

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 257 | Junio 2022

ISSN: 2697-1631

Revisión de la legislación concursal española

María Isabel Candelario Macías

¿Libertad o injerencia en la vacunación?

María José Mendiola Antona

Instrumentos legales de lucha contra la corrupción

Augusto González Alonso

Gastos del proceso penal y su pago por la Administración

Vicente Magro Servet

Tu currículum no dice que

CUANDO QUIERES ALGO NO HAY QUIEN TE PARE

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Empresa y Tecnología • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA

Revista CEFLegal

Núm. 257 | Junio 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

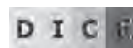
Artes Gráficas Coyve

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

- (Re)visión de la identidad y funcionalidad de la legislación concursal española 5-38
Review of the identity and functionality of the Spanish bankruptcy legislation
María Isabel Candelario Macías
- Descripción de fincas y representación gráfica registral 39-46
Carlos Díaz Marquina
- Gestación por sustitución y vulneración de derechos de madres gestantes y niños (Comentario a la STS de 31 de marzo de 2022) 47-54
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- ¿Libertad o injerencia en la vacunación? He ahí el dilema 55-82
Vaccination: freedom of choice or state intervention? That is the question
María José Mendiola Antona
- Los instrumentos legales de lucha contra la corrupción. Especial referencia a la Directiva 2019/1937 (*Whistleblowers*) 83-102
Legal instruments against corruption. Special reference to the Whistleblowers Directive 2019/1937
Augusto González Alonso

Obligación de la Administración autonómica con competencias en justicia de abonar los gastos del proceso penal existentes por orden judicial (Comentario a la STS de 14 de febrero de 2022) 103-120

Obligation of the autonomous administration with competencies in justice to pay the expenses of the existing criminal process by court order

Vicente Magro Servet

La publicación de un tuit anterior a la fecha formal de adjudicación anticipando la futura adquisición de un suministro no vulnera el principio de transparencia 121-124

Jaime Pintos Santiago y Roberto Carrodeguas Méndez

Casos prácticos

Civil

Dolo civil y dolo penal en la contratación: delito de estafa 125-129

Adelaida Medrano Aranguren

Uso de la vivienda común y contribución a las cargas de la vivienda de cónyuges divorciados 130-136

Casto Páramo de Santiago

Administrativo

Acceso a la función pública. Igualdad en la realización de pruebas selectivas e impugnación 137-166

Julio Galán Cáceres

Normas de publicación 167-168

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>



(Re)visión de la identidad y funcionalidad de la legislación concursal española

María Isabel Candelario Macías

*Profesora titular de Derecho Mercantil.
Universidad Carlos III de Madrid*

icandela@der-pr.uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-8646-9242>

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

En este trabajo se pone de manifiesto una mirada y unas respuestas, que se traducen en una serie de reflexiones en torno a algunas incógnitas ilustradas en saber para qué sirve y cuál es la finalidad del derecho concursal, cuál es la legislación vigente y cuáles son los caminos que quedan pendientes por recorrer para mejorar su ordenación, siendo muy conscientes de que se parte de una coyuntura económica y financiera bastante grave derivada de la crisis sanitaria provocada por la covid-19 y que no se había visto desde hace casi un siglo. En este sentido, se bucea en la evolución de la legislación concursal como herramienta destinada a solventar la situación de insolvencia y crisis económica de los operadores económicos y, además, se detiene en analizar algunos de los inconvenientes que plantea la actual legislación, para luego concluir con una serie de propuestas a futuro que ha de tener presente el legislador concursal.

Palabras clave: insolvencia; derecho concursal; cultura empresarial; riesgo; crisis empresarial; segunda oportunidad.

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

Cómo citar: Candelario Macías, M.^ªI. (2022). (Re)visión de la identidad y funcionalidad de la legislación concursal española. *Revista CEFLegal*, 257, 5-38.



Review of the identity and functionality of the Spanish bankruptcy legislation

María Isabel Candelario Macías

Abstract

This work reveals a look and some answers, which are translated into a series of reflections around some enlightened unknowns in knowing what it is for and what is the purpose of bankruptcy law, what is the current legislation and what are the Paths that remain to be traveled to improve its management, being well aware that it is part of a rather serious economic and financial situation derived from the health crisis caused by covid-19 and that had not been seen for almost a century. In this sense, it delves into the evolution of bankruptcy legislation as a tool aimed at solving the situation of insolvency and economic crisis of economic operators and, in addition, pauses to analyze some of the inconveniences posed by the current legislation and then concludes with a series of future proposals that the insolvency legislator must bear in mind.

Keywords: insolvency; bankruptcy law; business culture; risk; business crisis; second chance.

Citation: Candelario Macías, M.^a I. (2022). (Re)visión de la identidad y funcionalidad de la legislación concursal española. *Revista CEFLegal*, 257, 5-38.



Sumario

- 1. Introducción y panorama económico
 - 2. La filosofía inspiradora del derecho concursal
 - 3. Acercamiento al cuadro normativo concursal
 - 4. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

1. Introducción y panorama económico

La crisis de la pandemia sanitaria derivada del virus conocido como coronavirus SARS-CoV-2 (covid-19) ha originado y supone en un presente y futuro cercano graves consecuencias económicas y financieras en las personas y empresas de todo el mundo¹; sin entrar a valorar otra serie de implicaciones conexas como son la pobreza o la pérdida de empleos, entre otros.

En las circunstancias excepcionales creadas por el brote de covid-19, empresas de todo tipo pueden verse enfrentadas a una grave falta de liquidez. Puede que no solo las empresas solventes, sino también las menos solventes padezcan una súbita escasez o incluso la falta de disponibilidad de liquidez. Las pymes están particularmente en riesgo. Por lo tanto, todo ello puede afectar seriamente a la situación económica de muchas empresas saneadas y de sus empleados a corto y medio plazo, al tiempo que también tiene efectos más duraderos, al poner en peligro su supervivencia².

Por lo que hace a la crisis empresarial, es sabido que desde una vertiente legal tenemos como paliativo de la misma a la legislación concursal, si bien esto no significa que esta *per se* se convierta en la panacea para solventar todas las situaciones, sino que más bien hemos de apoyarla con otra serie de medidas: laborales, fiscales, de política macro y microeconómica para poder resolver de forma certera dichas situaciones.

Focalizando nuestra atención ahora en el contexto económico, hemos de partir del hecho de que la economía española, como sucede en gran parte de países de la Unión Europea, está sustentada por microempresas y pymes, que constituyen el motor del funcionamiento y engranaje de la economía y que también sufren de forma más notoria «los pinchazos» y los vaivenes de cualquier crisis económica; afectando a su desarrollo e, inclusive, a su desaparición por la situación de insolvencia.

¹ Véase *El impacto económico del coronavirus, en gráficos*. Datos actualizados el 12 de febrero de 2021, en <https://www.epdata.es/datos/impacto-economico-coronavirus-graficos/523>: «La pandemia de coronavirus en España y en el mundo ha provocado una crisis sanitaria sin precedentes en los últimos cien años en el mundo que, a su vez, ha derivado en la paralización de ciertos sectores económicos, como el comercio, la hostelería y el turismo, provocando la caída de varios indicadores económicos que alertan de una recesión»

² Cfr. la comunicación de la Comisión. «Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19» (2020/C 91 I/01) DOUE de 20 de marzo de 2020, p. 1. *OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19)*, «Supporting businesses in financial distress to avoid insolvency during the COVID-19 crisis, 27 mai 2020», en <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/supporting-businesses-in-financial-distress-to-avoid-insolvency-during-the-covid-19-crisis-b4154a8b/#endnotea0z3>.

Ante esta tesis, se pueden adoptar diferentes medidas e instrumentos que puedan solventar dicha situación de crisis económica, siendo una de ellas la regulación concursal, tal y como hemos manifestado. Además, en muchas ocasiones, por no decir en un porcentaje más que elevado, la reglamentación existente no está diseñada para atender las necesidades de este tipo de empresas, sino que se estructura en torno a una empresa media o más bien grande como paradigma, cuestión que dificulta aún más la situación deteriorada e incrementa la inoperancia legislativa en mor de proporcionar soluciones eficientes y equitativas a este modelo empresarial. En definitiva, nos encontramos ante un panorama legal, que ante la insuficiencia de soluciones, es no querido, amén de desconocido por los empresarios y operadores económicos, por ausencia de cultura empresarial hacia la aplicación y fomento de mecanismos y soluciones concursales que coadyuven a la mejor y pronta resolución de la situación de dificultades económicas.

