

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 255 | Abril 2022

ISSN: 2697-1631

Crítica empresarial online

Marta Gerique Martí

El *leasing* inmobiliario y su problemática en un concurso de acreedores

Ignacio M. Murillo Piquer

Desafíos del *blockchain* para el derecho de la competencia

Jesús Alfonso Soto Pineda
y Antonio J. Villanueva Tobalina

¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?

Remigio Beneyto Berenguer





CURSOS ONLINE

Inicio: abril 2022

CONTABILIDAD Y FINANZAS

- Contabilidad Avanzada
- Contabilidad Práctica
- Gestoría Fiscal, Laboral y Contable
- Finanzas para no Financieros
- Contabilidad Fiscal: IS e IVA
- Análisis de Estados Financieros
- Análisis de Inversiones
- Reforma del Plan General de Contabilidad 2021

FISCAL Y JURÍDICA

- Superior de Tributación
- Tributación Práctica
- Impuesto sobre Sociedades
- Tributos Locales
- IVA en las Operaciones Internacionales: Mercancías y Servicios

LABORAL Y RR.HH.

- Seguridad Social y Derecho Laboral
- Derecho Laboral
- Planes de Igualdad y Brecha Salarial
- Gestión de Nóminas y Seguros Sociales
- Movilidad, Extranjería y Nacionalidad
- Retribución y Compensación

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

- Básico de Prevención de Riesgos Laborales

FORMACIÓN Y TECNOLOGÍA

- Diseño de Programas Formativos e-Learning & b-Learning

Revista CEFLegal

Núm. 255 | Abril 2022

Directora editorial

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

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

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

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Dolores Bardají Gálvez. Profesora titular de Derecho Civil. ESADE

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

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

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

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

Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero. Profesor titular de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Alicia González Alonso. Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional. UAM y letrada del TC

Sara González Sánchez. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad CEU Cardenal Herrera Oria

Carlos Gómez Asensio. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

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

José Damián Irazo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

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

Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas. Catedrático de D. Mercantil. Universidad CEU San Pablo

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

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

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Linda Navarro Matamoros. Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia

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

Fabio Pascua Mateo. Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. UCM

Juan Antonio Xiol Ríos. Magistrado del Tribunal Constitucional

Edita

Centro de Estudios Financieros

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

Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2022) (11 números) 175 € en papel / 90 € en digital

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

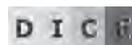
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2022 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Revista CEFLegal

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

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

Crítica empresarial en internet: libertades y responsabilidades 5-32

Business criticism on the internet: freedom and liability

Marta Gerique Martí

El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario: regulación, efectos y problemática en sede concursal 33-58

The real estate leasing contract: regulation, effects, and problems in insolvency proceedings

Ignacio M. Murillo Piquer

Algunos comentarios acerca de cómo solventar los desafíos del *blockchain* para el derecho de la competencia 59-72

Some comments on how to solve the blockchain challenges for competition law

Jesús Alfonso Soto Pineda y Antonio J. Villanueva Tobalina

Participación de menores en juicio y valoración de su voluntad por el tribunal (Comentario a la STS de 2 de febrero de 2022) 73-80

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE? 81-110

May the LOMLOE be unconstitutional?

Remigio Beneyto Berenguer

Casos prácticos

Civil

- Aplicabilidad de la cláusula *rebus* a empresa concursada 111-116
Adelaida Medrano Aranguren
- Reproducción asistida y la determinación de la filiación extramatrimonial. El interés del menor y la posesión de estado 117-124
Casto Páramo de Santiago

Administrativo

- Contrato de servicios de asistencia jurídica. Adjudicación y prórroga. Adquisición de bien vacante por una comunidad autónoma 125-142
Julio Galán Cáceres

- Normas de publicación 143-144

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 <http://www.civil-mercantil.com>



Crítica empresarial en internet: libertades y responsabilidades

Marta Gerique Martí

Abogado en Gómez-Acebo & Pombo

martagerique@icam.es | <https://orcid.org/0000-0001-9045-2163>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

Extracto

Este trabajo analiza los principales aspectos de la crítica a las empresas en internet, que puede tener repercusiones en su reputación profesional y en sus resultados económicos. Para ello, se abordan las particularidades del derecho al honor de las personas jurídicas (como forma habitual de los empresarios) frente a las personas físicas, así como los principales instrumentos de protección de este derecho fundamental, tanto civiles como penales. Asimismo, este artículo trata de hacer una síntesis de los criterios jurisprudenciales para analizar las situaciones de conflicto entre la crítica y el derecho al honor y repasa la casuística de nuestros tribunales para ilustrar cuál es la aplicación de estos criterios en la práctica diaria. Finalmente, se refiere también al anonimato en internet y a la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, esto es, los titulares de las actividades online a través de las cuales tienen lugar estas manifestaciones que pueden llegar a lesionar el derecho al honor.

Palabras clave: internet; crítica; reputación; expression; honor.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Gerique Martí, M. (2022). Crítica empresarial en internet: libertades y responsabilidades. *Revista CEFLegal*, 255, 5-32.



Business criticism on the internet: freedom and liability

Marta Gerique Martí

Abstract

This paper analyzes the main aspects of criticism of companies on the internet, which can have repercussions on their professional reputation and their economic results. To do this, the particularities of the right to honor of legal persons (as a usual form of businessmen) compared to natural persons are addressed, as well as the main instruments of protection of this fundamental right, both civil and criminal. Likewise, this article tries to make a synthesis of the case-law criteria to analyze the situations of conflict between criticism and the right to honor and reviews the casuistry of our courts to illustrate the application of these criteria in daily practice. Finally, it also refers to anonymity on the internet and the responsibility of the information society service providers, that is, the owners of the online activities through which these demonstrations take place, which may harm the right to honour.

Keywords: internet; criticism; reputation; expression; honour.

Citation: Gerique Martí, M. (2022). Crítica empresarial en internet: libertades y responsabilidades. *Revista CEFLegal*, 255, 5-32.



Sumario

1. La reputación online corporativa: introducción
 2. El derecho al honor, la libertad de información y la libertad de expresión
 - 2.1. Planteamiento: el derecho al honor
 - 2.2. Particularidades del derecho al honor de las personas jurídicas
 - 2.3. Ponderación entre derecho al honor y libertades de información y expresión
 - 2.4. Casuística jurisprudencial
 - 2.4.1. Pronunciamientos absolutorios
 - 2.4.2. Pronunciamientos condenatorios
 - 2.5. Responsabilidad del ofensor y del prestador de servicios de la sociedad de la información. El «velo electrónico»
 - 2.6. Acciones civiles en defensa del derecho al honor
 3. La lesión del derecho al honor como acto de competencia desleal: los actos de denigración
 4. Tutela penal del derecho al honor: la calumnia y la injuria
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. La reputación online corporativa: introducción

Según Bill Gates, «si tu negocio no está en internet, tu negocio no existe». La presencia en internet de las empresas hoy día es casi un requisito *sine qua non* para competir en el mercado en igualdad de condiciones. Prácticamente cualquier sociedad o profesional puede encontrarse en motores de búsqueda. Las empresas que no cuentan con su propia página web o perfil en las principales redes sociales, se encuentran indexadas en directorios de todo tipo y cuentan con noticias, reseñas, comentarios y opiniones del público y de los medios (y de los competidores). Internet ofrece una miríada de posibilidades y estrategias de negocio, puesto que esta exposición permite publicitar los productos y servicios que ofrecen las empresas, aumentar el público potencial y desarrollar estrategias de posicionamiento, marketing, etc. Sin embargo, como contrapartida, en internet las empresas se ven expuestas a la crítica online por parte de cualquier internauta. Se trata de una crítica muy distinta a la de los medios de comunicación tradicionales, cuando llegar al público no estaba al acceso de cualquier persona, porque pasaba normalmente por acudir a un medio de comunicación, lo que implicaba un filtro previo y un elevado coste para realizar una emisión puntual. Ahora, la crítica en internet es potencialmente mucho más perjudicial, porque el autor puede llevarla a cabo anónimamente, de manera gratuita, con gran impacto, y puede permanecer *colgada* indefinidamente, ya que, como dicen en la película *La red social* (2010), «en Internet no se escribe a lápiz, se escribe con tinta». Muchas veces, ni el propio autor puede controlar la difusión del contenido, que puede ser «compartido» miles de veces hasta hacerse viral. La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Ferrol de 10 de noviembre de 2020¹ apuntó a estos riesgos señalando que «las redes sociales contribuyen a aumentar el impacto de lo que en ellas se dice, aunque lo que se diga sean meras insidias, burlas o falsedades». Como señala Vázquez de Castro (2017), «estos delitos no son específicos de internet, pero sí que es cierto que el riesgo que corre el derecho al honor es

¹ Roj: SJP 51/2020.

superior al que puede sufrir a través de los medios tradicionales», apuntando, igualmente, a la «sensación de impunidad que otorga el anonimato que impera en internet».

En efecto, las luces y sombras de este escenario llamado internet fueron expuestas con acierto por la exposición de motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), que nos permitimos citar:

Lo que la Directiva 2000/31/CE denomina «sociedad de la información» viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo.

Pero la implantación de internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona de 3 de marzo de 2010² habla de la «consideración de internet como red de redes, con un impacto o resultados ambivalentes» y de las «dificultades para identificar las fuentes e identificar los contenidos y consecuentemente la dificultad en la capacidad de control, al ser un medio de comunicación descentralizado, con la consiguiente ausencia de un emisor único, con la dificultad de controlar, en ocasiones, la información que accede a la red», y concluye señalando de manera evocadora –y muy acertada– que «internet era un sueño para sus usuarios y una pesadilla para los prácticos del derecho».

A estos retos se enfrentan las empresas. La imagen de marca, el prestigio profesional y la reputación empresarial son activos intangibles sumamente valiosos cuyo menoscabo por culpa de críticas o *fake news* puede no solamente lesionar el derecho al honor de las empresas como daño abstracto, sino también provocar serias pérdidas patrimoniales, porque puede «traducirse en una pérdida de la confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general»³. Por ello resulta crucial para cualquier empresa pertrecharse con los instrumentos jurídicos apropiados para defender su derecho al honor, como bien jurídico en juego.

Como veremos, la defensa del honor de las personas jurídicas –y, en particular, de las empresas– tiene algunas particularidades frente al régimen de las personas físicas, debido a su específica naturaleza y fines.

² Roj: SAP B 2964/2010.

³ SAP de Madrid de 23 de noviembre de 2018 (Roj: SAP M 18838/2018).

Otra de las cuestiones fundamentales a tener en cuenta en este campo es contra quién y cómo ejercitar las acciones que dispensa el ordenamiento jurídico, ya que el anonimato de internet dificulta enormemente la identificación del autor material de una ofensa y el ejercicio de acciones contra él por parte de la empresa ofendida. Además, junto con los autores de las manifestaciones, contamos con un sistema de responsabilidad que puede extenderse a los responsables de las plataformas online, determinados sujetos prestadores de servicios conforme al régimen sentado por la LSSI.

A continuación transitaremos por todas estas cuestiones que hemos apuntado para sintetizar el régimen de responsabilidad por la crítica online a las empresas, o cómo proteger un valor vulnerable y valioso, como es la reputación profesional.

2. El derecho al honor, la libertad de información y la libertad de expresión

2.1. Planteamiento: el derecho al honor

La reputación, el prestigio o la imagen son conceptos que aluden a la valoración y la consideración que los terceros (principalmente el mercado, en el caso de las empresas) tienen de determinado sujeto, y derivan del derecho al honor. El honor no está definido normativamente en nuestro ordenamiento, sino que se trata de un «concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento»⁴, esto es, un concepto jurídico indeterminado. Esta falta de definición y la necesidad de recurrir a un análisis casuístico ha favorecido un notorio desarrollo jurisprudencial en la materia.

El artículo 18 de la Constitución española (CE) reconoce el derecho fundamental al honor, en los siguientes términos, en sus apartados 1 y 4:

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen [...]. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

La Constitución no discrimina qué derechos son aplicables a las personas jurídicas y cuáles se reservan para las personas físicas. Por tanto, las personas jurídicas tienen reconocido implícitamente el derecho al honor por el artículo 18 de la CE. En este sentido se pronunció la SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2019⁵, con cita de la jurisprudencia del

⁴ SAN, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2015 (Roj: SAN 4684/2015).

⁵ Roj: SAP B 5654/2019.

Tribunal Constitucional (TC): «La Constitución española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas».

La jurisprudencia ha desarrollado la titularidad de este derecho al honor por parte de las personas jurídicas, caracterizándolo en función de los fines de estos sujetos. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de noviembre de 2020⁶ ha declarado que

aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, [...] el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas [puesto que] a través de los fines de la persona jurídico-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de la misma.

En palabras de Vidal Marín (2007) «el desmerecimiento en la consideración ajena sufrida por determinada persona jurídica conllevará, sin duda, la imposibilidad de que esta pueda desarrollar libremente sus actividades encaminadas a la consecución de sus fines».

No obstante, la STS citada matiza que el derecho al honor de las personas jurídicas tiene sus propios ámbitos y límites «que no cabe equiparar a los propios del derecho al honor de las personas físicas». La SAP de Cáceres de 24 de septiembre de 2020⁷ apunta que la protección del derecho al honor de las personas jurídicas en comparación con la de las personas físicas es «más limitada en su extensión o ámbito, pues se limita a su dimensión externa o de transcendencia social (sin que se reconozca en su dimensión interna o inmanente de autoestima), y más limitada también en su intensidad». La STS de 25 de enero de 2021⁸ ha utilizado la expresión «menor vigor tuitivo» para referirse a la protección que «el ordenamiento brinda a este derecho de las personas jurídicas respecto del propio de las personas físicas».

El desarrollo legislativo del derecho al honor se llevó a cabo mediante 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 (Ley Orgánica 1/1982), que tampoco distingue entre personas físicas y jurídicas. La única referencia –aunque sea indirecta– al derecho al honor de las personas jurídicas viene establecida por el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, que establece: «Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio».

⁶ Roj: STS 3904/2020.

⁷ Roj: SAP CC 1025/2020.

⁸ Rec. núm.: 172/2020 (NCJ065301).

La Ley Orgánica 1/1982 dispensa protección frente a «intrusiones ilegítimas» en el derecho al honor. El artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 considera intrusión ilegítima en el derecho al honor «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».

Aparte de esta norma, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) contiene dos tipos delictivos, la injuria y la calumnia, cuyo bien jurídico protegido es el derecho al honor.

Finalmente, la protección del honor no se agota con la Ley Orgánica 1/1982, puesto que también cuenta, en sede civil, con la protección que dispensa la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD) frente a los actos de denigración en su artículo 9.º, y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (LGP).

Sin embargo, el instrumento principal de protección del derecho al honor es la Ley Orgánica 1/1982 y la abundante jurisprudencia que lo interpreta. El CP o la LCD amplían el paraguas de la protección al campo delictivo y al campo de los ilícitos de competencia desleal, pero es necesario comenzar por referirse al derecho al honor como contenido común y básico, a partir del cual se desarrollan estos otros mecanismos específicos.

Debemos partir de la idea de que el derecho al honor no es absoluto, sino que se encuentra habitualmente en colisión con las fronteras del derecho a la información y a la expresión, también reconocidos por la Constitución en su artículo 20, que protege el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» y a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». La jurisprudencia ha venido construyendo los principios y criterios que deben presidir la interpretación de estos derechos cuando entran en conflicto y que cristalizan en la «técnica de la ponderación» que veremos más adelante.

No obstante, con carácter previo, conviene realizar algunas matizaciones sobre la premisa inicial (que las personas jurídicas gozan del derecho al honor) en atención a la especial naturaleza y características de las personas jurídicas. Veámoslo.

2.2. Particularidades del derecho al honor de las personas jurídicas

Como hemos indicado, sentada la premisa teórica –las personas jurídicas tienen derecho al honor–, resulta necesario detallar en qué medida y qué limitaciones existen, en comparación con las personas físicas, que sí gozan del mismo en plenitud.

La primera cuestión a aclarar tiene que ver con la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas, puesto que bajo esta denominación genérica quedan comprendidas

varios tipos. Y es que hemos dicho que las personas jurídicas tienen derecho al honor, pero esto no se aplica a *todas* las personas jurídicas. Así pues, el primer interrogante a despejar se refiere a qué personas jurídicas tienen derecho al honor y cuáles no.

En síntesis, podemos sostener que la jurisprudencia ha venido manteniendo un concepto amplio, que engloba a todo tipo de entes con personalidad jurídica propia, excepto las personas jurídicas públicas. La SAP de Oviedo de 11 de julio de 2019⁹ recoge la jurisprudencia que ha recaído para cada tipología de personas jurídicas titulares del derecho al honor, entre las que se incluyen las sociedades mercantiles, las asociaciones en general, los partidos políticos, los sindicatos, las fundaciones y las sociedades mercantiles públicas. Las personas jurídicas de derecho público han sido excluidas por la jurisprudencia, que establecía una diferenciación entre las personas jurídicas de derecho privado, que sí son titulares del derecho al honor, respecto de las personas jurídicas públicas, que no lo son. Esta exclusión fue fijada como doctrina por la STS núm. 408/2016 del Pleno de 15 de junio de 2016¹⁰ y deriva, fundamentalmente, del hecho de que las personas jurídicas de derecho público –en esencia, la Administración en sus distintas figuras– tienen determinadas prerrogativas y una situación frente al administrado incompatible con derechos fundamentales (que no sean el de tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 CE).

En segundo lugar, podemos matizar que las personas jurídicas solo gozan del derecho al honor en su vertiente externa, esto es, en cuanto al prestigio profesional. El artículo 7.7 de la Ley Orgánica 2/1982, en su redacción anterior, dispensaba protección frente a la «divulgación» de ataques al honor. Posteriormente, este artículo fue modificado por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que eliminó el requisito de la divulgación para apreciar una intromisión ilegítima del honor. La jurisprudencia constitucional y de nuestro Alto Tribunal recaída en la materia reconoce desde entonces, con carácter general, dos vertientes del derecho al honor: la interna y la externa, que, de manera simplificada, podemos identificar con la autoestima y la reputación, esto es, la consideración que uno tiene de uno mismo y la consideración que tienen los terceros de uno mismo. Mientras que las personas físicas disfrutaban del derecho al honor en ambas vertientes, las personas jurídicas solo tienen reconocido el derecho al honor en su vertiente externa o de reputación o prestigio, lo cual resulta lógico, dado que una persona jurídica no puede tener autoestima en la medida en que no tiene sentimientos (valga la evidencia).

La SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2009¹¹ confirma que en el campo del derecho al honor de las personas jurídicas se produce la «circunscripción al aspecto exterior con exclusión del inmanente». Ello implica que solo pueden considerarse ilegítimos y dignos de

⁹ Roj: SAP O 4241/2019.

¹⁰ STS, rec. núm. 1894/2014 (NCJ061373).

¹¹ Roj: SAP M 16907/2009.

protección los ataques al honor de una persona jurídica que alcancen la opinión pública, o a terceros ajenos a la mera opinión del destinatario ofendido. Así pues, la divulgación o la publicidad son elementos necesarios para apreciar una vulneración del derecho al honor de las personas jurídicas. No cabe la lesión del derecho al honor de las personas jurídicas realizada en el ámbito interno, cuando solamente son conscientes el ofensor y el ofendido.

La vertiente externa del derecho al honor de una persona jurídica incluye la protección del prestigio profesional pues, según la SAP de La Coruña de 20 de junio de 2018¹², «la jurisprudencia incluye en la protección del honor el prestigio profesional de las personas físicas y jurídicas». El prestigio profesional «forma parte de la trascendencia en que se desenvuelve el honor», de conformidad con la STS de 15 de julio de 2020¹³, que dispone que el mismo es merecedor de protección, dado que: «la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga». Asimismo, la STS de 17 de julio de 2020¹⁴ señala que la reputación es un «importante valor» en el tráfico mercantil y la STS de 22 de septiembre de 2020¹⁵ precisa que el prestigio profesional no debe identificarse automáticamente con la reputación empresarial, sino que, para que un ataque al prestigio profesional transgreda el derecho al honor, «no basta la mera crítica», sino que «es precisa la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o ética en el desempeño de aquella actividad, lo que deberá apreciarse en función de las circunstancias del caso». El Auto de la AP de San Sebastián de 29 de septiembre de 2020¹⁶ lo formula en las siguientes palabras: «La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse, sin más, con un atentado al honor».

En tercer lugar, otra cuestión fundamental es que las personas jurídicas tienen derecho al honor mientras tengan personalidad jurídica. Aunque esto pueda parecer una obviedad, conviene poner de relieve otra de las principales diferencias entre el derecho al honor de las personas físicas y jurídicas, y es que estas últimas, a diferencia de las primeras, no tienen derecho al honor una vez se han extinguido. Así, mientras el ordenamiento protege la «memoria» de las personas físicas una vez fallecidas, el derecho al honor de las personas jurídicas claudica con su extinción. La Ley Orgánica 1/1982 permite que, una vez fallecida

¹² Roj: SAP C1459/2018.

¹³ Roj: STS 2625/2020.

¹⁴ Roj: STS 2519/2020.

¹⁵ STS 2958/2020, rec. núm. 5266/2019 (NCJ065291).

¹⁶ Roj: AAP SS 327/2020.

una persona, puedan ejercitar las acciones que le corresponderían su «cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos» (artículo cuarto). Una persona jurídica no puede fallecer ni tener familia, lógicamente. No solo eso, sino que, antes incluso de la extinción de la persona jurídica, con la disolución y la apertura de la fase de liquidación de una sociedad, como fase previa a la extinción, la intensidad de la protección al honor de una persona jurídica disminuye de manera proporcional al «interés afectado» debido a su progresiva pérdida de presencia en el tráfico mercantil. Por ser exponente de esta cuestión, citamos la STS de 15 de julio de 2020¹⁷:

2.^a La disolución no extingue la personalidad jurídica de la sociedad, pero la apertura de la fase de liquidación está preordenada a dicha extinción [...]

3.^a No resulta aplicable al caso de las personas jurídicas el régimen previsto en el art. 4 de la LO 1/1982 respecto del ejercicio de las acciones de protección civil del honor de una persona fallecida. En la fase de sociedad disuelta y en liquidación todavía persiste la personalidad y, por tanto, la titularidad del derecho al honor. Pero la intensidad de su protección se reduce en paralelo al interés afectado, y en consecuencia a la disminución de la potencial lesividad de la intromisión ilegítima, ya que su proyección se restringe al estar limitada tanto la actividad de la sociedad a las operaciones de liquidación, como su duración temporal por estar abocada a su extinción al término de tales operaciones. [...]

en contraposición a las personas físicas, respecto de las que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, permite la protección de su honor, incluso cuando la intromisión ilegítima se produce tras su fallecimiento, puesto que, como afirma la exposición de motivos, «aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho», pueda mantenerse que su memoria merezca protección después de desaparecer de la vida jurídica.

Asimismo, en cuarto lugar, no cabe confundir ni transferir automáticamente el derecho al honor entre las personas jurídicas y las personas físicas en cuya estructura se encuentran. Resulta también relevante poner de manifiesto que, como consecuencia de la personalidad jurídica propia de la persona jurídica, por los mismos hechos lesivos del derecho al honor no se comunica ni transfiere mecánicamente esta lesión sufrida por una entidad hacia las personas físicas que la integran, ni viceversa. Para ello, habrá que estar al caso concreto y examinar si la lesión resulta extensible entre personas físicas y jurídicas. La STS de 15 de julio de 2020¹⁸ expone que es posible que determinadas lesiones del derecho al honor «puedan generar simultáneamente un efecto lesivo, directo o indirecto, en el honor de aquellas personas físicas que, por su estrecha vinculación con aquella (como fundadores,

¹⁷ Roj: STS 2625/2020.

¹⁸ Roj: STS 2625/2020.

gerentes, directores, administradores, propietarios, etc.)», pero para ello habría que prestar «atención a las circunstancias del caso concreto, especialmente cuando las informaciones u opiniones controvertidas transmitan una indiferenciación entre ambas personas (la jurídica y la física) en la narración del mensaje, como sucede cuando en su discurrir se entremezclan los hechos y la identidad personal (denominación social, nombres y apellidos) de los sujetos intervinientes en aquellos». Sin embargo –matiza la sentencia– esto no se produce automáticamente «por el mero hecho de que la persona física supuestamente agraviada ostente un cargo orgánico en la sociedad».

La SAP de Barcelona de 26 de octubre de 2020¹⁹ negó legitimación activa al administrador de una sociedad que interpuso demanda por comentarios lesivos sobre la actividad de la misma, porque las

expresiones vulneradoras del derecho al honor van dirigidas en exclusividad al servicio ofrecido en el bar de un hotel, sin que exista el menor atisbo de crítica, ataque o imputación a su administrador, de modo que debió ser la sociedad titular del establecimiento la que ejerciera las correspondientes acciones en defensa de su fama y estimación.

En quinto lugar, otra diferencia es que las personas jurídicas no gozan del «derecho al olvido digital» que tienen reconocidas las personas físicas, dado que este derecho al olvido no dimana del derecho al honor, sino del derecho a la intimidad y de su manifestación concreta en el tratamiento de datos personales, exclusivo de las personas físicas, como se infiere de la SAN de 11 de mayo de 2017²⁰:

El llamado «derecho al olvido digital», que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos.

Por último, las personas jurídicas pueden reclamar por daño moral. El daño moral ha sido definido, por ejemplo, por la SAP de Madrid de 18 de enero de 2021²¹ como «sufrimiento o padecimiento psíquico, que considera concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra». Con esta definición en la mano parece inverosímil ligar el daño moral a una persona jurídica como ente abstracto, por lo que

¹⁹ Roj: SAP BA 1251/2020.

²⁰ Roj: SAN 2433/2017.

²¹ Roj: SAP M 187/2021.

podría parecer, *a priori*, un concepto exclusivo del derecho al honor de las personas físicas. Pero la jurisprudencia ha aclarado que también gozan de él las personas jurídicas. Así, la SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2009²² define el daño moral como aquel que es «inflingido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas» y explica que «a diferencia de los entes físicos, en que el daño moral se traduce en sufrimiento, angustia, preocupación, en los entes jurídicos se manifiesta en el prestigio y estima moral en el concepto público». Confirma este punto la SAP de Madrid de 16 de noviembre de 2018²³: recuerda que está admitido jurisprudencialmente que «las personas jurídicas puedan reclamar por daño moral en la medida en que haya podido resultar afectado su prestigio [...], pues el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación no es patrimonio exclusivo de las personas físicas».

2.3. Ponderación entre derecho al honor y libertades de información y expresión

Para determinar la existencia de una lesión del derecho al honor es necesario recurrir a un análisis casuístico mediante la «técnica de la ponderación constitucional», que se ha ocupado de fijar los criterios para analizar el conflicto entre el derecho al honor y los derechos a las libertades de información y expresión, y decantarse a favor de un lado u otro de la balanza. Esta técnica ha sido expuesta con todo detalle en la STS de 15 de julio de 2020²⁴, que pasamos a diseccionar. La técnica de la ponderación exige una valoración del «peso abstracto» y del «peso relativo» de los derechos en conflicto.

El punto de partida en la valoración del «peso abstracto» es que la ponderación debe respetar la posición «prevalente», en abstracto, de los derechos de información y expresión. La razón de ser de esta prioridad, según la sentencia, es que resultan «esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre» e «indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático». Además, la libertad de expresión ampara el derecho a la crítica incluso «cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige».

Por su parte, en la valoración del «peso relativo», en cada caso concreto la preeminencia abstracta de las libertades de expresión e información «puede llegar a revertirse a favor de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen». Para ello, deben tenerse en cuenta tres parámetros: (a) la relevancia pública, (b) la veracidad, y (c) la proporcionalidad.

²² Roj: SAP M 16907/2009.

²³ Roj: SAP M 16223/2018.

²⁴ Roj: STS 2625/2020.

- El parámetro de la relevancia pública exige que, para que pueda considerarse justificada una intromisión en el derecho al honor, es preciso que la información o expresión se refiera a asuntos de «relevancia pública o interés general», lo cual puede ser justificado por «la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias». No obstante, la STC núm. 7/2014 matizó que la proyección pública «no se extiende a la derivada de la mera actividad profesional».
- El parámetro de la veracidad, por su parte, rige limitadamente en la libertad de expresión y en toda su extensión en la libertad de información. La veracidad es el «resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia o información de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información con el transcurso del tiempo pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada». Aunque, como hemos dicho, la libertad de expresión no está constreñida por la veracidad tan intensamente como la libertad de información, puntúa la STS que «no se excluye absolutamente la necesidad de la existencia de una cierta base fáctica».
- En tercer lugar, el parámetro de proporcionalidad exige constatar «la exclusión de expresiones denigrantes, ultrajantes u ofensivas e innecesarias», puesto que «ni la información ni la opinión o crítica pueden manifestarse a través de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito», y la CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto». Ello implica que «están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten imperitinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate».

A su vez, para la valoración de una expresión debe atenderse a: (a) el contexto interno, (b) el contexto externo, (c) la proyección pública del destinatario y (d) su gravedad.

- Respecto al primero de los elementos consistente en el contexto interno, implica, conforme a la STS, la «prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor)».
- Por lo que se refiere al contexto externo, hace referencia al «medio en el que se vierten, su difusión y las circunstancias que las rodean, valorando, por ejemplo, si han tenido lugar en el contexto de una contienda o conflicto, y si el ofendido decidió participar voluntariamente o inició la polémica».

Por lo que al ámbito de internet respecta, es interesante señalar que la STS apuntaba a la distinción entre si la expresión se ha manifestado oralmente o por escrito, ya que «es relevante el dato de si las expresiones ofensivas se han pronunciado en el curso de una entrevista o de una intervención oral en un debate, o bien si han sido consignadas con el sosiego y la meditación que es presumible en quien redacta un escrito que se destina a su publicación».

- Respecto al tercer elemento –la proyección pública de la persona a la que se refieren las expresiones–, nos dice la STS que «en el caso de las personas o actividades de proyección pública la protección del honor disminuye», aunque «que disminuya no quiere decir que desaparezca».
- Finalmente, la gravedad de las expresiones supone que «no es preciso que lleguen al tipo penal, pero tampoco ser meramente intrascendentes».

2.4. Casuística jurisprudencial

Sentado lo anterior, podemos detenernos en algunos pronunciamientos judiciales que son exponentes prácticos de la aplicación del derecho al honor de las personas jurídicas y de las manifestaciones que los tribunales han encontrado lesivas.

Con carácter general, la jurisprudencia tiende a decantarse a favor de las libertades de información y expresión y reserva la consideración de intromisiones ilegítimas en el honor para las conductas más graves. En cualquier caso, es necesario realizar un análisis casuístico, a la vista del conjunto de circunstancias concurrentes.

2.4.1. Pronunciamientos absolutorios

La SAP de Cáceres de 24 de septiembre de 2020²⁵ absolvió a la demandada en un procedimiento en el que se publicó, por un usuario anónimo, en el sitio web www.tripadvisor.es, en el perfil del restaurante demandante, una reseña en la que incluía los siguientes términos: «Estafa premeditada [...] la información que dan es engañosa [...] es una pena que el cliente marche insatisfecho por el afán recaudador y la sensación de estafa con la que uno marcha. Por mi parte no volveré, seguro que hay más timos en carta». La sentencia considera que estas expresiones están amparadas por la libertad de expresión, ya que «están directa y estrechamente vinculadas a la queja o crítica, que constituye la esencia del comentario vertido», por lo que no están sujetas al requisito de veracidad y, aunque las ex-

²⁵ Roj: SAP CC 1025/2020.

presiones consistentes en la «calificación de los hechos que refiere el cliente como estafa o timo» constituyen «excesos verbales» no permiten «revertir la prevalencia de la libertad de expresión de acuerdo con el uso social del lenguaje» porque «cualquier usuario de la página podrá percibir que los hechos narrados y su calificación responden exclusivamente a la opinión personal de su autor, en un escenario previo de altercado o disputa, que queda perfectamente reflejado al final del texto, por lo que las expresiones consideradas ofensivas no pueden revestir la gravedad que se pretende».

La SAP de la Coruña de 20 de junio de 2018²⁶ analizó un titular que rezaba: «Abanca tira de contabilidad creativa para ganar 2.751 millones, más que BBVA» y consideró que esta expresión no lesionaba el derecho al honor de la entidad, porque el término «contabilidad creativa no afectaría al honor de la entidad. [...] Por sí solo no permitiría hablar de una vulneración del honor. Y habría que tener en cuenta no solo el titular sino el contenido del resto de la información. Dicha noticia se ajustaría a la veracidad».

2.4.2. Pronunciamientos condenatorios

Por su parte, la STS de 17 de julio de 2020 consideró que había una intromisión ilegítima en el honor de una sociedad por el contenido de un blog destinado durante años a desprestigiar su actividad, porque en ello predominaba un *animus iniurandi*, lo que se apreciaba a partir de la denominación del blog, la atribución de «la condición de estafadores, el calificativo de sinvergüenzas, asignarles el hecho de haber arruinado a sus clientes y familias, engañarlas en la adquisición de sus productos, emplear malas artes comerciales», todo ello con la finalidad de «atentar a la fama de dichas mercantiles y boicotear su actuación en el mercado, con la finalidad protegida de conseguir la formación de una opinión pública libre y plural en un estado democrático a través del ejercicio de un proporcional derecho a la crítica».

Otra conducta que ha merecido el reproche de nuestros tribunales es la inclusión indebida en ficheros de morosos. La SAP de Gerona de 17 de enero de 2020²⁷ rechazó que un acreedor pudiese utilizar esta técnica apoyándose en «el miedo al descrédito personal, el menoscabo del prestigio profesional», porque constituiría una «imputación que lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta contra su propia estimación».

La SAP de Barcelona de 18 de noviembre de 2008²⁸ analizó (aunque no en el caso de una lesión cometida en internet) las alegaciones contenidas en un libro acerca del programa de televisión Operación Triunfo, que transmitía la idea de que el programa era una

²⁶ Roj: SAP C 1459/2018.

²⁷ Roj: SAP GI 114/2020.

²⁸ Roj: SAP B 10013/2008.

«gran mentira» y que existía una manipulación de tales votos, que no tenían trascendencia alguna en el resultado, estando todo controlado, planeado y decidido por la productora de antemano, con lo que, en definitiva, se le está achacando un fraude, una manipulación que no se limitaba al planteamiento de las galas, la elección de las canciones o los resúmenes, sino que incidía de forma clara y directa en algo esencial en este concurso, como lo eran las votaciones, máxime si se tiene en cuenta el aspecto económico de ello derivado, el coste de unas llamadas y mensajes que se viene a mantener que, contrariamente a su finalidad, no incidían en los resultados.

La sentencia concluía que ello supone una vulneración de derechos fundamentales, porque tales imputaciones son difamatorias y desmerecen en la «opinión ajena, importante en el mundo al que van dirigidos los programas que produce».

Finalmente, otro ejemplo que podemos citar es el resuelto por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santander núm. 7 de 23 de marzo de 2021²⁹, que concluyó que había existido una crítica ilícita porque el demandado había aplicado «los conocimientos informáticos de que disponía por su profesión, con la ayuda de terceros y mediante el uso de perfiles falsos» para orquestar «una campaña de reseñas negativas con la única intención de perjudicar a la clínica veterinaria, desvinculándose así de la posible solución personal o legal que pudiera haber dado a las discrepancias surgidas por el servicio recibido».

