceda a dicha suspensión.

De lege ferenda, cabría regular en el reglamento del Congreso el procedimiento del artículo 135.4 de la CE, determinando sujetos legitimados para interesar la apreciación parlamentaria y fijando los trámites concretos a seguir en cada caso. Dada la naturaleza de la institución estudiada, la ubicación sistemática más adecuada sería el título VII, «Del otorgamiento de autorizaciones y otros actos del Congreso con eficacia jurídica directa», introduciendo un nuevo capítulo V, «De la superación de los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública». Sin perjuicio de lo que se acaba de expresar, y hasta que se reformara el reglamento, sería conveniente, al menos, una resolución de la presidencia del Congreso integrando la laguna de que actualmente adolece la normativa reglamentaria de la cámara sobre la tramitación parlamentaria a seguir para la suspensión de las reglas fiscales de conformidad con el mencionado artículo 135.4 de la CE.

9. La disposición adicional tercera de la LOEPSF: asimetrías territoriales en materia de legitimación y suspensión presupuestaria; efectos de la *prorrogatio ex lege* del presupuesto del ejercicio anterior

Atendiendo al tenor de la DA3.1 de la LOEPSF¹⁶, es incontestable la posibilidad de recurrir ante el TC aquellas normas estatales y autonómicas que vulneren el artículo 135 de la CE. Ello exige reparar en las consecuencias adjetivas del asimétrico régimen establecido en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC, por lo que se refiere a las posiciones de Estado y cc. aa. en los procesos constitucionales. A efectos expositivos también es necesario distinguir sistemáticamente la impugnación de leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley, de las de disposiciones normativas o actos sin fuerza de ley.

Por lo que se refiere a aquellas que tengan por objeto normas con rango de ley (título II de la LOTC), ante un eventual supuesto de inconstitucionalidad de una ley de Presupuestos Generales del Estado únicamente podrán recurrirla ante el TC el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados o 50 senadores (art. 32.1 LOTC). La posibilidad de que una comunidad autónoma, mediante sus órganos colegiados ejecutivos o asambleas legislativas, recurra dicha norma estará condicionada a que afecte a su propio ámbito de autonomía (art. 32.2 LOTC). Si bien esta limitación es común a todos los supuestos de recursos de inconstitucionalidad de cc. aa. contra normas con rango de ley del Estado, es necesario plantearse si la inconstitucionalidad de una ley de Presupuestos Generales del Estado puede afectar al ámbito de autonomía de una o varias cc. aa. Esta cuestión solo podrá res-

¹⁶ Según Giménez Sánchez (2012), inicialmente se preveía una disposición adicional segunda que residenciaba en la jurisdicción contencioso-administrativa las impugnaciones de actos y resoluciones dictados en aplicación de la LOEPSF, siendo finalmente aprobada la actual disposición adicional tercera que atribuye el conocimiento al TC, con independencia de que el acto impugnado tenga o no fuerza de ley.

ponderarse *in casu* y su extensión desborda los límites de este estudio, pero la concurrencia de este requisito es, desde luego, presupuesto necesario para dicha impugnación autonómica de una norma presupuestaria estatal (dado que, según jurisprudencia constitucional interpretativa de los arts. 162.1.a CE y 33.2 LOTC¹⁷, no caben en general las «autoimpugnaciones» autonómicas, no podrá producirse, en el caso concreto de la respectiva ley territorial de presupuestos, ni siquiera por intervención adhesiva)¹⁸.

En cuanto a la legitimación para impugnar disposiciones normativas sin fuerza de ley de las cc. aa., tanto la DA3 de la LOEPSF como el título V de la LOTC establecen la potestad del Gobierno para recurrir esta clase de normas. Por lo que respecta a las facultades de suspensión, en el caso del recurso de inconstitucionalidad el Gobierno podrá hacer uso de la facultad prevista en los artículos 161.2 de la CE y 30 de la LOTC, e interesar la suspensión de la ley de Presupuestos Generales de la comunidad autónoma impugnada. Sin embargo, las cc. aa. no podrán solicitar ni siquiera la medida cautelar de suspensión de la ley de Presupuestos Generales del Estado impugnada (mecanismo al que sí podrían pretender acudir en otras vías procesales, *v. gr.* art. 64.3 LOTC).

En tal caso, debe estarse a los artículos 62 a 67 de la ley rituaria constitucional. Siendo esta vía de impugnación un instrumento procesal exclusivo del Gobierno frente a las cc. aa., solo aquel podrá suspender la vigencia de la normativa presupuestaria autonómica sin rango de ley apelando al artículo 77 de la LOTC (de conformidad con el art. 161.2 CE). En conclusión: la facultad de suspender normas presupuestarias impugnadas quedará exclusivamente reservada a la impugnación por el Gobierno de leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las cc. aa. (DA3.2 LOEPSF y art. 30 LOTC), o de disposiciones normativas y actos sin fuerza de ley emanadas de cualquier órgano de las cc. aa. (art. 77 LOTC).

Por lo que atañe a los efectos de la prerrogativa estatal de suspensión, debemos estar a lo dispuesto en la DA3.2 de la LOEPSF, según el cual:

En el caso de que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 161.2 CE, la impugnación de una ley de presupuestos produzca la suspensión de su vigencia se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los presupuestos del ejercicio siguiente al impugnado, hasta la aprobación de una ley que derogue, modifique o sustituya las disposiciones impugnadas o, en su caso, hasta el levantamiento de la suspensión de la ley impugnada.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 223/2006, de 6 de julio, ECLI:ES:TC:2006:223; y Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2019, de 18 de diciembre, ECLI:ES:TC:2019:176.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2020, de 15 de julio, ECLI:ES:TC:2020:81.

Esta previsión únicamente se refiere a las leyes de Presupuestos Generales, debiendo estimarse que respecto de todas aquellas normas (legales o de rango inferior) frente a las cuales se invoque el artículo 161.2 de la CE habrá de estarse a los efectos ordinarios del mismo.

En lo que específicamente respecta a la suspensión de la vigencia de las leyes de Presupuestos Generales, es necesario efectuar a continuación una serie de precisiones:

Primeramente, que cuando este segundo apartado de la mencionada DA3 se refiere a la prórroga automática de los presupuestos del ejercicio anterior, debe entenderse que la norma presume el carácter constitucional de tales previos presupuestos. Sin embargo, en el caso de que la norma presupuestaria del ejercicio anterior también adoleciera de inconstitucionalidad es menester concluir, atendiendo al espíritu de la ley, que la prórroga haya de retrotraerse al primer presupuesto anterior que no vulnere los principios establecidos en el artículo 135 de la CE y desarrollados por la LOEPSF. Tal cosa, sin embargo, no deja de plantear problemas por la presunción de constitucionalidad de todas las leyes (también las de presupuestos) y la preclusión del plazo para impugnarlas que indudablemente habrá ya acaecido en esta especial tesitura. Ese plazo legal es, como se sabe, de tres meses desde su publicación oficial, con arreglo al artículo 33.1 de la LOTC, salvo que interpretativamente se entendiera aplicable, en el presente contexto específico, dicho plazo, pero situando su *dies a quo* en el de entrada en vigor de la suspensión de la posterior ley de presupuestos como consecuencia de la impugnación de esta última con invocación gubernamental del artículo 162.1 de la CE, opción que plantearía dificultades, también, por lo que atañe al ejercicio del derecho de acción de inconstitucionalidad con respecto a tal ley, así como desde la perspectiva del propio objeto de dicha acción, que viene dado por la ley suspendida, y no por la ley a prorrogar.

Todo lo señalado pone en tela de juicio el automatismo aparente de la suspensión y de la prórroga, que se derivaría de una lectura superficial de la, por otra parte, lacónica y lapidaria DA3.2 de la LOEPSF, haciendo necesario, con todas las dificultades antes apuntadas, analizar (prejuizar) también la constitucionalidad de la norma a prorrogar. Asimismo, podría darse el caso de que los presupuestos del año anterior también estuvieran recurridos, supuesto en que la prórroga automática no podría referirse a estos últimos, sino a los primeros presupuestos anteriores cuyo carácter constitucional fuera indubitado. Puede dejarse apuntado, por tanto, la posibilidad de que el Gobierno invocara el artículo 161.2 de la CE al amparo de la DA3 de la LOEPSF, interesando la prórroga de presupuestos que no sean los del ejercicio anterior, lo cual podría eventualmente hacer compatible esta pretensión con el espíritu de la norma examinada.

La segunda serie de precisiones apuntadas se refieren a que la DA3.2 de la LOEPSF solo contempla como supuestos del fin de la prórroga presupuestaria (1) la aprobación de unos nuevos presupuestos para el ejercicio siguiente al impugnado, (2) la derogación, modificación o sustitución de las disposiciones impugnadas o (3) el levantamiento de la suspensión de la ley impugnada. Sin embargo, no parece que dicho precepto agote o cierre el paso a

otras posibles causas del levantamiento de la suspensión, siendo también lógica causa de fin de prórroga presupuestaria (4) la apreciación por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados de la concurrencia de alguna de las situaciones del artículo 135.4 de la CE. Esta apreciación, de hecho, no solo levantaría la suspensión, sino que convalidaría la constitucionalidad de la ley de Presupuestos Generales impugnada, y, sin perjuicio del estudio ulterior en este mismo trabajo de los efectos que ello tiene sobre el proceso constitucional, debería provocar el fin de dicha prórroga.

En tercer lugar, debe apuntarse que el primero de los supuestos extintivos de la prórroga presupuestaria adolece de una formulación imprecisa, pues la DA3.2 de la LOEPSF establece que «se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los presupuestos del ejercicio siguiente al impugnado». Si se analiza con detenimiento el enunciado transcrito, se comprobará que carece manifiestamente de sentido que, por el hecho de aprobarse la ley de presupuestos del ejercicio siguiente al impugnado, quede levantada la suspensión de unos presupuestos que vayan a seguir desplegando efectos potencialmente inconstitucionales lo que reste de ejercicio. ¿Por qué la mera aprobación de una ley de Presupuestos Generales del ejercicio siguiente, aún no en vigor, habría de determinar el levantamiento de la suspensión de una norma impugnada ante el TC? Necesariamente ha de entenderse la disposición en otro sentido.

Atendiendo a la *mens legislatoris*, o bien se concluye que existe una errata y donde dice «impugnado» habría de decir «prorrogado», de suerte que el sentido del precepto fuera que «se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los presupuestos del ejercicio siguiente al prorrogado»; o bien se considera que donde se expresa «aprobación» en realidad se hace referencia a «vigencia», de suerte que el precepto se referiría a que «se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos del ejercicio anterior hasta la vigencia de los presupuestos del ejercicio siguiente al impugnado».

La primera de las interpretaciones propuestas es manifiestamente insatisfactoria por reiterar otro de los supuestos previstos en la norma: la aprobación de los presupuestos del ejercicio siguiente al prorrogado es el mismo supuesto que el de «la aprobación de una ley que derogue, modifique o sustituya las disposiciones impugnadas», que presumiblemente sería una ley de presupuestos. La segunda, en cambio, sin suponer duplicidad de supuestos de hecho, es plenamente conforme con el espíritu de la norma (fin del supuesto de prórroga con la entrada en vigor de los nuevos presupuestos del año siguiente al suspendido) y permite hacer una interpretación menos arriesgada que la de presumir una errata del legislador («impugnado» por «prorrogado»), entendiendo que el legislador ha equiparado los términos «aprobar» y «entrar en vigor».

Finalmente, en cuanto a los efectos prácticos de la prórroga producida por la aplicación de la DA3 de la LOEPSF y del artículo 161.2 de la CE, al ser semejantes a las que plantea la estimación de un recurso de inconstitucionalidad contra los presupuestos recurridos ante

el TC, nos remitimos a lo que más adelante se expone al respecto en el apartado 10.2 del presente trabajo.

10. Terminación del proceso de declaración de inconstitucionalidad: efectos de una sentencia estimatoria por déficit excesivo y posible terminación sobrevenida por convalidación parlamentaria ex artículo 135.4 del texto constitucional

La finalización ordinaria de cualquier proceso constitucional es la sentencia, de acuerdo con el artículo 86.1 de la LOTC. Lo cual no obsta a que en otros supuestos el enjuiciamiento constitucional se vea forzado a finalizar acudiendo a figuras extraordinarias como la renuncia, el desistimiento o la caducidad (arts. 80 y 86.1 LOTC). El TC también se ha referido a las figuras del allanamiento o de la satisfacción extraprocesal de la pretensión (véase el fundamento jurídico 3.º de su Auto 350/1990, de 2 de octubre). Apuntado lo anterior, deberán estudiarse separadamente los efectos de la sentencia que declare la inconstitucionalidad (siquiera parcial) de la ley de Presupuestos Generales, y los de aquella resolución que reconozca la carencia sobrevenida de objeto en el proceso constitucional por convalidación de la norma impugnada mediante la suspensión sobrevenida de las reglas fiscales acordada por el Congreso de los Diputados en discrecional aplicación de lo previsto en el artículo 135.4 de la CE.

10.1. Terminación por sentencia estimatoria

En lo referente a la declaración de inconstitucionalidad de la ley de presupuestos, a los efectos que interesan en el presente trabajo, habría de suponerse que se trata de una inconstitucionalidad por vulneración del principio de estabilidad presupuestaria, de los apartados 2 y 3 del artículo 135 de la CE según lo estudiado anteriormente. Los presupuestos que incurrieran en «déficit excesivo» serían declarados inconstitucionales por el TC, y ello hace necesario plantear cuáles serían los concretos efectos que produciría dicho pronunciamiento respecto de la norma enjuiciada, a la vista de las previsiones del artículo 39 de la LOTC y de la jurisprudencia constitucional relativa al precepto.

Dada la naturaleza de la contravención de la Carta Magna (criterios matemáticos, técnicos, abstractos y susceptibles de difícil modulación), parece difícil imaginar que el TC dictara una resolución de las denominadas «interpretativas». Si bien es cierto que el principio de conservación de las normas aconsejaría plantear posibilidades que resulten conformes con la Constitución, estimando (por enunciar la concreta interpretación de la norma que es conforme con el texto constitucional) o desestimando (por existir diversas interpretaciones constitucionales de la norma impugnada) el recurso; en el caso que nos ocupa y por la na-

turalidad de la vulneración, no parece que dichas sentencias interpretativas sean adecuadas para poner fin al proceso constitucional.

Por lo que respecta a las sentencias manipulativas o a las aditivas, como manifestación de la intervención positiva del TC y de su actuación limítrofe con la del legislador, tampoco parece que sean instrumento oportuno para poner fin a la situación de inconstitucionalidad de la norma. No parece razonable amparar bajo estas figuras, más propias del constitucionalismo italiano que del nuestro, una suerte de modificación general de los créditos presupuestarios para reconducir el presupuesto al límite constitucional de déficit estructural. El tribunal atravesaría así, indebidamente, la divisoria entre el legislador negativo, papel que resulta admisible para la Alta Corte según la primigenia concepción kelseniana a la que se adscribe nuestro modelo de justicia constitucional, y el legislador positivo, adverso esto último no solo a la construcción kelseniana, sino aun al todavía más clásico principio de separación de poderes.

Finalmente, cabe plantearse tanto la posibilidad de que el TC dictara una «sentencia-delegación» (instando al legislador para que dicte, a la mayor brevedad posible, una norma presupuestaria conforme con la Constitución atendiendo a ciertos criterios), como la posibilidad de que sentenciara declarando la inconstitucionalidad de los presupuestos, pero sin aunar a dicho pronunciamiento una declaración de nulidad. A ambos efectos, véase el fundamento jurídico 3.º de la STC 132/2010, de 2 de diciembre.

En cuanto a la posibilidad de una eventual «sentencia-delegación» como modo de terminar el proceso de enjuiciamiento constitucional, no parece ser la técnica más adecuada, puesto que la vulneración constitucional apreciada (presupuesto que implica un déficit estructural superior al permitido por la LOEPSF a la que remite el art. 135.2 CE) es difícilmente subsanable por esta vía sin que el Supremo Intérprete de la Constitución quede convertido formal y materialmente en un verdadero –e indebido– legislador positivo, indicando, por ejemplo, a las Cortes Generales los estados presupuestarios o créditos a recortar y en qué cuantía.

Por otra parte, aunque parece menos difícil imaginar una sentencia de inconstitucionalidad que, apreciando vulneración del artículo 135.2 de la CE (y del art. 3.1 LOEPSF a su amparo), declare la inconstitucionalidad de los presupuestos recurridos sin unir a dicho pronunciamiento la nulidad de la disposición recurrida por considerar que tal consecuencia (la nulidad) «crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable», a ello debe oponerse que la institución de la prórroga presupuestaria saldría a rescate del ordenamiento, evitando dicho vacío. En la medida en que los presupuestos devinieran inconstitucionales y nulos, nada obstaría a que, inmediata y automáticamente, los presupuestos del año anterior quedaran prorrogados y desplegaran efectos durante el resto del ejercicio. Así, la doctrina de segregar declaración de inconstitucionalidad y nulidad, expuesta, entre otras, en la ya mencionada STC 132/2010 (con cita de otras como la STC 131/2010, de 2 de diciembre, y, en esta, las SSTC 45/1989, de 20 de febrero; o 138/2005, de 26 de mayo) devendría innecesaria, por no crearse un vacío normativo presupuestario cuya inmensa trascendencia macroeconómica pudiera aconsejar la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad.

10.2. Paradojas de la prórroga presupuestaria como consecuencia de la nulidad declarada por sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de la ley de presupuestos

Lo anterior impone considerar cuáles serían los efectos de una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de los presupuestos: no resulta problemático suponer que, al haber sido estos anulados íntegramente, el tenor del artículo 134.4 de la CE («Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente») sería aplicable, prorrogándose automáticamente los del ejercicio anterior hasta la aprobación de unos nuevos. La aplicación de dicha prórroga salvaría la gestión ordinaria y continuada de los servicios públicos, permitiendo la ejecución de las partidas presupuestarias con la relativa normalidad inherente a dicho instituto de la *prorrogatio* aplicado a las cuentas públicas, y evitando que se produjeran en España situaciones análogas a las de derecho comparado como el cierre de la Administración en los Estados Unidos de América (*government shutdown*).

Debe destacarse, sin embargo, que esta modalidad de la prórroga presupuestaria no es idéntica (o, al menos, no se aplica de forma idéntica) a su versión original del artículo 134.4 de la CE: en el caso aquí estudiado, la prórroga es consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad de unos presupuestos que, en principio, se habrían aplicado temporalmente. Cuando unos presupuestos quedan prorrogados automáticamente el 1 de enero porque a fecha de entonces no se ha aprobado una norma correspondiente para el ejercicio en curso, todas y cada una de las partidas y créditos coinciden (puesto que ambas previsiones son idénticas). En cambio, si se produjera una prórroga presupuestaria como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad de otros presupuestos (distintos, potencialmente, a los prorrogados desde el ejercicio anterior) pueden existir discordancias cuantitativas y cualitativas entre la ley de presupuestos inconstitucional y la anterior prorrogada como consecuencia de la anulación. Esas discordancias pueden complicar seriamente los efectos de la prórroga e incluso poner en peligro servicios o actuaciones públicas.

Pensemos en el caso de «divergencias cualitativas» entre presupuestos: los declarados inconstitucionales podrían contener partidas de gasto que en los prorrogados sencillamente no existieran. Comprobaríamos cómo podría haber programas cuya previsión desaparecería y su financiación automáticamente quedara suprimida, así como (situación menos problemática que la anterior) créditos o programas que «revivirían» por no haber sido presupuestados en la norma declarada inconstitucional, pero sí en el presupuesto prorrogado. El primero de los casos sería de complejidad manifiesta por privar de financiación y recursos a un servicio público que se estaría desempeñando, si bien cabría plantear el eventual recurso a figuras financieras como las del artículo 51 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria (transferencias, generaciones, ampliaciones e incorporaciones de crédito, así como créditos extraordinarios y suplementos de crédito; todas ellas desarrolladas en los preceptos subsiguientes del mismo texto legal) como intento de dar remedio parcial a la cuestión.