También hay que traer a colación aquí que nuestro sistema legal es heredero de un sistema fuertemente judicializado y con características estigmatizadoras de «fracaso empresarial» cuando se acude al procedimiento concursal. Estos planteamientos se han ido cambiando con la propia evolución del derecho concursal en los últimos tiempos, reflejo de la introducción de herramientas y mecanismos foráneos, propios del derecho comparado (Lledó Yagüe, 2015); piénsese en el derecho norteamericano³ a través del *discharge* o del *fresh start* del derecho inglés⁴. A su vez, y dentro del ámbito del derecho europeo⁵, hay países que contienen en su legislación (Orrico Sánchez, 2019) instituciones con similar fina-

³ Cfr. 11 U.S. Code Title 11, *Bankruptcy*, chapter 7, § 727 – *Discharge* <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/727> y chapter 13, § 1328 – *Discharge* <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/1328>. Como bien precisa, Niño Estébanez (2018), «podemos encontrar a los Estados Unidos de Norteamérica, en donde existe legislación específica sobre segunda oportunidad desde la "Bankruptcy Act" de 1898, con mecanismos de discharge o fresh start». Al respecto, *vid.* Martínez Muñoz (2019).

⁴ Menciona lo que sucede en el derecho inglés, al respecto, Niño Estébanez (2018): «En el Reino Unido nos encontramos con distintas normas de insolvencia, entre otras, la "Insolvency Act", de 1986; y la "Enterprise Bill", de 2002. La Ley de insolvencia de 1986 contempla diversos mecanismos de segunda oportunidad como "el alivio de la deuda" (*debt relief*) y la "liquidación de activos y cancelación de deuda". En los casos de insolvencia de particulares, corresponde a los Tribunales declarar su situación de "bancarrotas", bien de forma voluntaria a instancia del deudor o instancia de los acreedores, que es la denominación prevista para el procedimiento concursal o de insolvencia de los particulares. Declarada la bancarrota, el activo del deudor es transferido a un administrador, que será el encargado de reorganizar la deuda y que obliga al deudor a una cooperación legal y permanente con el órgano judicial y con el administrador. Por su parte, la Ley de 2002 está prevista para situaciones de insolvencia de personas jurídicas y para deudas de mayor cuantía, y permite, con arreglo a parámetros clásicos de restructuración de la deuda, tanto a las personas físicas como a las jurídicas, alcanzar acuerdos extrajudiciales de remisión de deuda, que serán vinculantes para quienes se adhieran al mismo». Al respecto, Walters (2005).

⁵ Declara Santos (2020) que el sistema configurado tanto en España como en Portugal encuentra su inspiración en la terminología alemana, donde este procedimiento se aplica a la *natürliche person* dentro del modelo *Restschuldbefreiung*, presente en la *Insolvenzordnung* de 1994, con instrumentos idénticos en las leyes concursales europeas, como en Italia la *esdebitazione*, aunque la gran referencia es la *discharge* existente en la *Bankruptcy Act* norteamericana. Cfr. § 287. II *Insolvenzordnung* y chapter 7 del Código de Quiebras USA.

lidad, aun cuando presentan su propia idiosincrasia, al no ser tan amplios en cuanto a los efectos de la liberación de deudas, como es el caso de lo que sucede en Alemania a través del *Restschuldbefreiung* (rehabilitación) (Gómez, 2018, pp. 47 y ss., en nota núm. 22; Bas-tante Granell, 2020, pp. 282 a 287) o en Italia⁶. Además, se ha de apreciar el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* portugués, aprobado por D.L. núm. 53/2004, de 18 de marzo, que contempla dos modelos para el tratamiento de la insolvencia de personas físicas: por un lado, el plan de pago ex artículo 249 y siguientes, inspirado en el modelo europeo, y por otro, la exoneración de los pasivos restantes ex artículos 235 y ss., que tuvo su génesis en el modelo *fresh start* norteamericano. La exoneración del pasivo insatisfecho es el modelo más empleado en Portugal, en detrimento del plan de pagos, ya que permite al deudor reiniciar su vida libre de deudas anteriores. Sin embargo, el modelo de segunda oportunidad adoptado en Portugal es en realidad un modelo mitigado, dado que no todas las deudas están sujetas a exoneración y no presentan efectos automáticos, quedando el deudor insolvente supeditado a un periodo de prueba (Leitão, 2019; Santos, 2020, pp. 1, 2, 17 y 19; Souto Araújo, 2019, pp. 6 y ss.).

En definitiva, nos encontramos en nuestro sistema con el mecanismo denominado de «segunda oportunidad», que es fiel muestra y reflejo de la evolución que se está produciendo dentro de la identidad de nuestro derecho concursal. Adviértase que nuestro ordenamiento jurídico tradicional, inspirado por el artículo 1911⁷ del Código Civil, provocaba que si el con-

⁶ Como antecedente del régimen de liberación de deuda en el derecho concursal italiano se refleja en el artículo 142 de la *Legge fallimentare*, redactado de conformidad con el Decreto Legislativo 5/2006. Sintetiza a grandes rasgos la reglamentación de esta institución para el derecho italiano, Giorgio (2019), al decir: «L'istituzione dell'esdebitazione, entrato nel nostro ordinamento con la riforma della legge fallimentare del 2006 per il fallito persona fisica e con la legge n. 3/2012 per il soggetto sovraindebitato, è stata regolata, innovata e organicamente trattata nel capo X dal titolo esdebitazione del Codice della crisi d'impresa, negli articoli che vanno dal 278 al 283. Nella prima parte, che va dall'art. 278 all'art. 281 è trattata l'esdebitazione nella liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata, mentre nella seconda parte, contenuta negli artt. 282 e 283, è trattata l'esdebitazione nella sola liquidazione controllata per il sovraindebitato». Sobre el particular, Vedova (2019).

⁷ Sintetiza el planteamiento de fondo de entendimiento del artículo 1.911 del CC Ortiz González (2016, pp. 363 y 364), que declara: «La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Si en el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1.911 del Código Civil. Además, muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe coheretarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace».

curso de persona física concluía sin abonar la totalidad del pasivo, este continúa obligado a afrontar los créditos restantes. La aprobación e introducción en nuestro sistema legal de la exoneración del pasivo insatisfecho supone una excepción o limitación al paradigma de la responsabilidad patrimonial universal. Igualmente, se ha de partir del dato que el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho supone el sustrato sobre el que se sostiene el mecanismo de la «segunda oportunidad», que es una ventaja para el deudor⁸ y una excepción (Montilla Arjona, 2018; Gómez Asensio, 2020, pp. 6 y ss.) a la regla general que informa nuestro ordenamiento jurídico privado. En otros términos explicativos, como es sabido, todo deudor responde a los parámetros impuestos por el principio de responsabilidad patrimonial universal, ex artículo 1911⁹ del Código Civil y artículo 6¹⁰ del Código de Comercio, respectivamente, si bien los efectos inherentes a la «segunda oportunidad» comportan una serie de salvedades y, a tal efecto, el deudor tiene que observar una serie de presupuestos y requisitos ordenados legalmente para poder aprovecharse de esta excepcionalidad.

Siguiendo con la reseña de la principal legislación sobre la insolvencia en Europa, y a nivel armonizado, nos encontramos de forma más mediata a la Directiva (UE) 2019/1023¹¹, sobre insolvencia y reestructuración europea, que ha comportado la construcción de una serie de institutos. *Ab initio*, la directiva aludida debe ser transpuesta por parte de los Estados miembros antes del 17 de julio de 2021, y aparece como una norma de mínimos, toda vez que proporciona un amplio margen de actuación a los diferentes Estados para adoptar dicha disposición.

⁸ Cfr. Díaz Tarragó (2019) y Esteban Ramos (2020).

⁹ Decreta el artículo 1.911 del Código Civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Interpreta este mandato relacionándolo con la «segunda oportunidad» Gómez Asensio (2020) y Garzón Ximénez (2020). Areoso Casal (2020, p. 689) declara: «Se le permite al deudor la exoneración de sus deudas (*discharge*), con la consiguiente modulación del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911, que hace responder al deudor frente a sus acreedores con todos sus bienes presentes y futuros». Cfr. art. 2740, apartado 1.º del Código Civil italiano: «Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri».

¹⁰ Manda el artículo 6: «En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges».

¹¹ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (Texto pertinente a efectos del EEE.). DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019. Más sobre el particular, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE» (COM[2016] 723 final - 2016/0359 [COD]).

La aprobación de la Directiva (UE) 2019/1023, en vigor desde el 16 de julio de 2019, y cuyo plazo general de transposición es de dos años, hasta el 17 de julio de 2021, como hemos indicado, tiene la excepción en su artículo 34.2¹² de un año más (hasta el 17 de julio de 2022) para «los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva». La incógnita que surgía a continuación era si España podía argumentar que se encontraba dentro de este supuesto y, por tanto, acogerse a esta disposición y dilatar la transposición¹³, que se puede ampliar hasta el año 2022. De hecho, en la fecha en que se confecciona esta contribución, nos encontramos en proceso de transición legislativa sobre la materia, toda vez que nos encontramos con el anteproyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)¹⁴. Agregado a lo precedente, el proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para

¹² Estipula el artículo 34 de la Directiva 2019/1023, perteneciente a la transposición: «1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2024, y las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. Aplicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva a partir del 17 de julio de 2021, con la excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se aplicarán a partir del 17 de julio de 2024 y de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se aplicarán a partir del 17 de julio de 2026.

2. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva podrán disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación previsto en el apartado 1. Los Estados miembros notificarán a la Comisión la necesidad de hacer uso de dicha posibilidad de prorrogar el período de aplicación a más tardar el 17 de enero de 2021». (El énfasis de la cursiva es de nuestra autoría).

¹³ Cfr. Panzani (2021, p. 18), que viene a señalar que Italia retrasará un año más la transposición de la Directiva 2019/1023, basándose en las dificultades derivadas de la pandemia ocasionada por la covid-19; de este modo y con un año más pueden adecuar mejor su normativa concursal a la disposición europea. Se señala además que solo Alemania y los Países Bajos han adoptado la directiva, incorporando medidas negociadas flexibles, y que también habría unos 10 Estados que habrían solicitado dicha moratoria, si bien no indica cuáles son estos países.

¹⁴ Más en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Insolvencia%20Tramitaci%C3%B3n.pdf>

aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)¹⁵. Comienza este texto destacando dos finalidades complementarias en su preámbulo, que se retroalimentan, al decir que «estos procedimientos tratan de facilitar reestructuraciones del pasivo que garanticen a la vez los derechos de los acreedores y la continuidad de la empresa. En el caso de actividades inviables, el procedimiento trata de extraer el mayor valor de los activos para devolver a los acreedores el mayor porcentaje de sus créditos, siguiendo un orden de prelación». Luego, conservación-continuidad de la actividad empresarial, de un lado, y, a su vez, el interés y satisfacción de los acreedores.

En cualquier caso, hay que focalizar la atención que en la realidad práctica se constata que las pequeñas y medianas empresas en nuestro país son auténticas protagonistas y, como tal, juegan un papel predominante en el desarrollo de la economía nacional, como hemos descrito. Véase el porcentaje de empresas por tamaño en la economía: grandes empresas con más de 250 trabajadores representan el 0,17 %; medianas el 0,83 %; pequeñas el 5,10 %; microempresas el 38,38 %, y pymes sin asalariados, que se corresponde con «autónomos propiamente dichos», 55,53 %¹⁶.

En este punto, hemos de tener muy presente qué se concibe como pymes y, a tal fin, hemos de atender a lo estipulado en el artículo 2 del anexo de la Recomendación 2003/361/CE¹⁷, al establecer *los efectivos y límites financieros que definen las categorías de empresas*:

1. La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYMES) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. 2. En la categoría de las PYME, se define a una pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros. 3. En la categoría de las PYMES, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

¹⁵ Más en el Boletín del Congreso de los Diputados, Proyectos de Ley, en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-1.PDF

¹⁶ Los datos son extraídos del cuarto trimestre de 2020, que se contienen en los informes elaborados por la Dirección General de la Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa a partir de datos proporcionados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre las empresas inscritas en la Seguridad Social (<http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2021.pdf>).

¹⁷ Cfr. la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, DOUE L 124, de 20 de mayo de 2003. Además, *vid.* la definición de pyme, que está recogida en el anexo I del Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión.

Se corrobora el dato que el sustrato empresarial español está diseñado por pymes de menos de 250 trabajadores, las cuales concentran el mayor porcentaje de creación de empleo (71,9 %) y también de valor añadido (61,3 %). Adviértase además que las pymes están constituidas por microempresas con menos de 10 trabajadores, que suponen el 95 % del tejido empresarial español¹⁸.

Bajo este panorama, quienes tienen más inconvenientes para solventar los supuestos de sobreendeudamiento e insolvencia son las microempresas, que se revelan del siguiente modo: microempresa, dentro del sector del comercio y con una cifra anual de negocios inferior a 250.000 euros y con una vida de menos de 4 años de antigüedad¹⁹.

Cada vez resulta mayor la solicitud de concursos de un gran número de empresas, en concreto, como consecuencia de los graves efectos derivados de la pandemia sanitaria covid-19²⁰, que provoca la falta de liquidez y moratorias²¹, que impide con frecuencia el continuar correctamente con sus negocios. En este contexto, las más afectadas son las pequeñas y medianas empresas, al tener más dificultades de acceso a la financiación bancaria y, en suma, al crédito.

Lo precedente no es resultado de la casualidad, sino de la causalidad y, reflejo de ello, es observar y reflexionar detenidamente sobre los datos estadísticos y macroeconómicos²²

¹⁸ Vid. Comisión Europea (2019), *SBA Fact Sheet Spain*. En <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38662/attachments/27/translations/en/renditions/native+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>

¹⁹ Al respecto, *vid.* <https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0419.pdf>. También lo recoge Gómez Asensio (2020, pp. 9 y ss.).

²⁰ *Cfr.* <https://plataformapyme.es/es-es/InformacionPymes/Paginas/InfPymes.aspx>. También Brenes Cortes (2020, p. 64) opina que «es prácticamente inevitable que se produzca esta ingente petición de mecanismos de segunda oportunidad de personas físicas no empresarios, ya que, pese a las ayudas públicas y a las moratorias concedidas, muchos particulares no podrán hacer frente a sus deudas y acudirán a estos mecanismos».

²¹ Se ha de atender a las actuaciones del Consejo General del Poder Judicial en aras de aliviar los efectos económicos derivados de la propagación de la covid-19. En este sentido, se están adoptando *medidas en el orden jurisdiccional civil*: especialidad de mercantil, véase la redacción del primer documento de trabajo: «Se está impulsando además la unificación de criterios en la aplicación de los mecanismos de segunda oportunidad, que tan necesarios van a resultar en los próximos meses» (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/EI-CGPJ-reune-un-centenar-de-medidas-en-un-documento-base-preparatorio-del-plan-de-choque-para-evitar-el-colapso-de-la-Justicia-tras-el-fin-del-estado-de-alarma>). Véase, además, las directrices de la Autoridad Bancaria Europea relativas a las moratorias legislativas y no legislativas de los reembolsos de préstamos aplicadas a la luz de la crisis de la covid-19 (EBA/GL/2020/02), versión consolidada actualizada a diciembre de 2020 en <https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2020-02-ES.pdf>.

²² Pueden obtenerse datos relacionados en el INE: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550; Registro del Consejo General de Economistas – Refor: <https://refor.economistas.es/observatorio-concursal-del-registro-de-economistas-forenses/>; Registradores (Anuario mercantil 2019): <https://www.registradores.org/actualidad/>

proporcionados para darse cuenta del perjuicio que trae esta situación en las empresas y, en especial, a las pymes. Esta situación no solo se circunscribe a los efectos sufridos por la pandemia, sino que estamos ante una «situación recurrente». Sin ir más lejos, baste recordar ahora el Dictamen núm. 1/2011²³, del Consejo Económico y Social de España, sobre el anteproyecto de ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que en su página 2 rezaba:

Por volumen de negocio de las empresas concursadas, los establecimientos de menos de 5 millones de euros representan cerca del 80 por 100 del total de concursos; de hecho, tan solo las empresas con un volumen de negocio inferior a los 2 millones de euros ya suponen el 62 por 100 del global. En la gran mayoría de los casos, el concurso conduce a la liquidación de las empresas, lo que sucede en un 89 por 100 de los concursos voluntarios y en un 92 por 100 de los necesarios.

Se infiere, pues, y de forma nítida, que las microempresas y pymes²⁴ suelen ser las más afectadas por la situación de crisis empresarial y, por ende, en un contexto de crisis económica ocasionada por la pandemia de la covid-19, que estamos atravesando, aquellas son las más afectadas y perjudicadas por dicha situación. De ahí que haya que buscar y fomentar aquellos institutos y remedios que pongan de relieve soluciones eficientes y factibles desde la óptica legal.

Bajo esta argumentación, se puede pensar que el instituto denominado «segunda oportunidad» o los denominados institutos preconcursales se convierten en herramientas idóneas para paliar las consecuencias económicas y financieras derivadas de la situación de pandemia sanitaria –poscovid-19–, en concreto, sobre la microempresa y pyme, que en un

portal-estadistico-registral/estadisticas-mercantiles#portlet_com_liferay_journal_content_web_portlet_JournalContentPortlet_INSTANCE_J2KQpq2YaOw4

²³ Cfr. el Dictamen núm. 1/2011, del Consejo Económico y Social de España, sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, emitido en su sesión ordinaria del pleno del 23 de febrero de 2011, y editado por el Departamento de Publicaciones, NICES: 608-2011.

²⁴ Les dedica especial atención en la Directiva (UE) 2019/1023, en sus considerandos núm. 17: «Las empresas, en particular las pymes, que representan el 99 % de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración, puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Las pymes a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea. Además, se deben ofrecer herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las pymes para la contratación de expertos». Y, núm. 18: «A la hora de definir las pymes, los Estados miembros podrían prestar la debida consideración a la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo o a la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas».

alto porcentaje²⁵ son personas físicas, además de las personas naturales que no ejercen actividad empresarial, como son el consumidor o el particular. De ahí la conveniencia de su incentivo y promoción por parte del legislador.