2.5. Responsabilidad del ofensor y del prestador de servicios de la sociedad de la información. El «velo electrónico»

El autor de cualquier lesión del derecho al honor está sujeto al régimen de responsabilidad que establecen el Código Civil, la Ley Orgánica 1/1982, la LCD y la LGP (como veremos luego brevemente), así como al régimen de responsabilidad penal del Código Penal. En el caso de que se trate de un contenido lesivo firmado –esto es, que conste la identidad de su autor–, es relativamente sencillo dirigir la acción contra el mismo. No obstante, la principal dificultad que plantea el ejercicio de acciones frente a un ofensor en internet es que, en muchas ocasiones, el autor opera de manera anónima, mediante nombres de usuario de fantasía que no permiten su identificación pública o, incluso, mediante mecanismos de anonimización que permiten ocultar incluso la dirección IP del usuario. Respecto a estos últimos, podemos mencionar, por ejemplo, la red TOR (siglas de The Onion Router o «el navegador cebolla», en alusión a las capas que superpone para impedir el rastreo), definida

²⁹ Roj: SJPI 7/2021.

por la SAN de 12 de septiembre de 2019³⁰ como una «red de comunicaciones distribuida de baja latencia y superpuesta sobre internet, en la que el encaminamiento de los mensajes intercambiados entre los usuarios no revela la identidad, es decir, su dirección IP (anónimo a nivel de red) y que, además, mantiene la integridad y el secreto de la información que viaja por ella», y añade la sentencia que por esta razón «se dice que esta tecnología pertenece a la llamada *darknet* o red oscura, también conocida con el nombre de *Deep o web profunda*». En estos casos, lo que existe es un obstáculo técnico para la identificación del autor, tanto por parte del prestador del servicio como por parte de las autoridades.

En cualquier caso, este obstáculo para la identificación sigue existiendo incluso en el caso del anonimato, que sí puede identificarse a través de una dirección IP por el prestador del servicio, ya que la obtención de los datos necesarios para la identificación del titular de determinada terminal telefónica o usuario de internet «únicamente podrán obtenerse legalmente con el consentimiento del afectado o por autorización judicial» (SAP de Cáceres de 19 de octubre de 2017)³¹. Se trata por tanto de un obstáculo jurídico. La autorización judicial queda limitada a los casos de delitos graves, entre los que no se encuentran ni una ofensa meramente civil ni los delitos de calumnia e injuria. La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones impone la obligación de conservación de los datos de identificación y navegación para ponerlos a disposición de las autoridades «siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales» (art. 1).

Por tanto, la posibilidad de «levantar el velo electrónico» no existe en la práctica para las ofensas realizadas de manera anónima.

Otra cuestión relevante en este ámbito es la responsabilidad de quienes «retuitean», comparten o «repostean» un contenido lesivo. Estos usuarios no son los autores originarios, pero vuelven a emitir el mismo contenido en una cadena de mensajes o en una plataforma diferente, por lo que cabría aventurar que incurren en la misma responsabilidad.

Para sortear el riesgo de impunidad que genera el anonimato en internet, la LSSI ha establecido un sistema de responsabilidad de los prestadores de servicios, con determinados requisitos. La LSSI incorporó al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información. La LSSI establece un régimen de obligaciones y responsabilidad para los prestadores de servicios en el capítulo II del título II de la ley, que la exposición de motivos sintetiza así:

³⁰ Roj: SAN 3383/2019.

³¹ Roj: SAP CC 819/2017.

Imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son solo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables.

Esto es, la responsabilidad que dimana de una lesión del derecho al honor en internet no se limita únicamente a su autor, sino que puede alcanzar, además, a los «prestadores de servicios de la sociedad de la información» regulados en la LSSI, a través de cuyos servicios actúa el ofensor. La SAP de Madrid de 17 de abril de 2008³² explica este sistema dual de responsabilidad conforme al cual la LSSI «no excluye la aplicación» de la Ley Orgánica 1/1982, y añade que «la responsabilidad por las intromisiones en el honor» no se debe derivar «solo al autor de la información», «sino también al intermediario» porque «soluciona los contenidos y los introduce en la red, poniendo a disposición de los usuarios una determinada información, ya sea en una página web, una base de datos o una lista de distribución, con la matización de que procede entender responsable al creador y el editor de la información, y a los proveedores de acceso y servicios sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información».

Podríamos señalar como antecedente la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta, que en su artículo 39 establece la responsabilidad del director por «cuantas infracciones se cometan a través del medio informativo a su cargo, con independencia de las responsabilidades de orden penal o civil que puedan recaer sobre otras personas de acuerdo con la legislación vigente».

La LSSI contempla varias categorías de prestadores de servicios en sus artículos 14 a 17, dedicados respectivamente a los «operadores de redes y proveedores de acceso», los prestadores de servicios «que realizan una copia temporal de los datos solicitados por los usuarios», los prestadores de servicios «de alojamiento o almacenamiento de datos» y los «que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda».

En primer lugar, el artículo 11 de la LSSI establece un deber de colaboración de los prestadores de servicios, conforme al cual los órganos competentes pueden ordenar la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o «la retirada de determinados contenidos».

En la mayoría de escenarios que nos ocupan, resultará de aplicación el artículo 16 de la LSSI, que regula la «responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos», servicio que consiste en «albergar datos proporcionados por el desti-

³² Roj: SAP M 4869/2008.

natario de este servicio». Se trata de la actividad consistente en proporcionar una plataforma (en sentido amplio) en la que pueden intervenir usuarios e incorporar contenido a la misma.

Los prestadores de servicios no tienen un deber de fiscalización o de control sobre los contenidos incorporados por los terceros usuarios a las plataformas que ellos proveen, puesto que, de hecho, ello podría ser incluso anticonstitucional, ya que el artículo 20.2 de la CE establece que el ejercicio de los derechos de expresión e información «no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa». Los prestadores de servicios no serán automáticamente responsables por la información almacenada, siempre que no tengan «conocimiento efectivo» de que la actividad o la información almacenada es «ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización» o, si tienen dicho conocimiento, «actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos». Según la LSSI, se entiende que el prestador de servicios tiene conocimiento efectivo cuando un «órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse». Asimismo, el apartado 2 del artículo 16 precisa que esta exención de responsabilidad no tendrá lugar «en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador». Esto es, podría decirse que los prestadores de servicios tienen un deber de diligencia y su responsabilidad surge *ex post* si, teniendo conocimiento efectivo del contenido lesivo, no retiran el mismo.

El artículo 17 de la LSSICE establece el mismo sistema para regular la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la noción de «conocimiento efectivo», sobre la cual pivota el sistema de exención de responsabilidad. Podría parecer que el legislador ha optado por un único supuesto de exención de responsabilidad consistente en que se haya declarado por un órgano competente la ilicitud de los datos o la existencia de lesión. Sin embargo, nuestros tribunales han recordado que el artículo 16 habla también de «otros medios de conocimiento efectivo» y de que la regulación comunitaria acoge una noción amplia del mismo, que se refiere a cualquier supuesto en el que el prestador de servicios tenga constancia del contenido lesivo, sin que sea necesario una declaración previa.

La SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2010³³ indicaba que «una vez el prestador de servicios tiene conocimiento, por el medio que sea, de que se pueden estar produciendo hechos como los aquí sucedidos, debe obrar con la diligencia debida para que las infracciones que se estén cometiendo cesen». En el mismo sentido, la SAP de Toledo de 1 de junio de 2012³⁴

³³ Roj: SAP B 2964/2010.

³⁴ Roj: SAP TO 576/2012.

declaró que «cuando alguien dirige frente a otras expresiones que en el común son entendidas como ofensivas, como ocurre en este caso, el prestador de servicios no tiene que esperar a que así se declaren por el tribunal».

Por su parte, también se ha pronunciado la SAP de las Islas Baleares de 26 de marzo de 2020³⁵, que consideró

conocimiento efectivo aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate. Como se desprende de la misma, no es necesario que exista una declaración de ilicitud por parte de un órgano competente, y basta que la prestadora del servicio tenga conocimiento de este carácter y actúe en consecuencia.

Nuestro Alto Tribunal se pronunció al respecto en la STS de 2 de junio de 2020³⁶ en un asunto en el que, en una web, se publicó una noticia sobre el gasto en teléfono de un político. En esta noticia, varios usuarios escribieron comentarios en términos similares a «ladrón». La página web que alojaba dicha noticia y los comentarios de la misma es calificada por la sentencia como proveedora de servicios de la sociedad de la información, pues «admitió que el dominio o sitio web de su propiedad era un mero agregador de contenidos de internet cuya función era incorporar enlaces a noticias de medios ajenos, y que esa actividad le atribuía la condición de "intermediario de Internet"». Este prestador de servicios recibió la petición del ofendido en dos ocasiones para que retirase el contenido ofensivo, por lo que tuvo «conocimiento efectivo de los comentarios y desde su ilicitud» al menos «desde la primera comunicación dirigida por medio de correo electrónico, sin que la demandada obrara con la diligencia que le era exigible a la hora de retirar esos contenidos ilícitos o de impedir que se pudiera seguir accediendo a ellos».

Otro ejemplo es el resuelto por la SAP de Madrid de 17 de abril de 2008³⁷, consistente en mensajes dirigidos a un foro jurídico que «indudablemente» constituían «ofensa y descalificación de la actividad mercantil desarrollada por la actora, siendo lesivos y desmerecedoras para su honor e imagen, como así se evidencia de la simple lectura de la documentación aportada con la demanda», por lo que la titular del foro, desde la notificación del auto de medida cautelar «consistente en ordenar el cese de la publicación» tuvo «conocimiento efectivo, en el sentido dado por el artículo 16 de la LSSICE, de que las expresiones contenidas en los mensajes del foro de su página web eran lesivos para el derecho al honor de la actora y venía obligada a retirarlas».

³⁵ Roj: SAP IB 513/2020.

³⁶ Roj: STS 1534/2020.

³⁷ Roj: SAP M 4869/2008.

El prestador de servicios se enfrenta al problema de interpretación que surge aquí sobre qué contenido es lesivo, o si debe atenerse a cualquier requerimiento de un posible ofendido para la retirada de contenido, puesto que, como ya hemos visto, en muchas ocasiones habrá un juicio de subjetividad e inseguridad jurídica, puesto que los propios tribunales recurren a la «técnica de la ponderación» para determinar si existe lesión del derecho al honor o predomina la libertad de expresión e información.

2.6. Acciones civiles en defensa del derecho al honor

Las acciones que puede ejercitar el ofendido en defensa de su derecho al honor son (a) acciones ante la jurisdicción ordinaria, (b) el procedimiento preferente y sumario para derechos fundamentales previsto en el artículo 53.2 de la Constitución, y (c) el recurso de amparo, como establece el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982. Según este artículo, las acciones ordinarias previstas comprenderán la adopción de «todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima» y, en particular, pueden ejercitarse las siguientes:

- El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, su cese inmediato y la reposición del estado anterior, incluyendo la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.
- La prevención de intromisiones posteriores (inminentes o ulteriores).
- La indemnización de los daños y perjuicios.
- La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima.

Cabe subrayar que el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 establece que la existencia de perjuicio se presume «siempre que se acredite la intromisión ilegítima» y que esta indemnización «se extenderá al daño moral».

Esto implica que una empresa, frente a una lesión de su derecho al honor, puede reclamar un perjuicio por daño moral y un perjuicio por el daño patrimonial que se le cause (por ejemplo, por la pérdida de facturación) porque «el ataque al honor produce, en principio, daños indemnizables, tanto morales como pecuniarios»³⁸. Mientras que en el caso del perjuicio patrimonial la empresa demandante y ofendida corre con la carga de la prueba de demostrar la existencia y causalidad del mismo con el contenido ofensivo, en el caso del daño moral, este se presume si existe una declaración de intromisión ilegítima en el derecho al honor,

³⁸ SAP de Jaén de 17 de septiembre de 2020 (Roj: SAP J 350/2020).

puesto que la jurisprudencia ha aclarado que se trata de una presunción *iuris et de iure*³⁹. En cuanto a la cuantificación, la LO 1/1982 fija como criterios a los que atender las «circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido». En relación con este último punto, la STS de 17 de julio de 2020⁴⁰ valoró que «la publicidad de las ofensas del derecho al honor no se produce a través de un medio de comunicación que goce de una importante difusión social, sino a través de un blog privado, que no consta sea especialmente activo». La jurisprudencia, además, ha añadido que no caben las condenas a indemnizaciones meramente simbólicas⁴¹ (a abonar la cantidad de un euro, por ejemplo).

El plazo para el ejercicio de acciones es el de cuatro años «desde que el legitimado pudo ejercitarlas» (art. 9.5 LO 1/1982). En este punto resulta fundamental tener en cuenta la reciente STS de 2 de marzo de 2021⁴² que fija como *dies a quo*, para las manifestaciones publicadas en internet, el día de la publicación:

La publicación en una página web de unas manifestaciones constitutivas de una intromisión ilegítima en el derecho al honor provoca un daño permanente, por lo que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de protección del derecho al honor es el de la publicación en internet.

La duda que surge en este punto es si, en el caso de los contenidos reproducidos por un usuario diferente (por ejemplo, reposteados o «retuiteados») el *dies a quo* se mantendría en el día de la publicación del contenido original o existirían distintos *dies a quo* contra distintos usuarios dependiendo del momento de la publicación de cada mensaje. También cabe elucubrar si el *dies a quo* frente al autor y frente al prestador ha de ser el mismo, puesto que mientras que contra el autor está en principio claro que el inicio del plazo coincide con la publicación, en el caso del prestador de servicios, este sujeto realmente no incurre en responsabilidad mientras no tenga el conocimiento efectivo del contenido lesivo y omite su eliminación, incurriendo así en responsabilidad no por la autoría del contenido, sino por su falta de diligencia en su eliminación.

En cuanto al procedimiento especial preferente y sumario previsto en la Constitución, fue regulado inicialmente por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, pero fue derogada y sustituida por una regulación dispersa por órdenes jurisdiccionales. En el orden civil, el artículo 249.2.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil atribuye la tramitación de este tipo de

³⁹ SAP de Jaén de 17 de septiembre de 2020 (Roj: SAP J 350/2020).

⁴⁰ Roj: STS 2519/2020.

⁴¹ SAP de Navarra de 13 de mayo de 2020 (Roj: SAP NA 298/2020).

⁴² Roj: STS 759/2021.

demandas al procedimiento ordinario. En el orden contencioso-administrativo, actualmente está regulado en los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el orden penal, corresponde el procedimiento abreviado conforme a la LECrim. Finalmente, en el orden social, está regulado en los artículos 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

El recurso de amparo, por su parte, está regulado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Por razones de la extensión de este trabajo, no entraremos en los pormenores de estos procedimientos.

3. La lesión del derecho al honor como acto de competencia desleal: los actos de denigración

Este artículo no sería exhaustivo sin referirnos –siquiera brevemente– a la posibilidad de que una lesión del derecho al honor sea considerada un acto de competencia desleal. La LCD regula «la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal» (art. 1). Contiene un catálogo de actos de competencia desleal entre los que se encuentran los actos de denigración en su artículo 9, que considera desleal «la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes». Y añade que no se considerarán pertinentes «las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado» (lo cual, en nuestro caso, sería relevante para el empresario persona física aunque no, en principio, para el empresario persona jurídica).

La aplicabilidad de la LCD frente a la Ley Orgánica 1/1982 como *lex specialis* viene determinada por la finalidad de concurrir y competir en el mercado con la que se produzcan las manifestaciones. Así, por ejemplo, la SAP de Madrid de 13 de enero de 2012⁴³ establece que para que la LCD sea de aplicación es necesario que «el acto se realice en el mercado y con finalidad concurrencial» puesto que «la denigración como conducta desleal tiene por finalidad la tutela de intereses de terceros (en concreto de los consumidores) y de la economía, por encima de la protección de intereses esencialmente privados, lo que de otro modo sería un ataque a la reputación profesional o comercial tutelado por la LO 1/1982». Así pues, para que la LDC resulte de aplicación es necesario que el ofensor sea un com-

⁴³ Roj: SAP M 2738/2012.

petidor cuya finalidad sea concurrir en el mercado con el ofendido y dañar su posición en el mismo. Aquí resurge el problema del anonimato en internet y es que, si el usuario que realiza tales actos opera de manera anónima, existe un problema a la hora de identificarlo como un competidor (o, incluso, de demostrar que, bajo la apariencia del comentario de un usuario particular, pueda estar realmente una empresa de la competencia).

Las acciones previstas en la LCD contra los actos de competencia desleal están recogidas en el artículo 32 e incluyen las acciones declarativa de deslealtad, de cesación, de remoción de los efectos, de rectificación, de resarcimiento de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto. El plazo de prescripción para el ejercicio de las mismas es «de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta» (art. 35 LCD).

Además, el artículo 18 de la LCD establece que «la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal». A su vez, el artículo 3 de la LGP dispone que es publicidad ilícita, entre otra, la que «atente contra la dignidad de la persona» o vulnere los «derechos reconocidos en la Constitución» (añadiendo especialmente la mención al art. 18 CE) y la publicidad «desleal».

Las acciones que cabe ejercitar por publicidad desleal son las que prevé la LCD.

4. Tutela penal del derecho al honor: la calumnia y la injuria

Aunque el objeto de este trabajo se centra en los mecanismos de defensa del derecho al honor en el plano civil, tampoco podemos dejar de mencionar los delitos de calumnia e injurias, cuyo bien jurídico protegido es el derecho al honor.

La calumnia, prevista y penada en el artículo 205 de la CP, consiste en «la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» y está castigada con penas de prisión y multa. Antes de la reforma del CP y de la Ley de enjuiciamiento criminal que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la jurisprudencia rechazó en alguna ocasión la posibilidad de que una persona jurídica pudiese ser sujeto pasivo de un delito de calumnias, en la medida en que, como legalmente no podía delinquir, no podía ser ofendido por la imputación de un delito. Desde que, desde 2010, las personas jurídicas pueden ser responsables penales, este debate ha devenido parcialmente inútil, y decimos parcialmente porque, en la medida en que las personas jurídicas solo pueden ser responsables penalmente de determinados delitos y no de cualquier tipo previsto en el Código Penal, podría haber todavía espacio para esta dialéctica respecto a las calumnias consistentes en la imputación de delitos que no pueden cometer las personas jurídicas (por ejemplo, apropiación indebida prevista y penada en el art. 253 CP).

Por su parte, la injuria, prevista y penada en el artículo 208 de la CP y consiste en «la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación», siempre que estas acciones «por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves», está castigada con pena de multa. Las injurias consistentes en la imputación de hechos no se consideran graves «salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

Ambos delitos contemplan como tipo agravado el delito cometido con publicidad, que sería, como hemos visto, el único aplicable a las personas jurídicas. El artículo 211 de la CP dispone que la calumnia y la injuria «se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante», en el que tendría encaje, lógicamente, internet.

Tanto en el caso de la calumnia como en el de la injuria, se trata de delitos privados conforme al artículo 215 de la CP, por lo que para proceder a la persecución de los mismos es necesario la interposición de querrela por parte del ofendido o su representante legal (salvo en el caso de las ofensas contra funcionario público, autoridad o agente de la misma, sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, en los que se podrá proceder de oficio). Ambos delitos prescriben al año (art. 131.1 CP).

La SAP de Zaragoza de 29 de mayo de 2014⁴⁴ señaló que existe una línea «muy fina que separa el ilícito civil y el ilícito penal». El Auto de la AP de Teruel de 3 de diciembre de 2020⁴⁵ es muy elocuente acerca de este límite. Partiendo del principio de intervención mínima y subsidiariedad del derecho penal, afirma que la sanción de conductas injuriosas o calumniosas «ha de reservarse para supuestos realmente especiales en los que la afectación del bien jurídico y la intensidad del ataque al mismo sean notables», puesto que, «en otro caso, la conducta habrá de ser objeto de persecución y de sanción de acuerdo con los mecanismos previstos en la legislación civil, concretamente por medio de la Ley Orgánica 1/1982, señalada en este caso por el Juzgador». En cualquier caso, una vez más, estamos ante cierta inseguridad jurídica y ante la necesidad de someter cada caso a un análisis propio, sin poder establecer diferencias apriorísticas válidas universalmente, entre el ilícito civil y el penal.

5. Conclusiones

A la vista de lo expuesto, podemos concluir que las empresas, como personas jurídicas, tienen derecho al honor –aunque en menor intensidad que las personas físicas–, y pueden

⁴⁴ Roj: SAP ZA 165/2014.

⁴⁵ Roj: AAP TE 324/2020.

ejercitar acciones en defensa del mismo –e incluso reclamar daño moral–, lo cual resulta necesario, dado que la identidad 2.0 es un activo crucial para las empresas en la actualidad.

La principal particularidad es que las personas jurídicas solo gozan del derecho al honor en su vertiente externa, esto es, en la consideración de la reputación profesional como manifestación del derecho al honor y siempre que las ofensas tengan lugar con publicidad, ya que si permanecen en la esfera privada de ofensor y ofendido no hay daño para una persona jurídica. Esto significa que los contenidos ofensivos en internet solo serán dignos de tutela cuando estén a disposición de más usuarios, y no cuando queden limitados a una comunicación cerrada entre emisor y receptor (un *email* hiriente, un comentario privado, etc.). Asimismo, otras manifestaciones de esta limitación del derecho al honor de las personas jurídicas son la limitación al periodo en el que gozan de personalidad jurídica (por no tener «memoria» una vez extinguidas) o la ausencia de derecho al olvido digital, por tratarse de un derecho incardinado en el tratamiento de datos personales exclusivo de las personas físicas.

A pesar de esta aparente claridad desde el plano teórico, existe cierta inseguridad jurídica, debido a los parámetros de valoración que ha sentado la jurisprudencia para analizar los conflictos entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información. Para empezar, el propio concepto de derecho al honor es un concepto jurídico indeterminado, lo que introduce, ya de base, una gran subjetividad porque «depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (STS de 21 de diciembre de 2020)⁴⁶. La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1982 afirma que ha diseñado un sistema en el que «la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas». Esta variabilidad o subjetividad vertebrada también la técnica interpretativa de la ponderación, ya que pasa por la subsunción del caso concreto en parámetros sujetos no solo a la exégesis particular de cada juzgador, sino a la evolución de la conciencia social acerca de lo que se trata, por ejemplo, de una ofensa «grave», de lo cual dependerá, por ejemplo, que un ilícito tenga relevancia civil o penal.

También podemos concluir que, en general, las libertades de expresión e información gozan de una interpretación laxa y amplia por parte de nuestros tribunales, por lo que la consideración de la crítica empresarial como lesiva de derecho al honor queda reservada a las manifestaciones más extremas, desconectadas casi absolutamente de la finalidad que pretenden perseguir. En palabras de la reciente STS de 11 de marzo de 2021⁴⁷, el límite está en «sobrepasar la intención crítica pretendida».

Otra de las aristas de estas cuestiones es la existencia de lo que podríamos llamar metafóricamente un «velo electrónico» fruto del anonimato con el que operan muchos usuarios de

⁴⁶ STS rec. núm. 63/2019 (NSJ062283).

⁴⁷ Roj: STS 965/2021.



internet, y es que el ofendido se encuentra con el obstáculo –técnico o jurídico– para identificar al autor del contenido lesivo, ya que la posibilidad de identificar al usuario mediante requerimiento judicial está reservado para los casos de «delitos graves», entre los que no tendrá cabida un contenido ofensivo sobre la reputación empresarial.

Para compensar esta indefensión, el ordenamiento dispensa una de las principales herramientas, que es el deber de colaboración y la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que permiten atajar los perjuicios de una lesión del derecho al honor y ayudan a minimizar el problema del anonimato en internet, porque el prestador tendrá la obligación de retirar el contenido una vez haya sido requerido por el ofendido. Aquí, sin embargo, subyace otro motivo de disensión e interpretación, y es que, aunque el prestador no tiene una obligación de fiscalizar los contenidos de su servicio ajenos a su autoría, sí debe eliminar dicho contenido cuando sea lesivo. La interpretación de qué es lesivo y qué no se presta, naturalmente, a interpretaciones subjetivas.

Finalmente, la abundancia de pronunciamientos judiciales recientes en la materia demuestra que la crítica online y la reputación empresarial forman un binomio de plena actualidad que seguirá generando debate. En un mundo en el que las empresas cuentan voluntaria o involuntariamente con una identidad 2.0, monitorizar qué se dice y qué repercusiones puede tener es un deber ineludible de cualquier empresa, para lo cual podemos afirmar que, aunque debe enfrentarse a cierta subjetividad inherente a las cuestiones en liza, cuenta con instrumentos de defensa de su derecho al honor.

Referencias bibliográficas

Vázquez de Castro, E. (2017). Derecho al honor en Internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución e involución? *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 44.

Vidal Marín, T. (2007). Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional. *InDret*. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/397_es.pdf

El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario: regulación, efectos y problemática en sede concursal

Ignacio M. Murillo Piquer

*Abogado sénior. Martín Molina Abogados y Economistas
Doctorando en Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid*
gnaciomurillopiquer@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-5756-1456>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardaji Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

Extracto

El presente trabajo lleva a cabo un estudio del régimen legal del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* en sede concursal, en especial el arrendamiento inmobiliario. El análisis surge con motivo del vacío legal que adolece la figura del contrato de arrendamiento financiero, al no disponer de una regulación específica para su tratamiento en sede concursal. Dicho vacío provoca que se generen discrepancias y cuestiones significativas de complicado encaje en el marco de un procedimiento concursal. Entre otras cuestiones, el presente estudio analiza la problemática que suscita la clasificación de un crédito originado por un contrato de arrendamiento financiero y cómo esta circunstancia afecta a la vía de la resolución del contrato o a la vía de la realización del bien dentro del concurso, a la luz del texto refundido de la Ley concursal y de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales en esta materia. Asimismo, se añade la dificultad de que no son muchos autores los que se han animado a tratar los problemas que suscita el arrendamiento financiero en un concurso de acreedores. Por todo ello, el presente estudio pretende identificar y analizar la regulación, los efectos y la problemática desde un punto de vista teórico-práctico de los contratos de arrendamiento financiero en sede concursal, y, finalmente, sugiere posibles soluciones alternativas respecto al tratamiento de la figura del arrendamiento financiero en sede concursal.

Palabras clave: arrendamiento financiero inmobiliario; *leasing*; concurso de acreedores; resolución de contrato; calificación de créditos en el concurso.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Murillo Piquer, I. M. (2022). El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario: regulación, efectos y problemática en sede concursal. *Revista CEFLegal*, 255, 33-58.



The real estate leasing contract: regulation, effects, and problems in insolvency proceedings

Ignacio M. Murillo Piquer

Abstract

This report carries out a study of the legal regime of the financial lease contract or leasing within insolvency proceedings, in particular real estate lease agreements. The analysis arises from the legal vacuum suffered by the figure of the financial lease contract, as it does not have a specific regulation for its treatment in insolvency proceedings. This gap leads to the generation of discrepancies and significant questions which are difficult to resolve within the framework of insolvency proceedings. Among other issues, this study analyses the problems raised by the classification of a credit arising from a financial lease agreement and how this circumstance affects the way of terminating the contract or the way of the realization of the asset within the insolvency proceedings in the light of the *texto refundido de la Ley concursal* and the different judicial and doctrinal pronouncements on this matter. There is also additional difficulty as not many authors have been encouraged to deal with the problems raised by financial lease in an insolvency proceeding. For all these reasons, this study aims to identify and analyze the regulation, effects, and problems from a theoretical-practical point of view of financial lease agreements in insolvency proceedings and, finally, suggests possible alternative solutions regarding the treatment of the figure of financial lease in insolvency proceedings.

Palabras clave: leasing; insolvency proceeding; termination of contract; credit rating in cases of insolvency.

Citation: Murillo Piquer, I. M. (2022). El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario: regulación, efectos y problemática en sede concursal. *Revista CEFLegal*, 255, 33-58.



Sumario

1. Introducción
2. Naturaleza jurídica del arrendamiento financiero inmobiliario
 - 2.1. Concepto y regulación
 - 2.2. Las partes y el bien objeto de arrendamiento financiero
3. Los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato de arrendamiento financiero y su afección en sede concursal
 - 3.1. Las derechos y obligaciones entre las partes
 - 3.2. Los supuestos de incumplimiento de las obligaciones contractuales
4. El tratamiento del crédito y del bien objeto de leasing en sede concursal
 - 4.1. La calificación de las cuotas vencidas, las pendientes de vencer y el valor residual del contrato de leasing según el TRLC
 - 4.2. El bien objeto de leasing
5. Régimen y efectos del contrato de arrendamiento financiero en sede concursal
 - 5.1. Primera tesis jurisprudencial: las cuotas devengadas después de la declaración de concurso tendrán la clasificación de crédito contra la masa
 - 5.2. Segunda tesis jurisprudencial: las cuotas devengadas después de la declaración de concurso tendrán la clasificación de crédito concursal con vocación de privilegio especial
 - 5.3. La postura del Tribunal Supremo
6. Consecuencias de la calificación del crédito por arrendamiento financiero y las opciones del arrendador financiero
 - 6.1. La calificación como crédito con privilegio especial respecto de las cuotas vencidas, las pendientes de vencer y el valor residual del arrendamiento financiero
 - 6.2. Las opciones de que dispone el arrendador financiero en el concurso de acreedores respecto al bien objeto de leasing. La recuperación o la realización del bien
7. El proceso de recuperación del bien objeto de arrendamiento financiero
 - 7.1. La recuperación del bien
8. El proceso de realización del bien objeto de arrendamiento financiero
 - 8.1. La realización del bien
 - 8.2. Los métodos de realización del bien
9. La rehabilitación del contrato de arrendamiento financiero
10. Conclusiones y solución práctica

Referencias bibliográficas



1. Introducción

El contrato de arrendamiento financiero o *leasing* es un contrato atípico y complejo que en la actualidad carece de una regulación legal específica. La celebración de este tipo de operaciones permite a las empresas tener acceso a un mecanismo de financiación indirecta. A día de hoy, un gran volumen de sociedades que se encuentran en situación concursal ha suscrito contratos de arrendamientos financieros de bienes inmuebles como método alternativo de financiación, principalmente por las favorables condiciones financieras que les facilitan el desarrollo de su actividad. Estas condiciones no solo han sido ventajas desde un punto de vista financiero –mayor liquidez y flexibilidad–, sino también desde un punto de vista fiscal y contable, dada las particularidades que tienen los contratos de arrendamiento financiero, entre otras, la deducibilidad de la carga financiera, la amortización del gasto y la financiación del IVA.

La finalidad de este tipo de contratos es la adquisición financiada de determinados bienes inmuebles y no de un arrendamiento temporal, por este motivo operan en nuestro mercado como una alternativa real a los préstamos hipotecarios u otros de financiación.

Si acudimos a las estadísticas elaboradas por la Asociación Española de Leasing y Renting¹, estas reflejan un gran aumento en la contratación de este tipo de servicios financieros. Durante los ejercicios 2018, 2019 y 2020, en cuanto al número de contratos de arrendamientos financieros en el sector inmobiliario, se evidencia un crecimiento exponencial –159 %– en comparación con el año 2017, destacando el año 2019 con un número de 7.196 contratos suscritos. Estos datos reflejan una gran evolución de la contratación bancaria del *leasing* y, a su vez, revelan la confianza depositada por las empresas en las ventajas que ofrecen los arrendamientos financieros a la hora de invertir en bienes inmuebles para la continuidad o expansión de su actividad.

Según las estadísticas², en el ámbito europeo, el arrendamiento financiero inmobiliario también creció considerablemente, en concreto un 8,6 % en el ejercicio 2019, alcanzando la cifra de 15.800 millones de euros. Respecto a las modalidades de arrendamiento finan-

¹ Datos extraídos de la página web de la Asociación Española de Leasing y Renting. Apartado Estadísticas 2021: <<https://ael.es/index.php/es/leasing>>.

² Datos extraídos de la página web Leaseurope. Apartado Facts&Figures Statistics 2019: <https://www.leaseurope.org/_flysystem/s3?file=Statistics/Facts%20and%20Figures/LeaseuropeFF_19.pdf>.

ciero en Europa, el arrendamiento de inmuebles destinados a uso industrial o empresarial fue el de mayor contratación, abarcando el 34 % del total de los contratos suscritos y suponiendo un aumento del 2,2 % de su contratación en comparación con ejercicios anteriores.

Dentro del ámbito concursal, el contrato de arrendamiento financiero se ha convertido en un negocio jurídico con especial incertidumbre para los administradores concursales y acreedores financieros, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia, incluso el legislador, se han puesto de acuerdo para unificar el tratamiento del contrato de *leasing* en sede concursal.

En virtud de lo expuesto, el presente estudio tiene su fundamento en un contexto en el que el tratamiento del contrato de arrendamiento financiero de un bien inmueble no tiene una posición clara en el marco de un concurso. Además, no son muchos autores los que se han animado a sintetizar los problemas que surgen en sede concursal respecto a la calificación y el reconocimiento del crédito, así como a la resolución del contrato o la liquidación del bien inmueble objeto de arrendamiento. Por todo ello, este análisis jurídico pretende identificar la gran problemática del arrendamiento financiero y, a nivel práctico, proporcionar una posible alternativa para las partes que intervienen en el procedimiento concursal.

2. Naturaleza jurídica del arrendamiento financiero inmobiliario

2.1. Concepto y regulación

El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario tiene lugar cuando un tercero –arrendador financiero– realiza una inversión a petición del interesado –arrendatario financiero–, siendo este quien explota el derecho de uso que recae sobre el bien, a cambio de percibir una remuneración periódica que comprende tanto el coste de adquisición como el coste financiero. Una vez alcanzado el plazo contractual establecido por las partes, el arrendatario financiero dispone de una opción de compra para adquirir el bien en propiedad (Bernáldez Bernáldez, 2017, p. 15), o, de lo contrario, tiene la obligación de devolver el bien a la entidad arrendadora.

En términos generales, podemos decir que se trata de una operación financiera (Cuesta Rute, 1970) mediante la cual el cliente necesita un determinado bien inmueble para el desarrollo de su actividad empresarial, pero no posee la capacidad económica para adquirirlo. El *leasing* permite a los clientes no tener que abordar el pago de la totalidad del bien y, además, ofrece una serie de ventajas fiscales, entre otras, la posibilidad de deducir los intereses como gastos fiscales o la financiación del IVA³, siempre que el cliente destine íntegramente el bien a su actividad económica.

³ De conformidad con Carrasco Perera et al. (2015): «Teniendo en cuenta que el *leasing* se regula en la disp. adic. 7.^a LDIEEX con la única finalidad de establecer un régimen fiscal especialmente beneficioso en tales operaciones, tanto para la entidad de *leasing* como para el usuario del bien». (p. 519).

En cuanto a la regulación de la figura de arrendamiento financiero, debemos remontarnos a la Ley sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito de fecha 13 de julio de 1988 para conocer el concepto de arrendamiento financiero. Posteriormente, dicha ley fue derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, cuya disposición adicional tercera contiene el concepto de arrendamiento financiero:

Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario.

Respecto a la regulación del arrendamiento financiero en el texto refundido de la Ley concursal (en adelante, TRLC), varios artículos (150.3, 165, 198.3 y 270.4) mencionan la figura del contrato de arrendamiento financiero y la posición que ocupa el arrendatario en el concurso. Sin embargo, no consta artículo alguno en el TRLC que regule los derechos y obligaciones de las partes contratantes en un contrato de arrendamiento financiero.

Además de la ausencia de regulación en el TRLC, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de mayo de 1999, manifestó que no existían en el ordenamiento jurídico español normas que regularán el régimen jurídico del arrendamiento financiero. Igualmente, la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) tampoco menciona aspectos relacionados con el arrendamiento financiero.

Por todo ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil⁴, se puede deducir que el contrato de arrendamiento financiero permite incluir cláusulas que las partes consideren oportunas y acuerden en cada contrato.

En cuanto a la jurisprudencia consolidada, esta ha definido el contrato de arrendamiento como un contrato mercantil atípico⁵ con causa propia e independiente. En un primer momento hubo pronunciamientos jurisprudenciales⁶ que relacionaban el contrato de arrendamiento financiero con los contratos de compraventa o incluso con el de arrendamiento de

⁴ Así lo manifestó la STS de 8 de febrero de 2002 (NCJ039986).

⁵ En este sentido, se pronunció la STS de 20 de julio de 2000, rec. núm. 2584/1995, y la STS de 14 de diciembre de 2004, rec. núm. 8038/2004, así como la STS de 4 de diciembre de 2008, rec. núm. 42/2008.

⁶ La STS de 28 de marzo de 1978 (RJ 1978\852) analizó esta cuestión.

cesión de uso. No obstante, el Tribunal Supremo en sus pronunciamientos se ha mantenido en la siguiente definición: «Es un contrato complejo y atípico regido por los principios de autonomía negocial y de libertad que nada tiene que ver con la compraventa a plazos ni con el préstamo de financiación».