Considerando ahora las «divergencias cuantitativas», aquellas constituidas por discrepancias en la dotación de créditos presupuestarios, el principal reto que plantearían es el agotamiento sobrevenido del crédito presupuestario por la fecha de declaración de inconstitucionalidad, la ejecución presupuestaria efectuada hasta entonces y la cuantía que el presupuesto prorrogado fijara para el mismo programa el ejercicio anterior. Con carácter ilustrativo: ¿en qué situación quedaría un programa cuya dotación se hubiera duplicado por unos presupuestos que fueran declarados inconstitucionales a menos de tres meses del cierre del ejercicio y que ya hubiera ejecutado el porcentaje correspondiente del crédito a la fecha de declaración de inconstitucionalidad? Si se volvieran a aplicar los presupuestos del ejercicio anterior, resultaría probablemente que ya se ha ejecutado más del 100 % del crédito previsto, de suerte que se habría agotado la previsión presupuestaria para la actividad u organismo correspondiente. Del mismo modo, y también menos problemática, se puede plantear la posibilidad contraria: que la prórroga presupuestaria suponga un incremento del crédito presupuestario para una determinada actividad u organismo.

Para evitar todas estas dificultades «cuantitativas» o «cualitativas», sería necesario recurrir los presupuestos antes del día 1 de enero de cada año (o, en caso de aprobación posterior, durante el ejercicio ya en curso, recurrir ante el Alto Tribunal antes del primer día de comienzo de vigencia o aplicabilidad de la ley presupuestaria aquejada de déficit excesivo). A la impugnación anterior habría de sumarse la invocación del artículo 161.2 de la CE en el mismo momento de la formulación del recurso de inconstitucionalidad. Esta estrategia, que solo será posible, por lo que respecta a la interposición del recurso, antes del inicio de vigencia de la correspondiente ley de presupuestos cuando la misma tenga *vacatio legis* (lo que es menos presumible en caso de aprobación durante el ejercicio correspondiente que si esa aprobación tiene lugar antes del inicio de dicho ejercicio), presenta dos claros problemas: primero, que solo es aplicable respecto de los presupuestos de las cc. aa.; y, segundo, que la preparación y estudio que exige redactar un recurso de inconstitucionalidad (más aún contra una norma como la ley de Presupuestos Generales, teniendo en cuenta el complicado fundamento de la impugnación y la argumentación jurídico-económica a desplegar) difícilmente es compatible con los breves plazos que mediarían entre la publicación de los presupuestos (pocos días antes de finalizar el año) y la entrada en vigor de los mismos (el 1 de enero del año siguiente). De hecho, como antes se decía, en el caso de que los presupuestos se publicaran una vez comenzado el año en que deban desplegar efectos (*v. gr.* el día 18 de marzo de 2023 en el caso de los presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2023, *ex* disposición final cuarta de la Ley 2/2023, de 16 de marzo, publicada en el Boletín Oficial de la Generalidad de Cataluña de 17 de marzo de 2023), resultaría recomendable la interposición del recurso en el mismo momento de la correspondiente ley de presupuestos, limitando al máximo el despliegue de los efectos de esta y, por tanto, las teóricas discrepancias examinadas más arriba.

Por otra parte, los distintos problemas (o aporías) a los que se ha apuntado son consecuencia de la sucesión en el tiempo de normas jurídicas, lo que podría hacer aconsejable –al objeto de resolver estos conflictos de la forma menos dañosa para el interés general y conservar el *statu quo* público estatal y social– acudir a las disposiciones transitorias del Código

Civil, a las que la doctrina científica y la jurisprudencia de los distintos órdenes jurisdiccionales han terminado reconociendo el carácter de derecho transitorio común (*v. gr.* Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de mayo de 2012, rec. núm. 7113/2010, ECLI:ES:TS:2012:3879, fundamento jurídico 6.º C). Que la naturaleza de derecho transitorio común específicamente otorgada a dichas disposiciones transitorias del Código Civil no se fundamente en el artículo 4.3 del mismo cuerpo normativo en nada empece al debate sobre la autointegración del derecho administrativo y la muy matizada aplicación que a este se le puede hacer de la cláusula general de supletoriedad del citado precepto del Código Civil (*v. gr.* Sentencia 53/2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero, rec. núm. 1159/2015, ECLI:ES:TS:2020:124, fundamento jurídico 6.º). En definitiva, este carácter transversal de las disposiciones transitorias del Código Civil debería orientarse en ejecución de sentencia, en conexión con el artículo 80.2.º de la LOTC, y la remisión que este último precepto realiza a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa precisamente en materia de ejecución de las resoluciones del TC, a la citada minoración o supresión de conflictos, así como a la conservación del *statu quo*, siempre sometida a las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad y sin contravenir el sentido de la misma.

10.3. La ejecución de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de la ley de presupuestos por déficit excesivo

En cuanto a la ejecución de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de la Ley de presupuestos generales, es preciso plantear si resulta de aplicación el artículo 92 de la LOTC, relativo a la garantía del cumplimiento efectivo de las resoluciones del tribunal. Debe comenzarse por determinar cuándo podría activarse este precepto. A su tenor, caben dos hipótesis: bien que la propia sentencia lo aplique en los términos que el mismo especifica, o bien que, no conteniendo tal pronunciamiento expreso la sentencia, se advierta con posterioridad su falta de cumplimiento efectivo, bien sea de oficio (apdo. 4, y también apdo. 1 por analogía: si el TC puede declarar aplicable el precepto en sentencia, podría hacerlo también de manera sobrevenida), bien a instancia de parte (apdos. 3 y 4).

Aunque la prórroga del presupuesto del ejercicio pudiera considerarse automáticamente operativa por aplicación del artículo 134.4 de la CE (o precepto equivalente del estatuto de autonomía de que se trate, o incluso de la LOFCA), podría resultar conveniente, por razones fundadas de seguridad jurídica, que el Supremo Intérprete de la Constitución dispusiera, como medida ejecutiva de su resolución, la prórroga presupuestaria. Dicho pronunciamiento no solo reforzaría los efectos *ope legis* de la prórroga, sino que permitiría advenir con mayor facilidad la comisión de eventuales incumplimientos para, en su caso, acudir a las figuras coercitivas previstas en el artículo 92 de la LOTC.

Caso de advertirse el incumplimiento de la sentencia (verbigracia, por incumplirse la prórroga presupuestaria), el tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes, podrá

–previo requerimiento en los términos del precepto– adoptar alguna de las cuatro medidas que prevé el artículo 92.4 de la LOTC. De entre ellas destaca la establecida en la letra c): la ejecución sustitutoria, pudiendo requerir el tribunal la colaboración del Gobierno de la nación a fin de que adopte «las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la resolución». Atendido el ámbito material y los supuestos de hecho contemplados en el mencionado precepto, la fórmula citada invita a pensar en la aplicación del artículo 155 de la CE (véase por su semejanza, aunque no se refiera a este supuesto, el artículo 26 de la LOEPSF).

10.4. Terminación por carencia sobrevenida de objeto mediante aplicación del artículo 135.4 de la CE: apreciación del Congreso de los Diputados que convalida la constitucionalidad de la ley de presupuestos recurrida

Examinadas separadamente las eventuales vicisitudes aparejadas a una terminación «normal» del procedimiento mediante sentencia, de conformidad con el artículo 86 de la LOTC, procede ahora analizar la segunda posible forma de terminación del procedimiento de declaración de inconstitucionalidad: la carencia sobrevenida de objeto por suspensión (igualmente sobrevenida) de las reglas fiscales en aplicación del artículo 135.4 de la CE. Con carácter introductorio, recuérdese que según reiterada jurisprudencia constitucional (*v. gr.* fundamento jurídico 2.º de la STC 179/1998, de 16 de junio) «en el recurso de inconstitucionalidad no se fiscaliza si el legislador se atuvo o no, en el momento de legislar, a los límites que sobre él pesaban, sino, más bien, si un producto normativo se atempera, en el momento del examen jurisdiccional, a tales límites y condiciones». Así, en el caso de que el Congreso de los Diputados apreciara, durante la sustanciación del procedimiento, que concurre alguna de las situaciones del artículo 135.4 de la CE y suspendiera la vigencia de las reglas fiscales, se produciría una convalidación de los presupuestos impugnados, por lo que en el momento del examen jurisdiccional el producto normativo sujeto a fiscalización se atemperaría manifiestamente a los límites y condiciones constitucionales.

En su Dictamen 164/2012, el Consejo de Estado expresó en la letra B de su apartado XI lo siguiente:

La jurisprudencia constitucional ha conocido de supuestos en los cuales, estando en suspenso la ley autonómica recurrida, la Comunidad Autónoma en cuestión aprobó una nueva ley sobre la misma materia, sanando los vicios de inconstitucionalidad apreciados por el Estado recurrente y poniendo así fin al procedimiento por satisfacción extraprocésal de la pretensión (ATC 49/1981, de 12 de mayo; ATC de 23 de mayo de 1985; ATC 232/1988, de 16 de febrero; y ATC 103/1997, de 8 de abril): en el último de estos Autos se dice que, en casos como los mencionados, «el TC ha de verificar» si la nueva norma «ha venido o no a derogar o sustituir los preceptos impugnados»; y cuando, mediando la suspensión de la ley autonómica recurrida, se ha promulgado una nueva ley en la misma materia (ATC

127/1992, de 12 de mayo) o en materias conexas (ATC 72/1991, de 26 de febrero) que siguen mereciendo tachas de inconstitucionalidad, el TC ha considerado que el Estado debe entablar un nuevo recurso de inconstitucionalidad y no basta con la ampliación de la demanda principal.

En el supuesto que ahora se nos plantea no hay una nueva ley de presupuestos que sane los vicios de inconstitucionalidad o derogue la norma recurrida, pero análogamente sí hay un acto (la apreciación del Congreso) cuyos efectos determinan la constitucionalidad *ex post facto* de la norma impugnada, que goza de tal virtualidad «sanatoria» al amparo de una expresa previsión constitucional (art. 135.4 CE). Por ello, aunque en el caso de la suspensión de reglas fiscales no haya una derogación de la norma recurrida, sí que hay causa de desaparición del objeto y del contenido de la controversia jurisdiccional inicialmente suscitada ante el TC, porque los presupuestos devienen constitucionales ex artículo 135.4 de la CE. Ahora bien, una vez se alegue la suspensión de las reglas fiscales por alguna de las partes, ¿puede el TC verificar la constitucionalidad de la apreciación del Congreso?

10.5. ¿Justiciabilidad de la apreciación parlamentaria al examinar la carencia sobrevenida de objeto?

Sin perjuicio de lo analizado en el sexto epígrafe de este trabajo, procede plantearse ahora, al hilo de la conclusión alcanzada en el subepígrafe precedente de este trabajo, si la verificación a la que en él se acaba de hacer referencia (previa y conducente a la declaración de la carencia sobrevenida de objeto), por parte del TC, acerca de la constitucionalidad del propio acuerdo parlamentario liberatorio de la *golden rule* y consiguientemente sanatorio *ex post facto* de la ley recurrida, sería una vía procesal adecuada para que el TC controlara la conformidad con la Ley Fundamental de dicha suspensión parlamentaria de las reglas fiscales. ¿Esta fiscalización del Alto Tribunal, de la suspensión de dichas reglas acordada por el Congreso al amparo del artículo 135.4 de la CE, tendría carácter meramente formal, o permitiría a la Alta Corte entrar al análisis material de la misma y comprobar que lo acordado efectivamente por la citada Cámara parlamentaria es conforme con la Carta Magna? Sin que parezca que dicha verificación sea el cauce procesal idóneo para el control de constitucionalidad de la suspensión de las reglas fiscales, tampoco puede privarse al TC de cualquier clase de examen del acto parlamentario, en especial cuando la verificación tenga por objeto comprobar que se dio efectivamente la causa alegada de desaparición del objeto.

No obstante lo anterior, el Supremo Intérprete de la Constitución (art. 1 LOTC) goza de la capacidad necesaria para apreciar, con independencia de las alegaciones de las partes, que el objeto del proceso constitucional subsiste en supuestos burdos, evidentes o manifiestos, como –en el ejemplo de la derogación– una hipotética derogación de la ley enjuiciada llevada a cabo por una norma reglamentaria o por una norma aún no publicada en el boletín oficial correspondiente. ¿Habilita este fundamento que el Tribunal pudiese fiscali-

zar la subsistencia del objeto del proceso de declaración de inconstitucionalidad porque la suspensión de las reglas fiscales fuera manifiestamente contraria al texto constitucional? No parece que tal pregunta pueda responderse afirmativamente: obsérvese cómo los vicios planteados en el ejemplo de la derogación se refieren a circunstancias ajenas al contenido de la norma derogatoria (falta de publicación, inferior rango jerárquico), mientras que en el supuesto de la apreciación del Congreso de los Diputados basada en el artículo 135 de la CE, el juicio acerca de que se produce tal concurrencia de las circunstancias constitucionalmente habilitantes es el contenido y la esencia misma del acto parlamentario. No son situaciones equiparables.

A pesar de esta conclusión, sí puede admitirse sin excesivos reparos que el TC desestimara la existencia de satisfacción extraprocesal en caso de vicios evidentes, manifiestos y ajenos a la esencia de la apreciación (v. gr. falta de publicación del acuerdo del pleno de la cámara, o suspensión de las reglas fiscales acordada por mayoría simple). Así, y salvo activación de vías que ampliaran su cognición al examen de la regularidad constitucional del acuerdo parlamentario convalidatorio del presupuesto excesivamente deficitario o endeudado (tal vez al amparo de los arts. 84 u 88.1 LOTC, opciones no exentas de dificultades, sin embargo), la Alta Corte limitaría su labor fiscalizadora a la comprobación de que concurren los elementos indispensables para apreciar la potencial satisfacción extraprocesal de la controversia originaria.

El corolario de todo lo expuesto es que, como consecuencia de una eventual suspensión parlamentaria de las reglas fiscales acaecida durante la tramitación del procedimiento constitucional ante el TC, este habrá, en su caso, de acordar la finalización de dicho procedimiento de control de constitucionalidad de la pertinente ley de presupuestos por carencia sobrevenida de objeto, al haber quedado convalidada dicha ley a consecuencia del acuerdo citado del Congreso aprobado al amparo del artículo 135.4 de la CE, con la consiguiente constitucionalidad del presupuesto inicialmente impugnado por déficit excesivo, precisamente porque con ello, sobrevenidamente, ha dejado de ser excesivo.

11. Consideraciones finales

La reforma del artículo 135 de la CE incorporó a nuestro derecho los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública que constituyen parámetro de constitucionalidad, tanto de las leyes de presupuestos como del resto del ordenamiento jurídico. En previsión de tensiones económicas y políticas, el constituyente reformador incluyó un mecanismo de flexibilización que garantizara la sostenibilidad del Estado social, incluso cuando el más laxo concepto de déficit estructural (frente al déficit contable o aritmético) no fuera suficiente para garantizar la sostenibilidad de los servicios públicos. Sin embargo, tanto la *golden rule* como el mecanismo de suspensión de reglas fiscales proponen desafíos teóricos y prácticos que los autores de la reforma parecen no haber detectado.

Cabe pensar en escenarios donde una ley de presupuestos dé paso a un déficit estructural superior al fijado en la normativa europea, con inéditos, complejos –y probablemente ni siquiera anticipados por los redactores de la reforma constitucional ni por el legislador orgánico– efectos y retos jurídicos. Tanto de índole procesal (impugnabilidad de la norma presupuestaria, parámetro de constitucionalidad de la misma, régimen y efectos del recurso, suspensión cautelar de dicha norma), cuanto incluso jurídico-material (consecuencias de la suspensión presupuestaria cautelar, efectos de la inconstitucionalidad del presupuesto por déficit excesivo). En este sentido, el artículo 135 de la CE y su desarrollo orgánico plantean, al menos, tantas dificultades cuantos problemas solventan, exigiendo un análisis jurídico como el que se ha planteado aquí, junto con eventuales soluciones para un debate que es necesario emprender y culminar.

Trascender del examen formal de la reforma constitucional de 2011, entrar al fondo de la misma, a las consecuencias prácticas de su articulación normativa, y teorizar sobre su aplicación a supuestos financieros que incluso pueden ser poco remotos, o poco difíciles de acaecer en la praxis, como se ha hecho en este trabajo, ha permitido poner de manifiesto en él –entre otras cuestiones– la complicada justiciabilidad de la apreciación parlamentaria a que se refiere el artículo 135.4 de la CE. Del mismo modo, ha posibilitado apuntar cómo y hasta qué punto (y hasta cuál no) la jurisprudencia del Supremo Intérprete de la Constitución sobre los presupuestos habilitantes en el real decreto-ley puede extrapolarse al enjuiciamiento de la suspensión de las reglas fiscales. También ha brindado la ocasión de ahondar el análisis acerca de la aplicabilidad del régimen procesal-constitucional al objeto de este estudio, imbricando el marco constitucional-presupuestario y las especialidades procedimentales de la LOTC. Estas cuestiones han exigido plantear soluciones empleando los instrumentos legales y jurisprudenciales de los que se dispone, buscando dispensar un tratamiento coherente con el conjunto del ordenamiento jurídico.

Se ha comprobado cómo las relaciones entre el Estado y las cc. aa. y las interacciones entre el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Tribunal Constitucional exceden del régimen meramente financiero (LOEPSF) y hacen imprescindible la aplicación de institutos procesales (LOTC) o de Derecho Común. Y han quedado de manifiesto las complejidades y las eventuales aporías que puede producir la garantía jurisdiccional del principio de estabilidad presupuestaria ante el Tribunal Constitucional. En respuesta, se han enunciado vías que, *de lege data*, pueden aportar soluciones razonables y jurídicamente consistentes, sin perjuicio, incluso, de realizar propuestas *de lege ferenda* allí donde se ha considerado aconsejable (como la regulación, en la normativa reglamentaria del Congreso de los Diputados, del procedimiento de suspensión de las reglas fiscales o *golden rule*). El no fácilmente discernible papel del derecho de la Unión en el régimen constitucional de estabilidad presupuestaria, el complejo control constitucional de la apreciación del Congreso a que se refiere el artículo 135.4 de la CE, o las perplejidades jurídicas y aplicativas que produciría la inconstitucionalidad de leyes presupuestarias por déficit excesivo, son algunos de los aspectos fundamentales que, examinados en el trabajo que aquí concluye, requieren de mayor desarrollo para garantizar que al principio de estabilidad presupuestaria se aúne el de seguridad jurídica.