A raíz de estas aseveraciones de partida surgen algunos interrogantes: para qué sirve el derecho concursal; cuál es su filosofía inspiradora; existen mecanismos relacionados que pueden paliar o solventar las situaciones de dificultades económicas de los sujetos, tal y como sucede con el derecho preconcursal o el mecanismo denominado «segunda oportunidad» ligado al derecho concursal. Las incógnitas enunciadas y sus respuestas se convierten en las paradas de nuestro itinerario, que descifraremos seguidamente.

2. La filosofía inspiradora del derecho concursal

Este tópico es una de las claves para poder entender la articulación de cualquier legislación concursal y sobre este particular existe bastante literatura científica²⁶, si bien hay que precisar que depende y se relaciona con la ideología política del gobierno de turno que se encuentre en un momento determinado en el poder, así como en la tradición jurídica que subyace en uno u otro sistema; extremo que no debiera ser así, toda vez que la legislación concursal lo denominada bajo otra terminología: legislación de bancarrotas, crisis empresarial, dificultades económicas, insolvencia o quiebras, que debiera ser neutra o imparcial en su concepto, características, estructura, identidad y principios.

También resulta certero decir que a lo largo del tiempo la finalidad asociada al derecho concursal ha ido variando y se ha puesto mayor o menor énfasis en una finalidad u otra, en muchos casos confundiendo medios con fines. Expliquemos esto último diciendo que en los primeros momentos históricos de la legislación concursal se ponía especial hincapié en el carácter represivo y sancionador (Rodríguez Celada, 2017), extremo que con el paso del tiempo se ha paliado por el estigma que ha soportado el sujeto insolvente o quebrado, y hasta el punto de construir una cultura que a día de hoy sigue subsistiendo en algunas legislaciones, donde se considera que el deudor quebrado es un fallido o «fracasado», planteamiento que poco ayuda a entender la mecánica de cualquier normativa concursal, en especial si con ella se persigue anticipar en el tiempo o prevenir «males mayores» inherentes a las situaciones de dificultades económicas que atraviesa el sujeto en este tipo de situaciones.

Con el deambular de los años, se ha trasladado la finalidad de satisfacción de los acreedores y la consiguiente liquidación de los bienes a otros fines, o mejor dicho, medios para conseguir un fin, como son la prevención, la conservación de la empresa o la preservación

²⁵ Como bien apunta Cuenca Casas (2021), «no hay que perder de vista que la persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una pequeña y mediana empresa. El 54 % de los empresarios son personas físicas». (Fernández Ecker y Sallent Sánchez, 2019).

²⁶ Cfr. Marcos González (2010) y Cuesta Rute y Núñez Rodríguez (2014, pp. 7 y ss.).

–o no pérdida– del empleo. Estos últimos se han visto disciplinados y reconocidos legalmente en diferentes normativas concursales de diferentes países y en épocas distintas.

Aunado a lo precedente, también se ha de traer a colación aquí el planteamiento que el almacén y el espíritu de las disposiciones concursales han ido dirigidas a solventar las situaciones de dificultades económicas de un tipo de deudor que se viste, fundamentalmente, de persona jurídica; mientras que la persona física ha estado durante mucho tiempo al margen y su arquitectura y resolución no se adecua bien en la legislación concursal española²⁷, poniendo sobre la mesa graves deficiencias en su tratamiento y resolución.

Focalizando nuestra atención en el derecho concursal español más reciente, cabe aseverar que la finalidad del procedimiento concursal reglamentado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, de lo concursal²⁸, que encontraba su fundamento en sus precedentes proyectos de leyes concursales españolas, presentados, uno ya al Ministerio de Justicia en su primera versión en el año 2001 y otro al Parlamento en julio del 2002, era y es la *mejor tutela del crédito* (satisfacción de los acreedores) a través de diversas vías: sea la liquidación (enajenación o venta de activos a través de un plan de liquidación-plan de pagos), o bien la conservación de la empresa (mediante soluciones negociadas-convenio); hay que precisar, además, que la solución negociada por *convenio* es la *solución normal* querida por el legislador español, y así lo ponía de manifiesto en la exposición de motivos de su ley «faro» 22/2003, pero que desafortunadamente se ha quedado en «buenas intenciones», toda vez que las estadísticas nos cuentan que de las solicitudes de concursos, el 93 % acaban en liquidación, quedando el otro 7 % solo para la consecución de soluciones negociadas por mediación del convenio. Luego las pretensiones buscadas por el legislador no han dado los frutos deseados.

Bajo este contexto, se ha de apreciar que mediante las diferentes actualizaciones sufridas por la ley de 2003, que se enunciarán *infra*, se han incorporado otros medios-objetivos a cumplir por el derecho concursal, como es la prevención, en especial a través de la incorporación de los diferentes institutos *preconcursoales*, como son, primero, el acuerdo de refinanciación de deuda (ahora, ex art. 596-630 TRLC) y, de otro, el acuerdo extrajudicial de

²⁷ Asevera y compartimos con Niño Estébanez (2018): «Desde un primer momento, pudo apreciarse que la Ley Concursal no resultaba útil para las personas físicas». Y proporciona las razones de tal afirmación: «El procedimiento concursal resultaba poco atractivo y, por qué no decirlo, inútil para el deudor persona física, fuera o no empresario, por muchos y diferentes motivos, entre otros: porque era muy difícil conseguir la aprobación de un convenio; los créditos con garantía hipotecaria y los créditos públicos quedaban al margen del concurso, cuando estas son las deudas más importantes de los consumidores y de los empresarios individuales; el concurso es en sí mismo un procedimiento judicial complejo, que de ordinario se prolonga en el tiempo, a lo cual ha contribuido la política legislativa de no crear más Juzgados de lo Mercantil, al menos uno exclusivo por provincia; e igualmente, el concurso no era un proceso judicial barato, por lo que apenas podía ser asumido por un particular que atravesaba dificultades económicas; y además, no se contemplaba ninguna atenuación del rígido principio de responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 1.911 Código Civil».

²⁸ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

pagos (ahora, ex arts. 631-720 TRLC), o conocido también como mediación concursal. Es verdad que esto atiende también a lo que acaece en otras legislaciones de derecho comparado, como sucede con el derecho concursal belga o francés²⁹ e, inclusive, por las recomendaciones y sugerencias que vienen promovidas desde diferentes ámbitos europeos e internacionales, y que se referenciarán en otra sede de este trabajo.

Cerrando las observaciones en torno a la finalidad del derecho concursal, cabe decir que aparece en el cuerpo normativo de la Ley 22/2003 cuando se hace referencia a la expresión *interés del concurso*, que la ley no define –no tiene por qué– y, por tanto, se ha de concretar *ad hoc* en función de las circunstancias y atendiendo a intereses dignos de amparo y tutela. Por equiparación, es similar cuando hablamos en el derecho de sociedades mercantiles del interés social. Estamos ante conceptos abstractos y vagos, que se han de ir concretizado caso por caso.

Somos de la opinión que el promover, *v. gr.*, institutos como la «segunda oportunidad» dentro del derecho concursal nos revela un cambio de óptica, puesto que acudimos –y somos testigos– de la evolución³⁰ desde el principio *pro creditoris* característico del derecho concursal tradicional, y que ha originado significativas deficiencias³¹ en sus soluciones. Mientras que

²⁹ Una muestra del cambio de filosofía ya se reflejaba en la década de los 80 en el derecho concursal francés; al respecto, véase el antiguo artículo 169 de la Loi núm. 85-98 du 25 janvier 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, cuya filosofía se encuentra ahora reconocida en el art. L.643-11 del *Code de commerce* (Ord. n.o 2000-912 du 18 sept. 2000). Vid. <https://www2.liaisons-sociales.fr/ressources/dossiers-juridiques/loi-pacte/aide-aux-entreprises/rebond-des-entrepreneurs.html>; «Autoriser l'échec pour mieux réussir», 11 de septiembre 2019, en <https://www.economie.gouv.fr/loi-pacte-rebondir-entreprises#>.

³⁰ Hemos de partir del descrédito y la miseria asociada a la quiebra, que se ve reflejado en la literatura en obras, *v. gr.*, de Thomas Mann: *Los Buddenbrook* (1901). Subráyese lo que afirma para el derecho francés Nabet (2020): «Qu'est-ce qu'un droit des entreprises en difficulté efficace ? La réponse à cette question varie selon les périodes. De 1807 à 1985, une faillite était considérée comme efficace lorsqu'elle permettait de payer un maximum de créanciers. Si, au passage, on pouvait éliminer le débiteur du monde des affaires, c'était mieux. Depuis la loi de 1985, le paradigme a changé. Un droit des entreprises en difficulté efficace est désormais celui qui permet de sauver l'entreprise et les emplois qui s'y rattachent. La loi de sauvegarde de 2005 a accéléré le mouvement et, depuis lors, les réformes se succèdent, avec deux credo: anticiper les difficultés du débiteur et favoriser son rebond après une liquidation judiciaire». Bézert (2021, pp. 2 y 3). Para el derecho italiano Dio (2020) proclama: «L'istituto giuridico dell'esdebitazione, disciplinato dagli artt. 142 e ss. della Legge Fallimentare, è un rimedio in caso di sovraindebitamento. È stato introdotto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano mediante la riforma operata dal Decreto Legislativo n. 5/2006 e rappresenta uno dei cardini di un significativo – nonché recente – mutamento della coscienza sociale, orientata nel senso di una rimodulazione del carattere afflittivo delle procedure concorsuali nei confronti degli imprenditori insolventi».