2.2. Las partes y el bien objeto de arrendamiento financiero

Las partes que intervienen en una operación de arrendamiento son: la entidad o arrendador financiero, el cliente o arrendatario financiero y el proveedor. Respecto a esta última figura, sí que interviene en el contrato de compraventa del bien inmueble, pero no interviene en el contrato de arrendamiento financiero, en el cual participan únicamente el arrendador y el arrendatario financiero. De este modo, el *leasing* se concibe como un negocio jurídico bilateral en el que se celebran dos contratos diferentes pero vinculantes⁷.

La posición de arrendador financiero la ocupan las entidades financieras y los establecimientos de crédito⁸ que, siguiendo las instrucciones del futuro arrendatario, adquieren el bien objeto de inversión con la finalidad de cederle su uso durante un plazo determinado. Como contraprestación de dicha cesión, el arrendador financiero recibirá un importe mensual fijado en el contrato.

La figura del arrendatario financiero la adquiere el cliente o usuario, quien ejercerá el uso y disfrute del bien seleccionado previamente para destinarlo a su actividad principal hasta el vencimiento del contrato, momento previo en el que deberá decidir si ejercer la opción de compra o no. El arrendatario puede ser una persona jurídica o bien un empresario o profesional con facultades para explotar una actividad.

Por su parte, el proveedor es quien ofrece el bien objeto de *leasing* al arrendatario que será adquirido por la sociedad *leasing* o arrendador financiero. El proveedor debe entregar el bien en el plazo acordado y en las condiciones establecidas.

Por último, el bien objeto de *leasing* es propiedad del arrendador financiero tras ser adquirido del proveedor. La propiedad se encuentra limitada en virtud de los derechos y obligaciones que el contrato de arrendamiento le otorga al arrendatario. La particularidad de este tipo de bienes inmuebles es que debe destinarse a una actividad profesional, tal y como establece la normativa. Por tanto, el objetivo de la operación de cesión del bien en *leasing* es la financiación de bienes sujetos a explotaciones empresariales, industriales, y comerciales.

⁷ Así lo establecen varias sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas, la STS de 1 de marzo de 2011 (NCJ055002).

⁸ Ley de disciplina del año 1988 y la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.

3. Los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato de arrendamiento financiero y su afección en sede concursal

3.1. Las derechos y obligaciones entre las partes

Los derechos de que disponen las partes intervinientes se pueden clasificar de la siguiente forma:

- a) Derechos del arrendador financiero: exigir el pago del precio establecido, reclamar la indemnización, resolver el contrato en caso de incumplimiento.
- b) Derechos del arrendatario: exigir la entrega del bien y ejercitar la opción de compra.

En cuanto a las obligaciones más comunes que recogen los contratos de arrendamiento financiero, pueden distinguirse dos clases: las obligaciones principales y las obligaciones accesorias del contrato. A modo ilustrativo, las obligaciones que suelen fijarse en las cláusulas de un contrato de arrendamiento financiero pueden ser:

- a) Obligaciones del arrendador financiero: puesta a disposición del bien objeto de contrato, uso pacífico del mismo, saneamiento por evicción, ausencia de perturbación y ofrecimiento del ejercicio de la opción de compra.
- b) Obligaciones del arrendatario: conservación del bien, abono de las rentas pactadas, ejercicio de la opción de compra o entrega del bien, reparaciones del inmueble y la contratación de un seguro.

Como se ha expuesto anteriormente, el contenido del contrato de arrendamiento financiero puede ser fijado por las partes contratantes, estableciendo los pactos y las cláusulas que ellos consideren en cada momento. En este sentido, hay que destacar que el contrato de arrendamiento financiero generalmente se formaliza como un contrato de adhesión, donde la parte arrendataria dispone de una facultad muy limitada para negociar el clausulado y las condiciones del contrato. El arrendador financiero en la gran mayoría de los casos es una entidad financiera que ocupa una posición predominante en la operación y directamente ofrece al cliente el formulario de la operación de leasing en la que se detallan las principales condiciones de la operación, sin que ofrezcan al cliente la posibilidad de modificar los términos del contrato.

Tratando de hacer una comparación de las obligaciones que les corresponden a ambas partes, según la jurisprudencia sentada, la entrega del bien es la única obligación principal por parte del arrendador y el ofrecimiento del ejercicio de la opción de compra es la obligación accesoria⁹. Respecto a la figura del arrendatario financiero, la jurisprudencia opina

⁹ SJPI núm. 3 de Albacete, de 20 de julio de 2017, rec. núm. 236/2017.

que su obligación principal es el abono de las rentas periódicas y la conservación del bien, obligación que subsistirá hasta el final del plazo natural del contrato, a diferencia de lo que ocurre con la obligación principal del arrendador financiero.

3.2. Los supuestos de incumplimiento de las obligaciones contractuales

Una de las cláusulas fundamentales en estos contratos es la que fija las posibles situaciones que dan lugar a un incumplimiento por alguna de las partes (incumplimiento de obligaciones) en el contrato. Habitualmente, esta cláusula se limita a establecer los posibles eventos que dan lugar a un incumplimiento por la parte arrendataria, en cambio no suelen prever situaciones derivadas del incumplimiento por parte del arrendador.

Generalmente, los contratos de arrendamiento financiero establecen que si la parte arrendataria incumple cualquiera de sus obligaciones, la arrendadora podrá optar entre (a) considerar vencido el contrato de arrendamiento financiero junto con los impuestos correspondientes, exigiendo a la parte arrendataria la totalidad de las cantidades que deberían ser pagadas durante todo el periodo contractual, aunque este no haya transcurrido; o (b) declarar resuelto el contrato, exigiendo a la parte arrendataria la devolución del bien a la parte arrendadora, además de la posibilidad de reclamar una penalización sobre el capital pendiente de amortizar y sobre las cuotas vencidas e impagadas.

Al mismo tiempo, la parte arrendadora financiera suele proteger su posición contractual, atribuyéndose en el contrato facultades para resolver el contrato de forma unilateral, entre otras, cuando el arrendatario incumple la obligación de presentar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil o cuando el arrendatario no se halle al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias con la Agencia Estatal de Administración Tributaria o con la Tesorería General de la Seguridad Social.

De esta manera, se aprecia en los contratos de arrendamiento financiero inmobiliario que las partes no suelen incluir situaciones de incumplimiento por parte del arrendador. Por lo tanto, podemos concluir que, si no existe ningún supuesto de incumplimiento, el arrendador financiero, en el momento que eleva a público el contrato de arrendamiento y entrega el bien objeto de cesión, deja de tener responsabilidades y obligaciones ante la parte arrendataria.

A colación de lo indicado, la cláusula que exonera al arrendador de cualquier obligación o responsabilidad que pueda derivarse por el estado del bien evidencia la falta de reciprocidad entre las partes contratantes. Este hecho, como más adelante se expondrá, será determinante –siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo– a la hora de calificar los créditos y el destino del bien objeto de leasing. Asimismo, esta circunstancia cobrará gran



relevancia en los procedimientos concursales, según la normativa del TRLC que regula la resolución de los contratos y sus efectos, una vez declarado el concurso y de conformidad con los artículos 158 y 160 del TRLC se exige que, para poder resolver un contrato, es necesario que las partes tengan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

4. El tratamiento del crédito y del bien objeto de leasing en sede concursal

4.1. La calificación de las cuotas vencidas, las pendientes de vencer y el valor residual del contrato de leasing según el TRLC

El apartado 4 del artículo 270 del TRLC, al igual que el derogado artículo 90.1.4 de la Ley concursal, ordena la calificación privilegiada especial respecto de los créditos nacidos de los contratos de arrendamiento financiero:

Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.

Por tanto, las cuotas vencidas e impagadas –respecto al principal y los intereses remuneratorios– antes y después de la declaración de concurso deben calificarse dentro de la lista de acreedores como privilegio especial en virtud del citado artículo, no pudiendo numerarse intereses moratorios tras la declaración de concurso.

Respecto al reconocimiento y calificación del valor residual, o también conocido como la cuota final, que es el derecho del arrendatario a ejercitar la opción de compra, el TRLC no especifica cuál debe ser su clasificación en la lista de acreedores. En la práctica, las entidades arrendadoras suelen solicitar a la administración concursal que se le reconozca el crédito correspondiente a la opción de compra con privilegio especial. Esta clasificación puede provocar diferentes efectos en el tratamiento del contrato en sede concursal, como puede ser la inclusión del bien inmueble objeto de arrendamiento financiero en el inventario de la masa activa del concurso.

Previamente a desarrollar el contenido de las opciones de que dispondrá el arrendador financiero en sede concursal, es importante identificar las consecuencias de la insinuación del crédito, pues esta circunstancia condicionará completamente la posición del arrendador a la hora de ejercitar las acciones que considere para recuperar su inversión.

4.2. El bien objeto de leasing

El bien inmueble objeto de leasing debe estar afecto a la actividad que desarrolle el cliente, sea cual sea su práctica profesional o actividad empresarial. Así lo define la disposición adicional séptima de la Ley 26/1998, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito:

Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número tres de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales.

De esta manera, teniendo en cuenta las características del bien objeto del contrato en el que se exige que el bien inmueble tenga una vinculación directa con el desarrollo de la actividad del cliente, es evidente que la naturaleza del bien objeto del contrato dentro del concurso deberá tener la calificación de bien necesario (art. 147 TRLC). Esto supone que el bien inmueble en arrendamiento sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial o en su caso para la liquidación correcta y efectiva de los bienes que se integran dentro de la masa activa del concurso.

Cabe destacar que, en la gran mayoría de los concursos, los bienes inmuebles objeto de leasing suelen constituir la base física de la unidad productiva del deudor. En este sentido, con la calificación por parte del juzgado del bien afecto a la actividad empresarial, el arrendador financiero tendrá limitada su capacidad de actuación respecto a la acción de recuperación, prevista en el artículo 250. 1.11.º de la LEC.

En el caso de que el bien se declare no necesario para la continuidad de la empresa, el acreedor tendrá que estar a lo previsto en el artículo 146 del TRCL. Una vez obtenido el testimonio del juez del concurso que declare que el bien objeto de cesión no es necesario para la continuidad, el acreedor podrá iniciar o continuar la acción de recuperación.

Por último, respecto a la inclusión del bien inmueble cedido dentro de la masa activa del concurso y el derecho de uso, o solamente este último, habrá que estar al contenido del artículo 198 del TRLC. Sin embargo, y de conformidad con el artículo 270.4 del TRLC, esta regla podrá tener efectos distintos como consecuencia de la clasificación del crédito correspondiente a las cuotas vencidas, las pendientes de vencer y el valor residual si se califican como privilegio especial, pues, de lo contrario, dotándole de ese privilegio al acreedor, se le debería dar el mismo tratamiento que a un acreedor con garantía hipotecaria; véase el artículo 271.1 del TRLC:

Los créditos a que se refieren los números 1.º a 5.º del artículo anterior deberán tener constituida la respectiva garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros.

5. Régimen y efectos del contrato de arrendamiento financiero en sede concursal

En la actual regulación en materia concursal no existe ningún artículo que regule la calificación de las cuotas vencidas e impagadas antes de la declaración de concurso, ni tampoco la calificación de las mismas tras su declaración. Si acudimos al TRLC, tal y como he indicado en el punto anterior, únicamente encontramos en el artículo 270.4 una referencia al crédito «créditos por cuotas de arrendamiento financiero», pero en ningún momento se desglosa cuál sería la calificación respecto a las cuotas anteriores o posteriores a la declaración de concurso, directamente se engloba todas las cuotas con la misma clasificación de créditos con privilegio especial.

Esta cuestión en la práctica ha generado mucha controversia, tanto para el juez como para la administración concursal, a la hora de calificar el crédito respecto de un contrato de arrendamiento financiero y cómo este debe clasificarse en la lista de acreedores en concepto de las cuotas devengadas antes y después de la declaración de concurso.

Esta problemática, principalmente tiene su fundamentación a raíz de las dos posturas jurisprudenciales discordantes en lo relativo a la consideración del contrato de leasing. Para entender cada una de las perspectivas, en primer lugar, hay que partir de los artículos 242.9 y 270.4 del TRLC que regulan la calificación de los créditos contra la masa o con privilegio especial. En segundo lugar, hay que tener en cuenta los artículos 157 a 159 del TRLC que regulan los efectos de la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas. La falta de un tratamiento adecuado en los contratos de arrendamiento financiero ha originado dos posiciones jurisprudenciales totalmente diferentes, que se detalla de forma más extendida en los siguientes puntos.

5.1. Primera tesis jurisprudencial: las cuotas devengadas después de la declaración de concurso tendrán la clasificación de crédito contra la masa

En primer lugar, se originó una primera tesis tradicional cuya defensa reside en considerar que en el contrato de arrendamiento financiero existen obligaciones recíprocas entre las partes durante la vigencia del plazo contractual. De este modo, esta posición defiende que, una vez declarado el concurso de acreedores, aquellas cuotas impagadas en virtud

del contrato de arrendamiento con obligaciones recíprocas (art. 158 TRLC) deberán ser calificadas como créditos contra la masa, de conformidad con el artículo 242.9 del TRLC.

Esta primera teoría fue apoyada por parte de la doctrina¹⁰ con base en la tesis de que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato de tracto sucesivo o sinalagmático con obligaciones recíprocas entre las partes contratantes durante toda la vida del contrato. De esta forma, la doctrina considera que las obligaciones del arrendador –mantener el goce pacífico del bien cedido– y del arrendatario –abonar las cuotas periódicas– son principales en el contrato y equivalentes entre sí. En esta línea, la jurisprudencia también tuvo ocasión de pronunciarse; entre otras, la Audiencia Provincial de Alicante en la sentencia de fecha 21 de junio de 2012 (2013/2002)¹¹, la Audiencia Provincial de Asturias en la sentencia de 7 de febrero de 2013 (146/2012) y la Audiencia Provincial de Salamanca en la sentencia de 5 de febrero de 2013 (543/2012). Los pronunciamientos de las referidas audiencias fundamentan que el contrato de arrendamiento otorga obligaciones para las partes contratistas y las mismas perduran hasta el fin del plazo contractual, razón por la que el crédito en concepto de cuotas devengadas tras la declaración de concurso debe numerarse como crédito contra la masa.

5.2. Segunda tesis jurisprudencial: las cuotas devengadas después de la declaración de concurso tendrán la clasificación de crédito concursal con vocación de privilegio especial

En segundo lugar, existe un sector doctrinal y jurisprudencial más reciente en contraposición a la tesis tradicional que considera que el arrendador financiero ha cumplido con todas sus obligaciones con la formalización del contrato y con la entrega del bien al arrendatario e, incluso, considera que el resto de las obligaciones que pudieran estar pendientes por parte del arrendador no podrían equiparse a una obligación principal para el funcionamiento de la relación contractual¹². Esta tesis defiende que las únicas obligaciones pendientes de cumplimiento por las partes serían el abono de las rentas mensuales y el ofrecimiento del ejercicio del derecho de opción de compra, que no podría calificarse como una obligación principal sino accesoria¹³. De igual forma, cabría calificar el resto de obligaciones con el carácter accesorio de la obligación principal, como podría ser la conservación y mantenimiento del uso del bien por parte del arrendador.

¹⁰ Veiga Copo (2012), Bernáldez Bernáldez (2013) y Macías Castillo (s. f.).

¹¹ «Es una indicación evidente de la expresa consideración legal del arrendamiento financiero como contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato».

¹² SAP de Barcelona, Sección 15.ª. Sentencia 429/2013, de 27 noviembre, rec. núm. 16/2013.

¹³ AJM núm. 1 de La Coruña de 18 de septiembre de 2020, en su fundamento séptimo, punto primero.

En este caso, las cuotas devengadas después de la declaración de concurso deben ser calificadas como crédito con privilegio especial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 270.4 del TRLC, de la misma manera que deben calificarse las cuotas vencidas e impagadas antes de la declaración de concurso.

En este punto conviene reiterar la importancia que tienen las cláusulas en este tipo de contratos y en concreto la cláusula que fija los supuestos de incumplimientos para apoyar la tesis más actual, porque es aquí donde la figura del arrendador se encuentra exonerada de cualquier responsabilidad o de cualquier obligación pendiente de cumplimiento.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, prácticamente en el mismo año en el que otras audiencias manifestaban su postura a favor de la tesis tradicional, las audiencias provinciales de Barcelona y Valencia¹⁴ apoyaban la tesis más moderna, que en síntesis sería la que respalda la calificación de las cuotas vencidas e impagadas, tanto antes como después de la declaración de concurso, como un crédito con privilegio especial.

Como consecuencia de todo lo anterior, la problemática surge en relación con la subsistencia o no de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para las partes respecto a la calificación del crédito de las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, y cómo dicha categorización afectará a las soluciones que ofrece la normativa concursal en esta materia.

5.3. La postura del Tribunal Supremo

Es sabido que, tras la reforma concursal introducida por la Ley 38/2011 de la Ley concursal, las cuestiones relacionadas con la resolución del contrato de arrendamiento financiero y la calificación de su crédito suscitaron diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, no obstante, fueron resueltas de manera reiterada por la jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo¹⁵.

Asimismo, el Tribunal Supremo¹⁶ manifiesta que, en materia de resolución de contratos de arrendamiento financiero, habrá que estar a lo expresamente convenido en cada una de las cláusulas del contrato¹⁷. Por ello, una vez declarado el concurso durante la vigencia del contrato de arrendamiento –en la fase funcional del contrato–, las partes deben acreditar que existe un nexo de reciprocidad en las obligaciones, exigiéndose que estas tengan el

¹⁴ SAP de Valencia de 20 de marzo de 2012 (856/2011) y SAP de Barcelona de 5 de febrero de 2013 (593/2013).

¹⁵ STS 12 de septiembre de 2015, rec. núm. 2216/2013, res. núm. 494/2015(NCJ060366). Así como, las sentencias núm. 34/2013, de 12 de febrero; 44/2013, de 19 de febrero(NCJ057799); 492/2013, de 27 de junio; 525/2013, de 5 de septiembre (NCJ058232), y 652/2014, de 12 de noviembre (NCJ058949).

¹⁶ STS núm. 44/2013, de 19 de febrero (NCJ057799).

¹⁷ STS núm. 647/2016, de 2 de noviembre (NCJ061929).

carácter de principales en el funcionamiento del contrato de arrendamiento financiero, no siendo válido cualquier tipo de obligaciones que no esté revisto de un carácter principal.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, las partes deben acudir al contenido del clausulado, y en concreto al apartado donde están fijadas las obligaciones y los incumplimientos para ambas partes¹⁸. Además de ese análisis, las partes contratantes tendrán que acreditar si en las obligaciones principales existe reciprocidad entre ellas, no solo en el momento en que se formaliza el contrato (fase genética), sino también durante el cumplimiento del contrato (fase funcional)¹⁹, después de la declaración de concurso. En el caso de que una de las partes –generalmente el arrendador financiero– hubiera cumplido con su obligación principal al inicio y antes de la declaración de concurso, la reciprocidad cesará y, en consecuencia, el tratamiento del crédito y el bien objeto de cesión será distinto.

En este aspecto, la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo²⁰ ha distinguido las distintas obligaciones que pueden regir los contratos de arrendamiento financiero, y en ella se aprecia la tesis más reciente de que, para poder calificar el contrato con obligaciones pendientes de cumplimiento para los contratantes, es necesario revisar cada una de las cláusulas que conforman el contrato. Las sentencias referenciadas coinciden en que, una vez el arrendador financiero ha entregado el bien, este ha cumplido con su obligación principal y tan solo estaría pendiente de cumplimiento el pago de las cuotas del arrendatario.

En principio, para determinar si un contrato de arrendamiento financiero tiene obligaciones pendientes a los efectos del artículo 157 del TRLC, habrá que ver si la parte arrendadora ha cumplido con todas sus obligaciones principales, únicamente las que están calificadas como principales, pues a pesar de no haber cumplido el arrendador con las obligaciones accesorias –ofrecer la opción de compra al arrendatario–, el cumplimiento de la obligación es íntegro, y, en ese caso, se debería aplicar los efectos previstos en artículo 157 del TRLC:

En los contratos con obligaciones recíprocas, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las que fueran a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.

En conclusión, continuando con la postura del Alto Tribunal, habrá que estar al contenido y clausulado de cada uno de los supuestos concretos para poder determinar si la relación entre las partes contratantes es recíproca.

¹⁸ STS núm. 439/2016, de 29 de junio, rec. núm. 277/2014 (NCJ061612).

¹⁹ Véase nota anterior.

²⁰ STS núm. 439/2016, de 29 de junio, rec. núm. 277/2014 (NCJ061612). SJM de Murcia núm. 97/2014, de 16 de marzo.

6. Consecuencias de la calificación del crédito por arrendamiento financiero y las opciones del arrendador financiero

6.1. La calificación como crédito con privilegio especial respecto de las cuotas vencidas, las pendientes de vencer y el valor residual del arrendamiento financiero

Normalmente, las pretensiones de los arrendadores financieros en este tipo de operaciones –las entidades financieras– son la resolución de contrato y la recuperación del derecho de uso y la posesión del inmueble, ya que la propiedad sigue perteneciendo a estos titulares hasta que no se ejercite la opción de compra por el arrendatario financiero. Pero ¿qué ocurre si el acreedor ha comunicado su crédito solicitando el reconocimiento como privilegio especial incluida la cuota del valor residual?

En principio, si la administración concursal reconoce la deuda correspondiente a las cuotas vencidas y pendientes de vencer, los intereses y el valor residual como crédito con privilegio especial y no se impugna por parte del acreedor, se entiende que el bien y el derecho de uso se incluirán dentro de la masa activa del concurso. En este marco, el arrendador financiero, al tener reconocido un crédito con privilegio especial, vería satisfecho su crédito con cargo al bien afecto al privilegio.

Es importante resaltar que el acreedor dispone de un plazo procesal para impugnar la lista de créditos –calificación de su crédito– y el inventario –la inclusión del bien cedido en la masa activa– para hacer valer sus derechos. Una vez transcurrido dicho plazo, los cauces legales de que dispondría el acreedor son muy escasos. Es evidente que, en el momento en el que un acreedor no impugna la lista de acreedores y el inventario de la masa activa, si, posteriormente, el acreedor entabla una demanda solicitando la resolución del contrato, la restitución del bien y la modificación de sus créditos, esto último debería ser desestimado, debido a que la lista de acreedores no fue impugnada en el momento procesal oportuno, por lo que debería mantenerse la calificación fijada inicialmente en la lista.

En estos términos, conviene indicar cuáles serían las circunstancias a las que se enfrentaría el acreedor al comunicar todo su crédito, incluidas las cuotas pendientes de vencer y el valor residual como privilegio especial. De esta manera, se presupone que el acreedor no tiene interés alguno en obtener la posesión del bien cedido, dando por hecho que el acreedor va a ejercitar la opción de compra. Esta reflexión se entiende con base en que el arrendador ha incluido la opción de compra en su escrito de comunicación de créditos, y lo que este espera obtener es la satisfacción de su crédito mediante la realización del mismo. De esta manera, cobra sentido el privilegio que le otorga el artículo 270 del TRLC al arrendador financiero.

Los efectos de la clasificación como crédito con privilegio especial, a pesar de que el arrendatario financiero en sede concursal –facultades muy limitadas– no haya ejercitado la

opción de compra, provocan que la propiedad del bien se traslade de forma ficticia al deudor en concurso –incluido en el inventario–, y será a través de los métodos establecidos en la liquidación de la masa activa que se cancele el crédito de la masa pasiva reconocido, destinando el importe obtenido al arrendador financiero. En esta línea se pronuncia la sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 15 de mayo de 2019: «Se funda en haber optado por dar cumplimiento al contrato, renunciando a la recuperación del bien y haciendo efectiva su transmisión»²¹.

Con independencia de los distintos escenarios que se pueden dar dentro de un procedimiento concursal, la jurisprudencia ha tratado de marcar las consecuencias que sufre el arrendador financiero cuando tiende a solicitar el reconocimiento con privilegio especial²² de su crédito y este es reconocido de esa forma.

Igualmente, la jurisprudencia²³ coincide en que es innegable que la calificación privilegiada de un crédito originado por un contrato de arrendamiento financiero no se ajusta a que el acreedor financiero disponga de una doble protección. Esta doble protección se puede sintetizar de la siguiente forma:

1. La *primera protección* reside en que el arrendador es el propietario del bien objeto de leasing y puede optar a la recuperación del bien mediante la resolución contractual o bien por la ejecución separada que otorga el artículo 150.3 del TRLC:

²¹ Antón Sancho (2018): «Para que este privilegio pueda ser efectivo es necesario que el bien se transmita al concursado. Hay quien señala que, con la elección del arrendador por el artículo 90 de exigir el cumplimiento del contrato, el bien pasa a ser del arrendatario, y el privilegio incluye las cuotas debidas y el precio de la opción de compra».

²² AJM núm. 1 de La Coruña, de 18 de septiembre de 2020, en su fundamento séptimo, punto segundo, el auto indica que: «También puede no ejercitar esta acción tendente a la recuperación del bien y preferir que se mantenga la vigencia del contrato. En ese caso, insinuará su crédito en el concurso del arrendatario financiero, al que se le concederá la clasificación de crédito con privilegio especial del artículo 90.1.4.º LC. Esta opción implica que el bien pueda realizarse dentro del concurso del comprador, destinando el precio obtenido al pago del crédito del vendedor. Además, para la enajenación en sede concursal, habrán de observarse las especialidades contenidas en el artículo 155 LC.»

²³ La SAP de Barcelona de 27 de noviembre de 2017 realiza varias puntualizaciones respecto a la doble protección del arrendador financiero: «A pesar de que pueda parecer que ha traído cierta confusión al tratamiento del leasing en el concurso con la aparente atribución al arrendador financiero de una doble protección en sí mismo contradictoria: la del privilegio especial y la del dominio sobre el bien objeto del contrato. Es obvio que no es posible que el arrendador financiero conserve la propiedad sobre un bien y que al mismo tiempo tenga un privilegio sobre el mismo. La razón de ser de esa doble protección hay que encontrarla en la naturaleza propia del contrato de arrendamiento financiero como un contrato de tracto sucesivo en el que el arrendador comúnmente tiene la facultad de optar por resolver el contrato o exigir su cumplimiento, acciones entre sí incompatibles. El doble régimen de protección es paralelo a esa facultad de opción y pretende dar respuesta a las distintas situaciones por las que pueden pasar los derechos de los que son parte en el contrato».

«A las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la propiedad o de bienes muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución».

2. La *segunda protección* consiste en que el arrendador disponga de una garantía reconocida con privilegio especial, artículo 270.4 del TRLC, que en caso de que se realice en el concurso sería para cancelar su crédito.

Esta doble protección resulta contradictoria y así lo expone la sentencia²⁴ en su fundamento cuarto, punto catorce:

La razón de ser de esa doble protección hay que encontrarla en la naturaleza propia del contrato de arrendamiento financiero como un contrato de tracto sucesivo en el que el arrendador comúnmente tiene la facultad de optar por resolver el contrato o exigir su cumplimiento, acciones entre sí incompatibles.

En este aspecto, se ha pronunciado un sector de la doctrina²⁵ argumentando que los arrendadores tendrán la posibilidad de optar por las dos vías, ya sea la recuperación del bien tras la resolución del contrato o, en su caso, continuar con la vigencia del contrato, el cual se regirá por las pautas establecidas en el concurso y su posterior liquidación.

En consecuencia, si un acreedor dispone de la legitimación para resolver y recuperar el bien –primera protección– además de la facultad de continuar con el contrato y tener reconocido un crédito con privilegio especial –segunda protección–, esto provocaría un beneficio significativo para un único acreedor –el arrendador financiero– en detrimento del resto de acreedores. De esta forma, se estaría consintiendo al acreedor extraer el bien y el derecho de uso de la masa activa, librándose de las consecuencias y perjuicios que provoca el procedimiento concursal sobre el resto de los acreedores y sus créditos.

En lo relativo al reconocimiento del crédito como un crédito con privilegio especial en los textos definitivos, el acreedor debe tener en cuenta que el tratamiento que recibirá su crédito y el bien que lo garantiza tendrá un tratamiento idéntico al de un préstamo con garantía hipotecaria sobre un bien inmueble (art. 430 TRLC). Según se ha destacado a lo largo del presente estudio, es conveniente que el arrendador financiero desde una fase inicial realice un plan estratégico respecto a su posición en el concurso para definir su posición, de ma-

²⁴ SAP de Barcelona de 27 de noviembre de 2017.

²⁵ Díaz Echegaray (2017): «Se ha sostenido que la paradoja de contemplar al mismo tiempo un privilegio especial y la posibilidad de ejercitar una acción de recuperación no es tal, sino que, sencillamente, el acreedor ha de elegir entre una u otra [...]. Aquel puede pedir la restitución del bien, perdiendo el privilegio que asiste a su crédito, u opera una suerte de ejercicio de acción de cumplimiento en virtud de la cual transmite la propiedad del bien al concursado, en cuyo caso su crédito goza de privilegio especial».

nera que valore optar por la vía de la resolución del contrato o bien aceptar la realización del inmueble en sede concursal.

6.2. Las opciones de que dispone el arrendador financiero en el concurso de acreedores respecto al bien objeto de leasing. La recuperación o la realización del bien

Las acciones de que disponen las entidades financieras –arrendadores financieros– y que tienden a realizar en un escenario concursal son la recuperación de la posesión del bien o, en caso contrario, aceptar de forma tácita la transmisión del bien a cambio de un importe ofertado por un tercero o por el propio concursado, vía artículo 430.2 del TRLC.

Si las partes optan por la recuperación del bien tras resolver el contrato mediante un acuerdo (art. 150.3 TRLC), habrá que tener en cuenta ciertas consideraciones, siendo muy relevante para que prospere la resolución y entrega del bien que exista una resolución del juez del concurso que determine si el bien es necesario o no para la actividad o para la liquidación del concurso. Según el TRLC, la posibilidad de solicitar la declaración de bien afecto a la actividad pueden solicitarla las partes en cualquier fase del concurso, a tenor de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 147 del TRLC.

En caso de que el arrendador financiero comunique todo su crédito con la clasificación de crédito con privilegio especial, se entenderá que ha optado por la vía de la transmisión del bien en sede concursal y que acepta la realización del bien de forma tácita, manteniéndose la vigencia del contrato. En este sentido se entenderá que el bien formará parte de la masa activa del concurso y su realización seguirá las reglas establecidas en el plan de liquidación y las especialidades contenidas en los artículos 209 a 214 del TRLC, destinando el precio de la transmisión a cancelar el crédito reconocido en la forma que establece el artículo 430 del TRLC.

En este contexto se entiende que el TRLC ofrece a los arrendadores financieros las dos posibilidades anteriormente indicadas, pero según cuál sea la categorización del contrato con o sin obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la insinuación del crédito y la clasificación en la lista de acreedores e inventario determinará la voluntad del acreedor y, en consecuencia, el destino del bien objeto de leasing.

7. El proceso de recuperación del bien objeto de arrendamiento financiero

7.1. La recuperación del bien

Uno de los derechos que le asiste al arrendador financiero es el de la recuperación del bien como consecuencia de la previa resolución del contrato por varios motivos, tales como

el incumplimiento del usuario, la terminación del plazo de vigencia del contrato, o por el no ejercicio de la opción de compra por parte del arrendatario.

Como ya se ha adelantado anteriormente, según el tratamiento que se le otorgue al arrendamiento financiero, como un contrato de tracto único –p. ej. la compraventa– o de tracto sucesivo –p. ej. el contrato de suministro de energía²⁶, el procedimiento a seguir en sede concursal tendrá distintas exigencias y limitaciones para emprender la vía de la recuperación del bien.

En este contexto, el arrendador que pretenda iniciar la acción de recuperación del bien previo a la declaración de concurso basará el ejercicio de la acción de recuperación atendiendo a lo dispuesto en el artículo 250. 1. 11.º de la LEC y en la disposición adicional primera, apartado 3 letra c) de la Ley de venta a plazos de bienes muebles (LVPBM). Una vez declarado el concurso de acreedores, el arrendador deberá tener en cuenta las limitaciones para iniciar o continuar la acción que fija el artículo 148 del TRLC. En este escenario, abierta la fase de liquidación del concurso, la acción tendente a la recuperación del bien quedará restringida en virtud del artículo 149.1 del TRLC. Además de lo indicado, el arrendador que opte por la vía de la recuperación deberá contar con una declaración del juzgado de que el bien objeto de arrendamiento no está afecto a la actividad o a la liquidación.

En el caso de que el bien sea considerado como no necesario para la continuidad de la actividad o para la liquidación del concurso, el arrendador podrá iniciar o continuar la acción de recuperación fuera del seno del concurso. Para ello deberá disponer de la resolución del juzgado que acuerde la declaración de bien como no necesario respecto del inmueble objeto de arrendamiento.

A su vez, el arrendador cuenta con la posibilidad de acudir a procedimiento extrajudicial en aras de recuperar el bien. Este procedimiento se inicia a través de un requerimiento de pago al deudor que se realiza por vía notarial. Si el deudor no atiende el requerimiento de pago, pero entrega voluntariamente el bien adquirido a plazos, se procederá a la enajenación en pública subasta, con intervención de notario. Cabe destacar que este proceso tiene por objeto el mismo fin que una de las previsiones que establece el TRLC a la hora de fijar los métodos de realización de los bienes que conforman la masa activa del concurso, ya sea por la vía de la subasta extrajudicial a través de entidad especializada, ya por la de la subasta vía notarial.

Atendiendo a todo lo indicado, es reseñable resaltar lo que suele ocurrir en los concursos que, en el momento de la declaración de concurso, el contrato se encuentra vencido por plazo natural y teóricamente el usuario ya no tiene facultades para ejercitar la opción de compra. En tal caso, las partes suelen llevar a cabo un acuerdo de «resolución» del contrato

²⁶ STS de 25 de julio de 2013, rec. núm. 168/2012 (NCJ057955). STS núm. 505/2013, de 24 julio, rec. núm. 2178/2011.

y entrega de la posesión. Este acuerdo queda supeditado a la homologación judicial y, como consecuencia de la admisión del acuerdo, las partes podrán solicitar la cancelación de la anotación de arrendamiento financiero y la anotación de declaración de concurso. De ser así, el crédito con privilegio especial reconocido en el concurso desaparece tras la entrega del bien.

En caso contrario, si el plazo natural de vigencia del contrato no está vencido, a efectos de reconocer el crédito en el concurso, habrá que reseñar en el acuerdo de resolución la calificación de las cuotas vencidas e impagadas como crédito ordinario y las cuotas pendientes de vencer no serán reconocidas en el concurso tras la entrega del bien.

En un primer supuesto, en que no se pueda acudir a la vía pacífica para resolver el contrato y entrega del bien, el arrendador financiero puede entablar la acción de recuperación del bien mediante un procedimiento especial regulado en el artículo 251.1.11.º de la LEC y en la disposición adicional primera apartado tercero de la LVPBM. Esta última tiene su razonamiento en el régimen legal establecido para los bienes que son objeto de arrendamiento financiero, que es muy similar al de bienes vendidos a plazos con reserva de dominio.

En un segundo supuesto, si el bien objeto de cesión se declara como no necesario para la actividad, será preciso contar con el testimonio del auto en el que conste dicha declaración para poder iniciar o reanudar el procedimiento de recuperación del bien ante el órgano judicial que conocía o el competente inicialmente para tramitar estos procedimientos.

Conforme a lo señalado, las acciones de que disponen los arrendadores tendentes a recuperar el bien tras la resolución del contrato de arrendamiento son muy similares a las ejecuciones de garantías reales. Además, conviene resaltar que el artículo 150.3 del TRLC, que ofrece la acción concreta de recuperación del bien cedido en arrendamiento, se encuentra dentro de la sección II, destinada a regular los procedimientos y efectos sobre las garantías reales.