Referencias bibliográficas

- Aguar de Luque, L. y Rosado Iglesias, G. (2001). La estabilidad presupuestaria y su eventual proyección en el Estado de las Autonomías. *Cuadernos de Derecho Público*, 12, 9-62.
- Álvarez Conde, E. et al. (2011). La reforma del Artículo 135 CE. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 159-210.
- Armengol i Ferrer, F. (2018). Condicionidad en una Unión de Derecho: el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE). *Revista Vasca de Administración Pública*, 110, 49-75.
- Arroyo Gil, A. (2010). La reforma constitucional de 2000 y las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal Alemana. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 10, 40-71.
- Bar Cendón, A. (2012). La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 59-88.
- Blanco Valdés, R. L. (2011). La reforma de 2011: de las musas al teatro. *Claves de Razón Práctica*, 216, 8-18.
- Cordero González, E. M. (2012). La reforma de la Constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder. *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 289-324.
- Falcón y Tella, R. (2011). La reforma del artículo 135 de la Constitución. *Revista General de Derecho Europeo*, 25, 1-9.
- Favoreu, L. (1990). El bloque de la constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 5, 45-68.
- Favoreu, L. y Rubio Llorente, F. (Eds.). (1991). *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español)*. Civitas.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1981). *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Civitas.
- Fernández-Wulff, P. (2012). *Límites constitucionales al gasto público, Suecia, Reino Unido, Suiza, Chile y Alemania*. Fedea. <https://www.fedea.net/limites-constitucionales/publicacion.html>
- García Roca, J. (1998). Criterios para el reparto de competencias y bloque de la constitucionalidad. En *Derecho Público de Castilla y León* (pp. 403-422). Universidad de Valladolid.
- García Roca, J. (2013). El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento. *Crónica Presupuestaria*, 1, 40-93.
- García Roca, J. y Martínez Lago, M. Á. (2015). La repentina constitucionalidad de la Ley de Estabilidad Presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre. *Revista Española de Derecho Europeo*, 54, 89-153.
- Giménez Sánchez, I. (2012). Comentario al dictamen del consejo de estado de 1 de marzo de 2012, sobre el «Anteproyecto de ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera». *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 535-550.
- Kölling, M. (2012). Los límites de la deuda pública según la reforma de la Ley Fundamental Alemana de 2009. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 16, 74-10.
- Martínez Lago, M. Á. (2013). La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera: Naturaleza, función y principios generales. Instrumentación de las reglas numéricas. *Crónica Presupuestaria*, 1, 147-185.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2013). El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: reflexiones a propósito de una

- peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42, 27-60.
- Medina Guerrero, M. (2012). La reforma del artículo 135 CE. *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 131-164.
- Medina Guerrero, M. (2014). La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal. *Revista de Estudios Políticos*, 165, 189-210.
- Moreno González, G. (2021). Las cláusulas de escape de las reglas de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y España ante situaciones de crisis extraordinaria. *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 6, 65-88.
- Pérez Tremps, P. (1990). Derecho comunitario y bloque de la constitucionalidad. En *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español* (pp. 209-213). Ministerio de Administraciones Públicas.
- Piniella Sorli, J. S. (1994). *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad: encrucijada de competencias*. Bosch.
- Requejo Rodríguez, P. (1997). *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*. Universidad de Oviedo.
- Ridaura Martínez, M.^a J. (2012). La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional? *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 237-260.
- Ripollés Serrano, M. R. (2013). La reforma constitucional española de 2011: antecedentes, tramitación y el epigono de la LO 2/2012. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 27, 73-93.
- Rodríguez Bereijo, Á. (2013). La reforma constitucional del artículo 135 de la CE y la crisis financiera del Estado. *Crónica Presupuestaria*, 1, 5-39.
- Rubio Llorente, F. (1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 9-37.
- Ruiz-Huerta Carbonell, J. (2012). Algunas consideraciones sobre la reforma del artículo 135 de la Constitución Española. En E. Álvarez Conde y C. Souto Galván (Coords.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria* (pp. 145-168). Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos.
- Tajadura Tejada, J. (2011). Reforma constitucional e integración europea. *Claves de Razón Práctica*, 216, 20-28.

Francisco Javier Donaire Villa. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid y abogado. Autor de más de un centenar de publicaciones científicas (libros, artículos de revista y capítulos de libro). Ha sido profesor en la Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores de España y profesor invitado de doctorado y máster en la Universidad de la Baja California y en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México, en ambos casos), en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidade Federal do Pará (Brasil) y en la Universidad Nacional Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia). Tutor en el Máster Universitario en Derecho Constitucional de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ha desarrollado estancias de investigación en la Universidad Libre de Bruselas (Bélgica) y en la Escuela Universitaria Superior Sant'Anna de Pisa (Italia). <https://orcid.org/0000-0002-7449-8177>

Luis Miguel Carazo Domínguez. Abogado del Estado. Graduado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Graduado en Enseñanzas Artísticas Superiores de Música, en la modalidad de Interpretación del Clavicémbalo, por el Real Conservatorio Superior de Música de Madrid.



Alcohol, drogas, sumisión química y violencia sexual ante las últimas reformas legales. Un peligro real para las víctimas mujeres

Vicente Magro Servet

Magistrado del Tribunal Supremo (España)

Doctor en Derecho

<https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Extracto

Se analiza la comisión del delito de agresión sexual empleando la sumisión química mediante el uso de sustancias por el agresor sexual que consigan la inhibición de la víctima, lo que permite el acceso carnal del agresor ante la falta de conocimiento de la víctima de lo que está ocurriendo. Agravación de estas conductas con la reforma del Código Penal.

Palabras clave: sumisión química; violencia sexual; aprovechamiento del autor del delito.

Recibido: 23-08-2024 / Aceptado: 18-10-2024 / Publicado: 04-11-2024

Cómo citar: Magro Servet, V. (2024). Alcohol, drogas, sumisión química y violencia sexual ante las últimas reformas legales. Un peligro real para las víctimas mujeres. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 286, 101-120. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.23569>



Alcohol, drugs, chemical submission and sexual violence in the face of the latest legal reforms. A real danger for female victims

Vicente Magro Servet

Abstract

The commission of the crime of sexual assault using chemical submission is analyzed through the use of substances by the sexual aggressor that achieve the inhibition of the victim, which allows the aggressor carnal access due to the victim's lack of knowledge of what is happening. Aggravation of these behaviors with the reform of the Penal Code.

Keywords: chemical submission; sexual violence; taking advantage of the perpetrator of the crime.

Received: 23-08-2024 / Accepted: 18-10-2024 / Published: 04-11-2024

Citation: Magro Servet, V. (2024). Alcohol, drogas, sumisión química y violencia sexual ante las últimas reformas legales. Un peligro real para las víctimas mujeres. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 286, 101-120. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.23569>



Sumario

1. Introducción
2. ¿A qué nos enfrentamos ante el fenómeno de la violencia sexual y la sumisión química?
3. Referencia en el Código Penal a la sumisión química en las agresiones sexuales
4. Referencia jurisprudencial sobre las agresiones sexuales y la sumisión química

Referencias bibliográficas



1. Introducción

Las agresiones sexuales constituyen la modalidad delictiva que más se han incrementado en las estadísticas policiales y judiciales en los últimos años, motivado por la pérdida de valores, como el respeto a los demás, la educación, la práctica de la no violencia y el aumento de la depravación en los seres humanos, así como la cosificación a la mujer, sobre todo, ya que con la violencia sexual se considera a la mujer como un objeto sexual que puede estar disponible para cualquiera que así lo desee, empleando la intimidación, la violencia, o cualquiera de los medios, modos o formas que el Código Penal determina que constituyan un delito de agresión sexual.

La agresión sexual «facilitada» por el «aprovechamiento» de sustancias químicas que ha ingerido la víctima antes, o la «facilitación» de las mismas por el autor, supone una clara praxis, que se está extendiendo en la actualidad ayudada por el incremento del consumo de estas sustancias por parte de la sociedad, que propicia que estas conductas se estén dando con elevada frecuencia. Ello provoca la necesidad de que las potenciales víctimas estén muy alerta de que esta es una situación que puede darse, por lo que hay que evitar el consumo de cualquier sustancia inhibidora de la reacción de la víctima, para poder estar en condiciones de evitar una relación sexual no consentida, porque mediante su consumo el consentimiento para el acto sexual es inexistente, lo que conlleva que concurra *de facto* una agresión sexual ex artículo 178 de la CP.

Señala a tal efecto un estudio llevado a cabo por el Ministerio de Justicia, titulado «Hallazgos toxicológicos en agresiones sexuales con sospecha de sumisión química», en el año 2021, dentro del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, que

en el ámbito anglosajón se viene utilizando la denominación más específica «Drug-Facilitated Sexual Assault» (DFSA), refiriéndose a las relaciones sexuales no consen-

tidas llevadas a cabo mientras la víctima se encuentra incapacitada o inconsciente, bajo los efectos de sustancias psicoactivas como el alcohol, las drogas ilícitas o los psicofármacos.

Por ello, este es un dato de un hecho que está ocurriendo y que está incrementando las cifras de agresiones sexuales por el efecto inhibitor que provoca el consumo de alcohol o drogas y las consecuencias que ello deriva en las víctimas, que no son conscientes del peligro que corren de que personas desaprensivas y con intenciones de aprovecharse de este consumo realicen el acto sexual con aquellas, cuando el consumo elevado de alcohol o drogas les lleve a un estado en el que no sepan lo que está ocurriendo. Es por eso importante que las potenciales víctimas conozcan este riesgo y que se difunda lo que está ocurriendo.

En este documento antes citado se recuerda que:

El documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género (que data nada menos que de septiembre de 2017 y que está pendiente de ser aprobado en una Ley integral que modifique la LO 1/2004) en su eje 6, propone: «La mejora del conocimiento como complemento indispensable para contribuir de forma eficaz a la lucha contra todos los tipos de violencia contra las mujeres incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio de Estambul, aportando datos más fiables, completos y detallados sobre sus formas, incidencia, causas y consecuencias. Para ello se asume el compromiso de asegurar el seguimiento estadístico de todos los tipos de violencia sobre las mujeres».

En esta línea, y para conocer el alcance de lo que está ocurriendo con este tipo de hechos que están incrementando las estadísticas de agresiones sexuales por el consumo de alcohol y drogas y el aprovechamiento de ello por los autores o la directa dispensación por estos para facilitar el acto sexual con las víctimas, se incide en la elaboración de informes sobre este fenómeno para saber el alcance de la situación en la sociedad de estos casos y poder estar en mejores condiciones de tomar medidas al respecto.

Así, se incide en que

los Servicios de Química y Drogas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) presentan la memoria anual sobre las agresiones sexuales en las que existe sospecha de sumisión química y que han sido investigadas desde el punto de vista toxicológico-forense en todo el territorio nacional durante el año 2021. Esta iniciativa se une a otros dos proyectos previos en los que ha participado el INTCF, como han sido la elaboración de la Guía de buenas prácticas para la actuación forense ante la víctima de un delito facilitado por sustancias psicoactivas: intervención ante la sospecha de sumisión química, y el desarrollo de un kit de recogida de muestras para análisis químico-toxicológico en este tipo de delitos.

Alcance del estudio

Los datos que se presentan hacen referencia a los estudios toxicológicos de 950 casos de delitos de índole sexual investigados judicialmente, en los que se han analizado 1.571 muestras (823 muestras de sangre y 729 muestras de orina). El objetivo del estudio es mostrar los resultados de los análisis toxicológicos relativos a la presencia de alcohol, drogas de abuso y psicofármacos. El estudio también permite relacionar los hallazgos toxicológicos (alcohol, cocaína, cannabis, derivados anfetamínicos, opiáceos y psicofármacos) con diversas variables, tales como sexo, edad, recuerdo de los hechos, lugar de los hechos, tipo de día, comunidad autónoma y provincia.

Como principal conclusión de este estudio se demuestra

la alta prevalencia del alcohol, las drogas ilícitas y los psicofármacos en las agresiones sexuales a las mujeres (93,4%), con un 82,5% de casos positivos del total de casos en los que existían sospechas de sumisión química. En más de la mitad de los casos se detectaron combinaciones de distintos grupos de sustancias, siendo el alcohol etílico la sustancia más prevalente cuando solo se detectó una sustancia. Las combinaciones de grupos de sustancias más frecuentemente detectadas tanto en sangre como en orina fueron las drogas junto con los psicofármacos, seguido del alcohol con psicofármacos y el alcohol con drogas.

¿Dónde se produjeron los hechos?

Se destaca en el informe que en 716 del total de los 950 casos se dispuso de la información sobre el lugar en que ocurrieron los hechos, resultando ser en los domicilios particulares donde predominantemente se produjeron (51,9%), seguido de los lugares de ocio (14,17%) y de la vía pública (11,9%).

Ello determina el peligro de que en la mayoría de los casos se trataba de situaciones donde las personas se conocían de antemano, y que se aprovecha el autor de esta facilidad para que en situaciones de fiestas grupales, o que se acude al domicilio particular de alguien, este se aprovecha del consumo de alcohol o drogas, o las facilita con el fin de tener relaciones sexuales cuando la víctima no controle la situación por el efecto inhibitor de estas sustancias.

En cuanto a los resultados de este informe, a los efectos de comprobar el alcance de lo que está ocurriendo, se destaca que:

1. Las víctimas de los 950 casos de agresión sexual con sospecha de sumisión química presentados en esta memoria son mayoritariamente mujeres, representando el 93,4% del total de los casos, frente a un 6,6% de varones.

2. El análisis de las víctimas por franjas de edad reveló que un 23,5 % son menores de edad y el 56,4 % pertenecen al grupo de adultos jóvenes menores de 35 años.
3. Con respecto al día de la semana en que ocurrieron los hechos, el 52,9 % de los casos ocurrieron en fin de semana (sábado o domingo) y festivos, frente al 46,2 % de casos que ocurrieron en días laborables.
4. En el 82,5 % del total de casos estudiados se obtuvieron resultados positivos a alcohol, drogas ilícitas, psicofármacos u otros medicamentos de forma aislada o en combinación, mientras que en el 17,5 % se obtuvieron resultados negativos.
5. Dentro de los casos positivos, la sustancia principalmente detectada de forma aislada o en combinación fue el alcohol (56,9 % de las muestras de sangre y 64,6 % de las muestras de orina), seguida de las drogas ilícitas (36,2 % de las muestras de sangre y 49,5 % de las muestras de orina), los psicofármacos (39,2 % de las muestras de sangre y 44,2 % de las muestras de orina) y en último lugar otros medicamentos (24,9 % de las muestras de sangre y 39,2 % de las muestras de orina).
6. Es de resaltar que el 47,6 % de las víctimas con resultados positivos a alcohol en sangre arrojó una tasa de alcoholemia muy alta, que fue igual o superior a 1,2 g/L, lo que correlaciona con grados de intoxicación severa.
7. Con respecto a los casos positivos a las drogas ilícitas, se detecta predominantemente tetrahidrocannabinol (THC) (47,1 % de las muestras de sangre y 57,8 % de las muestras de orina) y cocaína (59,9 % de las muestras de sangre y 56 % de las muestras de orina), seguido de anfetaminas y derivados (15 % de las muestras de sangre y 16,3 % de las muestras de orina).
8. La distribución porcentual dentro del grupo de los casos con resultados positivos a psicofármacos, de acuerdo con el tipo de sustancia detectada, fue la siguiente: las benzodiazepinas (ansiolíticos) son los psicofármacos detectados mayoritariamente (76 % de las muestras de sangre y 78,7 % de las muestras de orina), seguidos de los antidepresivos (39,4 % de las muestras de sangre y 39,1 % de las muestras de orina), los antipsicóticos (18,3 % de las muestras de sangre y 22,1 % de las muestras de orina), los antiepilépticos (10,6 % de las muestras de sangre y 9,7 % de las muestras de orina) y los opioides (6,1 % de las muestras de sangre y 10,5 % de las muestras de orina).

Tras este informe, el Ministerio de Justicia informó en el año 2021¹ acerca de esta relación de la «sumisión química» con las agresiones sexuales que una de cada tres agresiones sexuales en los últimos cinco años podría haberse producido «con la víctima bajo estado de sumisión química», y que «hay «indicios para creer» que otros «muchos» casos de violencia sexual, con las víctimas en estado inconsciente o semiinconsciente por el consumo de

¹ www.rtve.es

drogas, alcohol u otras sustancias, «se nos escapan», añadiendo que «de las 3.001 agresiones sexuales constatadas por el Instituto en 2021, en 994 se practicaron análisis ante la sospecha de que pudieran haberse cometido con la víctima bajo sumisión química. El resultado dio positivo en el 72 % de los casos».

En el estudio llevado a cabo en el año 2022, según «datos de Justicia», de las 1.648 agresiones sexuales cometidas se detectó un resultado toxicológico en el 82,9 % de los casos, lo que evidencia el incremento de casos de agresiones sexuales donde hay incido de consumo de sustancias para producir o provocar una inhibición en la víctima y evitar cualquier tipo de oposición, facilitando el acto sexual.

Siguiendo con la importancia de los datos acerca de este fenómeno, apunta Burgos García (2024) que

los datos muestran que las agresiones sexuales con presencia de drogas suponen una tercera parte del total de agresiones y que, de esta tercera parte, aproximadamente el 80 por ciento responden a la tipología oportunista. Concretamente, y según datos del Hospital Clínic de Barcelona, durante el año 2022 se confirmó la presencia de sustancias en un 29 por ciento de los casos atendidos. De estos, en un 17 por ciento se trataba de una intoxicación intencionada por parte del agresor con el objetivo de agredir sexualmente. En el 83 por ciento de los casos, las mujeres agredidas habían consumido voluntariamente alguna sustancia. En ambos porcentajes, la sustancia más presente fue el alcohol, seguida de la cocaína y el cannabis.

Lo importante de este detallado estudio es reflejar una realidad de lo que está ocurriendo en la práctica y advertir a las víctimas del peligro que corren, por lo que la debida publicidad de estas conclusiones y esta realidad sería una primera obligación de los poderes públicos, porque existen muchos problemas en progenitores que trasladan estos riesgos a sus hijas y la negativa a aceptar de que esto es una realidad, por lo que las Administraciones públicas deberían dar publicidad a estos completos estudios para que lleguen a quienes deben llegar, también, que es a las posibles víctimas de este tipo de hechos, para concienciar del peligro existente del consumo desmedido de alcohol y drogas, así como todo tipo de sustancias químicas cuando se sale a la calle, a fin de advertir de lo que puede ocurrir, y de lo que algunas personas son capaces de llevar a cabo si se les presenta la oportunidad de llevar a cabo actos sexuales aprovechando la situación de una mujer que se encuentra afectada por el consumo de todas estas sustancia, o que, como hemos expuesto, que sean estos mismos los que las suministren con esa perversa finalidad.

Así, la publicidad de estos trabajos es una acertada medida con un relevante fin preventivo, que siempre tiene mucha eficacia.

Pero hay que destacar, también, que lo que no puede admitirse es que en algunos contextos informativos sobre hechos de violencia sexual y sumisión química se haya pretendido

culpabilizar a la víctima por querer salir de noche, cuando la víctima es víctima y no culpable por salir a la calle a divertirse. Lo importante es publicitar más lo que está ocurriendo en estos estudios y alertar a la población de este peligro.

Sobre este extremo destaca, también, Burgos García (2024) que

el reverso de la victimización de los agresores es la culpabilización sistemática de las agredidas: por consumir drogas (sanción derivada del sesgo de género en la percepción del consumo: atenuante para agresores y agravante para agredidas), por transitar «solas» (o no acompañadas de un hombre) determinados espacios a los que no pertenecen por mandato de género, por mostrarse como sujetos activos de placer, o por tener una sexualidad no normativa (no heterosexual, promiscua, etc.). El juicio social hacia las víctimas y su comportamiento es una constante en noticias sobre ocio nocturno, contextos de ligue o espacios donde hay uso de sustancias.

Y es que hay que señalar que el culpable de los hechos y de la violación es el autor, no la víctima por no haber adoptado suficientes medidas de autoprotección. Cuestión distinta es advertir del riesgo de que estos hechos ocurran, pero no culpar a la víctima por querer salir a divertirse aprovechando sus tiempos de ocio.

2. ¿A qué nos enfrentamos ante el fenómeno de la violencia sexual y la sumisión química?

¿Qué es, entonces, la sumisión química?

El Ministerio de Justicia ya informó, tras el anterior informe, de que existen dos tipos de sumisión química:

- a) La oportunista, en la que el agresor aprovecha que la víctima haya consumido.
- b) La premeditada, en la que es el propio agresor el que proporciona la sustancia.

Ello tiene su reflejo en diferentes niveles punitivos, según pasaremos a exponer a continuación.