³¹ Compartimos la reflexión vertida por Cuenca Casas (2021): «Si bien hasta la fecha el Derecho de la insolvencia europeo se ha caracterizado por una perspectiva *pro creditoris*, siendo su objetivo fundamental la satisfacción de los derechos de los acreedores, hoy se ha demostrado, tras la crisis de 2008, que era necesario un cambio de enfoque [...]. Este aspecto es sumamente relevante. La concepción que del concurso tiene el empresario tiene mucho que ver con la solución de la insolvencia. Estigmatizado el concurso, el deudor suele llegar tarde, normalmente sin activos, lo que impide una solución convencional de la crisis y aboca el procedimiento a la liquidación».

ahora se considera y pondera el principio de *favor debitoris*³² y, en particular, al deudor honesto y de *buena fe*. A tal efecto, el proyecto de reforma concursal que se está tramitando por vía de urgencia en el parlamento acoge estos planteamientos. *De facto*, el propósito con esta nueva reforma legislativa se contiene en la norma al manifestar en líneas generales en su preámbulo que

la Ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales.

De esta suerte, se intenta dar respuestas a los inconvenientes y limitaciones que se habían venido presentando con la reglamentación de esta institución concursal. Sin embargo, se ha de reseñar que la disciplina futura del instituto de la segunda oportunidad en cierto modo, y por algunos aspectos reglamentados –v. gr., la no exoneración de créditos de derecho público–, se contradice al no observar lo que se contiene en la identidad de la Directiva (UE) 2019/1023 e, inclusive, al propio espíritu³³ que se persigue en esta.

3. Acercamiento al cuadro normativo concursal

Apuntemos a continuación cuál es el derecho concursal actualmente vigente en España, partiendo del derecho europeo para pasar a la exposición del derecho nacional. A nivel europeo, tenemos el Reglamento (UE) 2015/848³⁴, del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. Y, la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento y del Consejo de 20 de junio de 2019, Directiva sobre insolvencia y reestructuración³⁵, ya anotada. Ambos textos legales provocan que se haya de modificar la reglamentación actual y adaptarse³⁶ a la misma, en particular, por lo que hace a la directiva.

³² Cfr. Bastante Granell (2020, pp.227-229).

³³ Téngase en cuenta la precisión que realiza la norma en su preámbulo al apuntar que «la Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de segunda oportunidad para evitar que los deudores se vean tentados a deslocalizarse a otros países que ya acojan estos institutos, con el coste que esto supondría tanto para el deudor como para sus acreedores. Al tiempo, la homogeneización en este punto se considera imprescindible para el funcionamiento del mercado único europeo».

³⁴ DOUE L 141, 5 de junio de 2015.

³⁵ Véase para los antecedentes de esta normativa la interpretación de Rojo Fernández-Río (2017), Garcimartín Alférez (2018) y Pacchi (2019, pp. 1.259 y ss.) Reténgase, además, los comentarios en torno al nacimiento de esta directiva influenciada por el derecho alemán y francés de la prevención; así lo manifiestan Romani (2020, pp. 54 y ss.) y Stones (2019).

³⁶ Para el derecho italiano, *vid.* Decreto legislativo n.º 14 del 12 gennaio 2019 recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in ottemperanza a quanto stabilito nella legge delega (legge n.º 155/2017), publicado en Gazzetta Ufficiale n.º 38, del 14 febbraio 2019. Il Decreto correttivo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Decreto legislativo n.º 147 del 26 ottobre 2020), publicado en Gazzetta Ufficiale n.º 276 del 5 novembre 2020. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/02/14/19G00007/sg> (Andriulo, 2021).

Atendiendo a la reglamentación nacional, podríamos decir a grandes rasgos que en España el concurso de cualquier sujeto, sea persona física o jurídica con actividad empresarial o no, ha estado ordenado desde el 9 de julio de 2003 hasta el 1 de septiembre de 2020 por la ley concursal 22/2003, si bien esta ha ido sufriendo sucesivas actualizaciones y modificaciones³⁷, hasta la entrada en vigor el 1 de septiembre del 2020 del texto refundido de la Ley concursal³⁸ (TRLR), que supone el derecho actual y vigente.

Además, también en este trayecto legal, tal y como hemos anticipado, ha acaecido otra grave excepcionalidad, como es la declaración de la situación de pandemia sanitaria derivada de la enfermedad covid-19. Ante esta tesitura y, relacionada con el derecho concursal, se dictan normas de carácter de emergencia o transitorias³⁹ al punto de evitar los graves efectos económicos y financieros derivados de la propagación de la enfermedad covid-19⁴⁰, donde, entre otras medidas, se suspenden los plazos legales para solicitar el concurso de acreedores. A tal efecto, véase el Real Decreto-ley 8/2020⁴¹, en especial el artículo 43. También, el Real Decreto-ley 16/2020⁴², de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración

³⁷ La Ley 22/2003 ha sido susceptible de diferentes modificaciones, las más relevantes y sustanciales son las que se enuncian a continuación:

- Real Decreto-ley 3/2009 y Ley 38/2011.
- Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores.
- Real Decreto-ley 4/2014 (se convalida mediante la Ley 17/2014).
- Real Decreto-ley 11/2014 (se convalida a través de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal).
- Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (se convalida mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad).

³⁸ Interpreta y comenta los trabajos preparatorios en torno a este texto legal Rojo Fernández-Río (2020).

³⁹ Esta situación de diseñar un derecho transitorio también se produce en otras legislaciones, como sucede en otros países: el caso francés, *v. gr.*, *Ordonnance n.º 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19*, en <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2020/5/20/JUSC2011603R/joy/texte>. Al respecto, *vid.* Macorig-Venier (2020). Para España: González Vázquez (2020) y Alonso Hernández y Martínez Ruiz (2021, pp. 283 y ss.).

⁴⁰ Entre otras normas, *cfr.* para el derecho italiano: Ley n.º 40, de 5 de junio de 2020, *conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*. (20G00060) (GU Serie Generale n.143 del 06-06-2020) <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/06/06/20G00060/sg>. Véase, además, *Italian Supreme Court Draws On CERIL COVID-19 Statement*, <https://www.ceril.eu/news/italian-supreme-court-draws-on-ceril-covid-19-statement>. Y, para el resto de legislaciones, Madaus, Wessels y Boon (2020).

⁴¹ BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

⁴² BOE núm. 119, de 29 de abril de 2020. Al respecto, Rojo (2020, pp. 17 y ss.).

de Justicia. Agregado a lo precedente, se emiten la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁴³. Igualmente, el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria⁴⁴. Se expresa en el preámbulo de esta norma los beneficios (finalidad a alcanzar) en su considerando primero, al decir:

Las medidas adoptadas en el ámbito concursal y societario han conseguido evitar declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación). Ello ha evitado un posible efecto en cadena, con la consiguiente parálisis económica, restricción de liquidez, destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo, permitiendo, en definitiva, a las empresas que puedan refinanciar o reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar la disminución de su patrimonio neto, protegiendo así una base para la restauración del equilibrio patrimonial una vez termine la situación excepcional derivada de la pandemia, reforzándose así la continuidad y solvencia del conjunto del sistema económico y la estabilidad financiera (la cursiva-énfasis es de nuestra autoría).

En esta misma línea de prolongar la suspensión de solicitudes de concursos nos encontramos con el Real Decreto-ley 5/2021⁴⁵, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, que estipula en su preámbulo (I):

Se extienden hasta finales de año las moratorias para el desencadenamiento automático de procesos concursales, con el fin de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la pandemia puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso. Además, se mantienen las mejoras de agilidad en el proceso concursal, mientras se completa la modernización del régimen concursal español en el marco de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) [...]. La moratoria concursal proporcionará el marco adecuado para abordar el proceso de análisis

⁴³ BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020. Al respecto, Díaz Moreno (2020).

⁴⁴ BOE núm. 303, de 18 de noviembre de 2020.

⁴⁵ BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2021. Reténgase aquí también con carácter general lo decretado en el considerando IV de esta disposición legal y lo previsto en la disposición final séptima.

y refuerzo de los balances y de reestructuración financiera, en el curso de 2021, en paralelo con la modernización del marco concursal con ocasión de la transposición de la correspondiente Directiva. De esta manera, el conjunto de medidas contempladas en el Real Decreto-ley permitirá apoyar a las empresas con problemas de solvencia desde las situaciones más leves hasta las más severas, siempre con el objetivo de apoyar el mantenimiento de la actividad y el empleo.