8. El proceso de realización del bien objeto de arrendamiento financiero

8.1. La realización del bien

Con la pérdida del derecho por parte del arrendador financiero a ejercitar la acción de recuperación del bien y atendiendo al criterio compartido por un sector doctrinal y jurisprudencial, expuesto en el presente estudio, la entidad arrendadora ya no podrá instar la resolución del contrato por el incumplimiento del concursado.

La posibilidad de realizar el bien en sede concursal tiene su fundamento en las dos reflexiones que se han comentado previamente. En primer lugar, porque no se puede obviar los efectos que produce para el arrendador disponer de un crédito reconocido con la calificación de privilegio especial, incluido el crédito correspondiente al ejercicio de la opción

de compra. En segundo lugar, por la incompatibilidad que manifiesta un sector doctrinal y jurisprudencial basado en que el arrendador disponga de dos vías para ver satisfecho su crédito: por un lado, la resolución y entrega del bien, y al mismo tiempo que posea la opción de realizar el bien (*traditio brevi manu*).

Por tal razón, cabe sostener que el reconocimiento de un crédito con privilegio especial en concepto de un contrato de arrendamiento financiero otorgará facultades a la administración concursal para realizar el bien, destinando el importe obtenido para cancelar la deuda reconocida, como así lo prevé el artículo 430 del TRLC.

Por lo general, el inmueble objeto de cesión será declarado como bien afecto y, en consecuencia, la enajenación dentro del concurso conllevará la transmisión tanto del bien inmueble como el derecho de uso que recae sobre el mismo.

En esta fase se realizarán las operaciones de liquidación con arreglo al plan de liquidación presentado por la administración concursal de los bienes que conformen la masa activa (art. 415 TRLC). En caso de no aprobarse un plan de liquidación, será necesaria la aplicación de las reglas establecidas en el título IV del libro I del TRLC sobre la realización de bienes o derechos afectos a un crédito con privilegio especial.

Además, atendiendo a la situación actual de pandemia, a través de diferentes decretos, el legislador ha pretendido agilizar las fases de liquidación de la masa activa. El Real Decreto-ley 16/2020, en su artículo 15.3, establece que

si el juez, en cualquier estado del concurso, hubiera autorizado la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio especial o la dación en pago o para pago de dichos bienes, se estará a los términos de la autorización.

8.2. Los métodos de realización del bien

Los distintos métodos de realización del bien dentro de un procedimiento concursal deben ser recogidos en el auto que aprueba el plan de liquidación. En dicho plan se debe detallar los términos, los plazos y las condiciones de cada una de las etapas de la liquidación, todas ellas bajo las reglas previstas en el TRLC. A continuación, se detallan brevemente los métodos de realización del bien que es objeto de arrendamiento financiero para satisfacer el crédito de su acreedor.

8.2.1. Venta directa

La venta directa de los bienes afectos a privilegio especial se encuentra regulada en los artículos 209 a 214 del TRLC. Dentro de esta fase es muy importante tener una aproxima-

ción del cuál es el valor de mercado del bien objeto de cesión y fijar un avalúo en el inventario de la masa. Además, será necesario establecer un porcentaje mínimo de transmisión para poder ser competitivos en el mercado y que dicho mínimo, por lo menos, conlleve la cancelación total de la deuda reconocida en el concurso. Esta fase resulta ser la más beneficiosa para los intereses del deudor y del acreedor, pues suele ser el primer método de realización y el más eficaz, prácticamente en todos los planes de liquidación. Asimismo, este debe ser el método principal de transmisión, porque se tiene que priorizar su realización lo más temprano posible para evitar que el bien se deteriore con el transcurso del tiempo.

8.2.2. Subasta judicial o extrajudicial

La subasta judicial de un bien en arrendamiento financiero que, a efectos registrales, no es titularidad de la concursada puede resultar poco operativa, teniendo en cuenta la incertidumbre que puede generar a los interesados pujar por el bien, así como por la ulterior formalización de la escritura de compraventa y la inscripción del bien a su favor. Por un lado, este método, a diferencia de la venta directa, puede resultar menos beneficioso para el concurso, pues el valor del bien puede verse debilitado, al estar expuesto a un mercado concursal, que por ese hecho provoca que los postores no realicen pujas con un valor económico interesante para el concurso. No obstante, por otro lado, la subasta judicial favorece a que se produzcan mayores garantías de publicidad y concurrencia en beneficio de todos los acreedores²⁷.

8.2.3. Dación en o para pago

En cualquier momento del procedimiento la realización del bien podrá tener lugar mediante la dación en o para pago, en cuyo caso habrá que estar al régimen establecido en el artículo 211 del TRLC. Para ello, será necesario contar con el visto bueno y la voluntad del acreedor privilegiado; en este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en el auto de 2 de febrero de 2015²⁸ y la Audiencia Provincial de Barcelona en el auto de fecha 2 de mayo de 2017²⁹.

²⁷ AAP de Barcelona de 2 de mayo, rec. núm. 48/2017. Fija unas condiciones mínimas a las que habrá de sujetarse la intervención de las entidades especializadas.

²⁸ AAP de Valencia de 2 de febrero de 2015: «La supresión de la subasta como vía de enajenación subsidiaria a la frustración de la venta directa, para imponer en todo caso una dación en pago al acreedor aún en contra de su voluntad, no tiene apoyo legal, siquiera como regla supletoria de la liquidación en el artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y además es contrario también a la normativa de la LC dispensa en el pago a los acreedores con privilegio especial por la realización de los bienes (artículo 154-4) con claro perjuicio para el acreedor».

²⁹ AAP de Barcelona de 2 de mayo de 2017.

8.2.4. Subrogación del contrato

Una vez declarado el concurso, si el contrato de arrendamiento financiero continúa vigente a la fecha de realización del bien, cabe la posibilidad de que se enajene el bien a un tercero, subrogándose en la posición que ocupa el deudor en concurso. De esta manera, el tercero deberá cancelar la deuda vencida e impagada hasta el momento en que se formalice la transmisión del bien, y para ello deberá contar con una autorización previa de la entidad financiera arrendadora³⁰.

9. La rehabilitación del contrato de arrendamiento financiero

El TRLC permite a la administración concursal ejercitar la rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes de conformidad con el artículo 167 del TRLC. Esta figura será relevante para aquellos contratos que tengan por objeto un bien imprescindible para garantizar la continuidad de la actividad y sea de gran interés para la masa. Para que sea válida dicha acción, es preciso que se cumplan los siguientes requisitos.

1. La voluntad del arrendador en resolver el contrato mediante un requerimiento extrajudicial o notarial en un plazo de tres meses antes de la declaración de concurso. No debe preexistir resolución judicial que resuelva el contrato, pues en ese caso no cabría rehabilitar el contrato.
2. Asimismo, la administración concursal deberá comunicar de manera fehaciente la rehabilitación antes de que finalice el plazo de comunicación de créditos.
3. Finalmente, la administración concursal deberá consignar o abonar las cantidades debidas con cargo a la masa.

Respecto al último de los requisitos, existe cierta relación entre los artículos 167 y 430.2 del TRLC. En relación con este último, aquellos bienes en régimen de leasing cuyo crédito esté reconocido con privilegio especial podrán ser «rehabilitados» sin las exigencias del artículo 167 del TRLC. Conviene indicar la diferencia entre el artículo 167 del TRLC, que legitima al acreedor para oponerse a la rehabilitación, frente al artículo 430.2 del TRLC, que no permite al acreedor oponerse a la rehabilitación del contrato.

³⁰ AAP de Barcelona de 6 de febrero de 2012: «El artículo 155.3 LC faculta al Juez del concurso para autorizar la venta de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos –prosigue el precepto–, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos».

10. Conclusiones y solución práctica

A la luz del análisis realizado, el arrendamiento financiero es un contrato de financiación alternativo que cada vez más está ocupando un lugar muy significativo en el sector financiero, pues ofrece a los empresarios un sistema de financiación más beneficioso que otros, en los que se evita invertir cierto capital en bienes destinados al crecimiento empresarial y al mantenimiento de la actividad.

Si bien es cierto que el contrato de arrendamiento financiero carece de una regulación propia que garantice una mayor protección a los posibles clientes, no impide que, al tratarse de un contrato atípico, favorezca la libertad de negociación de los términos y condiciones aplicables entre las partes contratantes. De esta manera, se puede considerar que es una gran ventaja para el cliente –futuro arrendatario– saber que, a pesar de que la característica principal de este contrato es la atipicidad, esta le ofrece mayor margen de negociación contractual. No obstante, no hay que dejar de lado que la contraparte en este tipo de contratos es una entidad financiera, lo que dificulta la capacidad de negociación para los clientes, y así la experiencia acredita que es difícil negociar las condiciones de financiación de cualquier producto frente a este tipo de entidades.

A lo largo del presente trabajo se ha querido poner de manifiesto la problemática existente a la hora de tratar el contrato de arrendamiento financiero inmobiliario en sede concursal, tanto para la calificación de las cuotas respecto del contrato, como en cuanto a los efectos derivados para las partes o las soluciones que ofrece nuestro ordenamiento. Igualmente, se ha hecho referencia a la extensión y las consecuencias de clasificar el contrato de arrendamiento como un crédito con privilegio especial.

En este sentido, el motivo principal de este análisis reside en la posibilidad de ofrecer una solución distinta a la aplicada respecto al tratamiento de los bienes objeto de leasing. Si partimos de la línea jurisprudencial respecto a cómo debe calificarse la deuda de un contrato leasing y de los artículos que regulan este tipo de créditos en el TRLC, se deduce que el acreedor podría defender su posición frente a la inclusión del bien dentro del inventario y, por ende, dentro del plan de liquidación, si este en la comunicación de créditos solicita que el valor residual u opción de compra no se reconozca como crédito con privilegio especial, solicitando que el crédito correspondiente al ejercicio de opción de compra tenga la calificación de crédito contingente.

Se debe tener presente que la finalidad del concurso en fase de liquidación es sacar el mayor rédito posible respecto de los bienes y derechos que conforman la masa activa en aras de alcanzar un mayor beneficio para los acreedores, por tanto, bajo esta premisa la administración concursal debe valorar si el bien objeto del contrato puede tener una buena salida en el mercado y verificar cuál es su carga financiera para poder actuar de la forma más ventajosa posible, sirviendo asimismo para justificar la liquidación del bien en sede concursal o la entrega del bien a su propietario.

Para el desarrollo del presente estudio, se ha analizado desde un punto de vista práctico y a partir de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales la posición del arrendador, y se ha puesto de manifiesto que se tiende a comunicar su crédito por todos los conceptos como crédito con privilegio especial, produciendo los efectos indicados anteriormente (transmisión de la propiedad). No obstante, como se ha indicado, es posible ofrecer una solución para que las partes (arrendatario y arrendador) puedan evitar la problemática, siempre que la voluntad del acreedor financiero sea la de recuperar el bien y evitar que este se liquide en sede concursal.

Referencias bibliográficas

- Antón Sancho, M. (2018). *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. Artículo 61 y 62 LC*. Tirant lo Blanch.
- Bernáldez Bernáldez, M. P. (2013). El arrendamiento financiero (leasing) tras la reforma de la Ley Concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 19.
- Bernáldez Bernáldez, M. P. (2017). *Arrendamiento financiero. Aspectos contractuales y concursales*. Tirant lo Blanch.
- Bernáldez, M., Labat, J. A. y Ange, M. (2011). Incongruencia de alguna jurisprudencia menor sobre la realidad empresarial del leasing. *Noticias Jurídicas*.
- Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M. (2015). *Tratados de los derechos de garantía*. (3.^a ed.). Aranzadi.
- Cuesta Rute, J. M. (1970). Reflexiones en torno al leasing. *Revista de Derecho Mercantil*, 118.
- Díaz Echegaray, J. L. (2017). Tratamiento del leasing en el concurso de acreedores. *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, 8.
- Macías Castillo, A. (Coord.). (s.f.). Comentario práctico a la nueva Ley Concursal. *Revista La Ley*.
- Veiga Copo, A. (2012). *El crédito con privilegio especial*. Civitas.

Algunos comentarios acerca de cómo solventar los desafíos del *blockchain* para el derecho de la competencia

Jesús Alfonso Soto Pineda

Decano. Schiller International University

jesusalfonso.soto@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-7104-1991>

Antonio J. Villanueva Tobalina

Investigador. Schiller International University

antonio7villanueva@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-5569-7314>

Extracto

Partiendo sobre la premisa de que las tecnologías de registro distribuido (TRD), concretamente *blockchain*, suponen un obstáculo para el ejercicio de las prerrogativas con las que cuentan las agencias de competencia para la aplicación y *enforcement* de la normativa *antitrust*, se hace imperativo tratar de hallar, con celeridad, respuesta a tales interrogantes.

Lo contrario supondría un escenario en el que la legislación convencional, analógica, no pudiera ser eficazmente aplicada en entornos *blockchain*, con la consecuente incapacidad para hacer valer cualquier tipo de mandato jurídico en un espacio únicamente regido por las vicisitudes de su propio código.

El presente artículo busca arrojar luz sobre posibles soluciones que contribuyan a fortalecer los mecanismos de los que disponen las autoridades de competencia de todo el mundo para la aplicación de la normativa *antitrust*, así como para el correcto desempeño de sus funciones a través de la detección e investigación de conductas anticompetitivas para la posterior adopción de las sanciones o remedios correspondientes.

Palabras clave: *blockchain*; tecnología de registro distribuido; defensa de la competencia; detección; investigación; autoridades de competencia; soluciones.

Fecha de entrada: 21-09-2021 / Fecha de aceptación: 15-11-2021

Cómo citar: Soto Pineda, J. A. y Villanueva Tobalina, A. J. (2022). Algunos comentarios acerca de cómo solventar los desafíos del *blockchain* para el derecho de la competencia. *Revista CEFLegal*, 255, 59-72.



Some comments on how to solve the blockchain challenges for competition law

Jesús Alfonso Soto Pineda

Antonio J. Villanueva Tobalina

Abstract

Based on the premise that distributed ledger technologies (DLTs), specifically blockchain, pose an obstacle to the exercise of the prerogatives that competition agencies have for the application and enforcement of antitrust regulation, it is imperative to quickly find an answer to these questions.

The opposite would translate in a scenario in which conventional, analogical legislation could not be effectively applied in blockchain environments, with the consequent inability to enforce any type of legal provision in a space governed solely by the vicissitudes of its own code.

This article seeks to shed light on possible solutions that contribute to the strengthening of the mechanisms available to competition authorities around the world for the enforcement of antitrust regulations, as well as for the proper performance of their functions through the detection and investigation of anticompetitive practices and the subsequent adoption of the corresponding sanctions and/or remedies.

Keywords: blockchain; distributed ledger technology; antitrust; detection; investigation; enforcement; competition agencies, solutions.

Citation: Soto Pineda, J. A. y Villanueva Tobalina, A. J. (2022). Algunos comentarios acerca de cómo solventar los desafíos del *blockchain* para el derecho de la competencia. *Revista CEFLegal*, 255, 59-72.



Sumario

1. Introducción
 2. Obstáculos en la detección e investigación de prácticas anticompetitivas en entornos blockchain y posibles soluciones
 - 2.1. Qué es el blockchain
 - 2.2. Identificación de las posibles conductas anticompetitivas en entornos blockchain
 - 2.3. Codificación de límites en las cadenas de bloques
 - 2.4. Acerca de las bases del sistema de defensa de la competencia
 - 2.5. La integración de las agencias de competencia en las redes blockchain
 3. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Si hay un sustantivo que durante los últimos años ha acompañado de forma perenne a la tecnología *blockchain* ese es, sin duda, «disrupción».

A ese respecto, en 1942, Joseph Schumpeter postuló lo siguiente:

El impulso fundamental que mantiene el motor capitalista en movimiento viene de los nuevos bienes de consumo, los nuevos métodos de producción o transporte, los nuevos mercados, las nuevas formas de organización industrial que crea la empresa capitalista. [...] El proceso de mutación industrial incesantemente revoluciona la estructura económica desde dentro, destruyendo incesantemente a la vieja, creando incesantemente una nueva. Este proceso de Destrucción Creativa es el hecho esencial del capitalismo (Schumpeter, 1942, p. 120).

Así enunciaba Schumpeter, hace casi 80 años, un concepto intrínseco a los nuevos hitos tecnológicos que permiten lograr cosas que antes eran inconcebibles, o bien otras que ya eran posibles pero que dicho cambio tecnológico permite hacer de forma diferente y mejorada. Se trata del concepto de innovación disruptiva.

Schumpeter veía en ese elemento el combustible del sistema capitalista; la innovación tecnológica como sustrato y fundamento del desarrollo económico.

Blockchain ha sido constantemente definida como una tecnología disruptiva, y a la vista de la versatilidad de la que goza y del potencial que alberga, a ojos de los autores que escriben estas líneas resulta una definición acertada.

No obstante, la disrupción tecnológica posee aspectos ventajosos y otros no tan atractivos. El océano de posibilidades que nos ofrecen las tecnologías de registro distribuido vienen también acompañadas de considerables retos, y las cadenas de bloques no son una excepción.

Esta consideración no es algo nuevo; como dijo Carl Sagan, «virtualmente cada gran avance tecnológico en la historia de la especie humana, desde la invención de las herramientas de piedra y la domesticación del fuego, ha sido éticamente ambiguo».

En este caso, las cadenas de bloques poseen el potencial de constituir, por virtud de sus características intrínsecas, un severo obstáculo a la capacidad de las autoridades de competencia para detectar ilícitos anticompetitivos, llevar a cabo investigaciones e identificar a los responsables en redes blockchain, con la consecuente limitación a la adopción *ex post* de sanciones o remedios sustentados sobre tales investigaciones, y que corrijan las distorsiones de la competencia provocadas por dichos ilícitos.

El carácter distribuido de la tecnología blockchain plantea, entre otros, problemas jurisdiccionales y de atribución de competencia que pueden, en la práctica, atar de pies y manos a agencias de competencia que deseen aplicar la normativa *antitrust* en ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, la anonimidad de las cadenas de bloques públicas no permite que nadie conozca la identidad de los participantes de una blockchain, lo que dificulta la labor de una autoridad que desee recabar información en relación con una posible conducta anticompetitiva en el mercado.

Por otro lado, la naturaleza más hermética, menos políticamente descentralizada y, *a priori*, menos «democrática» de las cadenas de bloques privadas también plantea retos a las agencias concurrenciales que quisieran acceder al interior de una red blockchain cerrada al objeto de recabar información, y para cuyo acceso y participación no tuvieran el necesario permiso.

Referido lo anterior, para una comprensión más profunda sobre las dificultades que supone blockchain en materia de detección e investigación de prácticas anticompetitivas, sería conveniente remitirse –a ser posible con carácter previo a la lectura de este artículo–, a la publicación titulada «Blockchain y sus obstáculos a la detección e investigación de conductas anticompetitivas», en la que se sientan las bases de la investigación plasmada en este documento.

Es por ello que el objeto del presente no es realizar un análisis pormenorizado de los obstáculos mencionados y otros –puesto que sería redundar en lo ya contenido en el referido artículo– sino ofrecer sugerencias y plantear medidas que contribuyan a paliar dichos problemas, que las autoridades concurrenciales alrededor del mundo pueden encontrarse a la hora de aplicar, en entornos blockchain, la normativa *antitrust*.

2. Obstáculos en la detección e investigación de prácticas anticompetitivas en entornos blockchain y posibles soluciones

Igual que sucede en otras jurisdicciones, como la penal o la administrativa, en materia anti-trust hay partidarios de medidas de detección, investigación y sanción más invasivas o menos.

No obstante, al considerar esta cuestión no debe pasarse por alto que una sobrerregulación o intervención excesiva en el sector podría resultar contraproducente, generando una «fuga» de talentos hacia otros territorios con una regulación más flexible que permita a los emprendedores desarrollar aplicaciones o utilidades con base blockchain, gozando de un margen más amplio de libertad para ello.

En relación con lo anterior, otro efecto negativo podría emerger en redes altamente reguladas que, precisamente por tal circunstancia, acabasen perdiendo algunas de las características que las hacían resultar tan atractivas –tales como la privacidad y anonimidad que brinda a sus participantes– y que, ante la aparición de otra opción o competidor que ofrezca dichas funcionalidades, generasen un transvase de usuarios desde la red sobre-regulada a la neonata¹.

Teniendo presente tal precisión, y la importancia de la proporcionalidad en las medidas adoptadas por los reguladores y autoridades al objeto de articular un sensible equilibrio entre libertad y restricción que permita generar un ecosistema suficientemente disuasivo y al mismo tiempo no demasiado desincentivador, a continuación se exponen posibles medidas que limiten los riesgos de las dificultades que plantean las cadenas de bloques para la aplicación pública de la normativa de libre competencia en sus entornos, y contribuyan al fortalecimiento de las autoridades concurrenciales y los mecanismos de los que disponen para hacer frente a estos desafíos.

2.1. Qué es el blockchain

Decía el ya mencionado Carl Sagan que somos una sociedad profundamente dependiente de la ciencia y la tecnología y en la que, curiosamente, nadie sabe nada de ciencia ni de tecnología. A sus ojos, esa era una fórmula segura para el desastre.

Es por ello que el primer paso, antes siquiera de entrar a valorar cualquier otra cuestión, reside en la comprensión de la tecnología blockchain.

¹ Es una de las problemáticas que identifican Tapscott y Tapscott (2016, p. 94) en relación con la regulación de Bitcoin, y que podemos hacer extensible a otro tipo de redes blockchain.

Entender las cadenas de bloques resulta esencial en este ámbito, que implica la intersección entre ley y computación. La complejidad inherente a la mencionada tecnología es todo un reto no solo para las autoridades de competencia y los distintos organismos reguladores, sino para cualquier operador.

Es relevante en este punto distinguir también entre poseer un conocimiento a nivel usuario de las cadenas de bloques o por el contrario conocer en profundidad sus complejos y abstractos conceptos, comprendiendo los distintos engranajes que integran la tecnología y posibilitan su funcionamiento. Existe una notable diferencia entre ser capaz de operar en un sistema informático determinado –como Windows, Macintosh o Linux– o ser capaz de comprender la arquitectura y funcionamiento interno de dicho sistema operativo, lo cual requiere un nivel muy distinto de conocimiento y especialización; esta distinción es igualmente aplicable a blockchain.

En consecuencia, resulta indispensable una fluida relación interdisciplinar en la que expertos en derecho y ciencias jurídicas colaboren con ingenieros informáticos, programadores y expertos en computación a fin de superar las barreras al *enforcement antitrust* que las cadenas de bloques pueden llegar a constituir.

Comprender blockchain no solo permitirá a las autoridades prevenir conductas anticompetitivas, sino que supondrá un punto de inflexión en su capacidad de prevención *ex ante*, en su facultad para generar disuasión y en su aptitud para salvaguardar la razón de ser del sistema de defensa de la competencia.

2.2. Identificación de las posibles conductas anticompetitivas en entornos blockchain

El segundo paso consistiría en identificar las actividades que puedan llevarse a cabo en blockchain y ser susceptibles de generar un ilícito anticompetitivo.

Lo anterior no debería resultar complejo, habida cuenta de que dichas conductas no difieren de las que puedan producirse en los mercados tradicionales, en circunstancias convencionales (Pike y Capobianco, 2020, p. 11). No nos encontramos ante teorías nuevas, sino ante nuevas formas de poner en práctica las mismas conductas; no obstante, conviene que tales nuevas formas sean identificadas.

2.3. Codificación de límites en las cadenas de bloques

El hecho de que los entornos blockchain constituyan una suerte de «jurisdicción paralela», únicamente regida por el código de la propia cadena y en la que la normativa antitrust convencional no pueda ser aplicada, configura una problemática sumamente grave. La po-

sibilidad referida plantea la incógnita de si la legislación antitrust podría llegar a decaer en estos sistemas.

Sin embargo, como indica Giovanna Massarotto (2020, p. 1), «las autoridades antitrust son fundamentales para mantener abiertos y libres los mercados de cadenas de bloques. En lugar de conducir a la muerte de la legislación antitrust y la regulación, blockchain requerirá versiones más sofisticadas de ambos».

Esa mayor sofisticación en la regulación y aplicación de la normativa antitrust puede pasar por la adopción de un enfoque guiado por la concepción de «Ley es Código».

Sin duda, podría resultar beneficioso –quizá incluso esencial– explorar la posibilidad de implementar directrices en las cadenas que proscriban la realización de determinadas prácticas –tales como aquellas que pudieran ser contrarias a la libre competencia–, en lo que podríamos considerar una suerte de condiciones de uso o «reglas del juego» que establecieran aquello que es válido frente a lo que no, por constituir una infracción de sus términos.

Si la ley analógica no puede aplicarse en entornos blockchain por las barreras que sus características y naturaleza constituyen a tal efecto, legislar en el propio código de la cadena de bloques puede ser la solución.

A tal respecto, conviene tener presente que, cuando un usuario forma parte de una blockchain, acepta un sistema de reglas y procedimientos que la gobiernan y que determina, entre otras cosas, «cómo una computadora (y su programador) puede conectarse, participar y transmitir información a través de un sistema o red. Estas instrucciones definen la sintaxis y la semántica del código que espera el sistema» (Dannen, 2017, p. 3).

Este esquema de reglas y directrices es lo que se conoce como «protocolo», la espina dorsal de una blockchain. El rumbo de la cadena de bloques se encuentra guiado por su protocolo como la popa del barco fluye en la dirección en que lo ha hecho la proa previamente. La popa no dirige el barco más de lo que la cola dirige al perro, y en la blockchain es su protocolo el que rige la forma en que opera la cadena, como también sus condiciones y funcionamiento.

Una vez que el protocolo de una blockchain queda establecido, no resulta teóricamente posible una alteración del mismo a no ser que sea decidido por la mayoría de usuarios²; inmutabilidad que favorece la generación de confianza (Schrepel, 2019a, p. 289), y de la que podría tomar ventaja una autoridad de competencia para, desde el origen, codificar reglas

² Evidentemente, alcanzar un acuerdo entre los usuarios será más sencillo en blockchains privadas, compuestas por decenas o centenares de sujetos, que no en cadenas de bloques públicas, con millones de usuarios.

que permitan la detección de determinadas conductas, limiten la posibilidad de realizarlas o incluso las imposibilite.

En relación con lo anterior, una idea subsecuente reside en implementar mecanismos adecuados para impedir o prevenir la comisión de infracciones en dichas redes, tales como alarmas programadas en el código de las mismas que avisen sobre la puesta en práctica de posibles actividades no permitidas, e incluso permitan tomar medidas respecto a ellas.

Google puede enviar alertas a un usuario o prohibirle cautelarmente el acceso a su cuenta de correo de Gmail cuando intenta acceder desde otro dispositivo diferente al que utilice habitualmente, a la espera de confirmación de su identidad.

Twitter puede bloquear o suspender la cuenta a sus usuarios, temporal o permanentemente, cuando considera que pueden haber violado los términos y condiciones de uso de sus servicios³.

Salvando las distancias, se podría contemplar la posibilidad de establecer mecanismos similares que no dependan de una autoridad central, sino que se hallen programados en el código y que, de vulnerar las «reglas del juego», identifiquen la actividad prohibida, bloqueándola y hasta pudiendo penalizar al infractor –vetándole temporalmente de la red, por ejemplo–.

Dichos mecanismos podrían predefinirse tomando ventaja del protocolo de la *blockchain*, como se ha mencionado anteriormente, o en cambio ser programados a través de *smart contracts*, permanentemente insertos en la cadena de bloques y, en consecuencia, inmutables⁴.

A tal efecto, recordemos que como consecuencia de lo que Wright y Filippi denominan *lex cryptographia*⁵, y en consonancia con Schrepel (2019a, p. 289), *blockchain* puede hacer todo lo que hace un ordenador, aunque de forma descentralizada. Por ello, no debería resultar complejo codificar reglas y modos de proceder que prevengan ciertas conductas, permitan su identificación y que, incumplidas, activen consecuencias restrictivas previamente programadas.

Incluso sería posible codificar que, a través de una votación, un determinado número de participantes pudiera, en determinadas circunstancias y alcanzado un *quorum*, decidir re-

³ Un buen ejemplo se encuentra en la suspensión permanente de la cuenta de Donald J. Trump en enero de 2021, al considerar que publicaciones del expresidente de los Estados Unidos violaban la política de Twitter en relación con la «glorificación de la violencia». A tal respecto, véase Fung (8 de enero de 2021).

⁴ Por supuesto, dicha inmutabilidad implica que las reglas que se definan a través de contratos inteligentes deben tejerse con suma cautela, puesto que una vez se inserten en la cadena y comiencen a operar, nadie será capaz de reescribir o alterar su funcionamiento o estructura, como sucede con el resto de la información contenida en la cadena.

⁵ Según los citados autores, la *lex cryptographia* es un conjunto de «reglas administradas a través de *smart contracts* autoejecutables y organizaciones descentralizadas (y autónomas)» (Filippi y Wright, 2019, p. 209).

velar la identidad de un determinado usuario en la red; posibilidad especialmente viable en redes privadas en las que se verifica la identidad de sus miembros (Schrepel, 2019b, p. 333).

No obstante, establecer dichos mecanismos en blockchains ya operativas requeriría de un reducido número de participantes o una dirección bien definida, más propio de redes privadas, que no de la amplia descentralización que impera en las públicas, en las que nadie posee cuotas significativas de control sobre la misma⁶.

Habida cuenta de lo ya expresado, una dificultad adicional residiría en identificar qué conductas o indicios de ellas podrían categorizarse como potencialmente anticompetitivas a fin de poder codificarlas como tal; tarea en la cual la relación entre expertos en derecho y en computación, antes mencionada, resultaría especialmente necesaria.

2.4. Acerca de las bases del sistema de defensa de la competencia

Otra posible medida que contribuya a reducir los riesgos para la competencia en entornos blockchain reside en el fortalecimiento de las bases del derecho antitrust, tales como las políticas de clemencia, profundizando en el dilema del prisionero y persiguiendo con ello generar una cierta inquietud en los sujetos que operan en los mercados, de tal forma que, de producirse algún tipo de conducta anticompetitiva en una red blockchain, empresas, empresarios, directivos o cualquiera que haya tenido conocimiento de información relevante a esos efectos evalúe su posición y estime más beneficioso para sus intereses adherirse al programa de clemencia y dar a conocer dichos datos que arriesgarse a sufrir las posibles consecuencias de su falta de revelación de tales circunstancias, habida cuenta de las responsabilidades no solo empresariales, sino incluso personales en las que podría incurrir por ello.

2.5. La integración de las agencias de competencia en las redes blockchain

Y en último lugar, una solución con capacidad para otorgar respuesta a muchos de los interrogantes que plantea blockchain en materia de aplicación pública de la normativa antitrust, así como de minimizar los riesgos de los obstáculos que genera, consiste en que las autoridades de competencia se integren en las cadenas de bloques, pasando a formar parte de las mismas.

⁶ Se produce en tal supuesto una curiosa dicotomía, por los riesgos que presentan las blockchain privadas en relación con las concentraciones de poder que puedan surgir en ellas, frente a las características de las públicas que, en principio, dificultan tales concentraciones.

Las agencias de competencia, como muchas autoridades gubernamentales, militares y organizaciones, presentan una notable tendencia hacia la centralización. Se trata de instituciones eminentemente centralistas –o con un mínimo grado de descentralización– y altamente jerarquizadas. Tal circunstancia hace extremadamente complicado que sean capaces de aproximarse con eficiencia a realidades con una estructura marcadamente descentralizada o, como en el caso de *blockchain*, distribuida.

Una de las medidas que podría contribuir a salvar dicha distancia sería la incorporación de la autoridad en la red misma.

Dicha concepción responde a la incógnita de si existe margen para que las propias autoridades de competencia utilicen tecnología *blockchain* en la detección de conductas anticompetitivas.

Ciertamente, las cadenas de bloques son terreno fértil para la creatividad y el desarrollo; las agencias concurrenciales pueden beneficiarse de ese potencial para la innovación y utilizarlo a su favor, aprovechando las oportunidades que dicha tecnología les brinda a efectos de incrementar la eficacia y eficiencia de sus propias investigaciones, recibiendo información en tiempo real del mercado en cuya red *blockchain* se inserten y permitiéndoles así «monitorizar mercados, el cumplimiento de compromisos, recopilar datos para investigaciones en curso e incluso detectar patrones sospechosos» (Pike y Capobianco, 2020, p. 16).

Para ello, sería necesario que la agencia de competencia se integrase en la *blockchain* como un usuario cualificado, poseyendo su propio nodo que le permitiese el acceso a la cadena en redes privadas⁷.

Las características de anonimidad y carácter distribuido de *blockchain* se retroalimentan entre sí, comportándose como una suerte de «muralla» que protege lo que sucede dentro de la cadena frente a cualquier intento de quienes se hallen fuera –como una autoridad de competencia– de averiguar lo que sucede dentro.

Mediante su integración en la cadena de bloques, las mencionadas autoridades podrían introducirse en la esfera que protege la red *blockchain* frente al exterior, trascendiendo el «efecto muralla» y permitiéndoles adquirir un valioso conocimiento de lo que ocurre en su interior, a efectos de adoptar medidas preventivas, realizar un seguimiento y control periódicos de dichas redes, así como identificar e investigar potenciales infracciones de las leyes antitrust.

Como resulta lógico, que las autoridades de competencia lleven a cabo un seguimiento constante de la gran cantidad de redes *blockchain* que pueden llegar a surgir en el futuro o

⁷ En particular, este es el caso de consorcios como R3, de conformidad con lo discutido en la Audiencia de la OCDE sobre Tecnología *Blockchain* y Política de Competencia.

procesar el vasto volumen de información que puedan recabar, requeriría de medios técnicos, recursos económicos y humanos abundantes.

Dotar de mayores recursos a las autoridades concurrenciales, o permitir que las agencias incorporen a su presupuesto las cuantías de las sanciones pecuniarias que imponen a los operadores que contravienen la normativa antitrust, sería un paso importante para facilitar a dichas agencias el acceso a los mejores profesionales y recursos, incrementando su capacidad para conocer y comprender lo que sucede en estos entornos tan complejos.

Una posibilidad adicional, muy atractiva para minimizar el inconveniente que supone la falta de recursos de las autoridades de competencia –en el sentido ya aludido–, consistiría en subcontratar dichos servicios, de tal forma que las agencias puedan valerse de la capacidad y especialización de consultorías –para gestionar y analizar la información recabada– o empresas dedicadas al *blockchain analytics*⁸, al efecto de contar con un apoyo adicional en la detección de actividades, tendencias y patrones que supongan un riesgo o resulten lesivos, así como para la monitorización de actividades económicas y transacciones en las cadenas de bloques.

No obstante, como suele suceder, la virtud se halla en el equilibrio, y la mejor alternativa vendría constituida por una combinación de las mencionadas opciones, de tal forma que las agencias de competencia dispusieran de mayores recursos, se insertaran en las cadenas de bloques –gozando de acceso a las mismas–, y pudieran valerse de terceros especializados como apoyo adicional.

La combinación de los tres factores aludidos, así como del resto de elementos analizados en el presente documento, maximizaría la capacidad de las autoridades concurrenciales para comprender la tecnología blockchain, acceder a tales redes y detectar e investigar las conductas anticompetitivas que se produzcan en dichos entornos.

3. Conclusiones

Una tecnología exponencial es aquella que estimula el cambio a una velocidad acelerada, aquella que sigue una tendencia de crecimiento exponencial en consonancia con la conocida como Ley de Moore⁹.

⁸ *Blockchain analysis* es el proceso de «analizar, identificar y "agrupar" datos en la cadena de bloques», así como también «modela y representa visualmente datos para identificar información clave sobre usuarios y transacciones» (Elliptic, 20 de noviembre de 2020), todo ello a través del análisis de *big data* en las cadenas de bloques.

⁹ A tal efecto, véase Alonso (21 de julio de 2021) o BBVA (1 de febrero de 2017).

Gordon Moore observó que, en lo que respecta a la innovación tecnológica, existe una cierta relación inversamente proporcional entre el desarrollo de la tecnología y su coste, de tal forma que, en paradigmas como *blockchain*, la tecnología avanza cada vez más rápido y, a medida que lo hace, los costes se reducen.