Destacan, en este sentido, Chilet Rosell *et al.* (2023)² que

² Elisa Chilet Rosell, profesora del área de Medicina Preventiva y Salud Pública, Universidad Miguel Hernández; Andrea Vila Fariñas, investigadora colaboradora, matrona, doctoranda en Epidemiología y Salud Pública, Universidad de Santiago de Compostela; Ángel Gasch Gallén, profesor del Departamento de Fisiatría y Enfermería, Universidad de Zaragoza; Belén Sanz Barbero, científica titular, Escuela Nacional de

técnicamente se define como la administración de sustancias químicas con efectos psicoactivos a una persona, sin su consentimiento y sin su conocimiento, con el fin de modificar su estado de consciencia, alterar su comportamiento o anular su voluntad, en general con el fin de agredirla sexualmente. Hay dos formas activas y premeditadas de sumisión química. La conocida con el término anglosajón *drink spiking*, o administración de drogas o sustancias químicas en la bebida, y el *needle spiking*, cuando se administran sustancias mediante pinchazo con aguja hipodérmica.

Sin embargo, también existe la forma oportunista, que se produce cuando el agresor aprovecha que su víctima ya se encuentra bajo los efectos de alguna sustancia que ha consumido voluntariamente para agredirla.

Otro tipo común es la sumisión mixta, en la que confluye la ingesta voluntaria de sustancias con la administración encubierta.

Con ello, tendríamos tres tipos:

- a) Sumisión premeditada o proactiva, que tiene lugar cuando se proporciona a la víctima sin su conocimiento una sustancia incapacitante y desinhibidora.
- b) Sumisión oportunista (o vulnerabilidad química), que ocurre cuando el autor del delito se aprovecha de la vulnerabilidad de la víctima que se halla en estado de inconsciencia a causa de alguna sustancia que ha consumido voluntariamente.
- c) Sumisión mixta, en la que confluye la ingesta voluntaria de sustancias con la administración encubierta.

Pues bien, resulta interesante destacar las conclusiones de este informe en cuanto a las medidas a adoptar las que ahora citamos y que van en la misma línea antes expuesta de la prevención y la alerta de lo que está pasando en la actualidad en la relación entre violencia sexual y sumisión química, al concluir que:

Ante situaciones similares en contextos de ocio se ha recomendado la autoprotección y conductas de evitación. Estas recomendaciones focalizan las actuaciones en las mujeres y no en los agresores, perpetuando la socialización de las mujeres en el miedo, recortando sus libertades, e incluso responsabilizándolas de estos hechos.

Sanidad, Instituto de Salud Carlos III; Blanca Obón Azuara, especialista en Medicina Preventiva y Salud Pública y en Medicina Intensiva, Departamento de Sanidad de Aragón; Carmen Vives Cases, catedrática de Medicina Preventiva y Salud Pública, directora de la Unidad de Igualdad, Universidad de Alicante; Mar Blasco Blasco, colaboradora del Grupo de Investigación en Salud Pública de la Universidad de Alicante; María de los Ángeles Rodríguez Arenas, *associate research scientist*, Instituto de Salud Carlos III.

Resulta relevante optar, en el marco de la Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas, por un abordaje desde la Salud Pública que incluya:

1. Elaboración y puesta en marcha de protocolos de detección y atención sanitaria a la sumisión química en todas las comunidades autónomas y a nivel estatal, incluyendo la formación del personal sanitario y sociosanitario.
2. Protocolos de coordinación de todos los sectores implicados: sanitario, sociosanitario, policial, judicial, educativo y otros con formación de sus profesionales.
3. Diseño e implementación de registros de sumisión química para conocer y evaluar la situación y para avanzar en su conocimiento y erradicación.
4. Campañas de prevención y sensibilización dirigidas a las y los jóvenes, así como al personal con responsabilidades en educación.
5. Reforzar la coeducación para impulsar la igualdad y evitar los comportamientos agresivos asociados a los roles masculinos y los discursos de terror que comportan la pérdida de libertades.

Importante, a los efectos del análisis que estamos llevando a cabo, es el informe llevado a cabo por la Junta Andalucía (Ruiz Pérez *et al.*, 2023)³ sobre la relación entre las agresio-

³ Se han descrito más de 30 sustancias implicadas en casos de SQ, siendo las siguientes las más comunes:

Drogas

- Alcohol: Es una sustancia depresora del sistema nervioso central, es decir, ralentiza las funciones vitales.
- Cocaína: Conocida como «coca», «farla», «farlopa», «perico», etc. Sus dos principales efectos son anestesia local y estimulación del sistema nervioso central de acción rápida, intensa y de corta duración.
- Opiáceos: La heroína es una droga opiácea elaborada a partir de la morfina. Entre sus efectos principales se encuentran: relajación, sensación de bienestar y gratificación, disminución del apetito, sensación de soñar despierto, aumento de la capacidad de imaginar y percibir, sensación de indiferencia ante los problemas propios y hacia otras personas.
- Cannabis: Se puede encontrar en diferentes presentaciones: hachís, marihuana, extractos concentrados mediante disolventes y en forma de aceites, tinturas, pomadas, productos comestibles, etc.
- Metanfetamina: También se la conoce como «tina», «meta», «meth», «crystal meth», etc. Los principales efectos son: sensación de energía y euforia, incremento en el nivel de alerta y del rendimiento intelectual, incremento del deseo sexual y disminución de las inhibiciones.
- MDMA: Se conoce como «pastis», «cristal», «eme», etc. Esta sustancia puede presentarse de dos formas: pastillas y cristal. La MDMA induce un leve estado alterado de conciencia caracterizado por una amplificación e intensificación de las sensaciones emocionales, sentimientos de cercanía, confianza y empatía hacia las demás personas, sensaciones de autoestima, bienestar y felicidad.

nes sexuales y el uso de objetos punzantes para vencer la resistencia de las víctimas, y la sumisión química por alcohol, drogas o cualquier sustancia inhabilitante.

Se destaca en la presentación de este informe que

la Sumisión Química (SQ) es un fenómeno que desde el ámbito sanitario debe recibir la atención adecuada, pues son los y las profesionales que atienden los servicios de urgencias quienes se encuentran en una situación privilegiada para su detección.

Ante una sospecha de SQ, sea cual sea la vía de administración, es posible que la víctima acuda al sistema sanitario. La atención prestada por sus profesionales debe respetar unas pautas comunes de recepción y atención a la víctima, así como unas actuaciones médico-legales que puedan facilitar la persecución de un posible delito.

Aunque la vía de administración tradicional ha sido principalmente la oral, en julio de 2022 empezaron a conocerse los primeros casos en España de agresiones compatibles con un elemento o instrumento punzante llamado «pinchazo».

-
- Burundanga: Uno de los efectos más populares y de sobra conocidos es el efecto hipnótico y sedante que provoca a las personas que la toman.
 - LSD: Suele administrarse por vía oral, generalmente absorbida en un papel secante (llamado tripi), en un terrón de azúcar o en pequeños comprimidos conocidos como micropuntos.
 - Ketamina: Tiene efectos analgésicos y disociativos.
 - GHB: El ácido gammahidroxibutírico, mal llamado «éxtasis líquido», es una sustancia depresora anestésica, también conocida como «G», «biberón» o «chorri».

Benzodiazepinas

- Flunitrazepam: También conocido como «rohypnol» o «reynoles», causa «amnesia anterógrada».
- Alprazolam: También conocido como «trankimazin», «tranki», «Xanax», «palitroque» o «pali», tiene un efecto hipnótico, favorecedor del sueño a corto plazo, y actúa disminuyendo el grado de excitación del cerebro.
- Lorazepam: el «orfidal» y «ativan» presenta un efecto hipnótico, ansiolítico, relajante muscular y amnésico.
- Clonazepam: conocido como «rivotril» y «klonopin» tiene un efecto ansiolítico e hipnótico, también como estabilizador del estado de ánimo a corto plazo y causa amnesia anterógrada.

Hipnóticos no benzodiazepínicos

- Zolpidem y zopiclona: Son análogos de las benzodiazepinas. Dosis elevadas de estos fármacos pueden originar somnolencia severa, confusión, respiración superficial, sensación de desvanecimiento, desmayo, o estado de coma.

Disolventes orgánicos

Son compuestos químicos orgánicos que se utilizan solos o en combinación con otros agentes, sin sufrir ningún cambio químico, para disolver o diluir materias primas, productos o materiales residuales. Entre los disolventes más frecuentes podemos encontrar metanol, etanol, acetona, cloroformo, tolueno o el xileno, entre otros. Debido a su naturaleza volátil también se han identificado como sustancias utilizadas con fines de SQ.

El protocolo diseñado pretende poner de manifiesto los aspectos relevantes para una adecuada actuación sanitaria ante sospecha de SQ: informa sobre las pautas de actuación ante una sospecha de SQ, diferenciando las actuaciones según se lleven a cabo en Centros de Atención Primaria, en Servicios de Urgencias de Atención Primaria o en Urgencias de Centros Hospitalarios y da a conocer las pautas concretas para los casos de SQ por objeto punzante y para los casos de SQ con agresión sexual.

Pero además informa de la necesaria relación del profesional sanitario con el resto de los agentes implicados (medicina forense, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, fiscalía, etc.) facilitando una respuesta integral, ya que los aspectos e implicaciones legales de estas actuaciones son muy relevantes.

¿Cuáles son las características de las sustancias utilizadas en la sumisión química?

Se destaca en este informe que se trata de sustancias fáciles de obtener tanto en internet como en el mercado ilegal de drogas o desvío de fármacos de prescripción.

- Tienen una acción rápida y una duración corta (absorción y eliminación rápida).
- Eficacia a dosis bajas.
- Incoloras, inodoras e insípidas.
- Solubles en líquidos, facilidad de administración por vía oral mezcladas con algún tipo de bebida.
- Sus efectos pueden confundirse fácilmente con intoxicación etílica.
- Depresores del sistema nervioso central.
- Suelen producir desinhibición, que constituye una ventaja para el agresor en el curso de la agresión sexual, ya que la víctima puede aceptar situaciones que hubiera considerado intolerables en un estado de consciencia normal.

Lo que, en definitiva, se persigue con el informe elaborado es protocolizar las formas de actuación por todos los operadores que deben actuar con inmediatez cuando se percibe que se ha producido una agresión sexual con ingesta de alcohol, drogas o sustancias químicas.

3. Referencia en el Código Penal a la sumisión química en las agresiones sexuales

El Código Penal, tras las reformas de su texto por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, y la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, ha ampliado el espectro de conductas que

se consideran agresión sexual, desapareciendo técnicamente el antiguo «abuso sexual» para englobar todas las conductas en agresión sexual y, particularmente, en lo que es objeto de nuestro estudio, la conducta de tener relaciones sexuales con una mujer aprovechándose de que está privada de conciencia y voluntad, para prestar lo que constituye el eje central de una relación sexual, como es el consentimiento, de tal manera que si la víctima no está consciente para «decidir» si quiere tener relaciones sexuales con una persona en concreto, no puede prestarlo libremente, y de llevarse a cabo la relación sexual, el autor sería condenado como autor de un delito de agresión sexual, aplicando la pena que corresponda, atendiendo a las circunstancias del caso.

Así, veamos dónde y cómo se ubica en el Código Penal la existencia del empleo de sustancias químicas que puedan anular la voluntad de una mujer, para que el autor, bien por haberlo suministrado él mismo por la entrega de drogas, o la técnica del «pinchazo» de líquidos que anulan la voluntad de la víctima, o bien por aprovecharse de que la mujer está bajo los efectos del alcohol o las drogas, tenga acceso carnal con ella, al no estar en condiciones de aceptar el acto sexual, y ser inexistente, por ello, el consentimiento libre.

1. Es agresión sexual realizar actos de contenido sexual (del tipo que sean. (STS, Sala 2.ª, de lo Penal, 625/2024, de 19 de junio, rec. núm. 3339/2022).
2. Son actos de agresión sexual los de contenido sexual que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido [...] y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

Con ello, sería agresión sexual realizar actos de contenido sexual aprovechando que la mujer tenga anulada su consciencia de lo que está haciendo por haber tomado alcohol o drogas, o se los haya dado el autor, o le haya suministrado por la vía del «pinchazo» cualquier sustancia que le haga rebajar su oposición.

3. Si no hay acceso carnal, se aplica el artículo 178.3 del CP: «3. Si la agresión se hubiera cometido [...] sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión».
4. Imposibilidad de aplicar un subtipo atenuado en estos casos:

Reza la posibilidad de aplicar el subtipo atenuado el artículo 178.4 del CP, que es lo que antes constituía el abuso sexual con una rebaja notable de la pena, que no puede llevarse a cabo en estos casos, por cuanto el empleo de estas sustancias para que la víctima no sea consciente de lo que está ocurriendo impide rebajar la pena.

Señala, así, el artículo 178.4 del CP que «el órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias

del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

Con ello, no cabe aplicar este subtipo atenuado en estos casos de uso de sustancias químicas.

5. Si hay acceso carnal y se emplean sustancias químicas, la pena tiene un arco de entre 6 y 12 años de prisión.

Señala el artículo 179.2 del CP que «si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años».

6. Subtipo agravado cuando la sustancia química la ha suministrado el autor.

Señala el artículo 180.1.7.º del CP que «las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1, de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178.3, de prisión de siete a quince años para las agresiones del artículo 179.1 y de prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...]

7.^a Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

En consecuencia, a diferencia de los hechos en los que el autor «se aprovecha» del estado de la víctima, en este subtipo agravado es el autor el que la pone en este estado por ser él quien le suministra la sustancia que le hace perder su voluntad, para decidir libremente tener, o no, relaciones sexuales.

7. Actos sexuales con menores de 16 años aprovechando la merma de su voluntad por haber ingerido sustancias que le hacen perder su voluntad, aunque en estos casos el consentimiento es irrelevante.

Artículo 181.2 del CP: «Si en las conductas del apartado anterior (actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años) concurre alguna de las modalidades descritas en el artículo 178.2 y 3, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años».

8. No cabe el subtipo atenuado si el autor se aprovechó de que el menor había tomado sustancias que le hacen perder su voluntad.

Artículo 181.4 de la CP: «Cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de pri-

sión de ocho a doce años en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de doce a quince años en los casos del apartado 2».

9. En este caso, el subtipo agravado lo es por suministrar las sustancias a menores de 16 años para tener relaciones sexuales con ellos.

Señala el artículo 181.5 del CP (agresiones sexuales a menores de 16 años de edad) que «las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias [...]»

- g) Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

4. Referencia jurisprudencial sobre las agresiones sexuales y la sumisión química

A) STS, Sala 2.ª, de lo Penal, 145/2020, de 14 de mayo, rec. núm. 10613/2019

Se trató de un caso de violación grupal de tres hombres a una mujer en un lugar escondido en el interior del portal con el ejercicio de violencia e intimidación y aprovechamiento de la situación de embriaguez de la víctima.

En este caso se recoge lo que ha señalado el Tribunal de instancia:

Se ha apuntado la posibilidad de calificar los hechos no como violación, sino como abuso sexual, al amparo de lo prevenido en el artículo 181 del Código Penal. Sin embargo, debemos descartar tal tipificación. Evidentemente, ha quedado acreditado que no existió consentimiento para tener relaciones sexuales por parte de Sara, por la simple razón de que en el estado en el que se encontraba no era capaz de prestarlo. Tal circunstancia se puso de manifiesto tanto por la pericial del Dr. Fernando como por la de los peritos CI 71.697 y CI 19.859, las cuales ratificaron su brillante y detallado informe, coincidiendo todos los mencionados peritos en calificar el estado de ebriedad que sufría la perjudicada, acrecentado por la medicación que recibía y había tomado, como de sumisión química, próximo al coma etílico.

Sin embargo, ello no le privó totalmente de conciencia, ya que Sara puso de manifiesto cómo recuerda que fueron los tres acusados los que la agredieron sexualmente, a la vez que proferían amenazas de muerte y de llevarla a la frontera con Francia para ejercer la prostitución si no se callaba. Ello no colisiona con el hecho de que los vecinos no oyeran los gritos que dijo Sara haber proferido, y que, a su vez, motivaron las amenazas, desde el momento en que la testigo Sra. Pilar dejó

constancia de cómo después de haber visto a los muchachos y a la chica subir, los cinco perros existentes en la finca habían estado ladrando.

No solo ejercieron intimidación sobre la víctima, sino también violencia, puesto que le quitaron la ropa a la fuerza y la sujetaron de pies y manos, además de por las caderas, presentando su cuerpo marcas compatibles con tales acciones.

Los hechos fueron calificados como agresión sexual por concurrir violencia e intimidación, aunque en este caso hubo constatado un aprovechamiento de la ingesta de alcohol por la víctima para perpetrar la violación, con lo que con la actual regulación antes expuesta no haría falta la prueba sobre la concurrencia de la violencia o la intimidación, por cuanto la prueba del «aprovechamiento» de que la víctima había ingerido alcohol y los autores se aprovecharon de ello para tener el acceso carnal hubiera sido suficiente para la condena por el artículo 179.2 del CP, con la agravación de concurrir la actuación conjunta de dos o más personas.

B) STS, Sala 2.^a, de lo Penal, 976/2021, de 13 de diciembre, rec. núm. 111/2020

Se trató de una condena por acceso carnal con persona privada de razón por previo consumo de alcohol, y, por ello, con ausencia de consentimiento válido. En este caso el acusado se aprovechó del grave estado de ebriedad de la víctima para consumir la relación sexual que aquel jamás habría consentido de estar sobrio. Se tiene en cuenta la grave afectación psicológica sufrida por la víctima *a posteriori* como consecuencia de los hechos, a los efectos de excluir la relación consentida que alega el acusado. Validez como prueba de cargo de la declaración, pese a no recordar todo el episodio por el estado de ebriedad.

En este caso, al igual que en el anterior, el tribunal tuvo en cuenta la declaración de la víctima que, aunque estaba afectada por el consumo de alcohol, se dio cuenta de lo que estaba ocurriendo, ya que no había perdido absolutamente la conciencia de la realidad de lo que estaba sucediendo, aunque sí que estaba bajo los efectos del alcohol, y fue por esa razón por la que se consumó el acto sexual. Además, pese a esta afectación del alcohol, recordó de forma suficiente aspectos relevantes para admitir su declaración también como prueba relevante en el caso, por lo que en estos supuestos de agresiones sexuales y sumisión química no debe descartarse en modo alguno la declaración de la víctima en estos supuestos, siempre y cuando el tribunal llegue a la convicción de que, pese a haber ingerido el alcohol o las drogas y estar en circunstancias complicadas, es válido admitir su declaración para que pueda ser validada por el tribunal de instancia y por el de apelación y casación.

C) STS, Sala 2.^a, de lo Penal, 655/2022, de 29 de junio, rec. núm. 10767/2021

En este caso la condena lo fue por los antiguos abusos sexuales por sumisión química. Los acusados, con intención de satisfacer su deseo sexual con las dos mujeres sin que

estas opusieran resistencia, las invitaron a beber cerveza, con la que habían mezclado metoxetamina, y que ellas consumieron ignorando la presencia de dicha droga en la bebida. En caso de voluntaria aceptación de ingerir la droga no excluiría que las relaciones sexuales se mantuvieron cuando estaban privadas de toda posibilidad de consentirlas. La médico-forense y la ginecóloga que atendieron inmediatamente después a las víctimas detallaron los síntomas y concluyeron que estaban bajo los efectos de la droga.

Se recoge en este caso, también, la importancia de la declaración de la víctima, aunque se considere probado que ha concurrido sumisión química, lo que es importante a los efectos de la valoración de la prueba de la declaración de la víctima ante supuestos de agresiones sexuales y sumisión química, no siendo incompatible que el tribunal valore esta declaración.