Enlazado a lo anterior, téngase en cuenta lo decretado en el considerando IV de esta reglamentación, al decir:

La disposición final séptima lleva a cabo una modificación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, para ampliar la vigencia de algunas de las medidas de esta Ley en el ámbito concursal.

Sumado a lo precedente, y dentro de este deambular, entre las últimas disposiciones en torno al derecho de emergencia podemos encontrarnos el Real Decreto-ley 27/2021⁴⁶,

⁴⁶ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 2021. Viene a decir que las medidas se prorrogan hasta junio del 2022. Declara la exposición de motivos: «Con ocasión de las sucesivas ampliaciones del Marco Temporal, como consecuencia de la extensión en el tiempo del impacto económico derivado de la crisis sanitaria, se ha extendido tal posibilidad en dos ocasiones: el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria, lo hizo hasta 30 de junio de 2021, y el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de COVID-19, hasta 31 de diciembre de 2021. El 18 de noviembre de 2021 se aprobó la sexta enmienda del Marco Temporal de la Comisión Europea, que extiende su vigencia, con carácter general, hasta el 30 de junio de 2022. En este contexto, resulta oportuno alinear la regulación española a este nuevo plazo. [...] Por ello, se establece la prórroga exclusivamente durante el ejercicio 2021 de la medida excepcional prevista en el artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. En consecuencia, a los efectos de la causa legal de disolución por pérdidas, no se computarán las de los ejercicios 2020 y 2021, sin que surtan efecto las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto hasta la mitad del capital social hasta el resultado del ejercicio 2022. Asimismo, se extienden, hasta el 30 de junio de 2022, las moratorias previstas en el artículo 6 de la citada Ley, para evitar el desencadenamiento automático de procesos concursales, con el fin de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la situación económica generada por la crisis de la COVID-19, puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso. Esta prórroga se corresponde con la ampliación del marco temporal de ayudas concedido por la Comisión Europea en su Decisión de 18 de noviembre de 2021 y proporciona seguridad jurídica durante el periodo transitorio hasta que se complete la tramitación legislativa en curso para la modernización del régimen concursal español en el marco de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Dicha reforma, que constituye uno de los hitos previstos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, modernizará el sistema concursal español, dotándolo de nuevos instrumentos

de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación, destinado, especialmente, a dilatar en el tiempo las medidas dictadas en el ámbito concursal y la mitigación de los efectos derivados de la pandemia sanitaria.

Centrando nuestra atención, a modo de ejemplo, en el mecanismo de «segunda oportunidad»⁴⁷, se declara en la disposición final séptima. Modificación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que modifica el artículo 9, relativo a la tramitación preferente.

Hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se tramitarán con carácter preferente: [...] g) El concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual, que carezca de masa activa y de la posibilidad de plantear un plan de pagos, instado por mediador, en el que conste lista de acreedores provisional, calificación fortuita y solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, junto con declaración responsable por parte del deudor en la que manifieste que no dispone de ningún activo. h) El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Unido al mandato relatado, hay que retener también lo previsto en el artículo 12. *Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*, que reza:

Hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado.

Se descuelga de estos dos preceptos dentro del derecho de emergencia, que se procura primar y amparar a aquellos sujetos deudores que acuden al mecanismo de la exoneración del pasivo insatisfecho (segunda oportunidad).

Puede apreciarse de lo hasta aquí descrito, de un lado, que son variadas las normas emitidas con ocasión de la crisis pandémica, cuestión que provoca no claridad y hasta veces inseguridad jurídica y, de otro, baste leer el preámbulo del último real decreto enunciado

para la reestructuración temprana de empresas viables, avanzando en la segunda oportunidad para empresarios personas físicas y agilizando y haciendo más eficientes los procesos concursales».

⁴⁷ Nótese la modificación del artículo 12. *Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*. «Hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado».

ut supra, para darse cuenta de que el legislador es muy ambicioso en sus intenciones; sea como fuere, sí queda claro que las normas de emergencia y excepcionalidad relatadas cohabitarán durante el tiempo que esté vigente la situación pandémica con el derecho concursal propiamente dicho.

Como puede inferirse de lo relatado, nos encontrábamos ante un compendio de normas de «acarreo» constante (*cfr.* nota núm. 30), si bien ha clarificado y estructurado⁴⁸ un poco el panorama el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal⁴⁹, cuya disposición final segunda, dedicada a la entrada en vigor, prescribe: «El presente Real Decreto Legislativo y el texto refundido de la Ley Concursal que aprueba entrarán en vigor el 1 de septiembre del año 2020». Este texto legal deroga la anterior ley de referencia 22/2003, formalmente, puesto que el espíritu y el contenido-fondo⁵⁰ de esta

⁴⁸ El texto refundido se divide en tres libros: el primero, el más extenso, está dedicado al concurso de acreedores. En la distribución de la materia entre los distintos títulos de que se compone este primer libro, existen diferencias importantes con la sistemática de la Ley 22/2003, de 9 de julio. Así, por ejemplo, hay un título específico sobre los órganos del concurso, dividido en dos capítulos, uno dedicado al juez del concurso y otro a la administración concursal. El libro II está dedicado al derecho preconcursal. En el libro III se incluyen las normas de derecho internacional privado que hasta ahora contenía el título IX de la Ley concursal.

⁴⁹ BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020. Los antecedentes de la promulgación del texto refundido de la Ley concursal pueden resumirse del siguiente modo: véase la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2015. Se estipulaba la habilitación para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal y se declara: «Al efecto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor, a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los ministros de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos». El ejecutivo envió al Consejo de Estado el acuerdo alcanzado en materia concursal junto con la petición de aprobar el proyecto de texto refundido de Ley concursal, que estaba redactado desde el año 2016 por la Comisión General de Codificación (sección 2.^a). En efecto, *cfr.* el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Número de expediente: 1127/2019, 26 de marzo de 2020, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-1127>. Previamente se habían pronunciado también tanto la Fiscalía General del Estado (2019) y la ponencia especial de la sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, nombrada por Orden el 20 de enero de 2016, ampliada por Orden de 7 de abril de 2017, en torno a la «Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal», Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Comisión General de Codificación. Nótese que desde 2018 estaba constituida una Comisión General de Codificación en una sección especial, debido a la futura aprobación de la Directiva (UE) 2019/1023. Esta comisión tenía por encargo la elaboración de un informe, así como de una propuesta legislativa para transponer el texto al ordenamiento jurídico español en tiempo y forma. El legislador tenía como misión la redacción, aprobación y entrada en vigor del TRLC, puesto que este serviría de primer paso totalmente necesario para poder llevar a buen puerto el mandato europeo.

⁵⁰ La exposición de motivos declara en su considerando primero: «De aquel derecho que aspiraba a ser estable se pasó así a un derecho en perpetua refacción». En su considerando segundo se relata: «El texto refundido de la Ley Concursal debe ser el resultado de la *regularización, la aclaración y la armonización* de unas normas

última sigue vigente a través de este texto refundido⁵¹. Sobre esta disposición legal se podrían pronunciar varias críticas y controversias interpretativas que se han suscitado a su alrededor. La primera de ellas se ve reflejada en el momento y la oportunidad⁵² de adoptar una legislación del calibre de lo concursal, sin tener en cuenta la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, así como la reglamentación del estatuto de la administración concursal, que viene desde el año 2011 «dando tumbos». Sumado a lo precedente, hemos de agregar la situación de pandemia sanitaria y que aún subsiste, y cuyos paliativos consisten, como se ha relatado, esencialmente en ampliar los plazos en orden a la exención del deber del deudor (ex art. 5 TRLC) que se encuentra en estado de insolvencia de solicitar la declaración de concurso, y la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario, que presentan los acreedores. Ni que decir

legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos y han sido generadas desde concepciones no siempre coincidentes. Regularizar significa ajustar, reglar o poner en orden. Aclarar es verbo de múltiples significados: a veces, alude a quitar lo que impide apreciar la realidad de alguna cosa; otras, implica la idea de explicar. Y armonizar equivale a hacer que no discuerden dos o más partes de un todo. La autorización no se circunscribe a la mera formulación de un texto consolidado, sino que incluye esa triple facultad. [...] La elaboración del texto refundido permiten así *solucionar un buen número de problemas sin alterar el sistema legal vigente*. [...] La Ley Concursal apenas supera los 250 artículos; el texto refundido casi ha *multiplicado por tres este número*. Pero no solo esto: al redactar el texto refundido, el Gobierno no solo aspira a ofrecer un conjunto normativo que fuera sistemático y que fuera claro e inteligible. Por supuesto, *el texto refundido no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes*. [...] *La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado*. España tiene *pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad». La cursiva es de nuestra autoría y se sigue expresando en el Preámbulo de la norma: «En el contexto de la crisis sanitaria originada por el COVID-19 también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal. El ámbito temporal de aplicación de estas medidas es limitado, pues tratan de atender de manera extraordinaria y urgente la situación de los procesos concursales tras la finalización del estado de alarma y la situación de las empresas afectadas por la disminución o el cese de actividad motivada precisamente por las consecuencias económicas generadas por la mencionada crisis sanitaria, de modo que *durante un cierto período de tiempo ambas normas, texto refundido y normas excepcionales, coincidirán en su aplicación, si bien cada una en su respectivo ámbito*».