A su vez, esa acelerada progresión exponencial que muestran los avances de ciertas tecnologías repercute también exponencialmente sobre la sociedad; en cambio, autoridades e instituciones como las que velan por el equilibrio y buen funcionamiento de los mercados y la competencia no siguen esa misma pauta.

Tecnologías exponenciales como la inteligencia artificial, la computación cuántica, la robótica, la biotecnología o *blockchain* tienen un enorme potencial para sobrepasar el ritmo, velocidad y capacidad tanto regulatoria como de previsión y de actuación de las autoridades en aquellos ámbitos sobre los que impactan.

A tal efecto, podríamos aproximar metafóricamente las autoridades concurrenciales a un gigante con pies de barro. Por muy rápido que quiera moverse, el Goliat solo puede arrastrarse con lentitud, tratando de adaptarse a los cambios, sí, pero de una forma progresiva y dilatada, poco flexible y rígida, más reactiva que proactiva.

Esa lentitud se traduce en ineficiencia a la hora de dar respuesta a los problemas de los competidores, los usuarios y los mercados, así como de adaptarse a los cambios en una dinámica y voluble realidad en constante desarrollo y transformación.

Comprender la tecnología *blockchain*, identificar las posibles conductas anticompetitivas que puedan surgir en su seno –así como la forma en la que surgen–, legislar en su propio código e impulsar la integración y adaptación de las autoridades a este medio son pautas que pueden contribuir a minimizar los problemas que presentan las cadenas de bloques en relación con la aplicación pública de la normativa de libre competencia, la actuación de las agencias concurrenciales y la eficacia de sus medidas.

Nos encontramos ante un punto de inflexión. Las autoridades de competencia deben mantenerse relevantes, deben fortalecer su capacidad de respuesta no solo ante los retos ya existentes, sino ante los que aún no podemos prever, y ello requiere la mayor agilidad y flexibilidad posible en su adaptación a la realidad, elemento esencial ante el tsunami evolutivo de innovación tecnológica y transformación económica y social que, gracias a *blockchain*, ya está teniendo lugar.

Referencias bibliográficas

- Alonso, R. (21 de julio de 2021). La Ley de Moore, explicada para que la entiendas. HardZone. <https://hardzone.es/reportajes/que-es/ley-de-moore/>
- BBVA. (1 de febrero de 2017). Está revolución será exponencial (por ley). BBVA OpenMind. <https://www.bbvaopenmind.com/tecnologia/futuro/esta-revolucion-sera-exponencial-por-ley/>
- Dannen, C. (2017), *Introducing Ethereum and Solidity: Foundations of Cryptocurrency and Blockchain Programming for Beginners*. Apress.
- Elliptic. (20 de noviembre de 2020). A brief guide to analytics on blockchain. <https://www.elliptic.co/blog/a-brief-guide-to-analytics-on-blockchain>
- Filippi, P. de y Wright, A. (2019). *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Harvard University Press.
- Fung, B. (8 de enero de 2021). Twitter suspende la cuenta de Trump permanentemente. CNN. <https://cnnespanol.cnn.com/2021/01/08/twitter-suspende-la-cuenta-de-trump-de-manera-permanente/>
- Massarotto, G. (2020), Antitrust in the Blockchain Era. *Notre Dame J. Emerging Tech*, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=3548094>
- Pike, C. y Capobianco, A. (2020). *Antitrust and the trust machine*. www.oecd.org/daf/competition/antitrust-and-the-trust-machine-2020.pdf
- Schrepel, T. (2019a). Is Blockchain the death of Antitrust law? The Blockchain-Antitrust Paradox. *Georgetown Law Technology Review*, 3(2). <https://ssrn.com/abstract=3193576> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3193576>
- Schrepel, T. (2019b). Collusion by Blockchain and Smart Contracts. *Harvard Journal of Law and Technology*, 33(1). <https://ssrn.com/abstract=3315182>
- Schumpeter, J. (1942). *Capitalismo, Socialismo y democracia*. Ediciones Folio.
- Tapscott, A. y Tapscott, D. (2016). *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*. Penguin Books.

Participación de menores en juicio y valoración de su voluntad por el tribunal

Comentario a la STS de 2 de febrero de 2022

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

En el presente comentario –haciendo referencia a la cuestión principal tratada– vamos a ilustrar con otras resoluciones y disposiciones legales, que profundizan y reiteran los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 87/2022, de 2 de febrero. Por consiguiente, no se trata de centrarnos exclusivamente en esta sentencia –porque se verá después, en la última parte del comentario sobre el derecho o no al conocimiento de la voluntad expresada por el menor por las partes del proceso–, sino de complementar, a mayor abundamiento, con otras que nos aportan nuevas ideas sobre los criterios determinantes para valorar la decisión de explorar o no al menor de 12 años. La relativa a la necesidad, entendida desde la perspectiva del juicio o madurez del menor y la conveniencia para su interés, de tal suerte que no han de darse necesariamente las dos, pues, pudiendo ser necesaria la exploración, también puede no ser conveniente. Y, en ambos casos, la ineludible motivación de las causas, las dos o una de ellas, si le conducen al juez a rechazar explorar la voluntad del menor. Ahora bien, vaya por adelantado que el rechazo por falta de madurez, en ausencia de persona especializada que asesore –como suele ser lo normal en la práctica–, convierte la motivación en una visión subjetiva del juzgador carente de rigor.

Que el juez vele por el cumplimiento del derecho del menor a ser oído, según dice el artículo 92 del CC, significa, no que esté obligado a tener en cuenta su opinión, sino que sea explorada su voluntad para saber si lo deseado responde o no a su interés; porque sucede que ese derecho pertenece al orden público, es de obligado cumplimiento, y su vulneración provoca la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Este artículo también añade que las medidas se dictan después de oír al fiscal y a los menores con juicio suficiente, bien de oficio o a instancia del fiscal o de las partes, o del menor. El equipo técnico, en todo caso, dictará un informe cuando se le haya pedido. Aquí lo importante es ver cómo se desarrolla y se aplica en la práctica este importante precepto. Y eso requiere de comentario aparte.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de marzo de 2022).

No siempre se explora al menor, en ocasiones se decide la intervención inmediata del equipo técnico adscrito al juzgado, porque se piensa que los profesionales que intervienen van a realizar la misma tarea con un alto grado de fiabilidad por su especialización, con un estudio más completo de la unidad familiar y de cuantos datos sean precisos. La prueba, en su conjunto, define las medidas de custodia para con los hijos, pero es curioso que el artículo indicado nos introduzca en la idea de que la relación de los padres entre sí y para con sus hijos podrá ser determinante de la idoneidad para decidir el régimen. Como se puede observar, por tanto, son diferentes los elementos de la decisión, y la exploración es solo uno más. Cuando decimos que el equipo técnico interviene, y lo hace con regularidad, es porque los psicólogos y educadores son personas cualificadas que emiten un dictamen razonado con una metodología precisa.

En ocasiones, recurrir al informe y no explorar la voluntad del hijo menor de 12 años es un recurso que se justifica porque aclara muy bien lo idóneo para el caso. El juez se sirve de esta diligencia de prueba y elude la exploración muy probablemente en los supuestos en los que no está clara la madurez o el juicio para decidir si proceden a escuchar en audiencia aparte al menor. Lo cierto es que así no se cumple con el espíritu del precepto que pretende preservar el derecho a ser escuchado; pero es cierto también que, antes de los 12 años, no es preceptiva su intervención. El Tribunal Supremo nos ha dicho que difícilmente una medida se puede apartar del dictamen sin una motivación rigurosa por parte del juzgador, cuando el informe técnico es preciso y posee esa metodología indicada aplicada por los profesionales cualificados. Ya indicaremos al final que no todos los juzgados son uniformes en esta materia; de ahí que esta sentencia nos parezca aclaratoria e importante, con el fin de garantizar la unidad de criterios para no vulnerar el interés del menor. Pues debe comprenderse algo esencial: la decisión no pasa solo por la conveniencia, sino por respetar el derecho –sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia– de intervenir en el proceso de familia (art. 9 LOPJM), y sin que ello suponga erigir al hijo en protagonista del mismo.

Como dice la sentencia del Supremo, parafraseando la de 9 de mayo de 2019 del Tribunal Constitucional (NCJ064064):

El derecho del menor de edad a ser «oído y escuchado» ha sido introducido por primera vez en el artículo 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño, figura asimismo en el artículo 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, ratificado por España mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el apartado 15 de la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992 y, con una fórmula más genérica, en el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Con esta descripción o enumeración de los preceptos, la sentencia se está preparando para el argumento definitivo; es decir, determinar si es conveniente al interés del menor su exploración y si esta deviene necesaria por su grado de madurez. Y decidir si la falta de

motivación es la causa directa de la casación de una sentencia que no contempló la audiencia del menor. No solo la norma interna –que mencionaremos después–, las internacionales –en la que nos inspiramos– otorgan un amplio reconocimiento de ese derecho, y todos los poderes públicos están vinculados de conformidad en los artículos 10.2 y 39.4 de la CE. Porque cuando el primero de los artículos citados nos dice que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», y el segundo: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», ambos preceptos nos recuerdan la imperatividad de la obligación legal.

Por lo que a nuestra norma interna más significativa se refiere, ese derecho se desarrolla en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La exposición de motivos de esa ley destaca el nuevo protagonismo del menor, su necesaria participación en los asuntos que le afecten.

Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos tratados internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que este desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

De otro lado, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, recupera la idea del artículo 39 de la CE sobre la obligación de los poderes públicos de asegurar, en especial, la protección de los menores de edad.

Escuchar su opinión en un procedimiento de medidas, en divorcios, separaciones o relaciones de hecho, no solo es un derecho, es una manera de proteger al menor de obligado cumplimiento para los poderes públicos (para el juez). La modificación operada por esta ley en el artículo más conspicuo sobre esta materia tiene su explicación en el desarrollo,

de forma más detallada, del derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

Se sustituye el término juicio por el de madurez, tanto en la presente ley orgánica como en la ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros. Se establece expresamente que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su discapacidad, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté directamente implicado, en línea con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

Además, se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas. Se toma, además, en cuenta en esta regulación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos SN contra Suecia de 2 de julio de 2002, Magnusson contra Suecia de 16 de diciembre de 2003 y Bellerín contra España de 4 de noviembre de 2003) y del Tribunal Supremo (sentencia núm. 96/2009, de 10 de marzo).

Esta exposición de motivos de la Ley 8/2015 explica convenientemente el porqué de la necesidad de contar con el criterio del menor en los procedimientos de familia, y es un complemento a lo ya expuesto en la STS 577/2021 (NCJ065720), de 27 de julio parafraseando la del TC 64/2019, de 9 de mayo (NCJ064064).

Ahora, en congruencia con lo dicho, conviene mencionar la siguiente sentencia del TSJC de 9 de enero de 2014 (que después de referirse a la audiencia de los menores cuando tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años), que viene impuesta por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 antes citada (art. 12); por el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; por el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, por el artículo 770.4 de la LEC 1/2000, y a la doctrina del Tribunal Constitucional que, en relación con el artículo 24.1 de la CE, ha establecido que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser escuchado en el procedimiento (judicial o administrativo) que le afecte. Y el tribunal debe valorar lo conveniente para el menor conjuntamente con todos los factores que subyacen en esta procesosa ejecución; factores que, en ocasiones, coinciden con la voluntad expresada por los menores; factores de los que resulta el pronunciamiento más adecuado. El deseo del menor con suficiente juicio puede ser atendido, siempre será necesario:

- a) que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres;
- b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo,
- c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.

Y finalmente, nos sirve el siguiente comentario: Como dice la Sentencia de la APM de 6 de octubre de 2020, el informe «pericial psicosocial [...] reúne todas las garantías de objetividad e imparcialidad y tiene una metodología completa.» Esa misma sentencia valora el interés del menor y este preside el informe que se realiza por el fiscal, sin desconocer los derechos y obligaciones de los padres y el contenido de la guarda y custodia y del régimen de visitas establecido. De que sigamos los criterios de la STS de 25 de abril de 2018 (NCJ063384) cuando afirma:

Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 de mayo [NCJ051961]; 124/2002, de 20 mayo [NCJ042983]; 144/2003 de 14 julio, [NCJ041813]; 71/2004, de 19 abril [NCJ040472]; 11/2008, de 21 de enero [NSJ025694]). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al hijo menor el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con ese principio, el artículo 92 del Código Civil regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios:

- a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para hijos y
- b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del juez debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquellos.

Por eso, el interés justifica una vez más que sea escuchado en todo procedimiento que le afecte. Y, en cuanto al informe psicosocial, reforzando lo apuntada más arriba, la STS núm. 482/2018, de 23 de julio, rec. núm. 5231/2017, nos recuerda que «cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse este sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como la obrante en autos».

La STS menciona también los apartados 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil. Y que dicen lo siguiente:

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

Al margen de los comentarios de la STS, analizando los párrafos transcritos se puede añadir alguna idea que proviene de la praxis en relación con la norma. Conviene fijarse en que para valorar la madurez y decidir si procede la exploración, el precepto invoca la intervención de personal especializado. ¿El juez es personal especializado? ¿El Fiscal?... Cuando se está desarrollando la vista y se ha propuesto la exploración de un menor de 11 años, por ejemplo, ¿quién auxilia al juez para decidir al respecto? Es evidente que nadie y que, de existir dudas, el personal especializado –como dijimos más atrás– es el equipo técnico, que verá al menor, realizará sus conclusiones y nos dará su idea sobre la voluntad expresada. El precepto también está contemplando al menor con alguna discapacidad. Por consiguiente, sí puede intervenir por sí mismo, si no a través del representante y cabe el intérprete cuando sea necesario. La especialización va unida en este caso con la madurez del juez o del fiscal y la mayor o menor capacidad de captación de las posibilidades de que un menor pueda y deba ser valorado en exploración. Es decir, en la práctica no existe un asesoramiento cuando se tiene que tomar la decisión de explorar o no al menor en el acto de la vista.

Del apartado 3.º destacamos que la denegación ha de ser motivada. Ya hemos transcrito alguna sentencia que contempla esta obligación. Aquí conviene decir simplemente que es infrecuente la motivación y por ello esta STS sanciona y casa la sentencia, pues se nos

dice en ella literalmente: «En el presente caso, la menor no fue oída por el juez de 1.^a instancia. Aun siendo cierto que no tenía aún 12 años, la denegación debió ser motivada, bien por no resultar necesaria al carecer de madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente por su interés». Aquí está el fundamento de la casación: la falta de motivación. Y qué debe contener esa motivación: que no resulten necesaria o conveniente. La necesidad se predica de la madurez; la conveniencia en función de su interés. Con lo cual, pudiendo ser necesaria puede no ser conveniente porque no responda a su interés. Una vez más se comprueba que el principio básico es este último; es decir, el interés del menor decide. El recurso de casación se estima porque se han vulnerado las normas citadas y desatendido la jurisprudencia que cita esta sentencia que se está comentando. La infracción procesal se produce al no motivar la denegación, infringiendo los artículos 206.1.2.^a y 208.2 de la LEC, en relación con los artículos 247 y 248 de la LOPJ. También se vulneran los preceptos mencionados en la resolución por infracción de ley y la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, vulnerando el principio de interés del menor (se remite a su lectura).

Aun cuando no es objeto de la sentencia que estamos comentando, no podemos pasar por alto el análisis del derecho de las partes a tener conocimiento o no del contenido de lo manifestado por el menor en la exploración, por la interrelación existente y la invocación que se hace en esta sentencia de la STC núm. 64/2019, de 9 de mayo, rec. núm. 3442-2018 (NCJ064064). Cuando se documenta la exploración por el letrado de la Administración de Justicia, esa voluntad puede ser el objeto del deseo de las partes, que quieren, como es lógico, saber qué dijo el menor. Sucede, entonces, que hay una colisión de derechos y está en juego el derecho a la intimidad del artículo 18 de la CE. Según ha reiterado la STC 58/2018, de 4 de junio (NCJ063335),

tiene por objeto «garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE [EDL 1978/3879]), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida» (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre [NCJ058102], FJ 7)» (FJ 5). Obsérvese –como indica la STC (Pleno) núm. 64/2019 de 9 de mayo, rec. núm. 3442/2018, a la que seguimos en esta parte del comentario– que hay una relación entre ese artículo 18 de la CE y el 9.1 de la LO 1/1996, que preserva la intimidad del menor en los procedimientos judiciales. ¿Cómo conciliar la exploración con la intimidad y el derecho de las partes a conocer el contenido como manifestación de la tutela judicial efectiva? De existir el conflicto, el interés del menor es prioritario. Como dice el criterio de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, su interés superior es de una consideración primordial.

La sentencia del Constitucional, al invocar el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, hace una observación muy interesante, pues, conforme al precepto si concurren varios intereses –es nuestro caso– «deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este inte-

rés, respeten también los otros intereses legítimos presentes, los «derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados». La observación es la siguiente: si el artículo 18.2.4.^a de la Ley 15/2015 prevé acta detallada de la exploración judicial del menor, con traslado a los interesados para que puedan efectuar alegaciones, y «en el expediente de jurisdicción voluntaria, son interesados las partes», ¿es constitucional poder no conferir ese traslado a los abogados? Lo mismo podría decirse de un proceso de familia, en el cual se practica la exploración y el abogado solicita que se le permita conocer su contenido. No permitir el traslado de parte del contenido importante para preservar el derecho de defensa y la utilización de los medios de prueba pertinentes (art 24.2 de la CE). ¿La intimidad puede limitar o impedir el conocimiento de la voluntad del menor? Pues esta es la cuestión compleja entre los derechos del menor a participar en el procedimiento y los de los abogados. Hay que tener en cuenta que la cuestión no es baladí, porque en la práctica de los procesos de familia es muy frecuente que se escuche a los menores de los padres que se divorcian o separan. Por otro lado, no es menos importante considerar que la exploración pueda no ser una diligencia de prueba dentro del pleito sino un derecho del menor, lo cual cambia claramente la perspectiva procesal y el derecho a reclamar su conocimiento; a diferencia del fiscal que interviene en defensa del interés del menor, no parte formal en sentido estricto, el cual sí conocerá el resultado de la exploración, en la que estará presente.

En definitiva, ante la tesitura y conflicto derechos aludido, entre el derecho a la audiencia y el de contradicción, el Tribunal Constitucional se pronuncia de la siguiente manera:

La exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente. Por otro lado, la función tuitiva del fiscal refuerza esta garantía, dada su especial vinculación con los intereses de los menores de la que son buena muestra las Instrucciones 2/2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, y 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores.

Pues bien, resulta que se ha de saber preguntar al menor para probar y al mismo tiempo para preservar su intimidad, como si fuera fácil el deslinde, o el acotamiento, como dice el Tribunal Constitucional. El juez, el fiscal garante y el letrado de la Administración de Justicia han de ser sensibles, inteligentes y oportunos. El acta solo recogerá lo que puede ser leído por el resto de los letrados, que al mismo tiempo sirva para preservar la intimidad del menor y la prueba de lo trascendente en el pleito. Tarea sumamente difícil, que se nos antoja más propia de la teoría que de la realidad y de la práctica. Así, y solamente de esa manera, los derechos en conflicto quedarán garantizados y el letrado podrá dar traslado del acta con el resultado de la exploración a las demás partes procesales. Insistimos que nos parece un ejercicio de artificio de difícil consecución. La lectura nos proporcionará a todos la información adecuada, sin que en ningún caso quede mermado el contenido por lo que haya sido objeto de ocultación para proteger la intimidad del menor. No parece ser muy convincente el argumento.



¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?

Remigio Beneyto Berenguer

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado.

Universidad CEU-Cardenal Herrera Valencia

Académico c. de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

beneyto@uchceu.es | <https://orcid.org/0000-0003-0192-964X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Domenech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

Extracto

Ante la aprobación precipitada de la LOMLOE y la presentación de sendos recursos de inconstitucionalidad presentados por los grupos parlamentarios del PP y de VOX, el artículo expone y reflexiona sobre la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la educación y libertad de enseñanza, sobre la libertad de educar a los hijos conforme a las propias convicciones (sobre la enseñanza de la religión en la escuela, sobre la libertad de elección de centro, sobre el derecho de los padres a la cooficialidad de lenguas en la enseñanza de sus hijos), sobre la libertad de creación y dirección de centros docentes (sobre el establecimiento del ideario y sobre la educación diferenciada) y sobre el derecho de los centros docentes a ser ayudados por los poderes públicos. El artículo finaliza con unas escuetas conclusiones, que intuyen las carencias de una ley que nace bajo sospecha de inconstitucionalidad.

Palabras clave: derecho a la educación; libertad de enseñanza; inconstitucionalidad.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Beneyto Berenguer, R. (2022). ¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?. *Revista CEFLegal*, 255, 81-110.



May the LOMLOE be unconstitutional?

Remigio Beneyto Berenguer

Abstract

Given the hurried passing of the LOMLOE and the actions of unconstitutionality brought by PP and VOX parliamentary groups, this article exposes and reflects on the doctrine of the Constitutional Court on the right to education and the freedom of teaching, on the right of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with their own convictions (on the teaching of religion in schools, on the freedom to choose school, on the right of parents to the use of official languages in education), on the freedom to found and direct educational establishments (on establishing a set of principles, on single-sex education) and on the right of schools to be supported by public powers. The article ends on some brief conclusions, aware of the deficiencies of a Law born under unconstitutionality suspicions.

Keywords: right to education; freedom of teaching/academic freedom; unconstitutionality.

Citation: Beneyto Berenguer, R. (2022). ¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?. *Revista CEFLegal*, 255, 81-110.



Sumario

1. Introducción
 2. Derecho a la educación y la libertad de enseñanza
 3. Libertad de educar a los hijos conforme a las convicciones religiosas y morales
 - 3.1. La enseñanza de la religión en la escuela
 - 3.2. Libertad de elección de centro docente
 - 3.3. Derecho de los padres a la cooficialidad de lenguas en la enseñanza de sus hijos
 4. Libertad de creación de centros docentes
 5. Derecho de los centros a ser ayudados por los poderes públicos
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El BOE de 30 de diciembre de 2020 publicó la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE).

Después del esfuerzo realizado por consensuar el artículo 27 de la Constitución, quedando clara su ambigüedad, lo que permite flexibilizar los términos del mismo, Jesús López Medel, en 1984, y respecto al proyecto de ley, que luego se transformaría en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), se planteaba la oportunidad, la urgencia y la estrategia de este proyecto.

Afirmaba textualmente:

Pero una «reforma», «reestructuración» o «reconversión» de tal calibre, va a hacerse en unos momentos estelares de situación crítica, mundial y española. El reformismo, el «cambio» en la escuela es fundamental. Pero esas razones de prudencia, de moderación, de estrategia no exacerbadas de que no pocos políticos, de uno y otro lado, están haciendo gala, no las han querido utilizar los progenitores de la LODE.

López Medel (1984, pp. 15-20) hacía referencia a la problemática de muchas familias, a las adaptaciones «lingüísticas» de educadores, a la reorganización administrativa autonómica, y decía que, a pesar de saber que se trataba de una opción política de urgencia, tanto de programa electoral como decisión política, ¿qué país del mundo se atrevería en estas circunstancias a tal «reconversión»? Y continuaba afirmando:

Y me preocupa la estrategia. Que es tanto como decir: por un lado, la ausencia de un «debate nacional» sobre la educación... debate que es necesario para producir el «cambio»... ¿Quién tiene tiempo y tranquilidad para ocuparse seria-

mente de la LODE? La estrategia ha sido, entre otros métodos, la urgencia. Para la educación, prisa. Y aún sorpresa, [y finalizaba:] El tema de las actitudes... La desinformación, por defecto o exceso, la ideologización abultada, la mezcla de propósitos electorales, o técnico-pedagógicos, no ayudan mucho a la creación de una «voluntad política», de «cambio» en la escuela. No solo en el hacia dónde. También en el cómo. Y eso es muy importante para el asentamiento sereno y democrático, con viabilidad perdurable. Más allá de las contingencias.

Es lamentable la coincidencia con el entorno en el que se produjo la aprobación de la actual ley educativa. Según datos del balance oficial, ofrecido por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (31 de diciembre), se han notificado, hasta el momento, un total de 1.928.265 casos de covid-19 y la cifra total de fallecidos es de 50.837. Las familias estaban preocupadas por el aumento de casos de covid-19: familiares enfermos e incluso familiares fallecidos. Confinamiento en los domicilios, sin poder salir, sin poder defender los derechos fundamentales. Las familias estaban angustiadas por no tener trabajo, encontrarse en el paro o en el ERTE (expediente de regulación temporal de empleo): las familias, en Navidad y en fin de año, sin trabajar y sin cobrar desde el mes de marzo en que se declaró el estado de alarma.

No hace falta ser muy inteligente para descubrir que no era el momento oportuno, ni el tema era urgente ni había sido mínimamente consensuado. Las prisas excluyeron el dictamen del Consejo de Estado y del Consejo Escolar del Estado; el poder legislativo fue una caricatura de su principal cometido, al tratar cientos de enmiendas en el Congreso y en el Senado sin la seriedad y el rigor parlamentarios. Ciertamente ha sido una oportunidad perdida, ya que las comisiones legislativas sirven para aunar posiciones enfrentadas, para potenciar lo que une y limar lo que divide.

Para los ciudadanos españoles este no era ni siquiera uno de sus principales problemas. Es triste que un Gobierno aproveche estos momentos de zozobra y de debilidad de sus ciudadanos y de su sociedad civil para aprobar con urgencia y casi con nocturnidad una ley que desarrolla un derecho fundamental tan importante para la convivencia y la paz social, y, especialmente, para el futuro de España.

Es una ley que nace con fecha de caducidad, porque, casi con total seguridad, una alternancia en el Gobierno de la nación traerá una nueva ley de educación, la novena.

La LOMLOE se planteaba una doble estrategia¹: la primera, revertir los cambios producidos por la LOMCE, y la segunda, modernizar el sistema educativo para adaptarlo a la realidad social de la España del siglo XXI. En la exposición de motivos se refieren unas cir-

¹ Asegurado Garrido y Marrodán Gironés (2021); Trujillo Sáez (2021); Polo Sabau (2021); Mateu Isturiz y Sánchez Socías (2021).

cunstances que han afectado a la sociedad española y presentan un cambio social diferente, a saber: los recortes sufridos en la educación por la crisis económica, reducir el abandono temprano y el fracaso escolar, el uso generalizado de las tecnologías de la información y la comunicación, el enfoque de la igualdad de género, la importancia de atender al desarrollo sostenible y reforzar la equidad y la capacidad inclusiva. Esto es, según la exposición de motivos, la finalidad de la LOMLOE es

establecer un renovado ordenamiento legal que aumente las oportunidades educativas y formativas de toda la población, que contribuya a la mejora de los resultados educativos del alumnado, y satisfaga la demanda generalizada en la sociedad española de una educación de calidad para todos.

Ya se han presentado, a finales de marzo de 2021, por el Grupo Parlamentario Vox y por el Grupo Parlamentario del Partido Popular sendos recursos de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 3/2020. El recurso presentado por el PP se basa en tres áreas: la cuestión lingüística, el respeto a la libertad religiosa y la escuela concertada. El recurso presentado por Vox se detiene en cómo la LOMLOE atiende aspectos de la enseñanza concertada (supresión del criterio de la demanda social y el incremento progresivo de plazas en centros de titularidad pública), la supresión de la enseñanza de religión, la supresión del castellano como lengua vehicular en la enseñanza, la educación diferenciada y los centros de educación especial. Una vez más, se ha dejado pasar una oportunidad de elaborar una «ley de Estado» para hacer una «ley de partido político».

Por este motivo se cree oportuno exponer y reflexionar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la educación y libertad de enseñanza, sobre la libertad de educar a los hijos conforme a las propias convicciones (sobre la enseñanza de la religión en la escuela, sobre la libertad de elección de centro, sobre el derecho de los padres a la cooficialidad de lenguas en la enseñanza de sus hijos), sobre la libertad de creación y dirección de centros docentes (sobre el ideario y la educación diferenciada) y sobre el derecho de los centros docentes a ser ayudados por los poderes públicos, para mostrar las carencias de una ley que nace bajo sospecha de inconstitucionalidad y aventurar cuál debería ser la posición del Tribunal Constitucional en la sentencia que esperemos no tarde mucho en dictarse y hacerse pública.

2. Derecho a la educación y la libertad de enseñanza

El artículo 27.1 de la Constitución española de 1978 proclama: «Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza»².

² Fernández (1998); Martín García (2019).

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 74/2018, de 5 de julio, FJ 4.º (BOE de 6 de agosto), manifiesta que este «genérico derecho a la educación» tiene una doble dimensión o contenido: «derecho de libertad» y «prestacional».

La primera dimensión, la de derecho de libertad, se identifica con la «libertad de enseñanza», entendida como proyección de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 de la Constitución) y de la libertad de expresión, del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones (art. 20 de la Constitución). Cuando se entra a analizar concienzudamente el artículo 27 de la Constitución, parece que el apartado 1 sea inútil, pero en absoluto lo es, y, aunque pueda identificarse con las libertades de los artículos 16 y 20 de la Constitución, constituye una libertad autónoma y distinta que merece ser profundizada.

Ciertamente el identificar la libertad de enseñanza con la libertad ideológica y de expresión plantea interrogantes y peligros, porque da a entender que esta libertad de enseñanza queda orientada al docente más que al discente, a esa transmisión de conocimientos, a esa difusión de pensamientos e ideas, a esa comunicación de una determinada cosmovisión. Quizá queda demasiado unida a lo que se entiende por libertad de cátedra, que se contempla en el mismo artículo 20.1 c) de la Constitución.

No puede olvidarse que, según el artículo 27.2 de la Constitución, la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de la convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

El problema fundamental viene circunscrito, pues, a qué se entiende por derecho a la educación, por libertad de enseñanza, por pleno desarrollo de la personalidad humana, por formación integral. Es lamentable que en 42 años (1978-2020) haya habido 8 leyes educativas (la LOECE, la LODE, la LOGSE, la LOPEG, la LOCE, la LOE, la LOMCE y la LOMLOE). Ya el Consejo de Estado, ante el proyecto de LOE, se lamentaba de la siguiente manera:

Que el presente proyecto, dada la ausencia del consenso respecto a su contenido, pueda llegar a ser simplemente uno más de los muchos que se elaboran (y normalmente se promulgan) cada vez que se produce alternancia de poder en el sistema democrático español en una cuestión tan esencial como lo es, y así viene recogido por la Constitución (artículo 27), la organización del sistema educativo. Por tanto, en la medida en que la propuesta de sistema que el anteproyecto de Ley Orgánica plasma no recoge un pacto de Estado, no puede sino lamentar este Consejo el desconcierto que para los españoles supone el mero hecho de tener que ajustarse cada breves períodos de tiempo a toda una revisión sistemática y pretendidamente total del sistema educativo (Dictamen del Consejo de Estado, número de expediente 1125/2005 [Educación y Ciencia]. Fecha de aprobación: 14 de julio de 2005).

Y, a pesar de estos lamentos, se aprobó la LOE, luego se aprobó la LOMCE en el 2013 y la LOMLOE en el 2020.

Es cierto que todo el mundo clama por un pacto de Estado sobre educación y enseñanza, y, tras años y años reflexionando, uno llega a la conclusión de que quizá no sea posible, que se están confrontando dos visiones sobre el hombre y la sociedad demasiado distintas. No se observa un ánimo de tender puentes, de ver puntos convergentes, de unión en la diversidad, sino que, con prisas, con atropellos, sin consenso e incluso como una forma de tapar otras vergüenzas, se aprueban leyes educativas. Es demasiado lo que se juegan los partidos políticos con la educación y la enseñanza.

Después de 15 meses trabajando por el Pacto Educativo en España, desde diciembre de 2016, el Partido Socialista Obrero Español (el 6 de marzo de 2018) y en aquel momento Unidos-Podemos (7 de marzo de 2018) abandonaron la subcomisión: el primero mientras no se comprometiera el Gobierno de entonces a incrementar la partida de Educación en al menos un 5 %, y el segundo porque no quería participar en un «paripé». El Partido Ciudadanos dijo que nunca apoyaría un pacto educativo que no garantizara el castellano como lengua vehicular en toda España. Además, según se afirmaba desde la propia subcomisión, los puntos más conflictivos, sobre los que era más difícil el pacto, eran: la enseñanza concertada y su pervivencia en tiempos de baja natalidad, la enseñanza religiosa en la escuela, el currículum común y no 25 libros diferentes para cada asignatura, la tensión entre calidad y equidad, la autonomía de los centros y el control de la Administración, etc. Entonces cabe preguntarse: ¿sobre qué materias hay posibilidades de acuerdo, si realmente conviene ese pacto? ¿No será que se trata de dos líneas paralelas que nunca se encuentran?

Además subrayó Manuel Useros (1978) que «la cuestión del «tipo de educación» es eminentemente política, porque del tipo de hombre que se eduque depende el tipo de sociedad y el tipo de Gobierno que en ella se puede sustentar».

La Constitución española, en el artículo 149.1.30.^a establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. (SSTC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 5.º; 184/2012, de 17 de octubre, FJ 3.º; 213/2013, de 19 de diciembre, FJ 3.º). Ha de asumirse que los poderes públicos, como legítimos representantes del pueblo, han de establecer las normas básicas y los requisitos mínimos del ejercicio de estos derechos y libertades, y, entre ellos, la enseñanza. Pero ha de hacerse teniendo en cuenta el principio *favor libertatis*, atendiendo a la máxima libertad y a las mínimas restricciones, y con la conciencia clara de a quién corresponde la libertad de enseñanza. En caso contrario, cada vez más, de una manera agobiante, se regula prácticamente todo: se identifica y desprecia la memoria y el contenido, considerándolos como propios de una escuela conservadora y tradicionalista, incluso elitista; se ensalza lo pragmático, la mera aplicación (porque lo práctico sin contenido es superficialidad y vulgaridad), como algo progresista, inclusivo y equitativo; se contempla la repetición de curso como algo excepcional, se aboga por poder pasar de curso con asignaturas suspendidas, y se justifica con la valoración de las circunstancias, con la flexibilización del currículum, con la motivación del alumno. Quizá se esté perdiendo el norte de lo que es la escuela, y

se le esté asignando funciones que no le corresponden porque son propias de la familia; quizá, por esta necesidad de atender a las carencias familiares, se están dejando de lado las competencias propias de la escuela, de la academia. La escuela se está convirtiendo en un cajón de sastre de todas las carencias: la sanidad, la alimentación, las normas de urbanidad y la educación vial entre otras; son innumerables los planes y programas asignados a la escuela (convivencia, igualdad, inclusión, acción tutorial). Ganan cada vez más fuerza en el mundo educativo las habilidades, las destrezas, las competencias, los procedimientos, las actitudes, las emociones, los sentimientos, y van perdiendo fuelle los contenidos.

Claramente es un problema de cosmovisión, de concepción del hombre, de qué persona se está hablando, de qué se entiende por pleno desarrollo de la personalidad humana. De ahí la importancia del apartado 2.º del artículo 27 de la Constitución.

Para entender un poco más qué se entiende por el derecho a la educación y la libertad de enseñanza debería acudir a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, que establece que las normas relativas a estos derechos se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (Saiz Arnaiz, 1999).

Tanto el artículo 26.3.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948³, como el artículo 2 del Protocolo Adicional número 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950⁴, como la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en el campo de la enseñanza de 14 de diciembre de 1960⁵, como el artículo 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, como el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966⁶, proclaman y defienden el derecho de los padres de educar a sus hijos conforme

³ «Los padres tienen derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

⁴ «El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas» (Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979).

⁵ Aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en su undécima reunión celebrada en París del 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960. Entre otros acuerdos, los Estados partes convinieron «en que debe respetarse la libertad de los padres de elegir para sus hijos centros de enseñanza que no sean los creados por los poderes públicos, pero que respeten las normas mínimas que pueden fijar o aprobar las autoridades competentes» (art. 5.1) (Boletín Oficial del Estado de 1 de noviembre de 1969).

⁶ «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (Boletín Oficial del Estado de 30 de abril de 1977).

a sus convicciones y la libertad de los padres de elegir para sus hijos centros educativos (incluso distintos a los creados por los poderes públicos)⁷.