Se recoge, así, que

los agentes policiales que socorrieron a las jóvenes inmediatamente después de que abandonaran el piso donde acaecieron los hechos confirmaron al tribunal lo que estas afirman: que las chicas estaban tiradas en el suelo, con sintomatología de estar drogadas y que no reconocían la voluntariedad de la experiencia vivida, sino que carecían de recuerdo. De Sacramento dijeron que estaba en el suelo llorando, que tenía una conversación dificultosa sin síntomas de alcohol y que presentaba las pupilas muy dilatadas, habiéndose sorprendido de vestir unas bragas que no eran las suyas. Peor estaba Magdalena, de quien dijeron que estaba paralizada y como zombi.

La situación se confirmó por la médico-forense y por la ginecóloga que las atendieron inmediatamente después, quienes detallaron los síntomas por los que concluyeron que las jóvenes estaban claramente bajo los efectos de la droga, afirmando además que estaban bajo una sumisión química de su voluntad, no solo por la ausencia de recuerdos, confusión y por presentar alucinaciones, sino porque se les practicó un análisis de orina y resultó positivo a la metoxetamina. Una evidencia que complementa el informe médico-forense expresando que esta sustancia es compatible con los efectos que las chicas describen, en concreto, no solo es capaz de abolir la capacidad volitiva, sino que anula también la fuerza muscular y resulta compatible con el estado de amnesia que presentaban.

Por último, se añade que en el registro practicado en la casa de los acusados donde acaecieron los hechos se intervinieron 0,404 grs. de metoxetamina y 4,846 gramos de esta sustancia mezclada con fenacetina, además de que el análisis genético de los restos biológicos recogidos de la zona vaginal de ambas mujeres evidencia que fueron penetradas por ambos acusados, lo que estos inicialmente no admitían.

Ciertamente podría cuestionarse la voluntariedad de las mujeres a la hora de consumir la sustancia.

Aunque la voluntaria aceptación de ingerir la droga no excluiría que las relaciones sexuales se mantuvieron cuando Sacramento y Magdalena estaban privadas de

toda posibilidad de consentirlas, haciendo con ello que la conducta de los acusados fuera igualmente típica, tampoco carece de sustento la valoración del Tribunal cuando concluye que la droga se les suministró de manera furtiva y para lograr abusar sexualmente de ellas. Así lo manifiestan las mujeres frente a la versión vulnerable y no creíble de los acusadores, que llegaron a negar la existencia de las drogas. Así lo confirma Roberto, que declaró en el plenario haber dejado a las chicas en la casa y detalló que Magdalena se quedó para acompañar a Sacramento, afirmando que ni había bebido, ni toma drogas y que se quedó allí con un semblante preocupado. Y así derivaría también de la propia naturaleza de la sustancia suministrada, un potente anestésico cuyo consumo es incompatible con cualquier finalidad lúdica que quiera buscarse con su ingesta.

D) STS, Sala 2.ª, de lo Penal, 782/2023 de 19 de octubre, rec. núm. 6024/2021

Se trató de una condena también por abusos sexuales con arreglo a la antigua legislación sobre víctima privada de sentido por previo consumo inmoderado de alcohol y drogas con acceso carnal, destacando que para que haya abuso sexual no es precisa una ausencia total de conciencia, sino la pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones, al menos en lo que atañen los impulsos sexuales. No hubo error en la valoración de la prueba para excluir el consentimiento, porque hubo testifical y pericial para acreditar el estado de intoxicación de la mujer.

Con ello, abundando en la posibilidad de que se tenga en cuenta la declaración de la víctima en estos casos también, no se exige en ningún supuesto que haya una pérdida total de la conciencia de la víctima en estos supuestos, sino la pérdida de sus facultades intelectivas y volitivas por la ingesta de alcohol, drogas, o cualquier tipo de sumisión química, que incluirá, también, el pinchazo, por lo que no se exige una pérdida absoluta de su conocimiento, y es válida la declaración que realiza del efecto de cuál es la situación en la que se encontraba.



Referencias bibliográficas

Burgos García, A. (2024). Violencia sexual, fiesta y drogas: por qué no hablamos de «sumisión química». <https://www.pikaramagazine.com/2024/04/violencia-sexual-fiesta-y-drogas-por-que-no-hablamos-de-sumision-quimica/>

Chilet Rosell, E., Vila Fariñas, A., Gasch Gallén, Á., Sanz Barbero, B., Obón Azuara, B., Vives Cases, C., Blasco Blasco, M. y Rodríguez Arenas, M. A. (2023). El problema de la

sumisión química y las agresiones sexuales. *The Conversation*. <https://theconversation.com/el-problema-de-la-sumision-quimica-y-las-agresiones-sexuales-198526>

Ruiz Pérez, I., Pastor Moreno, G. y Agüera Urbano, C. (2023). *Abordaje integral de víctimas de sumisión química y/o agresión por objeto punzante*. Consejería de Salud y Consumo. Junta de Andalucía.

Vicente Magro Servet. Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Es autor y coautor de 81 libros de derecho y autor de 1.545 artículos doctrinales en distintas revistas jurídicas especializadas. Es Doctor en Derecho con la tesis doctoral «Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres» y, entre otras condecoraciones, es poseedor de la cruz de honor de san Raimundo de Peñafort. <https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Competencia internacional: adopción de medidas y alimentos

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía del Tribunal Supremo (España)

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

Enunciado

Una pareja, casados, que vive en España con un hijo común, discuten. La madre se va de España sin avisar ni consultar al padre. Se desplaza con su hijo menor al país de origen de ella (extracomunitario), que ha ratificado el Convenio de La Haya el 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. El padre insta en España la demanda de divorcio y solicita la custodia para él, con un sistema de comunicaciones y visitas para la madre. El juzgado dicta sentencia acordando sólo el divorcio, pero no fijando ningún sistema de comunicaciones entre el padre y el hijo, al considerar que le faltan datos e informes adecuados para ello y que carece de competencia. Recurrida en apelación, la audiencia confirma esta sentencia y añade que deberá ser en el país de origen donde se inicie la modificación de medidas, porque allí se puede arbitrar un sistema de comunicaciones más adecuado. En definitiva, los tribunales españoles no dan respuesta a otra cuestión que la declaración formal de divorcio.

Cuestiones planteadas:

- A) ¿Son competentes los tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio?
- B) ¿Son competentes para arbitrar algún tipo de medida de protección o de responsabilidad parental para el hijo?
- C) ¿Son competentes para acordar la pensión de alimentos? ¿En caso de serlo, puede fijarse por un porcentaje de ingresos mensuales?

Solución

A) ¿Son competentes los tribunales españoles para conocer de la demanda?

La primera cuestión –las demás también– está relacionada con la extensión y límites de la jurisdicción española. Los padres vivían en España. El padre sigue viendo en España. Es la madre la que se desplaza con el hijo al país extracomunitario sin previa consulta al progenitor. La interposición de la demanda de divorcio con petición de medidas plantea muchos problemas de competencia interna o internacional y de normativa aplicable. Incluso de diferenciación entre responsabilidad parental (aplicada a las visitas, guarda y custodia o residencia del menor) y obligaciones de alimentos. En la primera pregunta se nos plantea una demanda de divorcio interpuesta en España, se supone que en el juzgado del domicilio del actor, coincidente con el último domicilio del matrimonio, a elección de este (art. 769 LEC).

En la LOPJ 6/1985, en el artículo 21, se regula la extensión y límites de la jurisdicción española, y en el artículo 4 se nos dice que «la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio nacional en la forma establecida en la Constitución y en las leyes». Por este precepto general empezamos. Si el padre interpone demanda en España, en el domicilio de la última residencia común, tanto por la materia como por las personas, parece que la jurisdicción española es posible. Pero esto es simplificar las cosas, porque la ley española es insuficiente (el art. 769 citado puede ser insuficiente); además hay que tener en cuenta los tratados, los convenios y las normas de la Unión Europea, pues no podemos olvidar que el caso plantea nacionales españoles, extranjeros y menor español desplazado al extranjero. Hay un sinfín de normas que deben ser apreciadas o estudiadas para dar respuesta adecuada al caso. ¿Puedes demandar en España a una persona que vive en el extranjero y en un país extracomunitario? ¿Dónde están los límites de la jurisdicción española?

- Si las dos partes en conflicto fueran o residieran en países comunitarios, para valorar la competencia habría que tomar como referencia la siguiente normativa: el Reglamento 2019/111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.
- Si, como sucede en el caso, una de las partes es extranjera extracomunitaria, la normativa básica estaría representada por el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y el de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores.

Es curioso que, no obstante haber advertido del carácter extracomunitario de una de las partes, es el Reglamento 2019/111 quien puede dar la respuesta a la primera cuestión, en

función de los foros alternativos que prevé para la competencia y que abarcarían la petición de divorcio en España del padre. Así, el artículo tercero del reglamento contempla expresamente la competencia del tribunal de la última residencia del matrimonio en España con la siguiente redacción:

En los asuntos relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:

- i) la residencia habitual de los cónyuges,
- ii) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí,
- iii) la residencia habitual del demandado,
- iv) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges,
- v) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- vi) la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión; o

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges.

Son tantas las opciones que nos permiten afirmar la competencia del juzgado de España para acordar el divorcio en este precepto que, sin más comentario, procedemos a dar por contestada la pregunta, pues nos sirve la opción a), ii). Por consiguiente, el juzgado y la audiencia aciertan cuando solo dictan una sentencia que acuerda el divorcio. Téngase en cuenta que la demandada será emplazada en su país y podrá comparecer en el juicio, así como pedir las medidas que estime oportunas. La resolución solo podría o no pronunciarse sobre el divorcio, cuestión distinta es qué sucedería respecto de esas medidas que ambos pueden pedir y que en primera instancia, luego en apelación, no han obtenido respuesta. Eso es lo que vamos a ver a continuación.

B) ¿Son competentes para arbitrar algún tipo de medida de protección o de responsabilidad parental para el hijo?

Hemos visto que la competencia judicial internacional abarca la de los tribunales españoles para acordar el divorcio; pero la realidad nos dice que ese menor debe ser amparado con las medidas relativas a la responsabilidad parental adecuadas (residencia, guarda y custodia, etc.). La normativa básica de referencia la hallamos en el Reglamento (UE) 2019/1111 CE, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de reso-

luciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Por este reglamento se establecen normas uniformes de competencia sobre dicha responsabilidad parental. Lo primero que debemos aclarar cuando hablamos de responsabilidad parental es que no contempla los supuestos de obligaciones alimenticias; así pues, aquí solo daremos respuesta a la custodia y, en su caso, la residencia del menor que se halla en el extranjero. Si, por consiguiente, el padre insta una demanda de divorcio con medidas, de la aplicación del Reglamento 2019/1111 debemos excluir los alimentos, pues estos se hallan regulados en el Reglamento (CE) 4/2009 del CE.

Centrados en el Reglamento 2019/1111 CE, nos fijamos en el artículo 7, que nos indica el órgano judicial competente. Sin embargo, el primer problema que nos encontramos es que este precepto está previsto para cuando el menor reside en un Estado miembro, y, como hemos visto, el menor vive en uno extracomunitario. El precepto en cuestión dice así: «Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional». El padre ha acudido a un juzgado español para pedir la guarda y custodia y por esta vía no puede.

Descartada esta posibilidad, podemos fijarnos en el artículo 9 del Reglamento 2019/1111, según el cual, para el supuesto del traslado ilícito de un menor al extranjero –es el caso– «los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro». Pero se dice «otro Estado miembro». Por tanto, tampoco se ampara en este precepto la posible competencia del juzgado o de la audiencia para acordar, además del divorcio, medidas de responsabilidad parental.

Como vimos al principio, la normativa que regula esta materia se halla contemplada en la LOPJ, bien a través de los tratados internacionales, bien por las normas de la Unión Europea, bien por las leyes españolas. Parece que por las normas europeas no pueden ser competentes los tribunales españoles. Bien es cierto que la residencia en un país extracomunitario vuelve a ser la razón, eliminando la posibilidad de que se aplique la extensión de la competencia a la responsabilidad prevista en el artículo 10. Según este precepto, los órganos jurisdiccionales españoles podrían ser competentes para decidir sobre la custodia del menor en el supuesto de que, por ejemplo, el padre tenga su residencia en España, como es el caso. La norma dice literalmente:

Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en materia de responsabilidad parental cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que:
 - i) al menos, uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual;

- ii) dicho Estado miembro es la antigua residencia habitual del menor, o
- iii) el menor es nacional de dicho Estado miembro.

Destacamos que en este supuesto se dan los requisitos para la intervención; sin embargo, la audiencia no se ha pronunciado porque carece de competencia judicial por ser un Estado extracomunitario. El menor no reside en un estado de la UE.

Ahora bien, ¿podemos afirmar que los tribunales españoles no son competentes en todo caso en supuestos de esta naturaleza en los que el menor no residen en un Estado miembro de la UE? Veamos, una vez más hay que distinguir entre Estados miembros y tercero extracomunitario. Descartada la aplicación del Reglamento 2019/1111, solo nos queda acudir a otros tratados, en especial, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medias de protección de los niños. No olvidemos tampoco que contamos con el artículo 22 quáter de la LOPJ en defecto de todos los criterios anteriores. Pero en defecto de la aplicación del Convenio de La Haya de 1996. Por consiguiente, la residencia en España es determinante.

El precitado convenio de La Haya tiene que haber sido ratificado por ese Estado extranjero para que sea aplicable a la responsabilidad parental. Y lo ha sido. Por ello, en principio, según dispone el artículo 5.º, «las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes». Por el precepto, parece que España no puede ser competente, sino el país de residencia habitual del menor. Si, por otro lado, nos fijamos en el artículo 7 parecería que España sí conservaría la competencia hasta el momento en que perdiera la residencia habitual en nuestro país («En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiriera una residencia habitual en otro Estado»). Por tanto, hay un sinfín de normas y de excepciones a las normas que hace que coexista una casuística compleja. Incluso, a falta de aplicación del convenio citado, podríamos acudir a nuestra LOPJ, al artículo 22 quáter.

En definitiva, sin complicar más el asunto, habiendo ratificado el Convenio de La Haya de 1996, no obstante el desplazamiento del menor a un Estado extranjero, los tribunales españoles, por aplicación del artículo 5.º son competentes para adoptar medidas de responsabilidad parental, pero entendiendo que el desplazamiento se ha producido sin consentimiento del padre desde un país (España) donde el menor residía habitualmente.

C) ¿Son competentes para acordar la pensión de alimentos? ¿En caso de serlo, puede fijarse por un porcentaje de ingresos mensuales?

Con la primera pregunta hemos dado respuesta a la competencia para acordar el divorcio; con la segunda le decimos a la audiencia que, dada la casuística y la dispersión norma-

tiva, es factible que pudiera dar respuesta también a la responsabilidad parental, acordando custodia y visitas. Ahora nos queda por responder a la cuestión relativa a los alimentos que, como ya se ha advertido, no pueden ser atendidos bajo el concepto de responsabilidad parental. Tienen un camino legal distinto.

Ninguna de las normas citadas anteriormente nos sirve para aclarar esta cuestión. Dado que el menor se halla en el extranjero, la normativa más específica es la contenida en el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; así como en el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia.

Con carácter previo, si el padre (o la madre) pide la custodia y los alimentos, concedida aquella, los alimentos deben fijarse respetando los principios de necesidad y proporcionalidad y con un criterio de motivación reforzada. Ni que decir tiene que, con una madre y un hijo en el extranjero, la prueba de los ingresos será difícil; pero no cabrán pensiones simbólicas por porcentajes. Y esto es lo primero que procede decir: la audiencia (o el juzgado competente para fijar alimentos) no puede acudir al sistema de determinar una pensión por porcentajes, pues, según se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 2/2024, de 15 de enero de 2024 (NormaCEF NCJ067071), «el desconocimiento de aquella capacidad económica del demandado, debida a su propia conducta elusiva de sus deberes paternofiliales, no puede erigirse en obstáculo para que la sentencia del juzgado, o en su revisión la de la audiencia provincial, hubiera fijado en este caso una cantidad líquida suficiente para la satisfacción de las necesidades del menor hijo de la recurrente ex art. 142 CC». Por tanto, antes de saber si los tribunales españoles son competentes para establecer una pensión de alimentos, para el caso de que lo sean, deberán fijar una cantidad concreta de dinero a cargo del obligado/a, porque así se infiere de la sentencia citada, del artículo 93 del CC cuando dice: «en todo caso», y de artículo 39 de la CE sobre el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos. Finalmente, la STC sigue diciendo, en relación con la motivación reforzada y el interés del menor: «El padre o madre deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de la obligación de prestar alimentos ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia».

Sobre el principio de motivación reforzada, el Tribunal Constitucional tiene dicho:

«Una de las consecuencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor es la imposición por nuestra doctrina de un deber de motivación reforzada de la correspondiente resolución judicial». Así, por ejemplo, hemos declarado en la STC 138/2014, de 8 de septiembre (NormaCEF NCJ058722), FJ 3, que «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional

en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales». Se trata, por tanto, como indica el fundamento jurídico 5 de la misma sentencia, de un canon «reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del art 39 CE»; de modo que la fundamentación judicial «debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir».

Finalmente, abarcamos el problema de la competencia de los tribunales españoles para acordar una pensión de alimentos en este caso. (Recordamos: el menor reside en el extranjero en un país extracomunitario).

El Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, tiene un artículo, el 3.º, que confiere, una vez más, la competencia en función de la residencia del acreedor (3.b) o del demandado (3.a). Pero el que nos interesa es el artículo 3.d: «El órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes». Aquí la ley del foro es la española y la pensión de alimentos es accesoria de la responsabilidad parental.

Por otro lado, también existe un Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia que, de haber sido ratificado por los dos países (esto no lo dice el caso), permite su aplicación en España; pero bien es cierto que aquí nos referimos a la cooperación «entre los Estados en materia de cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia», no a la fijación en sentido estricto de una pensión de alimentos. Pero ya hemos aclarado que por la ley del foro los tribunales españoles pueden ser competentes. Ahora simplemente puntualizaremos sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias para que el juez, en este caso, pueda acordar una cantidad líquida proporcional a las necesidades y posibilidades.

El Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, prevé que la ley aplicable en estos casos se determina conforme al Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre obligaciones alimenticias. Y el protocolo de este convenio, en su artículo 4.3 nos dice: «No obstante lo dispuesto en el artículo 3, se aplicará la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor. Sin embargo, se aplicará la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor si este no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley del foro». Por consiguiente, la ley de España podría aplicarse, dado el supuesto y la imposibilidad en su caso de obtenerlos por la ley del foro de la residencia en el extranjero. El padre ha reclamado alimentos en España y, de no ser posible en el extranjero, nada impide aplicar nuestra ley. Al final, la determinación de la cuantía requerirá de un juicio de proporcionalidad y de asumir los criterios jurisprudenciales de nuestros tribunales.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 39.
- Código Civil, arts. 93 y 142.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 22 quáter.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 769.
- Reglamento 4/2009 del Consejo (competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos), art. 3.
- Reglamento 2019/111 (competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores), arts. 3, 7, 9 y 10.
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores), arts. 5 y 7.
- SSTS núm. 165/2014, 28 de marzo de 2014 (NormaCEF NCJ058729); 740/2014, de 16 de diciembre (NormaCEF NCJ059141), y de 2 de marzo y 22 de julio de 2015.
- ATS de 29 de marzo de 2023.
- SSTC 176/2008, de 22 de diciembre (NormaCEF NCJ047653); 127/2013, de 3 de junio (NormaCEF NCJ058044); 138/2014, de 8 de septiembre (NormaCEF NCJ058722); 16/2016, de 1 de febrero (NormaCEF NCJ060894); 178/2020, de 14 de diciembre (NormaCEF NCJ065273).
- SSTJUE de 2 de abril de 2009, C-523/07 (NormaCEF NCJ048676); 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU (NormaCEF NCJ053874); 8 de junio de 2017, C -111/17 PPU (NormaCEF NCJ062543); 28 de junio de 2018, C-512/17, y 14 de julio de 2022, C-572/2021.