⁵¹ Recuérdese lo que establece el artículo 82.5 de la Constitución española: «La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos».

⁵² Hablábamos de oportunidad en cuanto a la aparición del texto refundido de la Ley concursal; el legislador no ha tenido en cuenta, por tanto, aquella frase que se le ha atribuido a san Ignacio de Loyola que «en tiempo de tribulación, no hacer mudanza». Y se hace evidente con los datos de lo que está acaeciendo.

tiene que la dilatación en el tiempo de la no solicitud del concurso supone desconocer la vida y funcionamiento de cualquier empresa, ya que su situación deteriorada se va a ver «inflada» aún con más deudas. Con el paso del tiempo y la observancia de las restricciones sanitarias, supone que las empresas que ya tuvieran inconvenientes financieros tengan que seguir sobreviviendo a base de créditos para reforzar su liquidez y otras ayudas, como los ERTE. Todo ello supondrá a la larga graves dificultades y tropiezos para su continuidad y que se vean abocadas a su desaparición. Bajo este contexto, poco o nada podrá realizar la legislación concursal.

También hemos de reseñar la circunstancia de la técnica «vestidura» legislativa adoptada de texto refundido, considerando que materias, no solo el concursal, sino piénsese en la legislación sobre sociedades mercantiles, derecho de consumo, están recolectadas en disposiciones de este tenor; quizá hubiera sido deseable otra herramienta legal. La cuestión controvertida aquí es si el legislador solo se ha limitado a compilar y refundir normas mediante *la regularización, la aclaración y la armonización*, tal y como explicita en su exposición de motivos, ya anotada, o por el contrario ha ido mucho más allá en sus funciones y, por tanto, pudiera aplicársele la doctrina *ultra vires, v. gr.*, el régimen de venta de unidades productivas o el alcance de la exoneración de deudas respecto a los créditos de derecho público (ex art. 491 TRLC). Sobre este último tópico, cabe apuntar que ha provocado diferentes críticas por los operadores económicos, así como por la doctrina⁵³ en cuanto que propugnan que los créditos de derecho público deberían socializarse con la situación de dificultades económicas que atraviesan estos sujetos (personas físicas), extremo que no ha tenido en consideración el legislador en el texto refundido definitivo⁵⁴, y resulta ser una cuestión que puede inducir a error, tal y como se hace patente en lo siguiente:

⁵³ Cfr., sobre el particular, Arjona Guajardo-Fajardo (2017), Diéguez Oliva (2019), Moya Ballester (2020), Sendra Albiñana (2020), Rivas Ruiz (2020) y Brenes Cortés (2020, p. 66).

Opina Cuenca Casas (2020a): «Sin exoneración del crédito público no habrá una real segunda oportunidad para los empresarios insolventes y esto se traduce en más paro y más gasto público: los empresarios seguirán acudiendo a la economía sumergida si no encuentran una solución eficiente a su insolvencia en sede concursal».

⁵⁴ Manifiesta Areoso Casal (2020, p. 694): «Procede efectuar una profunda crítica de la regulación sobre la extensión de la exoneración. [...] Y lo hacemos a la luz del contenido de un tercer apartado que la norma antes transcrita tenía en el Proyecto de Texto Refundido en el que, acogiendo la línea jurisprudencial marcada por el TS, se incluía de forma expresa en la exoneración a los créditos de Derecho público. Tal apartado no llegó a ver la luz de la promulgación a raíz del informe del CGPJ en el que se consideraba que su inclusión excedía del mandato contenido en la delegación legislativa, lo que, sin embargo, no había resultado impedimento para que, en otros extremos en los que el Proyecto legislativo sí había recogido la doctrina jurisprudencial, no solo se informase positivamente por el CGPJ sino que, incluso, expresamente se señalaba que el recoger la línea marcada por el TS entrada dentro del mandato contenido en la delegación legislativa. Creemos, así pues, que se ha perdido una buena oportunidad para hacer una inclusión expresa de los créditos públicos en el ámbito de la exoneración del pasivo insatisfecho, a la que deseamos que sea el TS el que profundice en esa vía ya por él iniciada». En cambio, a favor de la exclusión de los créditos de derecho público: Verdú Cañete (2020, p. 5) aboga: «Siguiendo la lógica del sistema, es perfectamente defendible la exclusión del crédito público del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho».

Ciertamente el texto de la Ley es confuso en cuanto al tratamiento del crédito público, y aunque el TS resolvió la cuestión en marzo del año 2019 por Sentencia del Pleno, la entrada en vigor del nuevo TRLC puede haber generado dudas al organismo público sobre la aplicabilidad o no de la misma interpretación⁵⁵.

Nótese que la Sentencia núm. 381/2019, de 2 de julio, del Tribunal Supremo⁵⁶, ha determinado que la exoneración del pasivo insatisfecho también incluye a los créditos de derecho

⁵⁵ Vid. el fundamento jurídico sexto de la Sentencia núm. 120 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria, ponente doña María Teresa Trinidad Santos, de 22 de octubre de 2020 (TOL8.262.531).

⁵⁶ Cfr. la interpretación de esta relevante resolución jurisprudencial en Super Contable (2019). También confirma la línea marcada por el Tribunal Supremo la Sentencia núm. 73 de lo Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, de 5 de marzo de 2020, ponente don Miguel Ángel Álvarez-Linera Prado (TOL7.905.941), al apuntar que «como cuestión previa a resolver sobre la exoneración planteada, se ha de dejar constancia de ciertas consideraciones en relación con los créditos de derecho público, y en este caso se ha de traer a colación la sentencia de la AP de Asturias de 13 de diciembre de 2018 en la que se hace constar que "El laberíntico esquema del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor persona natural es [...] construido sobre el concepto normativo del 'deudor de buena fe' previsto en el apartado 3 del art. 178 bis LC al requerir la concurrencia de varios requisitos indispensables, primeramente unos de carácter cumulativo, como son los recogidos en los ordinales 1.º a 3.º, y seguidamente otros de carácter alternativo, como son los ordinales 4.º y 5.º Por lo que se refiere a estos últimos la norma permite al deudor optar bien por satisfacer los créditos que se relacionan en el ordinal 4.º (posibilidad abierta en principio a los deudores de mayor capacidad económica), o bien por someterse a un plan de pagos así como cumplir el resto de exigencias del ordinal 5.º (posibilidad prevista únicamente para los supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa del art. 176 bis). A partir de aquí el art. 178 bis apartado 5 LC se encarga de regular los efectos que se derivan cuanto el deudor haya optado por acogerse al ordinal 5.º, como son la exoneración provisional del pasivo insatisfecho así como la parte de los créditos a los que se extenderá tal beneficio, olvidándose en cambio de regular de manera expresa las consecuencias que lleva aparejada la facultad del ordinal 4.º. Esta laguna podemos entenderla colmada si acudimos a la exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2015, y en idénticos términos la de la Ley 25/2015, donde se aclara que en el supuesto del ordinal 4.º la exoneración será automática, mientras que en el caso de que el deudor haya acudido al ordinal 5.º "podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquellos que gocen de privilegio general. Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá satisfacer en ese período las deudas no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello". De lo anterior se deriva por tanto que si el deudor se encuentra en condiciones de poder dar cumplimiento al ordinal 4.º, el resultado será la obtención de una exoneración que abarcará la totalidad del pasivo insatisfecho, incluido los créditos de Derecho público, y ello en una interpretación *a contrario sensu* de la regulación prevista para el ordinal 5.º en la que el legislador ha dispuesto expresamente una serie de límites en cuanto a su alcance. Y por lo que respecta a su carácter provisional o definitivo cabe observar que el art. 178 bis apartado 5 LC (aplicable tanto al ordinal 4.º como al 5.º) solo contempla la exoneración con carácter provisional, lo que encuentra correspondencia con la amplitud con que se regula la posibilidad de revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el plazo de los cinco años siguientes a su concesión (apartado 7)". Visto el criterio que viene sosteniendo nuestra AP, no puede sino concluirse por considerar la vinculación de la resolución que acuerda la exoneración del pasivo a los créditos de derecho público, como lo son los propios de la TGSS; y por tanto, la sujeción de dicha administración a la decisión de exoneración y al plan de pagos que la complementa». Fernández Seijo (2019), Moya Ballester (2020) y Valencia García (2020).

público; realizando una interpretación del artículo 178 bis de la Ley concursal más acorde con la finalidad de la norma declarada en su exposición de motivos por la Ley 25/2015⁵⁷. A

⁵⁷ Cfr. La STS núm. 381, de 2 de julio de 2019, ponente don Ignacio Sancho Gargallo (TOL7.387.401), explica en el fundamento jurídico cuarto de forma esclarecedora la ratio de la norma: «El preámbulo del RDL 1/2015, de 27 de febrero, que introdujo el art. 178 bis en la Ley Concursal, es muy significativo respecto de la finalidad de este mecanismo de la segunda oportunidad: "Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico-empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer". Obviamente, como en cualquier sistema de nuestro entorno, este mecanismo no debe amparar abusos ni fraudes, lo que justifica los límites a la exoneración: "Por ello, el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por esta Ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquel que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación (...)".