Estos tratados tienen, primero, una labor interpretativa pero después, y es más importante, una función integradora, ya que esos mismos documentos internacionales, a tenor del artículo 96 de la Constitución española, forman parte del ordenamiento jurídico interno, y son también derecho aplicable, una vez ratificados por España y publicados en el BOE, como lo fueron. Pero además sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. El derecho internacional contempla en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972 publicado en el BOE de 13 de junio de 1980) que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» (art. 26), y que «una parte no podrá invocar sus disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (art. 27).

Como se observa claramente, el Tribunal Constitucional señaló que

en cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1.c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3). (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.º, que fallaba sobre el recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares).

El Estado, según el mismo artículo 149.1.1.^a de la Constitución, tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Aquí el Estado se muestra débil con los fuertes y fuerte con los débiles. Puede

⁷ El Parlamento Europeo en Resolución de 14 de marzo de 1984 (aunque esta Resolución no tiene categoría de tratados y acuerdos internacionales ratificados por España), en el artículo 7 establece: «La libertad de educación y de enseñanza incluye el derecho de abrir un centro y de impartir en él un tipo de enseñanza: Esta libertad incluye el derecho de los padres de elegir para sus hijos, entre los centros existentes, un centro que ofrezca a estos la enseñanza deseada», y sigue diciendo: «De acuerdo con el derecho que les ha sido reconocido, es a los padres a quienes corresponde decidir el tipo de escuelas que han de frecuentar sus hijos hasta que ellos puedan decidir por sí mismos. A este fin, el Estado tiene la obligación de prever los centros públicos y privados necesarios».

decirse sin rubor que desgraciadamente no siempre se está asegurando esta igualdad de condiciones básicas entre los españoles en el ejercicio de la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Son muchísimos los conflictos suscitados entre algunas comunidades autónomas y el Estado, precisamente por entender las primeras que pueden establecer un modelo educativo propio, en ejercicio de las competencias asumidas en sus respectivos estatutos de autonomía, ya que el Estado únicamente dispone de la competencia básica. Esa indefinición y falta de concreción de las competencias estatales y autonómicas, unida a la debilidad de la Administración estatal y a la inacción o invisibilidad de la alta inspección del Estado en demasiadas ocasiones, provoca una judicialización constante de la enseñanza. No puede olvidarse que el apartado 8 del artículo 27 dispone que «los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes».

Pero, al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional, en el FJ 13.º de la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre (BOE de 15 de enero de 2008) observa que

el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes [y sigue diciendo que] la autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1.1 de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales.

3. Libertad de educar a los hijos conforme a las convicciones religiosas y morales

El Tribunal Constitucional ha afirmado en la STC 74/2018 que la libertad de enseñanza comprende a su vez la doble facultad de los padres de elegir centro docente de sus hijos, que podrá ser de titularidad pública o privada, y de elegir la formación religiosa o moral que se ajuste a sus propias convicciones (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.º; 133/2010, de 3 de diciembre, FJ 5.º, y 10/2014, de 27 de enero, FJ 3.º).

A pesar de que la ministra Isabel Celaá declaró en el XV Congreso de Escuelas Católicas (celebrado en Madrid los días 14 a 16 de noviembre de 2019) que la Constitución no recoge el derecho a elegir centro o enseñanza religiosa, ya el Tribunal Constitucional, en el FJ 8.º de la Sentencia 5/1981, había dicho:

El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral.

Sigue diciendo el mismo FJ 8.º que ambas libertades conectan íntimamente con la libertad de creación de centros docentes con un ideario propio y no limitado únicamente a los aspectos religiosos y morales. Y la STC 133/2010, de 2 de diciembre, en su FJ 5.º afirma que la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 de la Constitución).

Puede afirmarse que no queda garantizado por los poderes públicos el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 de la Constitución) si no quedan asegurados la enseñanza religiosa en la escuela, la libertad de elección de centro y el castellano como lengua vehicular de la enseñanza en aquellas comunidades donde existe otra lengua cooficial. Pero tampoco queda protegido el derecho si no se respeta la libertad de creación y dirección de centros con el correspondiente ideario y carácter propio (incluso con la educación diferenciada) ni los poderes públicos asumen la dimensión prestacional que el artículo 9.2 de la Constitución les encarga para hacer efectivos los derechos y libertades que contempla el artículo 27 de la Constitución, entre ellos, el de ayudar a los centros que reúnan los requisitos que la ley establezca.

3.1. La enseñanza de la religión en la escuela

La enseñanza de la religión en la escuela y la libertad de enseñanza están íntimamente relacionadas con la libertad religiosa, y así en el artículo 27.3 de la Constitución convergen ambas libertades, las de enseñanza y de libertad religiosa (Beneyto Berenguer, 2018).

El Tribunal Constitucional, en el FJ 6.º de la Sentencia 31/2018, de 10 de abril, por la que se falla sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, partiendo de la idea de que el Estado es religiosamente incapaz y se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso, señala que el Estado no puede enseñar religión, sino que «son únicamente las Iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla» (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 9.º). Esa condición de sujeto «relativamente incapaz» deriva del artículo 16.3 de la Constitución que, por una parte, establece la aconfesionalidad o laicidad positiva del Estado y, por otra, plasma el mandato de cooperación con las confesiones religiosas. Ahora bien, como

señala la misma Sentencia 38/2007, en su FJ 13.º, «si la impartición en los centros educativos de una determinada enseñanza religiosa pudiera eventualmente resultar contraria a la Constitución, ya fuere por los contenidos de dicha enseñanza o por los requisitos exigidos a las personas encargadas de impartirla, lo que habría de cuestionarse es el acuerdo en virtud del cual esa enseñanza religiosa se imparte, no la forma elegida para instrumentarlo».

Sigue diciendo la misma sentencia del Tribunal Constitucional que el configurar la enseñanza de la religión en la escuela no vulnera el marco constitucional, ya que no implica valoración alguna de las doctrinas religiosas que pudieran afectar a la obligación de neutralidad del Estado. Neutralidad que venía descrita en la STC 5/1981, de 13 de febrero al tenor siguiente: «En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones políticas, y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales».

Pero esta neutralidad, según la STC 5/1981, de 13 de febrero en su FJ 9.º *in fine*, no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres contemplado en el artículo 27.3 de la Constitución, y, en cambio, sí impone a los docentes que en ellos desempeñen su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, ya que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no ha podido elegir para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita. Por consiguiente, se trata de asegurar el cauce adecuado para el ejercicio del artículo 27.3 de la Constitución, pero al tiempo es una garantía prestacional respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa individual, tanto de los individuos como de las confesiones religiosas, ya que la libertad religiosa en su dimensión comunitaria alberga como contenido nuclear «la divulgación y expresión públicas de su credo religioso» (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5.º).

No procede declarar la enseñanza de la religión en la escuela fuera del horario escolar ni inventarse asignaturas distintas. El programa del Partido Socialista Obrero Español propone: «Promover una escuela pública laica donde no quepa la integración de enseñanzas confesionales ni en el currículum ni en el horario escolar. Para ello se promoverán las reformas del marco legal actual necesarias, así como de los acuerdos internacionales». El programa de Unidas-Podemos contiene: «Se ofrecerá una educación laica, al considerarse que las creencias religiosas forman parte de la intimidad de cada persona». El programa de Ciudadanos sorprende al contemplar: «Desde la premisa de la laicidad, proponemos que ese conocimiento pueda incorporarse al acervo cultural de los estudiantes a través de la asignatura cuyo objeto sea el estudio de la historia de las religiones». Sería una contradicción, ya que el Estado no puede regular, en materia de enseñanza, lo que cada persona haga fuera del horario escolar, en su tiempo libre. Tampoco puede entenderse que es una reminiscencia de un Estado confesional católico, ya que según datos actualizados por el Ministerio de Educación, la asignatura de Religión en la escuela es obligatoria en el Reino Unido, Finlandia, Dinamarca, Austria, Chipre, Irlanda, Malta, Noruega, Rumanía, Suecia, Suiza; es

opcional en Alemania, Bélgica, Italia, Portugal, Croacia, Eslovaquia, Países Bajos, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Ucrania o Andorra.

La enseñanza religiosa en la escuela supone una manifestación del derecho de libertad religiosa y de culto, tanto en su dimensión individual (art. 2.1.c de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, de libertad religiosa) como en su dimensión comunitaria (art. 2.2 y 2.3 de la misma ley).

Además, según la STC 31/2018 en su FJ 6.º, con la introducción de una asignatura de religión en la escuela se da cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979 (Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 y publicado en el BOE de 15 de diciembre), cuyo artículo II dispone:

Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar (ahora Educación Infantil), de Educación General Básica (ahora Educación Primaria y primero y segundo de Educación Secundaria Obligatoria) y de Bachillerato Unificado Polivalente (ahora tercero y cuarto de Educación Secundaria Obligatoria y primero y segundo de Bachillerato) y grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

En los mismos términos se manifiesta el artículo 10.1 de los Acuerdos y Convenios de Cooperación con la Federación de Entidades Evangélicas de España (FEREDE), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) y con la Comisión Islámica de España (CIE), aprobados por las respectivas leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992.

No acaba de vislumbrarse dónde se encuentra el problema, siendo como lo es, de carácter voluntario y de seguimiento libre para los alumnos, con lo cual no implica vulneración constitucional alguna.

Quizá el núcleo fundamental de la problemática venga por lo que deba entenderse por «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» y por «la relación de alternatividad entre la enseñanza de la religión y otra asignatura».

Respecto a la primera cuestión, según la Real Academia Española, «equiparar» significa «considerar a alguien o a algo igual o equivalente a otra persona o cosa», luego «equivalente» significa «que puede considerarse equivalente o igual». Nadie discute que las disciplinas fundamentales pueden ser, entre otras, matemáticas, lengua castellana o ciencias sociales, luego «condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» significa por una parte que la enseñanza religión también es una disciplina fundamental, y no significa bajo ningún concepto que las horas semanales de esa materia sean un tercio o un cuarto de las otras fundamentales, y mucho menos que deban realizarse fuera del horario escolar.

Sin embargo el Tribunal Supremo, en reciente Sentencia 2781/2018, de 11 de julio, concluyó en el FJ 2.º:

Esta Sala ha dicho reiteradamente que condiciones equiparables no significa condiciones idénticas. Pues bien, a juicio de la Sala, la precisión de estas nociones debe hacerse atendiendo principalmente a elementos cualitativos, no a los cuantitativos, pues el carácter fundamental de una materia es en sí mismo un factor de cualidad,

pero en el FJ 4.º, ante la reducción de horas semanales en clara diferencia respecto a las otras disciplinas fundamentales, aseveró:

No consideramos que esa sea una carga lectiva irrelevante o, al menos, no se ha demostrado que en ese tiempo sea imposible desarrollar un programa didáctico coherente y completo de la enseñanza de la Religión Católica que, al fin y al cabo, es de lo que se discute.

Parece absurdo el razonamiento de la sala del Tribunal Supremo, pues no es eso lo que se discute, pues, siguiendo su frágil argumento, quizá también con menos horas se podría desarrollar un programa de matemática o lengua. Pero, en cualquier caso, al Tribunal Supremo no le compete resolver las dudas sobre la interpretación de «en condiciones equiparables», ya que hubiera debido ser la Comisión Mixta Iglesia-Estado la que resolviera estas dudas, a tenor de lo dispuesto en la cláusula XVI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, que expone:

La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan.

Respecto a la segunda cuestión, la STC 31/2018 considera, en concordancia con otras sentencias anteriores, que la existencia de una relación de alternatividad entre religión y otra asignatura no vulnera el derecho a la igualdad, ni implica discriminación alguna. (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 5.º y ATC 40/1999, de 22 de febrero).

Rafael Navarro Valls, en el artículo «Asignatura de Religión y Constitución» publicado en *El Mundo* el 24 de abril de 2018, escribe que

la enseñanza de la religión no solamente no es inconstitucional sino educativamente razonable y constitucionalmente plausible. Lo primero, porque ayudar al alumno a bucear en sus raíces identitarias le enriquece. Lo segundo, porque es el vehículo adecuado para que se actualice el artículo 27.3 de la Constitución española.

3.2. Libertad de elección de centro docente

El derecho a la elección de centro docente es una consecuencia de la confluencia de la libertad de enseñanza, de la libertad de educar a los hijos conforme a las convicciones religiosas y morales y de la libertad de creación de centros docentes, derechos reconocidos expresamente en el artículo 27, apartados 1, 3 y 6 del texto constitucional.

Ante la duda sobre si el derecho de elegir centro docente es distinto del derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que han de recibir sus hijos, y aunque la STS de 14 de mayo de 1985 afirme que «si bien es cierto que este derecho (de elegir centro) no viene expresamente enunciado en el artículo 27 de la Constitución, sí aparece reconocido en el artículo 13.3 del Pacto Internacional, en el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 2 del Protocolo de la Convención Europea de 1950», el Tribunal Constitucional, en el FJ 8.º de la Sentencia 5/1981, ya había dicho que es obvio «que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral». Puede afirmarse sin duda alguna que el derecho de libre elección de centro forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho de educación, dado además que en un sistema público basado en el pluralismo y la aconfesionalidad del Estado, los centros docentes públicos han de ser ideológicamente neutrales.

El Tribunal Constitucional, en el FJ 4.º de la Sentencia 74/2018, afirma que el derecho a la educación supone también «el reconocimiento *prima facie* de una libertad de los padres para elegir centro docente» (STC 10/2014, FJ 3.º; ATC 382/1996, FJ 4.º), pero el acceso efectivo al concreto centro elegido «dependerá de si se satisfacen o no los requisitos establecidos por el procedimiento de admisión de alumnos» (ATC 382/1996, FJ 4.º).

Aquí precisamente es donde empiezan los problemas, porque, si bien el mismo Tribunal Constitucional, en el FJ 5.º de la Sentencia 77/1985, de 27 de junio (BOE de 17 de julio) que falla sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), asevera que este derecho de los padres a elegir centro y tipo de formación de sus hijos es compatible con el establecimiento de «criterios objetivos» aplicables en los supuestos de insuficiencia de plazas escolares en centros públicos y privados concertados, lo cierto es que los poderes públicos, con las armas de la programación general de la enseñanza y del establecimiento de las correspondientes «ratios» por aula, pueden disponer a su arbitrio del ejercicio de estos derechos fundamentales. Valgan como meros ejemplos la reducción de la ratio en los niveles de Educación Infantil o Primaria, o la ampliación de la ratio en los niveles de Educación Secundaria; o la ampliación de plazas públicas incluso mediante la construcción, equipamiento y puesta en funcionamiento de centros públicos precisamente cuando la natalidad se encuentra en mínimos insostenibles. Ejemplos que suponen irremediabilmente una reducción a la mínima de los centros concertados.

Estas acciones abocan a una constante judicialización de la enseñanza, ya que los titulares de los centros concertados, y las familias que defienden el ejercicio de sus derechos

fundamentales interpondrán los correspondientes recursos administrativos y posteriormente contencioso-administrativos, llegando, una vez agotada la vía ordinaria, al Tribunal Constitucional o incluso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tanto es así que el Tribunal Constitucional, en el FJ 4.º de la Sentencia 74/2018, ha dicho recientemente que los derechos contenidos en los apartados 1, 3 y 6 del artículo 27 de la Constitución

admiten restricciones que respondan a «un fin constitucionalmente legítimo» y que sean «necesarias y adecuadas para alcanzar dicho objetivo» (STC 11/2016, de 1 de febrero, FJ 3.º, citando las SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3.º, 4.º y 5.º; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4.º; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7.º, y 64/2001, de 17 de marzo). Caben, pues, cualesquiera restricciones que puedan considerarse ajustadas al «canon de proporcionalidad resultante de las normas constitucionales de protección de derechos fundamentales sustantivos», que «se resuelve en un triple juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de beneficios y perjuicios» (STC 93/2017, de 6 de julio, FJ 3.º).

La Ley Orgánica 3/2020 (LOMLOE), en su artículo 109, ha modificado el artículo 109 de la Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE), añadiendo en el apartado 1.º a la expresión: «Las Administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación» la coletilla: «Mediante una oferta suficiente de plazas públicas», y eliminando del apartado 2.º, que dice: «Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la programación general de la enseñanza, las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social», la coletilla «y la demanda social».

Este añadido y esta eliminación manifiestan un intento de reducir progresivamente y al máximo los centros privados concertados y, al tiempo, dotar de un poder absoluto a la Administración en la planificación y programación de la enseñanza. Denota una clara intención de considerar a la concertada como meramente subsidiaria de la enseñanza pública, cuando el Tribunal Supremo en su Sentencia, ya antigua, de 24 de enero de 1985 expresó: «El artículo 27.6 de la Constitución [...] es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza, pues supone la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado» y «según el artículo 27 de la Constitución, nuestro sistema educativo está compuesto por centros creados por los poderes públicos y centros escolares privados, siendo ambas instituciones escolares convergentes y complementarias entre sí». Más recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 2016 ha dicho: «Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado que no resulta de

aplicación el principio de subsidiariedad en relación con la enseñanza privada concertada. Nos referimos a nuestras Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2008 y la de 18 de enero de 2010, que dice: "Esta afirmación de subsidiariedad no puede compararse porque es contraria a la letra y al espíritu de la CE y de la LODE"». Y sigue diciendo la Sentencia que la LODE de 1985 y la LOE de 2006 establecen un régimen dual para la prestación del servicio educativo, en lo relativo a la enseñanza obligatoria y gratuita. Es decir, el sistema pivota sobre dos ejes, la enseñanza privada concertada y la enseñanza pública.

Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona (2003), ministro de Educación en los años 1980-1981 afirmó:

La libertad de enseñanza se constituye como libertad pública justamente en polémica frente a la pretensión de monopolio del Estado en materia de educación. El reconocimiento de esta libertad significa, por tanto y ante todo, la negación de que los poderes públicos puedan determinar en forma monopolística o exhaustiva los contenidos de la enseñanza [y sigue diciendo], y en su vertiente positiva, la libertad de enseñanza supone la libertad de elegir entre distintos tipos de educación.

3.3. Derecho de los padres a la cooficialidad de lenguas en la enseñanza de sus hijos

La Constitución española es rotunda y clara en este aspecto. Después de establecer en el artículo 2 la indisoluble unidad de la nación española, dispone en el artículo 3:

1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.
2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.
3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.

En el artículo 148.1.17.^a de la Constitución se regula que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en «el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma».

Sobre la base de estos preceptos hay que construir el entramado de la cooficialidad de lenguas en la enseñanza en los distintos niveles educativos.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 337/1994, de 23 de diciembre (BOE de 23 de enero de 1995), en la cuestión de inconstitucionalidad 710/1994, en relación con determi-

nados preceptos de la Ley 7/1983, de 18 de abril, sobre normalización lingüística, del Parlamento de Cataluña, ya afirmó:

Lo importante es la normalización del uso de una y otra, que resulta necesaria consecuencia de considerar al lenguaje como instrumento de expresión y de recepción de ideas y deseos, de comunicación de cultura y de convivencia en suma –que no de exclusión y de aislamiento– en el ámbito de las Comunidades Autónomas donde ambas lenguas son oficiales.

Esta cooficialidad de lenguas, cuya normalidad hubiera sido deseable, ha provocado múltiples conflictos que han hecho pronunciarse constantemente a los tribunales. Obviando los pronunciamientos del Tribunal Supremo (valgan como ejemplos las SSTs de 6 de diciembre de 1985, 12 de junio de 1987, 30 de enero de 1988, 4 de mayo de 1999 y 28 de abril de 2000), también el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a pronunciarse al respecto. En la Sentencia 337/1994 antes citada se dice:

De este modo, y con independencia de la realidad y el peso social de cada una de ellas (STC 82/1986, FJ 2.º), el régimen de cooficialidad lingüística establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía presupone no solo la coexistencia sino la convivencia de ambas lenguas cooficiales, para preservar el bilingüismo existente en aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con una lengua propia y que constituye, por sí mismo, una parte del patrimonio cultural al que se refiere el art. 3.3 CE. Situación que necesariamente conlleva, de un lado, el mandato para todos los poderes públicos, tanto estatal como autonómico, de fomentar el conocimiento y asegurar la protección de ambas lenguas oficiales en el territorio de la Comunidad. De otro, que los poderes públicos deben garantizar, en sus respectivos ámbitos de competencia, el derecho de todos a no ser discriminado por el uso de una de las lenguas oficiales en la Comunidad Autónoma.

Lo importante es que no se opongan las Administraciones al deber de conocer y al derecho de usar el castellano, como lengua oficial del Estado; que no introduzcan obstáculos o dificultades al uso de la otra lengua cooficial. La misma STC, en el FJ 10.º, señala:

A esta finalidad de garantía de suficiente conocimiento y uso correcto de ambas lenguas han de dirigirse las actuaciones de los poderes públicos competente en materia de educación, [...] ya que les corresponde determinar el aprendizaje de una y otra lengua en los currículos de la Enseñanza Básica y, en lo que aquí especialmente importa, su empleo como vehículo de comunicación entre profesores y estudiantes, de forma que quede garantizado su efectivo conocimiento. [Y sigue diciendo:] Lo que está constitucionalmente justificado, además, si se atiende a la íntima relación existente entre el conocimiento de la lengua como materia objeto de estudio, de un lado, y, de otro, su uso como lengua docente, ya que lo segundo, indudablemente, potencia lo primero. De manera que las decisiones de

los poderes públicos relativas a la enseñanza en una lengua determinada han de considerarse en estrecha conexión con las medidas de política educativa encaminadas a asegurar el conocimiento de esa lengua.

Y en el FJ 11.º, manifiesta que aunque no exista un derecho a la libre opción de la lengua vehicular de enseñanza, ello no implica que se carezca de derecho alguno frente a los poderes públicos, «máxime si las actuaciones de normalización lingüística vienen a incidir sobre un presupuesto tan esencial a dicho derecho fundamental (art. 27) como es la lengua en la que ha de impartirse la educación». El mismo FJ 11.º incide en la circunstancia de quienes se incorporan al sistema educativo en una Comunidad Autónoma donde existe un régimen de cooficialidad lingüística, afirmando que es evidente que han de recibir la educación en una lengua en la que puedan comprender y asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten, «ya que de otro modo se podrían quedar desvirtuados los objetivos propios del sistema educativo y afectada la plenitud del derecho a la educación que la Constitución reconoce» .

Recientemente el Tribunal Constitucional, en el FJ 10.º de la Sentencia 24/2018, de 20 de febrero (BOE de 23 de marzo) que falla el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), afirma que «es consolidada doctrina que corresponde al Estado velar por el respeto de los derechos lingüísticos en el sistema educativo y, en particular, «el de recibir enseñanza en la lengua oficial del Estado» (SSTC 6/1982, de 22 de febrero, DJ 10.º; 337/1994, FJ 10.º y 31/2010, FJ 24.º), competencia que le corresponde a la alta inspección del Estado. Pero tal función «ha de desplegarse sin desbordar las competencias que constitucionalmente le están reservadas y sin soslayar los límites y exigencias que ha fijado la jurisprudencia constitucional».

Salvo concesiones momentáneas que acarrearán la futura declaración de inconstitucionalidad de estos preceptos, no tiene ningún sentido jurídico la redacción de la disposición adicional trigésima octava de la Ley Orgánica 3/2020 (LOMLOE), al tenor siguiente:

1. Las Administraciones educativas garantizarán el derecho de los alumnos y alumnas a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios, de conformidad con la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y la normativa aplicable,

cuando la misma disposición adicional en la Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE) decía:

1. Las Administraciones educativas garantizarán el derecho de los alumnos y alumnas a recibir las enseñanzas en castellano, *lengua oficial del Estado*, y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios. *El castellano es lengua vehicular de la enseñanza en todo el Estado y las lenguas cooficiales lo son también en las respectivas Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus Estatutos y normati-*

va aplicable. (La cursiva es nuestra para resaltar la omisión que se ha producido en la actual ley educativa, fruto de una enmienda transaccional acordada entre el Partido Socialista Obrero Español, Unidas-Podemos y Esquerra Republicana de Catalunya, en la Comisión de Educación del Congreso).

4. Libertad de creación de centros docentes

El artículo 27.6 de la Constitución dispone: «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales». Esta libertad ya venía contemplada en el artículo 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero es decisiva la STS 10366/1986, de 15 de febrero, en recurso interpuesto por la Asociación de Padres de Alumnos de los Colegios Teide y entidad Teide, SA, que, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 27 de la Constitución y siguiendo especialmente las sentencias de 24 de enero de 1985 y de 14 de mayo de 1985, sienta las siguientes conclusiones:

- b) La libertad de enseñanza implica el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6) y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3).
- c) El artículo 27.6, por el que se reconoce la libertad de creación de centros docentes es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza, pues supone la inexistencia de un monopolio estatal docente y en sentido positivo la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado.
- d) Mediante el juego del citado precepto en que se proclama la enseñanza y de creación de centros educativos es como puede satisfacerse ese otro derecho fundamental recogido en el artículo 27.3 que tienen los padres a que se les dé a sus hijos una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Esta libertad de creación de centros docentes implica necesariamente la autorización de apertura y funcionamiento del centro, siempre que se cumplan evidentemente los requisitos establecidos por ley para impartir las enseñanzas con garantía de calidad. Sería absurdo una libertad de creación de centros, sin la apertura y funcionamiento, pues si se crea un centro educativo es para que se imparta educación y este objetivo solo puede conseguirse mediante su funcionamiento. Hay que hacer esta matización, pues alguna Administración suele aprovechar esta distinción entre «apertura» y «funcionamiento» en perjuicio de algunos centros.

El titular del centro quiere no tanto la creación sino el funcionamiento, aunque este es imposible sin aquel. Debe solicitarse, pues, la apertura y funcionamiento. Puede decirse, sin tapujos, que todo lo que afecte a la apertura y funcionamiento del centro afecta también al derecho constitucionalmente protegido que se proclama en el artículo 27.6 de la Constitución.

Este derecho de creación de centros docentes implica también el derecho a establecer el propio ideario y carácter propio del centro, y el derecho a la dirección del mismo. El ideario, que según Embid Irujo (1983), «va a ser el instrumento que singularice la particular orientación que el titular de un centro docente pretende dar a su enseñanza» (p. 323), es la muestra más clara del ejercicio de la libertad de enseñanza.

El ideario, según Ortiz Díaz (1980, p. 202), proporciona al centro su unidad temporal y su continuidad al margen de las variaciones; la coherencia y la coordinación de las diversas actuaciones personales dentro del centro y de este cara al exterior; el punto de referencia último que facilita la evaluación global de todo el proceso educativo. El ideario ha de ser público para servir de referencia a los padres que deben ejercitar el derecho a la elección de centro que mejor les ayude en la educación de sus hijos. Tanto es así que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 5/1981, FJ 12.º, afirma que los padres, al haber elegido libremente para sus hijos un centro con un ideario determinado, están obligados a no pretender que el mismo siga orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con el ideario.

El ideario, según Ortiz Díaz (1980), además, ha de ser claro. Al primero que le interesa esa claridad es al titular, ya que es una oferta que todo centro tiene que hacer a sus posibles usuarios, ya que «viene a ser como la pequeña Constitución del centro escolar, que obliga a todos los estamentos de esa comunidad. No es un privilegio sino un compromiso de adhesión y de funcionamiento, de todos los que lo integran» (pp. 203-204).

No puede olvidarse, como decía Victoria Camps, citada por Javier Ferrer Ortiz (2003), que «la educación no está libre de valores. La educación tiene que ser ideológica. Si educar es dirigir, formar el carácter o la personalidad, llevar al individuo en una determinada dirección, la educación no puede ni debe ser neutra» (p. 175). Javier Ferrer dice que todavía menos puede ser en la escuela, donde transcurre un periodo decisivo en la formación y desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños, porque cualquier intento de neutralidad significa optar por el relativismo, que produce mentalidades vacías de sentido, y que el relativismo es una postura ideológica más, con unos contenidos y unas actitudes concretas ante el hombre, el mundo y la vida.

Así lo expresaba Otero Novas (2003), al afirmar que

la educación responde siempre a una concreta concepción antropológica o metafísica. Trata de realizar el tipo de hombre y de sociedad deseable por cada uno. Según quién sea el profesor se transmiten unos u otros valores y concepciones de la vida. Y ello en todo tipo de asignaturas y materias.

Esta necesidad de concretar el ideario como manifestación del derecho a la creación de centros viene establecido en la STC 51/2019, de 11 de abril (BOE de 15 de mayo), que falla recurso de inconstitucionalidad 8741-2009, en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 12/2009, de 10 de julio, de educación, que hace referencia a que

el derecho de los titulares de los centros docentes privados a la dirección de los mismos se encuentra incardinado dentro del derecho fundamental a la libertad de creación de centros docentes. La sentencia, recordando jurisprudencia anterior del mismo tribunal, añade que

este derecho, desde una perspectiva positiva, «implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica, y del profesorado»; y desde una perspectiva negativa, «exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección», de forma que «el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional» (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20.º).

Es esta misma STC, la 77/1985, reproducida por la Sentencia 74/2018, de 5 de julio, la que observa que el derecho a crear instituciones educativas no se agota en el momento inicial del establecimiento del centro educativo, sino que se prolonga en el ejercicio de las facultades de dirección del mismo.

El derecho a la creación y dirección del centro educativo y al establecimiento de su ideario no es absoluto. Según la STC 74/2018, tiene «la limitación adicional» que imponen principios constitucionales, como los del título preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) y la derivada del artículo 27.2 de la Constitución conforme a la que la enseñanza ha de formar en «valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva» (STC 5/1981, FJ 7.º).

Y aquí es donde se ha planteado la cuestión de la educación diferenciada por sexos, tema tratado por dos sentencias recientes del Tribunal Constitucional. En la Sentencia 31/2018, en el FJ 4.º, después de recordar que la existencia de un ideario educativo es una derivación o faceta de la libertad de creación de centros docentes y que ese derecho a establecer el ideario tiene cobertura constitucional, concluye que el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria y, por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su ideario, como cualquier otro modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y del respeto a los principios y a los derechos fundamentales que reconoce el artículo 27.2 de la Constitución. Sigue concluyendo que la separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a todo tipo de enseñanza y, por tanto, se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado

en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos. No se trata, pues de una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico.

En la Sentencia 74/2018, en el FJ 4.º, se insiste nuevamente en que la educación diferenciada «no puede ser considerada como discriminatoria siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos», a lo que se refiere la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a las luchas contra las discriminaciones, y que

no existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema (el de la educación diferenciada), en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente y, en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales.

En definitiva, no hay dato alguno que demuestre que esta educación diferenciada impida la consecución de los objetivos consagrados en el artículo 27.2 de la Constitución. Y si lo hiciera, la conclusión sería la imposibilidad de este modelo, porque la enseñanza ha de servir a determinados valores que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva.

El Tribunal Constitucional rotundamente ha dicho, en la Sentencia 51/2019, que el derecho de los titulares de centros docentes privados a la dirección de los mismos se incardina en el derecho fundamental a la libertad de creación de centros docentes. Pero al tiempo, la Constitución, en el apartado 5 del artículo 27, proclama que «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos con fondos públicos, en los términos que la ley establezca». El problema se plantea respecto a la limitación recíproca de estos derechos: el de participación en el control y gestión por parte de los profesores, padres y, en su caso, alumnos y el de dirección de los centros por parte de los titulares.

El Tribunal Constitucional, ya en la Sentencia 176/2015, de 22 de julio (BOE de 21 de agosto), recordando la Sentencia 77/1985, dijo que el contenido esencial del derecho del titular del centro docente a la dirección del mismo tiene una doble dimensión: una positiva, que

implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado;

y otra negativa, que indica que ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables que lo despojen de la necesaria protección.

El mismo tribunal, en Sentencia 31/2018, en su FJ 5.º, concluye que

ambas dimensiones se concretan y sintetizan en el hecho de que el titular del centro «no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional» (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20.º),

y sigue diciendo que, al contrario, debe implicar un proceso de fertilización mutua que enriquezca su ejercicio, y que

las facultades derivadas del derecho de participación de profesores, padres o tutores y, en su caso, alumnos, pueden ir desde el mero informe o consulta hasta el ámbito de la codecisión, siempre, en este último caso, que no se despoje a la titularidad del centro, o a su director, si es diferente del titular, de la posibilidad de ejercitar el haz de posibilidades de actuación que dimana del contenido esencial del derecho.

Por otro lado, como es lógico, tampoco exige nuestra doctrina que la participación quede garantizada respecto de todas y cada una de las decisiones que integran el haz de facultades que puede desplegar la titularidad del centro.

La historia de nuestras legislaciones educativas es un auténtico vaivén: si la legislación ha sido aprobada por el Partido Popular, el director gana en competencias, perdiéndolas el Consejo Escolar; y si la legislación es aprobada por el Partido Socialista Obrero Español, el Consejo Escolar gana en competencias, que pierde el director. Y así vamos últimamente con la LOCE, con la LOE, con la LOMCE y actualmente con la LOMLOE. En cortos períodos de tiempo los órganos colegiados y unipersonales de los centros han de conocer cuáles son sus funciones y competencias, si son consultivas o decisorias. En algunas ocasiones incluso pueden solaparse funciones que corresponde al titular de los centros privados concertados y a los órganos colegiados, e incluso hasta en la disposición final primera, apartado nueve de la LOMLOE se establece la presencia en el Consejo Escolar de los centros privados concertados de «un representante del ayuntamiento en cuyo término municipal se halle radicado el centro, en las condiciones que dispongan las Administraciones educativas». Esta presencia ya había sido contemplada en la LOE, pero retirada en la LOMCE. Con todo, el principal problema es la inmensa burocracia que han de soportar, al menos, los centros privados concertados, los cuales quedan convertidos en «falsos centros públicos», ya que tienen prácticamente las mismas obligaciones que los centros públicos, pero no los mismos beneficios; centros que son conscientes de la obligación que asumen de presentar presupuestos y rendición de cuentas de los fondos obtenidos por la Administración o recibidos por las familias, y de la obligación del cumplimiento de los requisitos mínimos de instalaciones, titulaciones y programaciones, así como de las obligaciones aceptadas en los correspondientes conciertos educativos. Pero la pérdida de libertad por quedar some-

tidos a la inmensidad de planes, programas y proyectos establecidos obligatoriamente por las distintas Administraciones educativas supone una asfixia importante para estos centros, poniendo en peligro la autonomía y la dirección de los mismos.

5. Derecho de los centros a ser ayudados por los poderes públicos

El artículo 9.2 de la Constitución establece:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Los poderes públicos han de desarrollar una labor positiva, de promoción para que las libertades de enseñanza, de elección de centro, de educar a los hijos conforme a las propias convicciones, de creación y dirección de centros sean reales y efectivas, y una labor de remoción de todas las dificultades que impidan su plenitud. La misión encomendada por la Constitución es de gran importancia, pues están en juego derechos fundamentales.

Desde este prisma hay que ver lo dispuesto en el artículo 27.9 de la Constitución, cuando ordena a los poderes públicos «ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca». Según constante y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 86/1995, de 10 de julio, FJ 3.º; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5.º, y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8.º), al servicio de esta dimensión y acción prestacional, en la que los poderes públicos han de procurar la efectividad de estos derechos, se hallan estas ayudas públicas.

Lo preocupante es que este derecho contemplado en el artículo 27.9 de la Constitución admite una configuración legal. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 74/2018, de 5 de julio, resume con claridad lo que ha venido siendo una doctrina unánime:

- a) En modo alguno puede decirse que el artículo 27.9 de la Constitución reconoce el derecho acabadamente a una prestación pública. No hay «un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes, solo por el hecho de serlo, pues la remisión a la ley que se efectúa en el artículo 27.9 de la Constitución puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales (STC 77/1985, FJ 1.º).
- b) Solo de acuerdo con la ley podrán los centros docentes privados exigir dicha financiación. El legislador puede supeditar el libramiento de las ayudas públicas al respeto de limitaciones que condicionen el derecho del titular del centro a dirigirlo. Incluso teniendo en cuenta la limitación de los recursos disponibles, puede atender

«entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión» (FJ 3.º de la STC 86/1985, de 6 de junio [BOE de 8 de julio]).