Publicación en una revista sobre hechos presuntamente delictivos y vulneración del derecho al honor

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Enunciado

Una persona comprueba que es publicado en una revista de su localidad, de ámbito regional y nacional, un reportaje en el que se indica que tiene abierto un proceso penal por agredir sexualmente a unas mujeres jóvenes a las que entrenaba, y en el que recoge la versión de dicha personas, quejándose de lo lento que está siendo el procedimiento, ya que le ven por la localidad, y para el que la fiscalía solicita una pena de prisión, y también se expone la versión del abogado defensor del afectado por la publicación. Asimismo, se recogen fotos de algunas de las denunciadas y del presunto agresor, y se indica que actualmente está en libertad provisional. Tras la sentencia absolutoria decide interponer una demanda por vulneración del derecho al honor. En la información publicada se resaltaba, con titulares de mayor tamaño, que «El agresor sexual lleva años en libertad» y en un recuadro, que también se resaltaba, datos del procedimiento solicitando la indemnización de daños y perjuicios.

Cuestiones planteadas:

1. La protección del derecho al honor respecto de hechos delictivos sometidos a investigación judicial.
2. La libertad de expresión y libertad de información; límites; los titulares y su alcance.
3. Conclusión.

Solución

1. No es infrecuente la publicación en los medios de comunicación, ya sea en periódicos digitales, en podcast, tertulias, a través de programas de televisión a través de programas de radio o redes sociales de radio, entre otros, que se den informaciones sobre hechos delictivos.

vos que tienen trascendencia social, como ocurre con los homicidios, agresiones sexuales y otros semejantes, en los que aparece de manera nítida datos sobre los investigados o de las personas afectadas por dichos hechos, y con la incorporación de fotografías o vídeos o manifestaciones de otras personas relacionados con esos hechos, y en ocasiones con titulares de mayor tamaño que resaltan la noticia, y que en algunos casos se deciden con una sentencia absolutoria. Es por ello que el caso que se propone trata de ver qué consecuencias tienen esos reportajes en el honor de los afectados, por los hechos delictivos perseguidos, y de los que finalmente son absueltos.

Los hechos del caso que se propone son solo un ejemplo de las situaciones que se dan en la actividad judicial y que provocan, en ocasiones, demandas de vulneración del derecho al honor por las personas que son finalmente absueltas contra los medios que difundieron los reportajes, entrando en estos casos en colisión el derecho a la información y el derecho al honor.

Por un lado, debe mencionarse que el artículo 18 de la CE establece que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen» y, por otro lado, la 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, que establece en el artículo 7.7 que «tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley: 7-. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

Por otro lado, el artículo 20.1 a) y d) de la CE, en relación con su artículo 53.2, reconoce como derechos fundamentales especialmente protegidos, mediante los recursos de amparo constitucional y judicial, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Se está en presencia de casos en los que se ha de delimitar el campo de acción de cada uno.

La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio; y sentencias de esta sala 102/2014, de 26 de febrero, y 176/2014, de 24 de marzo, entre otras), porque no comprende como esta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

La libertad de información supone la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo (SSTC 104/1986, de 17 de julio; 139/2007, de 4 de junio [Norma-CEF NCJ042674], y 29/2009, de 26 de enero (Norma-CEF NCJ047944)).

En ambos casos se trata de libertades fundamentales que encuentran su límite, especialmente, en el respeto a los derechos de la personalidad del honor, intimidad y propia imagen –art. 20.4 CE–. Pero mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades que comprende las de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente. La libertad de expresión es de naturaleza estrictamente subjetiva, por lo que no está sujeta a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos que, por su naturaleza objetiva y contrastable, sí pueden serlo, se puede o no contrastar esa veracidad.

La libertad de información comprende las de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente; lo que sucede con los hechos noticiosos que, por su naturaleza objetiva y contrastable, sí pueden serlo, por tanto, la información sobre procesos penales.

La libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto este último amplio en el que deben incluirse las apreciaciones y los juicios de valor; en cambio, el derecho a comunicar información versa sobre hechos o, dicho con mayor precisión, sobre hechos que puedan considerarse noticiables (STC 19/1996, de 12 de febrero). En la realidad es frecuente que los elementos de una y otra significación aparezcan entremezclados.

Como observa la STC 8/2022, de 27 de enero (NormaCEF NCJ065932), que trae a colación la 172/2020, de 19 de noviembre (NormaCEF NCJ065193), «el deslinde entre ambas libertades no siempre es nítido, pues la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, una vocación a la formación de una opinión (SSTC 6/1988, 107/1988, 143/1991, 190/1992 y 336/1993).

Por ello, en los supuestos en que se mezclan elementos de una y otra significación debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado del artículo 20.1 de la CE (SSTC 6/1988, 105/1990, 172/1990, 123/1993, 76/1995 y 78/1995; STC 4/1996, de 16 de enero, FJ 3)».

2. El Tribunal Supremo, respecto de la divulgación de procedimientos penales, en sentencia 42/2009, de 29 de enero (NormaCEF NCJ049311) establece que «si bien la presentación de la denuncia o querrela penal no legitima la divulgación, tampoco cabe entender que la simple divulgación, de haberse formulado la denuncia o querrela, supone *per se* la intromisión».

En este sentido abunda la sentencia 337/2017, de 29 de mayo (NormaCEF NCJ062384), cuando declara:

La sentencia núm. 262/2016, de 20 de abril (NormaCEF NCJ061302), que reproduce la 1198/2008, de 11 de diciembre de 2008 (NormaCEF NCJ048076), recuerda la doctrina de esta Sala en el sentido de que la mera interposición de una denuncia penal no constituye un acto de imputación lesivo para el honor «al servir tan

solo como medio para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la posible existencia de un delito al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva del que se siente perjudicado en sus intereses, siendo así que el descrédito que toda denuncia lleva aparejado para quienes figuran en ella no es bastante para apreciar la existencia de intromisión, ante la mayor protección que merece el derecho de la presunta víctima del ilícito penal, no concurriendo el supuesto de hecho previsto en el art. 7.7 de la Ley 1/82 cuando «la imputación de hechos penales se realiza a través del medio legal previsto (denuncia), ante las autoridades penales competentes para conocerlos (policía judicial), en ejercicio del derecho como perjudicado y deber como ciudadano de poner en conocimiento la comisión de hechos delictivos».

Ciertamente, esa sentencia, con cita de otras anteriores (54/2009, de 4 de febrero [Norma-CEF NCJ049700], y 262/2016, de 20 de abril [NormaCEF NCJ061302]), continúa afirmando:

La existencia o no de intromisión ilegítima en el honor a resultas de imputaciones vertidas en el marco de un proceso penal exige un juicio de ponderación de los derechos en juego, a fin de dilucidar si la restricción al honor del imputado (trabajador) ha respetado la definición constitucional de aquellos y sus límites, comprobando si tal restricción está constitucionalmente justificada, siendo para ello esencial comprobar si el que ejerce su derecho y decide acudir a la vía penal para tutelar sus legítimos intereses tenía razones para hacerlo y si se excedió, esto es, si fue más allá de lo que era legal y estrictamente necesario a los fines de defenderlos, pues si su actuación tenía un mínimo soporte y tampoco se excedió en su actuación procesal, el simple hecho de reflejar manifestaciones o imputaciones críticas con ocasión de la elaboración del material que iba a conformar la eventual acusación (informe de detective) o de instar diligencias de investigación, en cuyo resultado iba después a ser objeto de contraste en fase de instrucción, estarían dentro de lo legítimo al no desviarse del fin previsto por el ordenamiento.

Como se desprende de lo expuesto, no puede existir una respuesta única a la cuestión de si la interposición de una denuncia penal (que posteriormente resulta archivada) y su divulgación constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor del denunciado, por lo que, de acuerdo con esta sentencia, «habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso».

En el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, la jurisprudencia de esta sala ha reconocido el interés general de las informaciones sobre hechos de relevancia penal, que se acrecienta cuando se trata de delitos de especial repercusión o alarma social, como los hechos delictivos que afectan a la libertad sexual o a la vida e integridad de menores, incluso aunque la persona afectada por la información sea un particular, en la medida que su relación con los hechos noticiables origina su proyección pública.

La sentencia 587/2016, de 4 de octubre (NormaCEF NCJ061756), establece que

la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal legítima, según las circunstancias, la intromisión en derechos fun-

damentales como el honor y la intimidad, y con mayor motivo cuando, a diferencia del caso analizado, por ejemplo, en reciente sentencia de pleno 485/2016, de 14 de julio, no existe una «extralimitación morbosa», una búsqueda y revelación de aspectos íntimos que no guardan relación con el hecho informativo, sino que en este caso el artículo litigioso se limitó a reflejar «los hechos y delitos objeto de la querrela».

Cuando, como ocurre en este caso, se trata de informaciones sobre investigaciones policiales y judiciales por presuntos ilícitos penales que finalmente no quedan probados o son distintos y de una gravedad notoriamente inferior a los imputados, el Tribunal Supremo (SSTS 170/2020, de 11 de marzo [NormaCEF NCJ064810], y 258/2017, de 26 de abril [NCJ062399]) ha considerado que el deber de diligencia informativa no obliga al informador a esperar al resultado de las actuaciones penales, así como que el juicio sobre la diligencia informativa no puede basarse en datos distintos de los conocidos en la fecha de publicación de la noticia, lo que por ejemplo excluye la relevancia del posterior auto de sobreseimiento provisional o la sentencia absolutoria; del mismo modo que la existencia de una instrucción penal en curso constituye una fuente objetiva y fiable a la hora de valorar si el informador agotó la diligencia que le era exigible al comprobar la noticia.

En este caso, el recurrente no discute la veracidad de la noticia o el evidente interés general de la información que se facilita, sino que su impugnación del criterio seguido por la audiencia provincial se centra en los titulares (principal y secundario), que considera claramente innecesarios, sensacionalistas y vejatorios, y que la información, situada en su contexto, no cumplía los requisitos de veracidad, neutralidad y proporcionalidad exigidos para quedar amparado en la protección de la libertad de información.

La jurisprudencia de esta sala sobre la veracidad de la información y los titulares del artículo o reportaje permite que los titulares puedan ser analizados desde la perspectiva de la veracidad de forma autónoma respecto del texto de la noticia, de manera que puede no apreciarse la veracidad de una información por la falta de proporcionalidad de los titulares cuando en ellos se formulan conclusiones taxativas sobre la realidad de los hechos y sobre la participación del afectado, y no guarden una relación lógica con la información proporcionada (sentencias 372/2019, de 27 de junio; 551/2021, de 20 de julio; y 610/2022, de 19 de septiembre).

A su vez, el Tribunal Constitucional ha resaltado la autonomía que puede tener el titular, puesto que llega con más facilidad al lector; así la STC 29/2009, de 26 de enero (NormaCEF NCJ047944), declaró:

La protección constitucional de la información se extiende a la noticia, que no pasa de ser mero relato de hechos encabezado por un titular igualmente limitado a narrar hechos con la brevedad usual de los titulares [...], pero no puede amparar titulares que, con la eficacia que les proporciona su misma brevedad estén destinados a sembrar en el gran público dudas sobre la honorabilidad de las personas aludidas [...]. Así, el test de veracidad y relevancia pública que se aplica a los titulares de prensa viene

determinado por su propia naturaleza, en la que destaca, de una parte, el hecho de su necesaria concisión como presentación y resumen de la información y, de otra, el dato de su mayor difusión, pues es indudable que sus lectores son mucho más numerosos e impresionables que los del cuerpo de las noticias que presentan. [...] Como consecuencia el control de las expresiones contenidas en los titulares habrá de estar profundamente vinculado al del desarrollo de la información, de tal manera que quedan excluidas del ámbito de protección de la libertad de información las expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas.

Estas mismas precisiones sobre los titulares son las que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en la sentencia de 1 de junio de 2010, caso Gutiérrez Suárez contra España, al declarar:

Si bien cabe apreciar en los titulares de la información (apartado 6 arriba) una intención clara de atraer a los lectores, conviene recordar que una crónica periodística puede utilizar distintas vías en función del medio de comunicación y del tema de que se trate: no corresponde al Tribunal, ni a los órganos jurisdiccionales nacionales, por otra parte, sustituir a la prensa en la decisión sobre qué técnica deben emplear los periodistas (Bladet Tromsø y Stensaas, citada, § 63). [...] El Tribunal considera que es necesario leer el titular de la información y su contenido en su conjunto, teniendo en cuenta tanto el carácter verídico de los hechos como el efecto de llamar la atención de los lectores buscado con el titular. Se recuerda a este respecto que la libertad periodística incluye también el recurso posible a una determinada dosis de exageración, o incluso de provocación (Prager et Oberschlick, citada, § 38 y Bladet Tromsø y Stensaas, citada, § 59).

Conforme a estas consideraciones, aunque el titular pueda tener un tono sensacionalista –la información en su conjunto responde a las declaraciones de las víctimas de unos graves delitos–, la identificación del demandante como presunto responsable responde a que en esa fecha estaba formalmente imputado por tales delitos e incluso había sufrido un periodo de prisión preventiva, y su versión fue recogida a través de su abogada. Además, el mensaje principal del reportaje, que era la preocupación por la tardanza en resolver judicialmente unos hechos que causaron gran alarma social en una población de tamaño medio, respondía a una realidad objetiva, y así se hacía constar, incluso desde el punto de vista de ambas partes, pues al procesado también le perjudicaba una vez que sostenía su inocencia.

Finalmente, cabe advertir que las expresiones litigiosas, desde el punto de vista del parámetro de la proporcionalidad, no tienen un contenido vejatorio, ofensivo o ultrajante (por todas, SSTC 9/2007, de 15 de enero [NormaCEF NCJ040975], FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo [NormaCEF NCJ048955], FJ 4). La libertad de información, en este caso, debía prevalecer sobre el derecho al honor del demandante, habida cuenta de la veracidad de la información en el momento de la publicación, sin perjuicio de la posterior absolución del demandante.

3. Por tanto, a la vista del supuesto del caso propuesto, la información difundida se basaba en hechos fiables y objetivos, consistentes en datos obrantes en el proceso penal. Asimismo, en el reportaje se había dado voz a todas las partes, de manera que las víctimas expusieron sus quejas y temores, y la letrada del investigado defendió su inocencia. Además, la información era de relevancia pública e interés social sobre las presuntas agresiones sexuales a mujeres, se denunciaba la lentitud de la justicia y el sufrimiento de las víctimas al cruzarse con el presunto agresor por las calles, utilizándose unos titulares proporcionados y relacionados con la información contenida en el reportaje, por lo que la demanda de vulneración del derecho al honor no sería estimada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14, 18, 20.1 a) y d), 39 y 53.
- Ley Orgánica 1/1982 (protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), arts. 2 y 7.7.
- SSTS, del Pleno, 42/2009, de 29 de enero; 12 de mayo de 2011; 740/2013, de 5 de diciembre; 836/2013, de 15 de enero de 2014; 587/2016, de 4 de octubre; 258/2017, de 26 de abril; 337/2017, de 29 de mayo; 372/2019, de 27 de junio; 170/2020, de 11 de marzo; 551/2021, de 20 de julio; 45/2022, de 27 de enero, y 610/2022, de 19 de septiembre.
- SSTC 104/1986, de 17 de julio; 139/2007, de 4 de junio; 29/2009, de 26 de enero; 172/2020, de 19 de noviembre, y 8/2022, de 23 de febrero.
- STEDH de 1 de junio de 2010.

Incompatibilidades de concejales y contratos administrativo y privado y función pública

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.- (España)*

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

Enunciado

En el Ayuntamiento de XXX, de régimen común, de 3.000 habitantes, se han planteado los siguientes supuestos:

1. El pleno del ayuntamiento procedió a la liberación parcial (25 % de la jornada) de cuatro concejales. Se solicita a la secretaria-interventora por el alcalde informe sobre la necesidad o no de solicitar, por parte de dichos concejales, la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada, toda vez que el reglamento orgánico municipal exige, en todo caso, declaración de compatibilidad por el alcalde.

2. Es deseo del alcalde la contratación del servicio de limpieza y mantenimiento del centro médico que se acaba de establecer en la población, por un valor estimado de 14.500 euros (IVA incluido) por el plazo de un año. No se anunció en el perfil del contratante ni se solicitó, al menos, tres presupuestos. Para ello, desea utilizar el procedimiento con negociación sin publicidad y adjudicarlo, directamente, a una empresa, sociedad de responsabilidad limitada, a la que ya se la había adjudicado con anterioridad la limpieza y mantenimiento de otros inmuebles municipales. Es de significar que a la contratista se le había resuelto un anterior contrato similar por deficiencias en el cumplimiento. Dicha resolución había sido impugnada mediante recurso contencioso-administrativo oportuno ante el juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente.

El alcalde solicita a la secretaria-interventora que le informe sobre la competencia para celebrar el contrato y si se ajusta a derecho lo que desea.

3. Sobre suelo municipal patrimonial se construyeron, en el año 1987, 7 u 8 naves agrícolas, que están a nombre de los propietarios, si bien el suelo sigue a nombre del ayuntamiento.

Según se indica, es público y notorio que los propietarios pagaron las parcelas al ayuntamiento, si bien no hay nada que documente dicho pago. Los propietarios de las naves

agrícolas amenazan con dirigirse a la vía contencioso-administrativa para que el ayuntamiento arregle, definitivamente, esta cuestión.

A la vista de cuanto antecede, se solicita a la secretaria-intervención la elaboración de informe en el que se establezca la tramitación que se debe cumplir para poder legalizar la situación de los propietarios.

4. En el año 0009 el Ayuntamiento de XXX, previo expediente instruido al efecto y tras la adjudicación, procedió a suscribir contrato de arrendamiento mediante concurso público, de siete casas rurales, un bar-cafetería, un edificio de leñera, un edificio de generador y los anexos, situados en un paraje de su término municipal, monte de utilidad pública perteneciente al ayuntamiento en régimen de bienes patrimoniales.

La duración del contrato era de 10 años, con dos posibles prórrogas de 5 años cada una, y el precio de 9.480 euros anuales, más el 16 % de IVA, con actualizaciones anuales en función del índice de precios al consumo.

Asimismo, el ayuntamiento se comprometía a ejecutar inversiones que redunden en beneficio de las instalaciones objeto del presente contrato, por el importe de un 15 % anual el día sobre las cantidades abonadas por el arrendatario durante el ejercicio anterior, excluido el IVA.

El ayuntamiento solicita informe jurídico a la secretaria-interventora sobre la viabilidad de rebajar el precio del arrendamiento en un 10 % y aumentar el porcentaje de inversiones del 15 % al 40 %, sin proceder a un nuevo concurso.

5. Don XXX, funcionario del ayuntamiento, solicitó y obtuvo el día 7 de junio de 2015 la excedencia voluntaria por interés particular. Él mismo ocupaba el puesto de trabajo del arquitecto de disciplina urbanística.

Con fecha 23 de enero de 0009 se aprueba la oferta de empleo público para el referido año, por medio de resolución de la alcaldía, incluyendo una plaza del arquitecto municipal.

La relación de puestos de trabajo del ayuntamiento contempla cuatro puestos a cubrir por arquitectos, siendo que tres de ellos están cubiertos por sus titulares, en situación de servicio activo. Es el cuarto el que se incluye en la oferta de empleo público.

Con fecha 27 de febrero de 0009, se publica en el BOE dicha oferta de empleo público.