- c) El artículo 27.9 de la Constitución, no obstante, «no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda» (STC 77/1985, FJ 11.º).
- d) De esta configuración legal del artículo 27.9 de la Constitución no se desprende que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este marco normativo, al establecer las condiciones y precisar los requisitos para la obtención de estas ayudas públicas.
- e) El legislador, en el establecimiento de las condiciones y requisitos, no podrá contrariar los derechos y libertades educativas contempladas en el artículo 27 de la Constitución, deberá respetar el principio de igualdad y atenerse a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público (STC 86/1995, FJ 3.º).
- f) La configuración legal de este derecho prestacional del artículo 27.9 de la Constitución ha de procurar la efectividad del contenido primario o dimensión de libertad del derecho a la educación, ya que «sobre los poderes públicos pesa, en efecto, el "deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental" a la educación (STC 129/1989, FJ 5.º), es decir el pluralismo educativo, sin que en ningún caso pueda afectarse el contenido esencial del derecho del titular a la dirección de su centro docente (STC 77/1985, FJ 20.º)».

Además el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 31/2018, añade que

si bien el anclaje constitucional de la financiación pública se encuentra básicamente en el artículo 27.9 de la Constitución, no puede obviarse que el apartado cuarto de ese mismo precepto constitucional impone la gratuidad en la educación básica, que hemos considerado un derecho de prestación (STC 86/1995, de 10 de julio. FJ 3.º), [y sigue afirmando que] esa gratuidad garantizada constitucionalmente (en el artículo 27.4 de la Constitución) no puede referirse exclusivamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría la obligatoriedad de tal enseñanza pública, al menos en el nivel básico, impidiendo la posibilidad real de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado,

con lo cual se cercenarían de raíz todos los derechos contenidos en el artículo 27 de la Constitución.

El precepto, según Embid Irujo (1983, pp. 347-348),

tiene la virtud de reconocer la importancia que para un Estado basado en el pluralismo supone la variedad de centros de enseñanza y la necesidad de que el Estado

en la medida de sus posibilidades fomenta esa variedad. En este sentido, la Constitución habría expresado un juicio de valor que debe ser asumido y regulado por la ley ordinaria para que tenga efectividad. [Y sigue diciendo:] La ley es libre de disponer la entrega de sumas públicas tanto a los centros privados como a los padres.

El concierto educativo es el modelo adoptado de momento por el legislador para dar cumplimiento a la obligación contemplada en el artículo 27.9 de la Constitución, aunque cabrían otras fórmulas de ayuda distintas, como el cheque escolar (en Suecia en 1994 se introdujo el cheque escolar. Ya ha cumplido 25 años y la gestión privada se ha abierto paso de forma progresiva cuando antes el papel del Estado era tan preponderante que apenas había espacio para la iniciativa privada. En Valencia el cheque escolar está implantado en la educación infantil de 0 a 6 años, y en Murcia se quiere implantar). También son posibles incluso otras formas de desgravaciones fiscales, como apuntaba Otero Novas (2003) al afirmar que

en puridad el mecanismo desgravatorio, como sustitutivo del cheque escolar, implicaría deducir de la cuota del Impuesto General sobre la Renta una cantidad igual al coste del puesto escolar público por cada alumno integrado en la unidad familiar del contribuyente que curse estudios de enseñanza obligatoria (p. 234).

Pero lo cierto es que sin una financiación adecuada del mismo servicio educativo, las libertades de enseñanza, de elección de centro, de creación de centros docentes y de educar a los hijos conforme a las propias convicciones se quedarían en meras declaraciones formales sin ninguna virtualidad práctica.

6. Conclusiones

Primera. Para legislar sobre educación y enseñanza es necesario sentar unos principios comunes sobre el apartado 2.º del artículo 27 de la Constitución. De lo contrario, siempre habrá confrontación por las divergencias existentes sobre qué se entiende por desarrollo de la personalidad. En definitiva, concurren distintas cosmovisiones que dificultan ese consenso.

Segunda. El artículo 27 fue obra de un consenso parlamentario, con una ambigüedad manifiesta. Es muy importante saber que la interpretación del mismo ha de hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre enseñanza ratificados por España, que, además, forman parte del ordenamiento jurídico interno.

Tercera. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la educación y la libertad de enseñanza corresponde en exclusiva al Estado, y tal competencia debe quedar asegurada por los poderes públicos y por la alta inspección del Estado.

Cuarta. La enseñanza de la religión en la escuela y la libertad de enseñanza están íntimamente relacionadas con la libertad religiosa, y así en el artículo 27.3 de la Constitución convergen ambas libertades: la de enseñanza y la de libertad religiosa. No procede declarar la enseñanza de la religión fuera del currículum ni del horario escolar. Debe aclararse qué se entiende por «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales». La existencia de una alternatividad entre enseñanza de la religión y otra asignatura no vulnera el derecho a la igualdad ni implica discriminación alguna.

Quinta. El derecho a la elección de centro docente es una consecuencia de la confluencia de la libertad de enseñanza, de la libertad de educar a los hijos conforme a las convicciones religiosas y morales y de la libertad de creación de centros docentes.

Sexta. Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que corresponde al Estado velar por el respeto de los derechos lingüísticos en el sistema educativo y, en particular, por el de recibir enseñanza en la lengua oficial del Estado. El castellano, sin duda alguna, es lengua oficial del Estado.

Séptima. La libertad de creación de centros docentes supone la inexistencia de un monopolio estatal docente y la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado. Este derecho de creación de centros docentes implica también el derecho a establecer el propio ideario y carácter propio del centro y el derecho a la dirección del mismo.

Octava. El sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria y, por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su ideario.

Novena. La historia de nuestras legislaciones educativas es un auténtico vaivén: si la legislación ha sido aprobada por el Partido Popular, el director gana en competencias, perdiéndolas el Consejo Escolar; y si la legislación es aprobada por el Partido Socialista Obrero Español, el Consejo Escolar gana en competencias, que pierde el director.

Décima. En modo alguno puede decirse que el artículo 27.9 de la Constitución reconoce el derecho acabadamente a una prestación pública. No hay un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes por el hecho de serlo. Pero este mandato del artículo 27.9 no puede tampoco interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda. La configuración legal de ese derecho prestacional del artículo 27.9 de la Constitución ha de procurar la efectividad del contenido primario o dimensión de libertad del derecho a la educación. Esa ayuda puede realizarse a través de los conciertos educativos, pero cabrían otras fórmulas como las del cheque escolar, desgravaciones fiscales u otras figuras jurídicas.

Referencias bibliográficas

- Asegurado Garrido, A. y Marrodán Gironés, J. (Coords.). (2021). *La LOMLOE y su análisis. Una mirada técnica*. Anele.
- Beneyto Berenguer, R. (2018). La convergencia entre libertad religiosa y libertad de enseñanza. En Beneyto Berenguer, R. (Dir.), *Derecho y libertades fundamentales. Análisis transversal* (pp. 205-227). Thomson Reuters Aranzadi.
- Embid Irujo, A. (1983). *Las libertades en la enseñanza*. Editorial Tecnos.
- Fernández, J. M. (1998). *Manual de política y legislación educativas*. Síntesis.
- Ferrer Ortiz, J. (2003). Responsabilidad ética de la educación. En *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*. OIDEL Europa. Comunidad de Madrid, Consejería de Educación.
- López Medel, J. (1984). *Libertad de enseñanza, derecho a la educación y autogestión*. Fragua.
- Martín García, M. M. (2019). *El sistema educativo español en sus precedentes normativos. Una aproximación a la enseñanza no universitaria en la España anterior a 1978*. Comares.
- Mateu Isturiz, J. F. y Sánchez Socías, L. (2021). La ruptura del consenso en educación: la prioridad de la escuela pública y la supresión del concepto «demanda social» en la ley de modificación de la Ley Orgánica de Educación (LOMLOE) vulneran el artículo 27 de la Constitución y el Derecho Comunitario Primario. En *Derecho Administrativo 2021* (pp. 686-709). Tirant lo Blanch.
- Ortega y Díaz-Ambrona, J. A. (2003). Identidades colectivas y educación: El papel de la sociedad civil. En *Libertad, igualdad y pluralismo en educación* (pp. 59-74). OIDEL Europa. Comunidad de Madrid, Consejería de Educación.
- Ortiz Díaz, J. (1980). *La libertad de enseñanza*. Universidad de Málaga.
- Otero Novas, J. M. (2003). Modelos de financiación: Marco legal para propuestas alternativas. En *Libertad, igualdad y pluralismo en educación* (pp. 205-240). OIDEL Europa. Comunidad de Madrid, Consejería de Educación.
- Polo Sabau, J. R. (2021). A vueltas con la asignatura de religión tras la aprobación de la LOMLOE. *Diario La Ley*, 9763.
- Saiz Amaiz, A. (1999). *La apertura constitucional del Derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial.
- Trujillo Sáez, F. (2021). La LOMLOE a debate: ¿Qué modifica la nueva Ley? *Aula de Innovación Educativa*, 302, 31-35.
- Useros, M. (1978). *Problemas de la enseñanza y Constitución*. Marsiega.

Aplicabilidad de la cláusula *rebus* a empresa concursada

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

La sociedad XXX, SL se constituyó el 4 de septiembre de 1992 y se dedica al sector textil. El 5 de julio de 2005 AAA, SL arrendó a XXX, SL un local sito en el número núm. 001 de la calle 001 en la población de Don Benito (Badajoz). XXX, SL es arrendataria de otro local en Mérida, y desarrolla en los citados inmuebles la actividad de venta al público de ropa, a través de la franquicia de la marca Mago.

En el contrato de 5 de julio de 2005 relativo al local de Don Benito, en la cláusula sobre el plazo de vigencia del arrendamiento, se estipuló lo siguiente:

La duración del presente contrato tendrá una vigencia de quince años, contados a partir del día quince de septiembre próximo. Llegada la fecha del vencimiento del presente contrato, la finca deberá quedar desalojada por la parte arrendataria. No obstante, transcurridos diez años, la parte arrendataria podrá resolver unilateralmente el presente contrato de arrendamiento antes de su vencimiento, previo aviso de forma fehaciente con dos meses de antelación, como mínimo. Si llegado el plazo establecido para la finalización del presente arrendamiento permaneciere el arrendatario en la finca, sin el consentimiento expreso del arrendador, podrá este por su parte reclamarle dos veces el importe de la renta mensual y gastos que viniere satisfaciendo, por cada mes que permanezca en dicha condición, con independencia de ejercitar las acciones legales correspondientes.

En enero de 2019 XXX, SL inició negociaciones de carácter reservado por precurso. El 20 de mayo de 2019 esta empresa presentó ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Badajoz solicitud de concurso voluntario. En esa fecha declaró adeudar a AAA, SL la suma de 19.256,68 euros. Por auto de 6 de septiembre de 2019, el Juzgado de lo Mercantil

declaró en concurso a «XXX, SL», su administración fue intervenida y se nombró administrador concursal. En el informe definitivo del administrador concursal de 15 de noviembre de 2019, se reflejó un pasivo de 1.637.452,00 euros y un activo de 1.909.439,81 euros.

Respecto de AAA, SL se hizo constar un crédito a su favor de 24.176,98 euros. El 2 de abril de 2020 la arrendataria le propuso a la arrendadora la exoneración del pago de la renta mientras durase el cierre ordenado por el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por razón de la crisis sanitaria producida por la covid-19. La arrendadora no aceptó dicha propuesta. El 4 de mayo de 2020 la arrendataria le solicitó a la arrendadora, para su aplicación de manera automática y al amparo del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, la moratoria establecida en dicha norma, para el aplazamiento, sin penalización ni devengo de intereses, durante el tiempo que durase el estado de alarma y sus prórrogas y a las cuatro mensualidades siguientes, mediante el fraccionamiento de las cuotas en un plazo de dos años, que se contarían a partir del momento en el que se superase la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas. La arrendadora tampoco aceptó esta propuesta.

Ante ello, la arrendataria ha presentado una demanda el 9 de julio de 2020. ¿Ha de aplicarse la cláusula *rebus* en favor de la arrendataria?

Cuestiones planteadas:

- Análisis de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicabilidad al supuesto de empresa concursada.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Si contemplamos la perspectiva de la arrendataria entendemos que deben tomarse en consideración todas las circunstancias derivadas de la pandemia: estado de alarma, cierre obligado de las tiendas abiertas al público, restricciones varias, etcétera. Considera que la situación vivida ha afectado al contrato y, conforme a la cláusula *rebus*, debe ajustarse la renta. Recuerda que, cuando se presentó la demanda (9 de julio de 2020), todavía no se podía saber siquiera de manera estimada cuál sería la evolución de la pandemia, ni cuál sería el efecto de la covid-19 en la economía mundial y en el consumo en España. Se hace hincapié en que, tras el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tuvo que cesar completamente en su actividad durante los meses de marzo a mayo. Manifiesta que, tras la reanu-

dación de la actividad, la caída de la cifra de negocio superó el 50 %. Reseña que, durante los 10 primeros meses del año 2020 respecto del año 2019, las ventas se redujeron en un 43 %. Entiende indiscutible que la actual pandemia ha alterado la base del negocio.

Y, a tal fin, valoremos también las siguientes consideraciones: a) que la parte arrendataria no tiene la culpa de la crisis sanitaria; b) que estamos ante una causa de fuerza mayor sobrevenida e inesperada; c) que el riesgo no era previsible; d) que sus efectos son graves y se manifiestan en la imposibilidad de cumplir con los compromisos adquiridos; y e) que la arrendataria ha actuado de buena fe y no ha colaborado en la imposibilidad sobrevenida de cumplir con sus obligaciones.

Lógicamente, la arrendadora se va a oponer por entender que la arrendataria no cumple los requisitos previstos en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Sostiene que solo se puede accionar por medio de la cláusula *rebus* si concurren los presupuestos de dicha norma: a) que el arrendatario sea autónomo o pyme, con suspensión de su actividad o reducción de la misma en, al menos, un 75 %; y b) que el arrendador sea empresa, entidad pública o gran tenedor. La sociedad arrendadora niega ser gran tenedor, de modo que no está obligada a la alteración del contrato.

Como vemos, los planteamientos de origen son muy dispares, y debemos comenzar por establecer la caracterización de esta cláusula que la situación de pandemia ha puesto de actualidad; como es sabido, con carácter general y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, los contratos no se pueden modificar, ni siquiera aun cuando las circunstancias cambien y se altere el equilibrio inicialmente pactado. Ello no obstante, aunque nuestro Código Civil no lo prevé expresamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo terminó admitiendo la vigencia de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* para aquellos supuestos, siempre excepcionales, donde se rompía el equilibrio de las prestaciones por la irrupción sobrevenida e imprevisible de nuevas circunstancias.

Esta cláusula, con escaso recorrido práctico, dada su aplicación excepcional, resurgió a raíz principalmente de la crisis económica de 2008. El Tribunal Supremo aprovechó entonces la ocasión no solo para perfilar los contornos de esta figura jurídica, sino también para justificarla y regularla. Esclareció su esencia y su contenido, buscando normalizarla, para lo cual concretó de forma objetiva sus condiciones.

Hay un cuerpo de doctrina jurisprudencial que se inició con las sentencias 820/2012, de 17 de enero de 2013, y 822/2012, de 18 enero de 2013, y que continuó con la sentencia 333/2014, de 30 de junio (NCJ058627). Es verdad que, últimamente, sin volver a los postulados clásicos, sí se ha hecho hincapié en la importancia de la autonomía de la voluntad, abundando en la excepcionalidad y en el carácter necesariamente imprevisible de las circunstancias (sentencias 5/2019, de 9 de enero [NCJ063940]; 455/2019, de 18 de julio, y 156/2020, de 6 de marzo [NCJ064722]).

Y de más está decir que la terrible pandemia que vivimos demuestra la oportunidad y vigencia de esta figura jurídica. Sobre la base del artículo 3 de la CC, que exhorta a interpretar las normas en función de la realidad social del momento en que han de ser aplicadas, la actual crisis sanitaria, de graves repercusiones económicas, ha propiciado el renacimiento de esta cláusula. Una institución siempre presente, clásica, excepcional y con escaso recorrido práctico, ha resurgido con fuerza por los perversos efectos de la covid-19. A modo de último recurso, esta figura cobra hoy un auge inusitado y ha salido en auxilio del contratante que sufre una onerosidad sobrevenida.

Como decíamos, el Tribunal Supremo ha redefinido su fundamento o razón de ser. La concepción tradicional hacía descansar la cláusula en la equidad y la justicia. Ya no. Se desplaza al plano causal del contrato. Y es que las relaciones jurídicas onerosas están presididas, con carácter general, por el principio de la conmutatividad, es decir, por el equilibrio de las prestaciones. Como también están regidas por el principio de la buena fe, que, entre otras cosas, comporta que los contratos se cumplan en sus justos términos. Cuando esos términos, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, cambian profundamente, las prestaciones pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo con el cambio operado.

Se alude entonces a la llamada teoría de la base del negocio. Cuando el sobrevenido cambio de circunstancias afecta al sentido o finalidad del contrato y rompe el equilibrio prestacional del mismo, hace entrar en juego la cláusula rebus. Desaparece la base del negocio al frustrarse la finalidad económica primordial del contrato y también al destruirse la equivalencia de las prestaciones, de suerte que no puede ya hablarse de prestación y contraprestación. Supone una quiebra de la finalidad del negocio, de modo que resulte inalcanzable.

También el Tribunal Supremo ha mitigado ciertos requisitos para la aplicación de la cláusula. Aunque no prescinde de él, matiza el presupuesto de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. No se exige con carácter abstracto. Si el nuevo escenario no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el contexto económico y comercial en que se celebró el contrato, podría invocarse la cláusula. Eso sí, cuando las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo. No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato. Una de las últimas sentencias dictada por el Tribunal Supremo en esta materia (la 156/2020, de 6 de marzo [NCJ064722]) alerta sobre ello y sigue un criterio más restrictivo para aplicar la cláusula; probablemente porque, en ese justo momento, nadie podía imaginar el actual escenario de ciencia ficción que estamos sufriendo. Una pesadilla hecha realidad.

Por otra parte, para que se pueda provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, la alteración de las circunstancias ha de ser de tal magnitud que

incremento de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato, que socave la base del negocio.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial no limita los efectos de esta institución. Es verdad que, en principio, solo tiene como fin revisar o reajustar el desequilibrio de las prestaciones. En virtud del principio de conservación del negocio, la cláusula tendría efectos meramente modificativos. Pero de forma excepcional, la cláusula podría justificar la resolución o extinción de la relación jurídica, aunque, eso sí, bajo la perspectiva no del incumplimiento esencial y la insatisfacción del acreedor, sino de la desaparición de la base del negocio por la ruptura del equilibrio contractual.

Por otro lado, la jurisprudencia deja claro que la prestación no tiene por qué ser de cumplimiento imposible. La imposibilidad sobrevenida de la prestación (arts. 1.182 a 1.184 CC) es cosa distinta. Lo que se exige es que la prestación resulte demasiado onerosa, bien porque lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica), bien porque suponga la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación). Y es más, según el Tribunal Supremo, este juicio de onerosidad ha de llevarse a cabo bajo el solo prisma del contrato, prescindiéndose de la global situación económica de la empresa.

La arrendadora descarta la aplicación de la cláusula *rebus* porque no se cumplen los requisitos previstos por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Esta norma, sin embargo, solo se limita a reconocer una moratoria para reducir los costes de algunas pequeñas empresas y, en modo alguno, deja sin efecto la cláusula *rebus*, ni tampoco la regula. El legislador ha querido dar facilidades de pago a pequeños empresarios y autónomos, como remedio a las dificultades económicas generadas por esta situación tan difícil. Pero la norma no cierra puertas desde un punto de vista jurídico a la eventual aplicación de la cláusula *rebus*. Ni siquiera pretende acotarla o definirla. Nada se recoge en su articulado. Su sola alusión en la exposición de motivos tampoco puede llevar a nadie a engaño. Primero porque las exposiciones de motivos no tienen carácter normativo y, segundo, porque realmente el legislador pretende ampararse en esta figura para justificar su intromisión en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Dicho con otras palabras, busca en esa cláusula el fundamento de su decisión. Su norma, viene a decir literalmente, está en línea con la cláusula *rebus*. Si esa disposición está en línea es porque resulta similar a tal cláusula. Esto es, son cosas distintas: tienen en común que son un remedio para modular las obligaciones contractuales.

En consecuencia, el hecho de que la arrendataria incumpla los requisitos para acogerse a esa moratoria no le impide accionar con fundamento en la cláusula *rebus*. Es más, la imposibilidad de acogerse a esos aplazamientos, por no tener la parte arrendadora la condición de gran tenedora, agrava la situación de la arrendataria.

Hechas estas acotaciones y como ya hemos adelantado, debemos reconocer que la situación vivida con motivo de la pandemia producida por la covid-19 sí puede justificar la aplica-

ción de la cláusula rebus. Como es lógico, dependerá de las circunstancias de cada negocio. Es obvio que hay muchos contratos cuyas bases no se han alterado con motivo de la crisis.

En este supuesto concreto, entendemos que el cierre forzoso operado entre el 14 de marzo y el 21 de mayo de 2020 constituye un episodio que se enmarca en el ámbito de la cláusula rebus. Fue un acontecimiento por completo extraordinario. La entidad arrendataria se vio de pronto impedida para ejercer su actividad comercial en el local, como franquiciada de la marca Mago. Vio paralizada su actividad económica. Nadie discute que no pudo vender nada, pues su comercio era de carácter presencial. En ese periodo se produjo un claro caso de desequilibrio de las prestaciones. El local dejó de ser útil para la arrendataria, pues, por disposición legal, no podía abrirlo al público. No facturó nada. Ese cierre, cuando las partes suscribieron su contrato en 2005, era no ya imprevisible, sino inimaginable. Por supuesto, ninguno de los contratantes tuvo culpa de nada. Y está probado que la arrendataria negoció con la arrendadora para buscar una solución, formulando hasta dos propuestas distintas. Es evidente que el cierre convirtió en excesivamente oneroso para la empresa inquilina el cumplimiento de la obligación contractual tal cual se pactó con la empresa arrendadora. Durante esos días se produjo una desproporción exorbitante entre las obligaciones de los contratantes. En ese periodo, se rompió desde luego el equilibrio de las prestaciones. La conmutabilidad del contrato desapareció y se frustró la finalidad económica del contrato.

En cuanto a los efectos de la aplicación de la cláusula, entendemos equitativo que se reparta el riesgo representado por el cierre de las actividades entre ambos contratantes por partes iguales, de modo que se reduzca la renta a la mitad durante los días en que el local estuvo cerrado por imperativo legal.

Como recoge la doctrina del Tribunal Supremo, una cosa es que las crisis económicas de efectos profundos y prolongados supongan una variación importante de las circunstancias y puedan alterar las bases del negocio, y cosa distinta es que llegue a operar la cláusula rebus. En efecto, su aplicación no se produce de forma generalizada, ni de un modo automático. Además de la crisis, es necesario que concurra una excesiva onerosidad. Se exige una incidencia relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. De ahí que un circunstancial desplome de ventas no pueda justificar ya la aplicación de la cláusula. A diferencia del cierre, que es una circunstancia objetiva e impeditiva de la actividad, las ventas tienen un componente claramente aleatorio, que entra de lleno en los riesgos normales del contrato. No podemos afirmar que se haya frustrado la finalidad económica del contrato.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 3, 1.182 y 1.184.
- SSTS de 30 de junio de 2014 (NCJ058627), 18 de julio de 2019, 9 de enero de 2019 (NCJ063940) y 6 de marzo de 2020 (NCJ064722).

Reproducción asistida y la determinación de la filiación extramatrimonial. El interés del menor y la posesión de estado

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Dos mujeres mantienen una relación de pareja durante la cual suscriben un consentimiento informado para que una de ellas fuera inseminada artificialmente con semen de donante anónimo. Así, una de ellas, A, se sometió al procedimiento de inseminación artificial sin aportación de material genético de B, su pareja, quedando embarazada y dando a luz a una niña, C, que fue inscrita en el Registro Civil con los apellidos de A. Posteriormente, a los 8 meses de dar a luz, ambas mujeres contraen matrimonio y se imponen los apellidos solo de la gestante. Unos meses después se produce la ruptura de la pareja, abandono A la vivienda donde vivían con la niña, que era propiedad de B, marchándose a casa de sus padres.

Meses después A presenta demanda de divorcio, en el que B fue declarada en rebeldía, ya que no contestó a la demanda ni compareció, y se dictó sentencia en la que se mencionaba que entre A y B no había descendencia común.

Dos años después, B pretende interponer demanda de filiación en la que pretende que sea declarada madre de la niña C, nacida por inseminación artificial, ya que considera que la niña nació fruto de la relación de afecto de ambas mujeres, y que las dos habían sido madres y así habían sido consideradas en el entorno social, aunque la filiación se determinara solo respecto de la gestante, porque cuando nació no estaban casadas, ya que podía aportar documentación que acreditaba esos hechos, así como el hecho de que posteriormente

a la ruptura abrió una cuenta en la que ingresaba una cantidad para la niña en función de sus posibilidades económicas, y que no compareció al procedimiento de la sentencia de divorcio por motivos económicos y por entender que no influiría en su relación con la niña. Finalmente, B presentó demanda ante el juzgado de 1.ª instancia.

Por otro lado, A, tras darle traslado de la demanda, compareció y contestó oponiéndose a la demanda, y así adujo que la presencia de B en la clínica para la inseminación era para justificar el motivo de la misma, la homosexualidad, pero nunca hubo un proyecto común, y además no se comportó como madre, además de superarle asumir el cuidado y la responsabilidad de la niña, y además no consintió en el Registro Civil que se determinará la filiación de la niña respecto de ella.

Cuestiones planteadas:

1. La reproducción asistida y la determinación de la filiación extramatrimonial.
2. El interés del menor y la posesión de estado.
3. Conclusión.

Solución

1. El caso que se propone plantea un supuesto de determinación de la filiación extramatrimonial respecto de personas del mismo sexo, que inicialmente no están casadas, sino que mantienen una relación de pareja y que con posterioridad al nacimiento de la hija de la gestante por inseminación artificial, deciden casarse, y posteriormente se separan, y la madre biológica de la niña presenta demanda de divorcio a la que no contesta la otra mujer, y que se decide en rebeldía de la misma, dictándose la sentencia de divorcio y haciendo constar que no existe descendencia común entre las partes. A partir de aquí surge la cuestión de si la demandante puede ser o no reconocida como madre de la niña con carácter de hija extramatrimonial.

Este tipo de cuestiones ha suscitado muchas controversias, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil, que dieron lugar a doctrina jurisprudencial, y que determinaron la modificación legal.

En este sentido debe decirse que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su redacción original no se ocupó de la doble maternidad, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, adicionó un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006 para permitir la doble maternidad legal sin adopción. Conforme al artículo 7.3 de la Ley 14/2006:

Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

De esta forma se creó un nuevo título de determinación de otra maternidad, además de la maternidad por naturaleza, pero sometido a estrictos requisitos formales, pues se requería, además del matrimonio con la madre (no separada legalmente ni de hecho), la manifestación, por la no gestante del consentimiento previo al nacimiento y ante el encargado del Registro Civil, de que cuando naciera el hijo de su cónyuge se determinara su filiación respecto del nacido.

Dicha ley fue modificada como consecuencia de los criterios jurisprudenciales, que flexibilizaron los requisitos formales y temporales, por lo que la Ley 19/2015 modificó el artículo 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, que dispone que

cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Por otro lado, la Ley 20/2011 del Registro Civil, en el artículo 44.5 expone que

también constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Esta nueva regulación más flexible ha originado nuevos problemas de interpretación referidos al plazo de la declaración, la posibilidad de hacerlo desde el centro sanitario o la necesidad de aceptación de la comaternidad por la madre.

De donde se desprende que la regulación vigente exige que la mujer que presta el consentimiento para que se determine la filiación esté casada y no separada legalmente de la madre.

Por otro lado, el artículo 131 del Código Civil dispone que «cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado» y debe considerarse si esa determinación de la filiación se acordara supusiera que se hace teniendo en consideración el interés superior del menor, cuyo interés debe ser tutelado en el procedimiento, y en el que es parte el ministerio fiscal que como defensor de la legalidad y defensor de los derechos del menor afectado, debiendo dar primacía a ese superior interés.

Por tanto, dos elementos importantes para decidir estas cuestiones son el interés del menor y la posesión de estado.

2. El interés del menor es un aspecto importante en este tipo de procedimientos, en los que se determina la filiación, y también en el supuesto del caso, es decir, cuando tiene relación con las técnicas de reproducción asistida, pero no es causa que permita atribuir al juez una filiación.

En nuestro ordenamiento, en la determinación de la filiación y en las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, se debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes, como la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones o la estabilidad del hijo.

En este aspecto, es necesario aludir a dos sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre ellas, las dictadas por el pleno de la sala. Así, la sentencia de pleno de esta sala, de 12 de mayo de 2011 expone

que la propia sentencia recurrida trae a colación como antecedente necesario del presente caso, conforme también a lo constatado por ambas instancias en dicho procedimiento, declara unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos, «que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación» o que resulta acreditado que «durante un tiempo actuó como madre». En definitiva, hechos reveladores del «tractatus» como elemento impulsor de la posesión de estado, particularmente en los supuestos de reclamación de filiación no matrimonial, como en el presente caso (SSTS de 17 de marzo de 1995 y 10 de noviembre de 2003).

Por un lado, la sentencia 740/2013 (NCJ058138), en relación con el artículo 131 del Código Civil, interpretó que la posesión del estado de filiación, el papel de presupuesto de legitimación para el ejercicio de la acción, es aplicable en el ámbito de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida. Partiendo de la acreditación en el caso de la posesión de estado de la filiación, que según la sentencia reforzó el consentimiento prestado por la no gestante en la clínica, y la sentencia resuelve atendiendo al interés de las niñas nacidas (y cuya filiación reclamaba la excónyuge de la madre) junto al de la otra hija (previamente adoptada por la no gestante) y el interés «de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones ya conseguidas entre todas».

Posteriormente, la sentencia, también del pleno de la Sala Civil 836/2013, de 15 de enero de 2014 (NCJ058277), partiendo de la posesión de estado como título

legitimador para el ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación, valora el interés del menor en que continúe una relación que se había prolongado durante tres años, en un caso en el que se afirma que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía.

Esta sentencia del pleno establece que la perspectiva de análisis que debe proyectarse sobre la cuestión de fondo, apuntada anteriormente, no tiene por objeto la valoración de la posesión de estado de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma, se encuentre o no previamente determinada, sino que se centra, más bien, en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso de la determinación judicial de la filiación, particularmente dispuesto en orden a la acción de reclamación de filiación no matrimonial ejercitada; esto es, en la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción (art. 131 del Código Civil) y en su papel o función de medio de prueba de la filiación reclamada (art. 767.3 LEC).

Desde esta perspectiva, y a los efectos de la fundamentación que aquí interesa, también debe precisarse el contexto valorativo objeto de interpretación. En este sentido, la posible razón de compatibilidad que cabe plantearse entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida, Ley 14/2006, de 26 mayo, habida cuenta de la remisión en materia de filiación a las leyes civiles, salvo las especificaciones propias de la ley, no se circunscribe a la posible aplicación del artículo 7.3 de la normativa, tal y como quedó configurado con la modificación introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, esto es, ya respecto de su aplicación retroactiva al caso que nos ocupa, o bien desde el alcance conceptual que brinda al consentimiento de la mujer casada como título de determinación legal de la filiación, en sí mismo considerado, sino que debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación.

En este contexto interpretativo no cabe duda que dicha razón de compatibilidad viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su estado civil (39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez mas primordial, del interés superior del menor.

En relación con la posesión de estado, figura que ya resultó reforzada tras la Reforma de Derecho de Familia de 1981, el carácter informador señalado se proyecta tanto sobre su posible definición, como respecto de las funciones que jurídicamente desempeña. Cuestión que, al margen de otras posibles consideraciones, determina que la valoración de sus respectivos requisitos de aplicación no resulten deli-

mitados ya en orden a un determinado tipo de filiación, caso de la matrimonial, o bien de la necesaria subsistencia de una previa relación biológica de generación.

Sigue diciendo que

con mayor incidencia, SSTC 116/1999, de 17 de junio, de 6 de noviembre de 2012 y STS de 12 de mayo de 2011, resultan extrapolables estas consideraciones al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, particularmente del carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos.

Por tanto, la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo, avanzando en la dirección ya señalada por la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (núm. 740/2013 [NCJ058138]), no es otra que la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada.

En relación con el interés del menor dice que debe señalarse que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor (STS de 5 de febrero de 2013, núm. 26/2013), su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor.

A su vez, desde la pauta o función de tutela que despliega el interés superior del menor, su incidencia en los derechos y bienes jurídicos concurrentes también se manifiesta en el necesario juicio de ponderación realizado a tal efecto, de forma que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

Pues bien, en el presente caso, y en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, debe concluirse, a la luz de los informes técnicos realizados, que ambas facetas concurren de forma positiva en la relación de familiaridad del menor con la demandante.

Por tanto, cualquier resolución judicial no puede considerar como carentes de importancia los actos posteriores al nacimiento y la formación del denominado proyecto familiar común, precisamente por ser posteriores, sino que por el contrario son decisivos para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado.

Por último, hay que añadir que la sentencia da por supuesto que el superior interés del menor queda tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. Sin embargo, no es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales. Tampoco se ajusta a los criterios que ha adoptado la sala en las citadas sentencias 740/2013, de 5 de diciembre (NCJ058138) y 836/2013, de 15 de enero de 2014 (NCJ058277), que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno-filial. En el presente caso no se da esa situación ni se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno-filial de la demandante con el niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre.

3. En el supuesto del caso propuesto tras la separación y el posterior divorcio, la relación existente entre la demandante B, la madre que reclama la filiación, con la menor no ha sido la que pudiera considerarse propia de una persona que haya querido tener, cuidar o atender a la niña nacida; no existieron contactos ni relación con ella, sino que del caso puede extraerse que desde la ruptura de la pareja se desentendió de ella y que incluso abandonó cualquier intento de solicitar medidas personales y patrimoniales en el procedimiento de divorcio instado por la A, la madre biológica, ya que ni contestó ni compareció en dicho procedimiento, lo que revela su carencia de interés en la relación con la niña nacida, que de hecho no mantuvo ni tampoco realizó ningún acto de acercamiento con ella, por lo que su desinterés por ella quedó en evidencia. Quizá solo se ha limitado a contactos esporádicos, más propios de la amistad con la madre, con quien tiempo después del divorcio la demandante quiso recuperar la relación a la que había puesto fin, que con una relación de maternidad con el niño. La demandante, además, abandonó todo intento de solicitar medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio, lo que permite cuestionar la constancia y continuidad en la relación. Finalmente, el que efectuara unas transferencias a una cuenta propia y según su disponibilidad económica, en concepto de ahorro, en espera, según se dice, de que la madre proporcionara una cuenta, no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos, con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

En ningún caso se puede decir que haya existido los requisitos exigidos por la jurisprudencia, *tractatus* y fama como elementos para determinar la posesión de estado existente y valorar el interés de la menor afectada por la demanda de reclamación de la filiación.

Por tanto, la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial debería ser desestimada, por no concurrir los elementos recogidos por la jurisprudencia mencionada para ello.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 10, 14 y 39.
- Código Civil, arts. 120 y 131.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo (LTRA), art. 7.3.
- Ley 20/2011, de 21 de julio (LRC), art. 44.5.
- SSTS del pleno de 12 de mayo de 2011; 740/2013, de 5 de diciembre; 836/2013 de 15 de enero de 2014, y 45/2022 de 27 de enero.

Contrato de servicios de asistencia jurídica. Adjudicación y prórroga. Adquisición de bien vacante por una comunidad autónoma

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF-

Enunciado

El organismo autónomo Agencia Madrileña de Atención Social, con sede en Madrid, adscrita a la consejería competente en materia de Política Social, pretende sacar a licitación los servicios jurídicos del mismo, consistente en el asesoramiento de esta naturaleza, para el año XXX, siendo el valor estimado del contrato de 60.000 euros. El procedimiento utilizado es el procedimiento abierto simplificado. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se especifica que los criterios de adjudicación tienen que representar más del 51 % en criterios de calidad. Es adjudicado el contrato adjudicado al abogado, con despacho profesional, don RRR.

Finalizado el año de duración del contrato, está tan satisfecho el organismo autónomo con la función desempeñada por el abogado al que se adjudicó el contrato, que ha decidido prorrogar el mismo por otro año más con la conformidad de la contratista.

Es de hacer constar que durante la ejecución del contrato del primer año el órgano de contratación tuvo conocimiento de que en el mes de marzo de ese año fue condenado el contratista por sentencia firme por delito de cohecho. Ante ello, el órgano de contratación, al considerarlo incurso en causa de prohibición para ser contratista, pone en marcha el procedimiento de revisión de oficio por acto nulo de pleno derecho para anular el referido contrato. Es de hacer constar que el mismo y el pliego de cláusulas administrativas particulares recogían, como causa de resolución del contrato, incurrir en causa de prohibición para ser contratista.

A lo largo de ese primer año, se plantea la necesidad de designar un letrado para la defensa de varios asuntos civiles interconectados entre sí en los que el organismo había sido demandado. El contrato se adjudica previa previsión de los honorarios, conforme al baremo –50.000 euros– que fija el colegio de abogados. Se hace por procedimiento con negociación y se selecciona directamente, a través de un solo contrato, al mismo letrado que se encargaba del asesoramiento jurídico y que había realizado informes previos en esos asuntos y en el expediente de contratación.

Otro letrado recurre esta adjudicación, a través del recurso especial en materia de contratación, a los 10 días de la adjudicación del contrato, basado en los siguientes argumentos:

- por haberse realizado un solo contrato en lugar de varios o uno con división en lotes;
- por no ser ajustado a derecho del procedimiento utilizado;
- por recaer la adjudicación en el abogado que ya se encargaba de los servicios jurídicos de la Administración;
- por requerirse, por el pliego de cláusulas administrativas particulares, como criterio de solvencia técnica o profesional, estar colegiado en un colegio de abogados de la Comunidad Autónoma de Madrid.

El Tribunal de Recursos Contractuales resuelve la no admisión del recurso, notificándole dicha resolución a los 45 días de haber interpuesto el recurso, afirmando, además, que por el último motivo era extemporáneo, pues debió haber impugnado, en su día, la cláusula del pliego que recogía esa restricción respecto a la colegiación del abogado.

Vista la resolución del tribunal, no admitiendo el recurso, interpone, al día siguiente de la notificación de esta resolución, recurso contencioso-administrativo contra la adjudicación del contrato, utilizando idénticos motivos que el tribunal no examinó.

Finalmente, debido al estado de abandono de un inmueble en una población de la Comunidad de Madrid, sin ocupación alguna desde tiempo inmemorial, y sin dueño conocido, tras las gestiones realizadas tanto en el Registro de la Propiedad como en otros registros, así como por declaraciones de vecinos, precisándolo la Consejería de Juventud, Familia y Política Social para fines propios, tiene intención de adquirir la propiedad del mismo, para lo que pone en marcha el oportuno expediente administrativo. Si no fuera posible la adquisición de este modo, la Comunidad de Madrid se plantea cómo podría adquirirlo. Es de significar que la conservación del inmueble ha corrido a cargo del ayuntamiento donde está ubicado, habiendo invertido importantes cantidades para su conservación en estado de seguridad, higiene y salubridad; por ello, es su intención reclamar, en su momento, los gastos efectuados.

Cuestiones planteadas:

Con base en todo lo indicado, se solicita el oportuno informe jurídico en el que se analice las vicisitudes jurídicas planteadas respecto a la contratación de los servicios jurídicos del organismo y la posterior contratación del abogado para que se haga cargos de varios procedimientos contencioso-administrativos. En concreto:

1. El ajuste a derecho de lo que pretende la Comunidad de Madrid respecto a la contratación de los servicios jurídicos.

- a) El ajuste a derecho del procedimiento de adjudicación elegido.
 - b) El ajuste a derecho de la prórroga decidida por la Administración.
 - c) El ajuste a derecho de la revisión de oficio acordada por la Administración al incurrir el contratista en causa de prohibición?
 - d) ¿Será ajustado a derecho si, por esta causa, el órgano de contratación opta por resolver el contrato?
 - e) ¿Estará el contrato de designación de abogado para la defensa de varios asuntos civiles sujeto a regulación armonizada?
 - f) Informe sobre la procedencia del recurso interpuesto por el letrado disconforme con la adjudicación del contrato; la decisión del tribunal no admitiéndolo; si tiene razón en los argumentos que utiliza en el recurso; la extemporaneidad de recurrir una cláusula del pliego aducida por el tribunal y la procedencia o no del recurso contencioso-administrativo.
2. ¿Puede adquirir la consejería el inmueble como pretende, a través de expediente administrativo, a tal fin? Si no fuera posible, ¿cómo podría adquirir el inmueble la Comunidad de Madrid? Podría el ayuntamiento solicitar a quien lo adquiera los gastos invertidos en el mismo?

Solución

1. Lo primero que debemos significar es que no parece ajustado a derecho que se contraten los servicios jurídicos del organismo autónomo, pues el artículo 1 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid señala:

1. El asesoramiento jurídico y la representación y defensa de la Comunidad de Madrid y de sus organismos autónomos, ante toda clase de Juzgados y Tribunales, corresponde a los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de lo establecido en los apartados siguientes y de las competencias de los órganos a que se refiere el artículo 3.1.

También corresponderá a los letrados de la Comunidad de Madrid el asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio de cualesquiera otros entes de Derecho público de la Comunidad de Madrid, cuando su norma reguladora así lo establezca, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.1.

3. En casos excepcionales y oído el Director General de los Servicios Jurídicos, el Consejo de Gobierno podrá acordar que la representación y defensa en juicio sean asumidas por un abogado en ejercicio, o confiar a este sólo la defensa y la representación en juicio a un procurador.

Con carácter previo a la preparación de contratos que tengan por objeto el asesoramiento jurídico externo, el órgano proponente lo comunicará a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que podrá emitir informe en el plazo de cinco días.

Por lo tanto, la celebración de este contrato podría vulnerar lo establecido en el artículo 28.1 de la LCSP cuando afirma que

las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

De manera que este contrato podría no ser conforme a derecho por vulneración del citado artículo 28.1.

a) En relación con el procedimiento de adjudicación seguido, se trata de un contrato de servicios del artículo 17 de la Ley 9/2017, LCSP:

Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

Por su valor estimado, conforme al artículo 22.1 a) no está sujeto a regulación armonizada, al no superar los 214.000 euros, o el c), 750.000 euros, se refiere a servicios jurídicos incluidos en el anexo IV de la ley.

El procedimiento abierto simplificado se prevé en el artículo 159 de la LCSP, que señala:

1. Los órganos de contratación podrán acordar la utilización de un procedimiento abierto simplificado en los contratos de obras, suministro y servicios cuando se cumplan las dos condiciones siguientes:

a) Que su valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y en el caso de contratos de suministro y de servicios, que su valor estimado sea inferior a las cantidades establecidas en los artículos 21.1, letra a), y 22.1, letra a), de esta Ley, respectivamente, o a sus correspondientes actualizaciones.

b) Que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total.

El primer requisito exigido por el artículo 159 de la LCSP lo cumple, pues el valor estimado no es igual o superior a las cantidades exigidas para que esté sujeto a regulación armonizada.

Respecto al segundo requisito, con respecto a los criterios de adjudicación del contrato, el artículo 145.4 de la LCSP señala:

Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146.

Partiendo de dicho precepto, se constata que nada indica el citado artículo sobre qué puede entenderse como prestación de carácter intelectual, como tampoco hacen los artículos 308 y siguientes de la LCSP, relativos al contrato de servicios.

Sobre las prestaciones de carácter intelectual se pronuncie expresamente la disposición adicional 41.^a de la ley, señalando que «se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta ley».

En este sentido, la Resolución 1111/2018, de 30 noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirma que si bien en toda prestación de servicios interviene en mayor o menor medida funciones humanas intelectiva, debe interpretarse que con prestaciones de carácter intelectual se está refiriendo aquellos contratos que implican «una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos, y, además, implique el uso de las más altas facultades intelectiva su humanas; destacadamente, aquellas que suponen innovación un cierto grado de creatividad». Ante ello, en el caso de los servicios jurídicos, no serían servicios de carácter intelectual. De cualquier forma habría que analizar detenidamente el objeto completo del contrato para poder definir esta cuestión de forma definitiva.

En principio, por tanto, los criterios de adjudicación tienen que representar más del 51 % en criterios de calidad, porque está incluido el contrato en el anexo IV.

b) En cuanto a la prórroga decidida por la Administración, con la conformidad del contratista, vencido el plazo del año de duración del contrato debemos significar que para que fuera ajustada a derecho, debería venir contemplada en el contrato o en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues señala el artículo 29.2 de la LCSP que

el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley.

[...]

En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes.

Por ello, si esta prórroga no estaba prevista para el segundo año, esa ejecución tiene su origen en un nuevo contrato que se ha realizado sin seguir la regla del procedimiento legalmente establecido, puesto que no ha existido expediente de contratación con todos los trámites exigidos. De manera que los contratos serán nulos de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 39.1 de la LCSP, que señala que son causas de nulidad del contrato las previstas en el artículo 47.1 de la LPAC, en cuyo apartado e) se contempla esta causa de nulidad. Como consecuencia de todo ello, procederá la revisión de oficio prevista en el artículo 41.1 de la LCSP, que se remite al artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC).

c) Respecto a la pretendida revisión de oficio del contrato por parte de la Administración al haber sido condenado el contratista, durante la vigencia del primer año del contrato, por un delito firme de cohecho, debemos afirmar que no fue ajustada a derecho.

Ciertamente esa circunstancia constituye una causa de prohibición para ser contratista, prevista en el artículo 71.1 a) de la LCSP. Pero debemos tener en cuenta que las causas de prohibición para ser contratista con la Administración se aplican, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, de tal manera que, efectivamente, si se adjudicó el contrato a quien está incurso en ella, ese contrato será nulo de pleno derecho al amparo del artículo 39.2 a) de la LCSP. De conformidad con el contenido de la LCSP, la obligación no de estar incurso en prohibición para contratar hace referencia al momento de presentación de ofertas, debiéndose mantener hasta la formalización del contrato. Sin embargo, nada dice la LCSP respecto al mantenimiento de esta situación durante la fase de ejecución del contrato. Pero una vez adjudicado el contrato y, siendo la causa sobrevenida, no puede jugar como tal causa de prohibición. Por tanto, no sería ajustado a derecho que el órgano de contrata-

ción aplicara esta causa para intentar declarar la nulidad del contrato a través de la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho del artículo 106.1.

El Informe 25/2013 de la JCCA expresamente sostenía que la incursión sobrevenida en prohibición para contratar surte efectos en adelante, no afectando a los contratos públicos en vigor.

Por lo tanto, incurrir en prohibición para contratar una vez formalizado el contrato no puede ser motivo para resolver el contrato. Únicamente tendrá efectos sobre futuras adjudicaciones, pero no sobre los contratos en ejecución.

d) Respecto a si cabría la resolución del contrato por haber incurrido en causa de prohibición para ser contratista, el Dictamen 479/2018, de 8 de noviembre, da la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (CJM) señala que «el artículo 223 del TRLCSP enumera [al igual que hoy lo hace el artículo 211 de la LCSP/17] las causas de resolución del contrato», y considera como tal en su apartado h) «las establecidas expresamente en el contrato». Efectivamente, el artículo 223 h) del TRLCSP, aplicable, como se ha indicado, a este expediente de contratación, recoge la citada causa de resolución genérica, un «cajón de sastre» que, en apariencia, permite que el pliego introduzca cualesquiera causas de resolución que el órgano de contratación considere convenientes; sin embargo, en contra de lo que afirma la CJM, la LCSP ha eliminado dicha mención, de forma que ni su artículo 211 –equivalente al 223 TRLCSP–, ni tampoco los artículos que regulan las causas de resolución de los distintos tipos de contrato, recogen una letra similar a la letra h del artículo 223 del TRLCSP, que permita establecer libremente causas de resolución mediante su inclusión en el contrato.

En conclusión, la inclusión en causa de prohibición para ser contratista no puede recogerse en el contrato, en los pliegos como causa de resolución del contrato, pues parece que la ley ha reservado a la ley la determinación de estas causas.

La única opción que tendrá al órgano de contratación es que esta circunstancia sobrevenida supusiera la concurrencia de otra causa de resolución contemplada en el artículo 211, con carácter general para todo lo contrato o, específicamente, en el artículo 313 como causa de resolución del contrato de servicios, en cuyo caso podría incoar procedimiento de resolución del contrato.

e) ¿Estará el contrato de designación de abogado para la defensa de varios asuntos civiles sujeto a regulación armonizada?

Lo primero a señalar es lo que afirmamos en la primera respuesta respecto a la necesidad de contratar un abogado para los procesos contencioso-administrativos cuando existe el Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid, que puede asumir la defensa judicial de la misma. Lo único preciso será cumplir con lo que dispone el artículo 1.3 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los servicios jurídicos de la comunidad:

En casos excepcionales y oído el Director General de los Servicios Jurídicos, el Consejo de Gobierno podrá acordar que la representación y defensa en juicio sean asumidas por un abogado en ejercicio, o confiar a este solo la defensa y la representación en juicio a un procurador.

Con carácter previo a la preparación de contratos que tengan por objeto el asesoramiento jurídico externo, el órgano proponente lo comunicará a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que podrá emitir informe en el plazo de cinco días.

Los servicios jurídicos prestados al sector público no tienen una regulación específica en la LCSP, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 –LCSP 2017–, equiparándose al resto de servicios, a salvo de la exclusión de la regulación armonizada de determinados servicios jurídicos, y algunas cuestiones procedimentales de escasa relevancia.

El artículo 17 de la LCSP 2017 define el contrato de servicios en los siguientes términos:

Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Y el artículo 11.2 y 11.3 de la LCSP 2017, con la denominación «Otros negocios y contratos excluidos», excluye del ámbito de aplicación de la norma, únicamente, y a diferencia de la regulación contenida en la Directiva 2014/24/UE, los siguientes servicios jurídicos:

- Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general, es decir, los servicios jurídicos sometidos a arancel.
- Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.

La LCSP 2017, al regular los contratos sujetos a regulación armonizada, excluye en el artículo 19.2 e) de la regulación armonizada, con independencia del valor estimado del contrato, los siguientes servicios jurídicos, pero, no obstante, quedan sometidos a la aplicación de la LCSP 2017:

1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento

judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

[...]

5.º Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

Por último, la LCSP 2017 recoge algunas previsiones que le resultan aplicables a los servicios jurídicos, como consecuencia de que los servicios jurídicos están incluidos dentro de los servicios especiales del anexo IV de la LCSP 2017. Son prescripciones de escasa relevancia y que, en ningún caso, sustituyen el procedimiento general de contratación aplicable a la contratación de los servicios jurídicos por el sector público, como son que en el caso de que se utilice un anuncio de información previa, este podrá abarcar un plazo superior a 12 meses (art. 134.6 LCSP 2017) y que, en lo referente a la modificación de estos contratos, no se exige la publicación en el DOUE (art. 207.3 LCSP 2017).

En nuestra opinión, estos informes y dictámenes mantienen cierta contradicción, pues aunque parecen optar por distintas posibilidades, entre las que la aplicación de la LCSP 2017 se establece como una alternativa más, sin embargo, en estos informes se reconoce igualmente, como es nuestro parecer, que a pesar de la exclusión de la regulación armonizada, el legislador nacional «goza de la potestad de permitir su regulación por la norma contractual pública del Estado miembro en cuestión, a pesar de que por expresa indicación del derecho comunitario no estén sujetos a la Directiva».

Por todo ello se requiere la aplicación de la LCSP 2017 y, en concreto, el régimen jurídico aplicable al contrato de servicio, no siendo posible la contratación directa o sin procedimiento alguno del abogado por la Administración, sin tener en cuenta los procedimientos de adjudicación previstos en la LCSP 2017. Todo ello sin perjuicio de ser partidario de una regulación específica de estos contratos de servicios jurídicos, más acordes con la regulación comunitaria.

En general, la justificación de la no división en lotes de estos contratos se basa en que se trata de trabajos de asesoramiento y representación letrada, que no se tiene la certeza en cuanto a su número o materia del derecho que será necesario atender, ello sin perjuicio de que por la especialidad demandada en cada momento pueda ser turnada a distintos letrados integrantes de un mismo despacho, todo ello cuando la adjudicación haya recaído sobre dicho despacho y no en un único profesional.

La casuística que puede darse en este ayuntamiento no es tan abundante como para posibilitar la división en lotes de este contrato; la intención es contar con un despacho de abogados en el que se contemplen todas las ramas del derecho en las que pueda necesitar apoyo esta corporación. No sería conveniente, por tanto, dividir el contrato en un lote, por ejemplo, para asesoramiento administrativo, y que surja una necesidad de asesoramiento en materia de derecho civil.

f) Informe sobre la procedencia del recurso interpuesto por el letrado disconforme con la adjudicación del contrato; la decisión del tribunal no admitiéndolo; si tiene razón en los argumentos que utiliza en el recurso; la extemporaneidad de recurrir una cláusula del pliego aducida por el tribunal y la procedencia o no del recurso contencioso-administrativo.

En relación con la procedencia del recurso interpuesto, debemos señalar que no es el procedente, puesto que, al amparo del artículo 44.1 a) de la LCSP, se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado es inferior a 100.000 euros y, por tanto, no cabe ese recurso.

Luego la resolución del Tribunal de Recursos Contractuales no admitiendo el recurso fue ajustada a derecho, a tenor del artículo 55 d) de la LCSP, que señala como motivo de no admisión «haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44».

Por ello, como el contrato no está sujeto a regulación armonizada por las razones apuntadas en la respuesta número 4, ni iguala o supera el valor estimado los 100.000 euros, será el potestativo de reposición en el plazo de un mes, porque los actos del órgano de contratación ponen fin al vía administrativa, según el artículo 191.4 de la LCSP (lo será el pleno o el alcalde, conforme a la disposición adicional 2.^a de la Ley 9/2017). Resuelto este recurso cabrá recuso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo (art. 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa). También cabría directamente este recurso.

En relación con la posibilidad de interponer, ahora, el recurso de reposición contra la adjudicación del contrato, sería extemporáneo, pues ya había pasado el mes para ello desde la adjudicación. El plazo no se interrumpe durante la tramitación del recurso especial.

Por otra parte, entiendo que no cabe la interpretación del artículo 115.2 en el sentido de que en caso de error en la calificación del recurso no será obstáculo para su tramitación si se deduce su verdadero carácter o naturaleza (principio de *in dubio pro actione*), porque el recurso especial en materia de contratación tiene una naturaleza especial y se resuelve por un órgano que goza de autonomía, por ello sin estar sujeto a jerarquía de ningún otro órgano.

En relación con los motivos del recurso, son cinco:

- Que se debieron realizar varios contratos. No tienen razón en este argumento porque esto pertenece a la voluntad del órgano de contratación, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. Más bien lo que de la ley se deduce es que, según el artículo 99.2, «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». Porque ahí se encuentra el peligro, al poder recurrir a varios contratos menores y adjudicarlos al mismo contratista, evitando así el cumplimiento de reglas preceptivas relativas al procedi-

miento o su publicidad. Añade el artículo 99.1: «El mismo [el objeto del contrato] se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer». No cabe duda de que se trata de prestaciones cualificadas y que existe una indudable conexión entre todas ellas, consistente en asuntos civiles interconectados que exigen una indudable coordinación para su defensa.

- Que se debió proceder a la división en lotes del contrato si se hubiera realizado uno solo. Tampoco tienen razón. Es cierto que el artículo 99.3 señala:

Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

Pero a continuación se añade:

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

De manera que, a tenor de este artículo no parece apropiado celebrar un contrato para cada uno de los juicios que tenga el organismo autónomo, sino que debería hacerse un contrato que englobase todos los procesos en que participe en un período de tiempo determinado. Así, el objeto del contrato es la asistencia en juicio de la entidad, sin que sea correcto afirmar que tal objeto pueda ser cada uno de los juicios celebrados, máxime cuando todos ellos se adjudican al mismo abogado. Existe así una unidad en las necesidades que se satisfacen con este contrato, una sola prestación y un solo servicio a cumplir, como es la defensa jurídica del ayuntamiento, por lo que apreciar que cada juicio puede constituir un objeto supondría una ruptura no justificada del objeto del contrato.

No hay que olvidar que el relato de hechos dice literalmente que la contratación se debe a varios asuntos civiles interconectados entre sí, por lo que podría con-

currir la circunstancia b) del artículo 99.3 antes expuesta (dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones) para no haber decidido la división en lotes.

- En relación con el procedimiento utilizado recordamos que se utilizó el procedimiento negociado sin indicarnos si fue con publicidad o no. Lo que habrá de justificarse es que encaje claramente en alguno de los supuestos de los artículos 167 (con publicidad) o 168 (sin publicidad).

La LCSP no ha regulado ningún procedimiento específico para los contratos de servicios jurídicos.

La defensa jurídica en juicio de una entidad del sector público puede también contratarse por cualquiera de los procedimientos descritos en la LCSP 2017, de forma conjunta, mediante la adjudicación de un solo contrato, si ello fuera posible, o si no, en atención al plazo de duración de ese servicio de defensa legal, para lo cual deben respetarse los principios de publicidad y libre concurrencia; no excluyéndose, sin embargo, que la excepcionalidad propia de determinados casos que requieran, por ejemplo, una especialización jurídica determinada, puedan dar lugar a la contratación singular de la defensa jurídica para un pleito determinado, previa justificación de esta peculiaridad en el expediente.

Por todo ello se requiere la aplicación de la LCSP 2017 y, en concreto, el régimen jurídico aplicable al contrato de servicio, no siendo posible la contratación directa o sin procedimiento alguno del abogado por la Administración, sin tener en cuenta los procedimientos de adjudicación previstos en la LCSP 2017. Todo ello sin perjuicio de ser partidario de una regulación específica de estos contratos de servicios jurídicos, más acordes con la regulación comunitaria.

El artículo 166.1 de la LCSP señala que «en los procedimientos con negociación la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos».

Acreditándose lo exigido podría justificarse en el artículo 167 c), que contempla como uno de los supuestos de este tipo de adjudicación sin publicidad «cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma».

Y respecto a la utilización del procedimiento con negociación sin publicidad, el artículo 168 b) 1.º prevé para cuando «una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119».

Si no se justificara ninguno de los supuestos para la adjudicación a través del procedimiento con negociación el contrato, sería nulo de pleno derecho a tenor del artículo 39.1 de la LCSP y 47.1 e) de la LPAC, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

- Respecto a la adjudicación del contrato a quien venía realizando ya los servicios de asesoramiento jurídico de la corporación se podría producir un conflicto de intereses.

El artículo 64 de la LCSP incorpora una definición del conflicto de intereses, tributaria de la recogida en el artículo 24 de la directiva, señalando que abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. La LCSP no exige un compromiso real, sino tan solo su apariencia.

Pero, según el precepto, de «personal al servicio del órgano de contratación», un sentido estricto se refiere a las distintas modalidades de personas que prestan servicios en la Administración (funcionarios, personal laboral, internos, eventuales, etc.), no a quien esté vinculado a ella por una relación de tipo contractual, como es el caso que nos ocupa. Lo cual es lógico, porque, por su especial situación, pueden influir en el procedimiento para la adjudicación del contrato.

Por otra parte, al tratarse de un procedimiento negociado, no han existido licitadores, por lo que era imposible que se pudiera afectar al principio de igualdad, concurrencia y no discriminación; esto para el caso de que hubiere sido procedimiento con negociación sin publicidad; si hubiera sido con publicidad el procedimiento abierto o restringido, no cabe duda de que el órgano de contratación tendría que haber negociado, igualmente, con otros posibles contratistas, y ahí sí que es verdad que ese letrado se encontraba en una posición de superioridad respecto al resto al conocer esos asuntos y haberlos informado en los correspondientes expedientes, por lo cual se podría producir esa posición de desigualdad que el órgano de contratación estaba obligado a impedir.

Si se tratara del personal en sentido estricto de la Administración y, más en concreto, al servicio del órgano de contratación, lo esencial para evitar estas situaciones radica en la imposición a los órganos de contratación de la obligación de:

- Tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción.
- Prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación.

Obligación con la que se pretende evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

Prescripciones que se completan con el deber de aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés de ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

Pues bien, en relación con la gestión de los conflictos de intereses pueden distinguirse cuatro fases para su adecuada solución: prevención, detección, gestión y sanción.

La prevención de los conflictos de intereses exige disponer de mecanismos previos que, a modo de filtro, garanticen la adopción de medidas preventivas, y, a dichos efectos, la más frecuente es la formulación de una declaración relativa a los conflictos de intereses por parte de aquellos que intervengan en los expedientes de contratación.

Ese es el modelo seguido por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, modificada, en este punto, por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de integridad y ética públicas, que establece que en el expediente de contratación se dejará constancia de la manifestación de que no concurre ningún conflicto de interés que pueda comprometer su imparcialidad e independencia durante el procedimiento, así como de que se comprometen a poner en conocimiento del órgano de contratación, de forma inmediata, cualquier potencial conflicto de intereses que pueda producirse durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación o en la fase de ejecución.

Esta declaración deberá emitirse por:

- Todas las personas que participan en el expediente de contratación.
 - Los miembros de las mesas de contratación u otros órganos de asistencia, que harán constar dicha manifestación en las actas de sus reuniones.
 - Quienes deban realizar algún informe técnico a solicitud de la mesa o del propio órgano de contratación lo manifestarán al recibir tal solicitud.
- Requerirse estar colegiado en el Colegio de Abogados de la Comunidad de Madrid.

Respecto a la alegación de que la exigencia de estar colegiado como letrado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid como criterio de solvencia técnica o profesional que figura en el pliego, está claramente injustificada y vulnera los principios de igualdad y libre concurrencia del artículo 1 de la Ley 9/2017, pues no es necesario pertenecer a un colegio profesional de la Comunidad de Castilla-La Mancha para ejercer en esta comunidad autónoma, basta con estar colegiado en cualquier colegio de abogados de España.

El artículo 11 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española señala que: «Para el ejercicio de la abogacía es obligatoria la colegiación en un Colegio de Abogados, salvo en los casos determinados expresamente por la Ley o por este Estatuto General. Bastará la incorporación a un solo Colegio, que será el del domicilio profesional único o principal para ejercer en todo el territorio del Estado».

La colegiación es obligatoria para poder ejercer la abogacía en España. La incorporación a un solo colegio de abogados es suficiente para ejercer en todo el territorio nacional, siendo ese colegio el del domicilio profesional único o principal. Este sistema de colegiación única facilita la movilidad profesional del abogado, al permitir el libre ejercicio en todo el ámbito estatal sin necesidad de más trámites que los imprescindibles, y potencia la libre elección del abogado por parte del cliente.

Para actuar profesionalmente en el ámbito territorial de cualquier colegio diferente al que estuviere incorporado, no podrá exigirse al abogado habilitación alguna ni pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que se exijan habitualmente a los colegiados del colegio donde vaya a intervenir.

Todo abogado incorporado a cualquier colegio de abogados de España podrá prestar sus servicios profesionales libremente en todo el territorio del Estado, en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y en los demás países, con arreglo a la normativa vigente al respecto.

Por tanto, se trata de una cláusula restrictiva de la concurrencia y al principio de igualdad de los licitadores, siendo la misma contraria a derecho, en concreto, nula por vulnerar derechos susceptibles de amparo constitucional (art. 47.1.a LPAC).

En cuanto a la contestación del tribunal, al respecto, de que había pasado el plazo para recurrir el pliego de CAP, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 438/2021, de 24 de marzo (recurso de casación), ha confirmado la impugnación indirecta de los pliegos de la licitación en supuestos de nulidad.

En esta sentencia se señala lo siguiente:

Tal como esta Sala ha expuesto en su reciente sentencia n.º 398/2021 –que resuelve el recurso de casación n.º 4883/2019, citado en el auto de admisión–, la respuesta a la pregunta acerca de la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública es la siguiente:

[...] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurrir en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva [...].

A este criterio jurisprudencial debe ahora estarse. Y en cuanto a la pregunta adicional que también formula el auto de admisión –esto es, si la impugnación indirecta puede formularla incluso el adjudicatario en fase de adjudicación del contrato–, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. En la medida en que el adjudicatario tenga algún interés legítimo que pueda verse afectado, es claro que puede impugnar indirectamente los pliegos de cláusulas particulares. Lo contrario conduciría a dejarlo indefenso y, por consiguiente, a conculcar el artículo 24 de la Constitución. Ni que decir tiene que ello en nada relaja las estrictas condiciones, arriba expuestas, en que es legalmente posible la mencionada impugnación indirecta.

Por tanto, no tenía razón el tribunal respecto a la inimpugnabilidad de esta cláusula, que era nula de pleno derecho.

Finalmente, respecto a la interposición del recurso contencioso-administrativo tras la resolución del Tribunal de Recursos Contractuales, lo primero que debemos observar es que va dirigido contra la adjudicación, no contra la resolución del tribunal. En segundo lugar, debemos indicar que era el procedente, porque al agotar la vía administrativa la resolución del órgano de contratación adjudicando el contrato, podía interponerlo directamente o previo el potestativo recuso de reposición. Finalmente, el plazo para interponerlo es de dos meses. En este caso, el recurso especial lo interpuso a los 10 días de la adjudicación del contrato y el tribunal resolvió a los 45 días desde la interposición, luego habían pasado 55 días desde la resolución adjudicando el contrato. De manera que si el relato de hecho afirma que el recurso contencioso-administrativo lo interpuso al día siguiente de la resolución del tribunal, el recurso lo interpuso en el plazo de los dos meses que el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa concede para interponer este recurso.

En cuanto a la resolución del mismo, deberá estimarse, pues tenía razón en la vulneración del principio de igualdad, al exigirse estar colegiado en un colegio de abogados de Castilla-La Mancha para poder adjudicarse el contrato, y que, probablemente, se había producido una infracción de las normas sobre conflicto de intereses, al adjudicarse a un letrado que había informado en esos asuntos al prestar el servicio jurídico al ayuntamiento en cuestión. Además de que, probablemente, el procedimiento utilizado –con negociación– pudiera haber sido no ajustado a derecho.

2. ¿Puede adquirir la consejería el inmueble como pretende, a través de expediente administrativo, a tal fin? Si no fuera posible ¿cómo podría adquirir el inmueble la Comunidad de Madrid? Podría el ayuntamiento solicitar a quien lo adquiriera los gastos invertidos en el mismo?

No resulta ajustado a derecho lo que pretende la Comunidad de Madrid.

En primer lugar, porque la consejería, en sí misma no tienen competencia para ello, pues según los artículos 40 y 42 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de patrimonio de la Comunidad

de Madrid, la competencia para la adquisición de bienes inmuebles, tanto a título gratuito como oneroso, corresponde al consejero de Presidencia y Hacienda.

En segundo lugar, la legislación española admite una determinada categoría de bienes tradicionalmente denominados vacantes, que no son otros que los bienes inmuebles carentes de dueño. Y esta parece que es la naturaleza del bien en cuestión, pues señala el relato de hechos que «tras las gestiones realizadas tanto en el Registro de la Propiedad y en otros registros así como declaraciones de vecinos con los parientes de los últimos ocupantes, parece que puede tener tal consideración de vacante».

A este efecto el artículo 17.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del patrimonio de las Administraciones públicas establece que pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecen de dueño. Precepto dictado al amparo de la competencia exclusiva estatal sobre legislación civil; razón esta por la que en el Tribunal Constitucional, en sentencias 57/1982, de 27 de julio, y 150/1998, de 2 de julio, declaró la inconstitucionalidad de leyes que atribuían a determinadas comunidades autónomas la propiedad de estos bienes vacantes.

La citada atribución a la Administración General del Estado de los inmuebles carentes de dueño supone una adquisición *ex lege*, es decir, por ministerio de la ley, que no precisa de acto o declaración alguna, salvo el extremo al que nos hemos de referir más adelante.

Se plantea el tema referente al procedimiento que podría seguir la Comunidad de Madrid para adquirir la propiedad del bien en cuestión. Pues bien, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes de la Ley 33/2003, LPAP, solamente procedería la enajenación por parte de su titular legítimo (el Estado); o bien, por prescripción adquisitiva, en el caso de que la Comunidad de Madrid acreditase la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (art. 1941 Código Civil) durante 10 años entre presentes o de 20 entre ausentes (art. 1957 Código Civil).

Aparte de la cuestión de la titularidad del inmueble vacante, se plantea el punto referente a la intervención del ayuntamiento sobre el mismo por razones de policía urbana; habida cuenta del estado de abandono en que al parecer se encuentra.

Ciertamente, a tenor de lo establecido en la normativa urbanística aplicable conjuntamente con la legislación de procedimiento administrativo, no hay duda de que el ayuntamiento no solo puede sino que debe actuar subsidiariamente, no prevaleciendo el abandono sobre el interés general que impone el deber de conservación.

A este efecto, el artículo 17.2 de la LPAP dispone que «no obstante la adquisición por el Estado de un bien vacante, como sería el que nos ocupa, no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidad para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquella a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47

de esa Ley» (cuando ejercitada la potestad de investigación se considere suficientemente acreditada la titularidad de la Administración General del Estado sobre el bien o derecho, se declarará así en la resolución que ponga fin al procedimiento y se procederá a su tasación, a su inclusión en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado y a su inscripción en el Registro de la Propiedad, así como a la adopción, en su caso, de cuantas medidas sean procedentes para obtener su posesión). Es decir, en el caso consultado, el ayuntamiento no podría repercutir en la Administración estatal (titular del bien) los gastos invertidos en la conservación, etc. del inmueble hasta su efectiva inclusión en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.957.
- Ley 29/1998, de 13 de julio (de jurisdicción contencioso-administrativa), arts. 8 y 46.1.
- Ley 3/1999, de 30 de marzo (de ordenación de los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid), art. 1.
- Ley 3/2001, de 21 de junio (de patrimonio de la Comunidad de Madrid), arts. 2 y 40.
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre (de patrimonio de las Administraciones públicas), arts. 17 y 35.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre (de procedimiento administrativo común), arts. 47.1 y 106.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre (de contratos del sector público), arts. 17, 22, 28.1, 29, 39, 41, 44, 55, 64, 71, 145, 159, 166, 167, 168, 191 y disp. adic. 41.^a
- SSTC 57/1982, de 27 de julio, y 150/1998, de 2 de julio.
- STS 438/2021, de 24 de marzo.
- Resolución 1111/2018, de 30 noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Dictamen 479/2018, de 8 de noviembre, da la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.ª ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

Formación a empresas

Cursos de formación a medida



En el CEF.- nos adaptamos a las necesidades formativas de todo tipo de empresas para ofrecer una propuesta global a medida



Presencial

En nuestras sedes de Madrid, Barcelona y Valencia o bien en las instalaciones de tu empresa



Telepresencial

Clases online y en directo que permiten interactuar con profesores y estudiantes



Online

Vídeos explicativos y material audiovisual a través del campus virtual

Nuestro proceso

- ✓ Análisis y detección de necesidades específicas
- ✓ Valoración y diseño a medida del plan formativo
- ✓ Puesta en marcha y ejecución
- ✓ Gestión de la bonificación de la FUNDAE
- ✓ Evaluación y encuestas
- ✓ Seguimiento

Áreas formativas

- ☑ Tributación
- ☑ Jurídica
- ☑ Laboral y Recursos Humanos
- ☑ Contabilidad y Finanzas
- ☑ Dirección y Administración de Empresas
- ☑ Excel y Microsoft Power BI
- ☑ Marketing y Ventas



Más información en:

🌐 www.cef.es/empresas

☎ 91 451 98 28

CEF.-



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2022

CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 32.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 28.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 19.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 8.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 7.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaria del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, Paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2022**, a las **20:00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede solicitar las bases del premio visitando www.cef.es