El alcalde pregunta a la secretaria-interventora si puede un funcionario en excedencia voluntaria por interés particular solicitar el reingreso una vez aprobada y publicada la oferta de empleo público que incluye la única plaza a la que podría acceder.

Es de hacer constar que no existe legislación autonómica para la función pública.

Cuestiones planteadas:

1. Se solicita informe sobre la necesidad o no de solicitar, por parte de dichos concejales, la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada, toda vez que el reglamento orgánico municipal exige, en todo caso, declaración de compatibilidad por el alcalde.
2. El alcalde solicita al secretario-interventor que le informe sobre la competencia para celebrar el contrato y si se ajusta a derecho lo que desea.
3. Se solicita a la secretaria-intervención la elaboración de informe en el que se establezca la tramitación que se debe cumplir para poder legalizar la situación de los propietarios.
4. El ayuntamiento solicita informe jurídico sobre la viabilidad de rebajar el precio del arrendamiento en un 10 % y aumentar el porcentaje de inversiones del 15 % al 40 %, sin proceder a un nuevo concurso.
5. El alcalde pregunta al secretario-interventor si puede un funcionario en excedencia voluntaria por interés particular solicitar el reingreso una vez aprobada y publicada la oferta de empleo público que incluye la única plaza a la que podría acceder.

Solución

1. Se solicita informe sobre la necesidad o no de solicitar, por parte de dichos concejales, la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada, toda vez que el reglamento orgánico municipal exige, en todo caso, declaración de compatibilidad por el alcalde.

Tres cuestiones son precisas aclarar para dar respuesta a esta pregunta:

a) Carta Europea de Autonomía Local

Señala en su artículo 7: «Las funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local no pueden ser fijadas más que por Ley o por principios jurídicos fundamentales».

Esta reserva de ley se ha hecho efectiva a través de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), y de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LRBRL).

El artículo 178 de la LOREG establece que las causas de inelegibilidad de los concejales son también causas de incompatibilidad, y además enumera otras actividades, públicas y privadas, incompatibles con el cargo de concejal:

1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior lo son también de incompatibilidad con la condición de concejal.

2. Son también incompatibles:

a) Los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local [...].

3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad. Cuando la causa de incompatibilidad sea la prevista en el apartado 2.e) del presente artículo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6.4 de esta Ley.

4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Concejal pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios, que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo.

El Tribunal Supremo ha señalado que las causas de incompatibilidad establecidas en la LOREG, en tanto en cuanto son reguladoras de criterios de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 26 de abril de 2002).

Por lo expuesto, parece claro que la LOREG permite que el concejal compatibilice el desempeño de su cargo público con el ejercicio de otras actividades públicas o privadas, salvo las expresamente prohibidas.

En la sentencia 45/1983, de 25 de mayo, el Tribunal Constitucional precisa que nuestro sistema es el de la concurrencia de supuestos de inelegibilidad, que impiden convertirse, en quien concurra, en sujeto pasivo de la relación electoral, y de supuestos de incompatibilidad, en los que se transforman los de inelegibilidad que dice el artículo 4, 5 y 6 (de la LOREG), operando en su caso, impidiendo el acceso al cargo o el cese en el mismo, de modo que aquellos, proclamados y aun elegidos, que han quedado posteriormente afectados por tales causas, incurrir en incompatibilidad. La causa sobrevenida opera así como supuesto de incompatibilidad, generadora, no de la invalidez de la elección, sino de impedimento para asumir el cargo electivo o de cese, si se hubiera accedido al escaño.

El artículo 73.1 de la LRBRL establece que los supuestos de incompatibilidad de los miembros de las corporaciones locales se regularán en la legislación electoral.

El artículo 75.11 de la norma citada señala que los miembros de las corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con

dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, asumiendo las corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Es decir, según la LRBRL, se refuerza el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de los concejales, al quedar sometidos, aunque solo aquellos que tengan dedicación exclusiva, también a las causas de incompatibilidad contenidas en esta ley.

Así, el concejal con dedicación exclusiva puede desempeñar actividades públicas y privadas siempre y cuando no sea alguna de las prohibidas en esa ley para los funcionarios públicos, y con sujeción, cuando en la misma así se indique, a la necesidad de autorización de compatibilidad.

Este régimen de incompatibilidades se hace más flexible cuando el concejal solo tiene dedicación parcial y, en consecuencia, solo obtiene retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva.

Artículo 75.2 de la LRBRL:

Los miembros de las Corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior. Dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. En los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones.

Los miembros de las Corporaciones locales que sean personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del presente artículo.

b) Órgano competente para declarar la compatibilidad

El artículo 14 de la Ley 53/1984, de incompatibilidades, señala que el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad.

La resolución motivada reconociendo la compatibilidad o declarando la incompatibilidad, que se dictará en el plazo de dos meses, corresponde al Ministerio de la Presidencia, a propuesta del subsecretario del departamento correspondiente, al órgano competente de la comunidad autónoma o al pleno de la corporación local, previo informe, en su caso, de los directores de los organismos, entes y empresas públicas.

Por tanto, si la realizó el alcalde es un acto nulo de pleno derecho por incompetencia material del mismo, al amparo del artículo 47.1 c) de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común, susceptible de la oportuna revisión de oficio prevista en el artículo 106.1 del mismo texto legal, exigiéndose el dictamen preceptivo y favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma.

c) Regulación normativa del reglamento orgánico municipal

Los ayuntamientos no podrían así interferir en el sistema de incompatibilidades de los concejales, al tratarse, según lo indicado, de un tema objeto de reserva de ley, como señala no solo la Carta Europea de Autonomía Local, sino también los artículo 23 y 149.1.1.^a y 18.^a de la Constitución española.

La exposición de motivos de la LOREG señala que la Constitución impone al Estado, por una parte, el desarrollo del artículo 23, que afecta a uno de los derechos fundamentales, el del sufragio activo y pasivo para todos los ciudadanos; pero, además, el artículo 81 de la Constitución, al imponer una ley orgánica del Régimen Electoral General, amplía el campo de actuación que debe cubrir el Estado, esto es, hace necesaria su actividad más allá de lo que es mera garantía del derecho de sufragio, ya que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, bajo ese epígrafe hay que entender lo que es primario y nuclear en el régimen electoral.

Además, el Estado tiene la competencia exclusiva, según el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, derecho entre los que figura el de sufragio, comprendido en el artículo 23 de la Constitución.

Conclusiones

1. Tratándose de dedicación parcial del concejal, no existe ningún obstáculo para compatibilizar el ejercicio del cargo con el desempeño de actividad privada. En todo caso, tanto el alcalde como los concejales están obligados a incluir su actividad privada en su declara-

ración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre actividades que le proporcionen ingresos económicos, para su inscripción en el Registro de Intereses.

2. De acuerdo con lo expuesto, el régimen de incompatibilidades previsto en la LOREG es común para todos los concejales, no obstante, de acuerdo con el artículo 75 de la LRBRL, la aplicación de la Ley 53/1984 depende del grado de dedicación, exclusiva o parcial, y del tipo de retribución que obtenga por el desempeño de su cargo.

En concreto, la LRBRL establece en su artículo 75, para los concejales que tengan asignada dedicación exclusiva, la doble incompatibilidad establecida para los empleados públicos al servicio de las Administraciones públicas, a saber, en primer lugar, se prohíbe que puedan obtener otras retribuciones con cargo a los presupuestos públicos, con las excepciones previstas en la Ley 53/1984, que es lo que se conoce como incompatibilidad retributiva. En segundo lugar, dicho precepto indica que la función de concejal es incompatible con el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. De acuerdo con este esquema, el concejal puede desempeñar actividades privadas, siempre y cuando no sea alguna de las prohibidas en esa ley para los funcionarios públicos.

Este régimen de incompatibilidades se hace más flexible cuando el concejal solo tiene dedicación parcial y, en consecuencia, solo obtiene retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva (artículo 75.2), o cuando el concejal solo tiene retribuciones por asistencia a órganos colegiados (artículo 75.3). Es decir, para el primer caso el artículo 75.2 solo se remite al artículo 5 de la Ley 53/1984, a efectos de establecer un límite a esas retribuciones parciales, pero no a los efectos del desempeño de otras actividades.

3. Por ello, se considera que en el supuesto de concejal con dedicación parcial, no es necesaria la declaración de compatibilidad, respecto de las actividades que el interesado realice fuera del horario de su dedicación, ya que la ley lo que establece, en estos casos de dedicación parcial, es una incompatibilidad horaria, sin otro requisito.

2. El alcalde solicita al secretario-interventor que le informe sobre la competencia para celebrar el contrato y si se ajusta a derecho lo que desea.

Nos encontramos ante un contrato de servicio menor, a tenor del artículo 17 de la Ley 9/2017, de la Ley de contratos del sector público (LCSP), del que destacamos:

- a) Es menor al no superar los 15.000 euros (art. 118 LCSP), puesto que el valor estimado es de 15.500 euros (IVA incluido) y, por tanto, hay que excluir el importe del IVA. En este sentido, el artículo 101.1 a) señala que «a todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos será determinado como sigue: a) En el caso de los contratos de obras, suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según sus estimaciones».

Igualmente, en relación con la duración del contrato, a tenor de lo establecido en el artículo 29.4 de la LCSP, que establece, como regla general, que no debe de exceder de cinco años, es, también, ajustado a derecho.

- b) No anuncio en el perfil del contratante: es ajustado a derecho. En este sentido, el artículo 63.4 de la LCSP señala que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

- c) Respecto a la competencia, por su valor, y atendiendo al órgano competente, lo era el alcalde, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017. Ahora bien, respecto a la titularidad de la competencia de mantenimiento de los centros médicos, antes de la entrada en vigor de la modificación de la Ley 7/1985 (LRBRL), operada por la Ley 27/2013 (LRSAL), el artículo 25.2 i) establecía: «El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la Legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud»; y el artículo 28 habilitaba a los municipios para realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas, entre otras materias, en sanidad. En la redacción actual, el artículo 25.2 no hace referencia alguna a competencias relacionadas con la salud y sanidad. El artículo 28 ha sido asimismo suprimido.

La disposición transitoria primera de la Ley 27/2013, relativa a la asunción por las comunidades autónomas de las competencias relativas a la salud señala:

1. Tras la entrada en vigor de esta Ley, de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud.

Las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local.

Por lo tanto, en principio no se trata de ninguna competencia propia del ayuntamiento, ahora bien, no se impediría que por parte de la comunidad autónoma se delegara el ejercicio de esta competencia, o bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de

la Ley 7/1985, y cumpliendo los requisitos legales exigidos para ellos, se asumiera con una competencia de las llamadas impropias distintas de las propias y delegadas.

- d) En relación con el procedimiento con negociación sin publicidad utilizado, la única posibilidad legal de utilizar este procedimiento era que se estuviera en presencia de alguno de los supuestos del artículo 168. En referencia al caso concreto, específicamente su apartado 4.º b) contempla la posibilidad para el supuesto de

contratos de obras y de servicios, además, cuando las obras o servicios que constituyan su objeto consistan en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial, que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y que no hayan transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial. En el proyecto base se mencionarán necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados estos.

Es cierto que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (art. 131 LCSP).

A tenor del artículo 118 de la LCSP, el expediente debe contener como mínimo los siguientes documentos:

1. Informe motivado del órgano de contratación. Este informe debe contener la necesidad del contrato y, además, la justificación (1.º) de que no se está fraccionando el objeto del contrato y (2.º) que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los importes límites del contrato menor. Este límite no es de aplicación en los contratos menores, que solo pueden ser encomendados a un empresario determinado (art. 118.3 LCSP).
2. La aprobación del gasto.
3. La incorporación de la factura.
4. La consulta, si es posible, de tres proyectos.
5. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, el proyecto cuando así se requiera, y el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra (art. 118.2 LCSP) (no tiene carácter de básico según la disposición final 1.ª LCSP).

Pero esto no implica que tenga que cumplirse obligatoriamente sino que, pese a que por su cuantía puede adjudicarse directamente, nada impide y, desde luego, se garantiza mucho más la igualdad, publicidad y concurrencia en la adjudicación, utilizar cualquier otro procedimiento.

Ahora bien, es cierto que se podría aplicar la figura de la conversión del acto administrativo recogida en el artículo 50 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, en el sentido de que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de este».

- e) Respecto a la ausencia de petición de, al menos, tres presupuestos, hay que recordar la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, como medidas antifraude y de lucha contra la corrupción, que ha señalado que en el expediente de contratación de los contratos menores ha de solicitarse, al menos, tres presupuestos, y debe justificarse el hecho de no solicitar, en los supuestos en que se aplique, el procedimiento negociado en publicidad y sin concurrencia, y que están previstos en el artículo 168 a) de la LCSP.

Cuando los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado por alguna de las siguientes razones:

- Que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o de representación artística única no integrante del patrimonio histórico español.
- Que no exista competencia por razones técnicas.
- Que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Por otra parte, la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales, entre otros informes en el 574/2018, de 12 de junio, recogiendo gran parte de la doctrina y la jurisprudencia que esta cuestión ha originado, ha establecido las siguientes conclusiones:

1. Que la utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional, por tanto, la no petición de ofertas en el contrato menor también lo tiene, y solo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, las cuales deben interpretarse de forma estricta, y debe justificarse debidamente en el expediente.
2. La causa justificadora del procedimiento negociado no reside en el carácter artístico o técnico del trabajo, sino en que únicamente haya un empresario profesional que pueda encargarse del trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos.

3. Deben existir verdaderas razones que hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada, no basta la mera conveniencia u oportunidad.
 - f) Respecto a que a la contratista adjudicataria se le había resuelto contrato administrativo anterior, similar al actual, pero que tenía impugnado en vía contencioso-administrativa, no le imposibilita de forma automática la participación en un nuevo procedimiento de contratación hasta la resolución de la controversia judicial por sentencia firme. La impugnación en vía judicial de la decisión de resolver un contrato público no puede impedir a la entidad incitadora del concurso a una nueva licitación; hasta que no haya sentencia firme no surge impedimento alguno para concurrir libremente a la licitación que estime pertinente, porque hasta ese momento no se incurre en causa de prohibición para ser contratista. Lo contrario supondría una vulneración clara de un principio general del derecho que es el de presunción de inocencia.
3. Se solicita a la secretaría-intervención la elaboración de informe en el que se establezca la tramitación que se debe cumplir para poder legalizar la situación de los propietarios.

Primero. Las corporaciones locales tienen el deber de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos y, en este sentido, a pesar de que sea «público y notorio» que se realizó la venta de las parcelas municipales, sino existe documentación al respecto, se entiende que el ayuntamiento, de oficio, deberá ejercer su potestad de investigación (art. 45 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986 [RBEL]), al objeto de dejar constancia de la documentación y testimonios que pudieran aportarse a favor de la titularidad municipal de las parcelas. El procedimiento se regula en los artículos 51 a 53 del RBEL. El acuerdo de iniciación del expediente se publicará en el boletín oficial de la provincia y en el tablón de anuncios del ayuntamiento, indicando las características que permitan identificar claramente las parcelas investigadas.

Del acuerdo de iniciación, se dará traslado a la Administración estatal y autonómica, para que estas, en su caso, puedan hacer valer sus derechos y alegar lo procedente.

Durante un mes podrán las personas afectadas por el expediente de investigación alegar por escrito cuanto estimen conveniente a su derecho, acompañando los documentos en los que lo funden.

Si existen afectados por el expediente de investigación que resulten conocidos e identificables, habrán de ser notificados personalmente.

En el periodo de prueba, serán admisibles los documentos públicos judiciales, notariales o administrativos otorgados con arreglo a derecho, el reconocimiento y dictamen pericial, la declaración de testigos o cualquier otro medio admitido en derecho.

Tras este expediente, podrá quedar documentada toda la información, aunque sea a través de testimonios de los vecinos, sobre la titularidad municipal de los inmuebles o sobre la venta de las parcelas, fecha aproximada e importe que se abonó.

Segundo. Según se indica en el relato de hechos, aunque no aparece el contrato de compraventa de las parcelas ni se tiene conocimiento tampoco del importe que se abonó por los propietarios, lo que es claro es que dichas naves han sido utilizadas por los particulares durante más de 30 años y que estos están llevando a cabo distintos actos dominicales, sin que hayan sido perturbados ni en su posesión ni en cuanto al dominio de las mismas por el ayuntamiento, pero, en todo caso, a la vista de las circunstancias que concurren parece que los inmuebles han sido adquiridos por los particulares por usucapión, según prevé el artículo 1.959 del Código Civil: «Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes».

La concurrencia de los requisitos necesarios para ello se pondrá de manifiesto mediante el ejercicio de la correspondiente acción declarativa de dominio ante el órgano jurisdiccional civil. En dicho proceso intervendrá también el ayuntamiento, con el resultado de su expediente de investigación. La resolución que recaiga en dicho proceso será directamente inscribible en el Registro de la Propiedad, aun en el caso de que sea contraria a la anterior inscripción registral, según Resolución núm. 2564/2015, de 11 de febrero, RJ 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: «La prescripción extraordinaria se consume por el transcurso del tiempo con los requisitos antes reseñados, pero aun cuando para buena parte de la doctrina opera de forma automática, no puede ser declarada por el juez de oficio sino que necesita de un procedimiento que culmine con su declaración».

Con base en todo ello, si el interesado acude a la vía inicial, que será la ordinaria, nunca puede ser la contencioso-administrativa, puesto que el fondo del asunto está sometido al derecho civil (el artículo 3.º de la Ley 29/1998, de jurisdicción contencioso-administrativa, excluye del conocimiento de esta jurisdicción las cuestiones sometidas, entre otras, al orden jurisdiccional civil); el ayuntamiento debe personarse en el procedimiento judicial y hacer valer las pruebas que consten en el expediente de investigación, a su favor, en ningún caso podrá allanarse a las demandas que afecten a su dominio y demás derechos reales integrantes de su patrimonio, por el deber legal expreso de las Administraciones públicas de proteger y defender su patrimonio, a cuyo efecto tienen la facultad y el deber de ejercer las potestades administrativas y de ejercer las acciones judiciales que procedan.

Si, como parece deducirse de los hechos comprobados, se ha producido la usucapión o adquisición de la propiedad por los propietarios de las naves, lo procedente será:

- Proceder a realizar la oportuna escritura pública.
- La inscripción en el registro de la propiedad a nombre de los nuevos titulares.
- Dar de baja en el inventario del ayuntamiento a las citadas parcelas.

4. El ayuntamiento solicita informe jurídico sobre la viabilidad de rebajar el precio del arrendamiento en un 10 % y aumentar el porcentaje de inversiones del 15 % al 40 %, sin proceder a un nuevo concurso.

a) Contratos de arrendamiento

Debe advertirse, en primer lugar, que al tratarse de un monte de utilidad pública tiene la condición de bien demanial y todos los bienes que en el mismo se asientan deberían tener idéntica calificación, por lo que sorprende que las casas rurales y resto de edificios existentes puedan tener la consideración de bienes patrimoniales. Lo único que habría posibilitado la existencia de estas casas rurales y restos del edificio sería a través de la figura de la concesión demanial, conforme, en primer lugar, a la legislación básica contenida en la Ley 43/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas y en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. Por ello, habría que acudir bien a subsanar esta falta de concesión demanial o, en su caso, y si están sin título habilitante alguno, proceder a la recuperación de oficio del citado terreno, puesto que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, según el artículo 132, entre otros, de la Constitución.

No obstante, y puesto que según el relato de hechos se trata de un contrato de arrendamiento sobre bienes patrimoniales, procederemos a resolver la viabilidad o no de la modificación planteada.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato se trata de un contrato privado de la Administración y se regirá, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas establecidas en la Ley 9/2017, LCSP, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del derecho privado correspondiente a su naturaleza (arts. 16 y 17 LCSP). Según el artículo 9.2 de la Ley 9/2017, están excluidos del ámbito de la LCSP.

El artículo 12.1 a) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, incluye, entre los de dominio público, los montes de utilidad pública.

Como la modificación es una cuestión que, en principio, afecta al cumplimiento, efectos y extinción, debería tratarse con arreglo a la legislación civil y, en concreto:

El Código Civil, que nos señala que los contratos pueden ser modificados por las partes bajo las siguientes limitaciones:

- a) Las señaladas en el artículo 1255.
- b) El mantenimiento de sus requisitos esenciales, señalados en el artículo 1261.

Con base en la primera, el citado artículo 1255 del Código Civil «consagra el principio de libertad contractual que permite por la simple voluntad de las partes contratantes la modificación normativa de cualquier clase de contratos, estableciéndose dicho principio con carácter imperativo siempre que la referida voluntariedad contractual no afecte o sea con-

traría a la Ley, a la moral, ni al orden público». En la misma línea, el artículo 1258 advierte que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Por tanto, aunque la Ley 9/2017, LCSP, admite ya la prerrogativa de la administración de modificación del contrato, no resulta, en principio, de aplicación al presente supuesto, puesto que se trata de un contrato patrimonial, por lo que habría que acudir a la mencionada legislación de derecho privado para la posibilidad de la modificación del contrato en el sentido propuesto, aunque, como principio general del derecho se recoge el principio de libertad de pactos siempre que no vaya contra el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de la buena administración.

b) Contrato sobre bienes de dominio público

Si a los bienes objeto del contrato se les reconoce su condición de bienes de dominio público, deberían haberse sometido a concesión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 15.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, y dicha concesión, como indica el artículo 93.1, norma básica, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas (LPAP), se efectuará en régimen de concurrencia, salvo los supuestos en que excepcionalmente cabe el otorgamiento directo.

Por tanto, ello supondría la alteración de los requisitos esenciales del contrato, pues por un lado pasaría de ser un arrendamiento sobre bienes patrimoniales a una concesión sobre bienes de dominio público, lo que varía el propio objeto del contrato, y, por otra parte, altera las cláusulas que lo rigen, pues pasarían de ser las indicadas en la cláusula 2.^a del pliego de condiciones a las señaladas en el artículo 14 de la LCSP, y por todo ello sería preceptivo resolver el contrato e incoar nuevo expediente de contratación.

Y como indica el artículo 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas, de carácter básico en aplicación de la disposición final segunda, apartado 5.º: «Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso, salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente».

Artículo 15.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes: «La Administración gestora de los montes demaniales someterá a otorgamiento de concesión todas aquellas actividades que impliquen una utilización privativa del dominio público forestal».

Artículo 93.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre: «El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de

esta Ley cuando se den circunstancias excepciones, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes».

Conclusión

La reducción que se pretende del precio del arrendamiento supondría la alteración del objeto del contrato, lo que constituye la modificación de un requisito esencial del mismo que obligaría a su rescisión y a una nueva adjudicación por los procedimientos señalados en la legislación patrimonial de las Administrativas públicas.

Sin embargo, la variación del porcentaje de inversiones a realizar por el ayuntamiento con una parte de la renta obtenida sería viable al amparo del principio de libertad contractual.

Si a los bienes objeto del contrato se les reconoce su condición de bienes de dominio público, se vería alterado en sus requisitos esenciales en cuanto al propio objeto y a las cláusulas que rigen el contrato, lo que conllevaría su resolución e incoación de nuevo expediente de contratación.

5. El alcalde pregunta al secretario-interventor si puede un funcionario en excedencia voluntaria por interés particular solicitar el reingreso una vez aprobado y publicada la oferta de empleo público que incluye la única plaza a la que podría acceder.

El sistema de fuentes de materia de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración local está recogido en el EBEP y en el artículo 140.2 del TRRL 781/1986, que señala que «dicha situaciones se regularán por la normativa básica estatal, y por la legislación de función pública de la respectiva comunidad autónoma y, supletoriamente, por la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades de régimen local».

La situación de excedencia voluntaria se encuentra recogida en el artículo 89 del EBEP, que la señala en su apartado 1, letra a) como una de las modalidades de excedencia.

En su apartado 2, referido este tipo de excedencia, se indica lo siguiente:

La concesión de excedencia voluntaria por interés particular quedará subordinada a las necesidades del servicio debidamente motivadas. No podrá declararse cuando al funcionario público se le instruya expediente disciplinario.

Procederá declarar de oficio la excedencia voluntaria por interés particular cuando finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de servicio activo, se incumpla la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo en que se determine reglamentariamente.

Quienes se encuentren en situación de excedencia por interés particular no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

Como el relato de hechos nos indica que no existe legislación autonómica sobre funcionario público, debemos aplicar la legislación estatal que, en esta materia, viene conformada especialmente por el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

El citado texto legal, en su artículo 16 dispone que:

1. La situación de excedencia voluntaria por interés particular se declarará a petición del funcionario o, de oficio, en los supuestos establecidos reglamentariamente.
2. Para solicitar la declaración de la situación de excedencia voluntaria por interés particular será preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud.
3. Cada período de excedencia tendrá una duración no inferior a dos años continuados [...].
4. En las resoluciones por las que se declare esta situación se expresará el plazo máximo de duración de la misma. La falta de petición de reingreso al servicio activo dentro de dicho plazo comportará la pérdida de la condición de funcionario.
5. La concesión de esta excedencia quedará, en todo caso, subordinada a las necesidades del servicio. No podrá declararse a solicitud del funcionario cuando al mismo se le instruya expediente disciplinario [...].
6. La solicitud de reingreso al servicio activo condicionada a puestos o municipios concretos de funcionarios procedentes de esta situación no interrumpirá el cómputo del plazo máximo de duración de la misma.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley 30/1984, de reforma de la función pública, de aplicación supletoria a la Administración local, regula el reingreso al servicio activo en estos términos:

1. El reingreso al servicio activo de los funcionarios que no tengan reserva de plaza y destino se efectuará mediante su participación en las convocatorias de concurso o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo.
2. Asimismo, el reingreso podrá efectuarse por adscripción a un puesto con carácter provisional, condicionado a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto.
3. El puesto asignado con carácter provisional se convocará para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año, y el funcionario reingresado con destino provisional tendrá obligación de participar en la convocatoria. Si no obtuviese destino definitivo se le aplicará lo dispuesto en el artículo 21.2 b), de esta Ley.

Los requisitos para la adscripción provisional son:

- Que lo impongan o justifiquen las necesidades del servicio o la cobertura del puesto.
- Que el funcionario reúna los requisitos necesarios para el desempeño.
- Que el puesto cubierto se convoque para su provisión definitiva en el plazo de un año, con obligación del funcionario excedente de participar en la convocatoria solicitando el puesto que ocupa provisionalmente.

El artículo 62 del Real Decreto 364/1995 por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, señala que:

1. El reingreso al servicio activo de los funcionarios que no tengan reserva de puesto de trabajo se efectuará mediante su participación en las convocatorias de concurso o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo o, en su caso, por reasignación de efectivos para los funcionarios en situación de expectativa de destino o en la modalidad de excedencia forzosa a que se refiere el artículo 29.6 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

2. Asimismo, el reingreso podrá efectuarse por adscripción provisional, condicionado a las necesidades del servicio de acuerdo con los criterios que establezca el Ministerio para las Administraciones Públicas y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto.

El puesto asignado con carácter provisional se convocará para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año y el funcionario tendrá obligación de participar en la convocatoria, solicitando el puesto que ocupa provisionalmente. Si no obtuviere destino definitivo se le aplicará lo dispuesto el artículo 72.1 de este Reglamento.

En relación con el apartado 2.º del anterior el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, también de aplicación supletoria, y referido a la adscripción provisional, señala en su artículo 63 que:

Los puestos de trabajo podrán proveerse por medio de adscripción provisional únicamente en los siguientes supuestos:

- a) Remoción o cese en un puesto de trabajo obtenido por concurso o libre designación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50.5 y 58.
- b) Supresión del puesto de trabajo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 72.3 de este Reglamento.
- c) Reingreso al servicio activo de los funcionarios sin reserva de puesto de trabajo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62.2 de este Reglamento.

Por su parte, el artículo 91 de la LRBRL señala que:

1. Las Corporaciones locales formularán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal.
2. La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

Y el artículo 70 del EBEP:

1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.
2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.
3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humano.

Por tanto, el problema reside en que si este puesto de trabajo se había publicado ya en la oferta de empleo público, ¿tenía derecho a la adscripción provisional?

Entendemos que si el puesto ya ha sido objeto de oferta y, por tanto, es de nueva creación, lo cual significa que está dotado presupuestariamente, en principio queda sustraído a la posibilidad de cubrirse mediante adscripción provisional, pues el artículo 62.2 del RD 364/1995 por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, señala que:

2. Asimismo, el reingreso podrá efectuarse por adscripción provisional, condicionado a las necesidades del servicio de acuerdo con los criterios que establezca el Ministerio para las Administraciones Públicas y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto.

El puesto asignado con carácter provisional se convocará para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año y el funcionario tendrá obligación de participar en

la convocatoria, solicitando el puesto que ocupa provisionalmente. Si no obtuviere destino definitivo se le aplicará lo dispuesto en el artículo 72.1 de este Reglamento.

Esto significa que la adscripción provisional es para un puesto de trabajo que ya existe y no para uno de nueva creación contenido en la oferta de empleo público. Prueba de ello es que el último apartado prevé que ese puesto, en el plazo máximo de un año, se convocará –se entiende que, normalmente, por concurso–, para su provisión definitiva y el funcionario adscrito tiene obligación de participar en la convocatoria solicitando el puesto que ocupa provisionalmente.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 23, 81, 132 y 149.1.1.^a y 18.^a.
- Código Civil, arts. 1.261, 1.255 y 1.959.
- Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España, el 20 de enero de 1988, art. 7.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), arts. 4, 5, 6 y 178.
- Ley 30/1984 (reforma de la función pública), art. 29.
- Ley 53/1984 (incompatibilidades), arts. 5 y 14.
- Ley 7/1985, de 2 de abril (LRBRL), arts. 7, 63.1, 73 y 75.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 3 a).
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 93 y 107.1.
- Ley 43/2003 (de Montes), arts. 12.1 y 15.4.
- Ley 27/2013 (racionalización y sostenibilidad de la Administración local), disp. trans. primera
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47.1 y 50.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 9.2, 14, 29.4, 63.4, 118, 131, 168 y disp. adic. segunda.
- Real Decreto 1372/1986 (Reglamento de bienes de las entidades locales), arts. 51, 52 y 53.
- STS, Sala 3.^a, de 26 de abril de 2002.
- STC 45/1983, de 25 de mayo.
- Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, 574/2018, de 12 junio.
- Resolución 2564/2015, de 11 de febrero, RJ 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

El XXXIV Premio Estudios Financieros fomenta un año más el «talento de impacto» en la comunidad jurídica



Luis Bravo Casado, socio de Cuatrecasas

Con una trayectoria dilatada, pero el mismo compromiso por apoyar la investigación en ciencias sociales, el XXXIV Premio Estudios Financieros entregó sus galardones en la sede del bufete Cuatrecasas en Madrid. En total se entregaron 23 galardones (7 primeros premios y 16 accésits) de los cerca de 200 trabajos presentados este año. Un ejemplo del sostenido reconocimiento al «talento de impacto» que generan estas investigaciones, con sus conocimientos innovadores, para mejorar la sociedad.

El certamen «representa como pocos un premio al mérito, al talento y a la búsqueda del conocimiento, jurídico y científico», defendía Luis Bravo Casado en nombre del prestigioso bufete de abogados. Bravo Casado ha sido miembro del tribunal y por ello conoce bien el rigor y la «calidad de los trabajos». Por ello valoraba especialmente el mero hecho de «atreverse» a enviar algo con la «mínima solvencia» que requiere el concurso.

Desde su prisma como profesional jurídico, el socio de Cuatrecasas agradeció en primer lugar el «medio de vida» que le regaló el Máster en Tributación del CEF.-, precisamente en



Roque de las Heras, presidente de honor del Grupo CEF.- UDIMA y fundador de los premios

el año en que echaba a andar el Premio Estudios Financieros (1990). Además resaltó la necesidad de los abogados de contar con «talento de impacto» en este mundo globalizado.

Un talento especial «capaz de modificar las cosas», que emana directamente del conocimiento (jurídico en su caso). Esa es la «gasolina» que necesitan, y para que el conocimiento surja es necesaria la investigación. «Estos premios son una magnífica representación de lo que significa el fomento de la investigación y el conocimiento jurídico». Animó a la familia De las Heras a mantener la labor de una institución que «marca el camino a seguir para la comunidad jurídica y científica» con estos premios.



Arancha de las Heras, presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA

Nadie mejor para recoger el testigo que el presidente de honor del Grupo CEF.- UDIMA, Roque de las Heras, responsable de crear el Premio Estudios Financieros. Y que surgió

desde el motor que siempre ha movido al grupo educativo: «Que los alumnos estudien con los mejores materiales», argumentaba el fundador del certamen. Como complemento a los apuntes de sus docentes surgieron las revistas CEF.-, que pronto necesitaron de una visión más amplia, tratando de «estimular» a los investigadores para continuar con su «labor de análisis crítico y práctico de la sociedad».



Federico Morán Abad, padrino de la promoción y director de la Fundación Madri+d

Una labor que desempeñan no solo los ganadores, sino todos los investigadores que participan en el concurso. «No solamente los que ganáis, sino también todos los que participáis,



Silvia Díaz Sastre y Ester Marco Peñas, primer premio en Derecho Constitucional y Administrativo



Julián Roa González y Víctor Núñez Fernández, primer premio en Educación y Nuevas Tecnologías

hacéis que el Premio se valore cada vez más y que siga creciendo», señaló por su parte la presidenta del Grupo CEF.-UDIMA, Arancha de las Heras. «Gracias, porque cada vez recibimos mejores trabajos», añadió, lo que ha hecho más complicada la labor de los jurados, a los que agradeció su «incansable trabajo».

Casi 4 millones en premios

Como en ediciones anteriores, Roque de las Heras recordó por qué, año tras año, el Premio se ha ganado a pulso ser uno de los más prestigiosos del país en su categoría de ciencias



Rodrigo León Nardo, primer premio en Derecho Civil y Mercantil



Miguel González-Mohino, Mario J. Donate y Luis Javier Cabeza Ramírez, primer premio en Recursos Humanos



Alberto Vaquero García, Miguel Ángel Vázquez Taín y María Bastida Domínguez, primer premio en Contabilidad y Sostenibilidad



Cristóbal Molina Navarrete, primer premio en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

jurídicas y sociales. No solo por haber ido mutando en sus modalidades (de las tres iniciales a las siete actuales), en función siempre de la demanda que pautan los tiempos cambiantes. También por su reconocimiento social y la dotación económica que aporta a los ganadores: 9.000 euros a los primeros premios y 900 a los accésits, todos ellos libres de impuestos.

En total se han entregado más de 3.850.000 euros en premios a estas investigaciones, las cuales puede presentar cualquiera con un seudónimo (para preservar la calidad y la labor del jurado), y que han ido congregando perfiles de todo tipo: desde profesores, doctorandos y catedráticos en el ámbito académico, hasta profesionales del sector público o privado; repartidos por toda la geografía española. Un esquema que

se repite en los miembros del jurado: «profesionales de reconocido prestigio de la Administración pública, la judicatura, la universidad y la empresa privada», resumía el fundador.

El objetivo de los premios es conseguir artículos de opinión y reflexión que «enriquezcan» la formación de los alumnos del Grupo CEF.- UDIMA, subrayó Roque de las Heras. «Porque solo desde la preparación y la adquisición permanente de conocimientos es posible avanzar en el conocimiento».

Enriquecer la sociedad

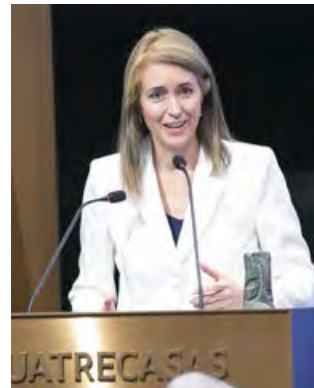
Un concepto, el de enriquecimiento, que abordó Federico Morán Abad (padrino de la promoción) durante sus palabras en nombre de los jurados. El catedrático de Biología y director de la Fundación Madri+d aseguró haber «disfrutado y aprendido» con los trabajos evaluados, y reflexionó sobre los retos que tiene la universidad para poner en valor la aportación del Premio Estudios Financieros.

Por un lado, la creciente demanda de formación en un entorno globalizado, que en el ecosistema universitario de la Comunidad de Madrid (con 19 universidades, el más grande de España) «puede provocar que se disminuya la calidad por la cantidad», señaló Morán Abad. Una preocupación para los organismos de calidad como el que dirige, pero también para las propias universidades, pues esa demanda puede venir (como bien sabe la UDIMA) desde cualquier parte del mundo.

En este sentido, el catedrático cree que en el futuro veremos «una interacción entre las universidades públicas y privadas», pues «todas tienen un papel social importantísimo» (sin importar su financiación).

Por otro lado, considera que esa evolución de la formación terminará imponiendo un modelo educativo «mixto», donde las universidades *online* pueden jugar un papel interesante. Primero, porque potencian proyectos como el de las universidades europeas, para enriquecer al ciudadano de la Unión Europea (y que pueda viajar incluso fuera de esta). Y segundo, porque, además de llegar a más gente y por menos dinero, la universidad a distancia podría abrir la puerta a titulaciones conjuntas de dos o más universidades. «Es el futuro de la formación», recalca Morán Abad.

Para él, ahí está la otra clave de estos premios: la transferencia que este tipo de futuras formaciones dé al ciudadano para moverse en su carrera profesional. Todo emana del conocimiento y este es una parte fundamental de la universidad: generar conocimiento con



Violeta Ruiz Almendral, primer premio en Tributación

investigaciones que se trasladen a la sociedad en forma de «innovación tecnológica o de emprendimiento». Según dijo, el Premio Estudios Financieros también favorece que salgan *spin offs* universitarias o *startups* que trasladen esa innovación como un producto o servicio que se comercialice para mejorar la sociedad.



Foto de familia de los premiados

Redacción CEF.- UDIMA | Fotos: Julia Robles



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



AHORA ES EL MEJOR MOMENTO PARA OPOSITAR

Administración General

- Administradores Civiles del Estado
- Gestión de la Administración Civil del Estado
- Administrativos de la Administración del Estado

Administración Local

- Interventores-Tesoreros
- Secretarios (de Entrada)
- Secretarios-Interventores

Banco de España

- Técnicos (Banco de España)
- Inspectores del Banco de España

Seguridad Social Empleo

- Inspectores de Trabajo y Seguridad Social
- Interventores y Auditores de la Seguridad Social
- Técnicos de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social (Especialidad Auditoría y Contabilidad)
- Subinspectores Laborales (Escala de Empleo y Seguridad Social)
- Administrativos de la Seguridad Social

Asesoramiento
personalizado:

91 44 44 920
www.cef.es

Hacienda / Tribunal Cuentas

- Inspectores de Hacienda del Estado
- Inspectores de Seguros del Estado
- Interventores y Auditores del Estado
- Técnicos de Auditoría y Contabilidad
- Técnicos de Auditoría y Control Externo del Tribunal de Cuentas
- Técnicos de Hacienda
- Agentes de la Hacienda Pública

Justicia

- Jueces y Fiscales
- Letrados de la Administración de Justicia
- Gestión Procesal y Administrativa
- Tramitación Procesal y Administrativa

Comunidades Autónomas

- Comunidad Valenciana
- Comunidad de Madrid
- Cataluña