Aunque el preámbulo no haga referencia al contexto internacional, sino a nuestro derecho histórico, no puede obviarse que la norma se dicta meses después de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial.

Como se afirma en su primer considerando, la "recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión". Y apostilla en el último considerando que "se deben adoptar medidas para reducir los efectos negativos de la insolvencia para los empresarios, mediante disposiciones que prevean la plena condonación de deudas después de cierto plazo máximo". Y en el cuerpo de la recomendación, en sus apartados 30 y 31, se articula la recomendación referida a la plena condonación de deudas, en el siguiente sentido: "30. Los efectos negativos de la insolvencia para los empresarios deberían limitarse a fin de darles una segunda oportunidad. A los empresarios se les deberían condonar totalmente las deudas incursas en la insolvencia en un plazo máximo de tres años a partir de:

- a) en el caso de un procedimiento que concluya con la liquidación de los activos del deudor, la fecha en que el órgano jurisdiccional decidió, previa petición, iniciar el procedimiento de insolvencia;
- b) en el caso de un procedimiento que incluya un plan de reembolso, la fecha en que se inició la aplicación del plan de reembolso;

31. Al expirar el periodo de condonación, a los empresarios se les deberían condonar sus deudas sin necesidad, en principio, de volver a recurrir a un órgano jurisdiccional".

Aunque es cierto que la recomendación admitía que la regulación nacional permitiera negar este beneficio al deudor de mala fe, así como excluir algunas categorías de deuda: "33. Los Estados miembros pueden excluir algunas categorías específicas de deuda, como las derivadas de la responsabilidad delictual, de la regla de la condonación total".

Esta recomendación constituyó el germen de la armonización de esta materia, que ha desembocado en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acuerdos marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas. Esta Directiva prevé en su art. 20 el acceso a la exoneración. En el primer apartado dispone que "los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva", con lo que remarca el objetivo de la plena exoneración del deudor. Y en el apartado 2, prevé la posibilidad de que en algún Estado la plena exoneración de deudas se supedite a un reembolso parcial de la deuda, y que en esos casos deba garantizarse "que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario, y, en particular,

nuestro parecer, en este pronunciamiento jurisprudencial se acentúan diferentes planteamientos interpretativos, que son dignos de tener en cuenta dentro de la labor nomofiláctica y de creación de la doctrina jurisprudencial, que se les encomienda a las diferentes salas del Tribunal Supremo, en este caso, la Sala Primera de lo Civil.

En resumidas cuentas, la sentencia habilita al juez mercantil con la facultad de aprobar el plan de pagos, sin que dicha aprobación pueda quedar a expensas de lo que el acreedor público decida sobre su aplazamiento o fraccionamiento⁵⁸, toda vez que la tramitación legal de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento, cuando involucra a los créditos de derecho público⁵⁹, se atenderá a lo dispuesto en su normativa especial. Pensamos que este tema será otra «piedra de toque» con la futura modificación de este instituto vía Directiva 2019/1023, más si cabe porque en la directiva nada se dice respecto a que los crédi-

sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores".

No hacemos esta referencia al preámbulo del RDL 1/2015, de 27 de febrero, a la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 y a la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, para extraer de ellas una norma jurídica, sino para constatar cuál es la finalidad perseguida por la institución y los principios que deberían tomarse en consideración para realizar una interpretación teleológica del art. 178 bis LC. La finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad, mediante la condonación plena de las deudas. Esta condonación puede ser inmediata o en cinco años. En ambos casos, se supedita a unas exigencias que justifiquen la condición de buena fe del deudor y a un reembolso parcial de la deuda. Este reembolso parcial debe tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores y, en la medida de lo posible, debería ser proporcionado a los activos y la renta embargables o disponibles del deudor concursado, pues de otro modo en la mayoría de los casos la exoneración del pasivo se tornaría imposible, y la previsión normativa devendría prácticamente inaplicable».

⁵⁸ Sigue declarando el fundamento jurídico cuarto de la STS núm. 381, de 2 de julio de 2019, cuyo ponente es don Ignacio Sancho Gargallo (TOL7.387.401), y donde se hace énfasis en la idea de no exclusión del crédito de derecho público, señalando que «la norma contiene una contradicción que es la que propicia la formulación del motivo tercero de casación. Por una parte, se prevé un plan para asegurar el pago de aquellos créditos (contra la masa y privilegiados) en cinco años, que ha de ser aprobado por la autoridad judicial, y de otra se remite a los mecanismos administrativos para la concesión por el acreedor público del fraccionamiento y aplazamiento de pago de sus créditos. Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el art. 178 bis LC (que pueda alcanzarse en algún caso la exoneración plena de la deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial. El juez, previamente, debe oír a las partes personadas (también al acreedor público) sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender solo a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobación del plan».

⁵⁹ Resulta de interés, por mantener la coherencia de las resoluciones jurisprudenciales dictadas precedentemente en torno a la inclusión del crédito público dentro de la exoneración, a pesar de que tampoco en el TRLC sea admitido, atender al fundamento jurídico cuarto de la Sentencia núm. 120 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria, ponente doña María Teresa Trinidad Santos, de 22 de octubre de 2020 (TOL8.262.531), donde proclama y sintetiza la opinión jurisprudencial.

tos públicos queden fuera de la exoneración. Así lo pone de manifiesto el artículo 23 de la directiva relativo a *las excepciones a la exoneración*.

Para entender de manera acabada cómo ha ido evolucionando la jurisprudencia, teniendo como punto de partida la STS 389/2019, y observando lo estipulado en el TRLC, se ha de ir cronológicamente para recalcar las reflexiones vertidas en la sentencia núm. 460 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Gerona de 18 de diciembre de 2020, cuando interpreta el artículo 491 del TRLC, que debiera ser la traslación del artículo 178 bis, apartados 4 y 5 de la LC:

Pese a la modificación legislativa introducida por el Texto refundido de la Ley concursal en su artículo 491.1, que exceptúa de la exoneración los créditos de naturaleza pública, se comparten los argumentos contenidos en el auto del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020, en el sentido de que se advierte un exceso *ultra vires* en la delegación otorgada para proceder a la refundición: «en materia de extensión de la exoneración al crédito público se ha de estar al criterio mantenido por el TS en la sentencia de 2 de julio de 2019 en la que, básicamente se considera que se debe incluir al crédito público en el sistema de exoneración, tanto general como especial (en la terminología del vigente TR)»⁶⁰.

⁶⁰ Sigue argumentándose en la resolución jurisprudencial, Sentencia núm. 460 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Gerona, ponente don Santiago Aragonés Seijo, de 18 de diciembre de 2020 (TOL8.253.120): «La entrada en vigor del Texto Refundido de la LC, con la modificación del régimen de extensión de los efectos de la exoneración en el art. 491 de la LC, no debe suponer una modificación de la anterior doctrina jurisprudencial, al apreciarse que el citado art. 491 debe ser inaplicado por vulnerar el art. 82.5 de la Constitución Española.

Esta vulneración se deriva del hecho de que el Texto Refundido introduce en el art. 491 una regulación manifiestamente contraria a la norma que es objeto de refundición, en concreto el art. 178 bis 3, 4.º, lo que supone un exceso *ultra vires* en la delegación otorgada para proceder a la refundición, pudiendo los tribunales ordinarios, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad (por todas STC de 28/7/2016 o STS de 29/11/18), inaplicar el precepto que se considere que excede de la materia que es objeto de refundición.

En efecto, el art. 178 bis 3, 4.º de la LC, regulaba la llamada exoneración directa (ahora llamada régimen general) basada en la satisfacción o pago de los créditos privilegiados y contra la masa y si no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, del 25 % de los créditos ordinarios.

Ciertamente, como expone la STS de 2 de julio de 2019, la regulación de la exoneración de deudas del art. 178 bis generaba muchas dudas, algunas de las cuales han sido objeto de aclaración en el Texto Refundido, dentro de las finalidades propias de un texto refundido.

Sin embargo, que el sistema de exoneración directa del art. 178 bis 3, 4.º tuviera como efecto la exoneración de la totalidad del pasivo no satisfecho, créditos ordinarios y subordinados, sin excepción, sin la excepción del crédito público, era una cuestión indubitada por la doctrina e indiscutida en los Juzgados y Tribunales.

La única discusión doctrinal y práctica se centraba en el alcance de la exoneración, en el sistema de exoneración provisional mediante plan de pagos (hoy llamada régimen especial), pues el art. 178 bis 5, apartado primero, aplicable únicamente a este sistema, exceptuaba al crédito público y por alimentos del alcance de la exoneración provisional. Mientras que el párrafo primero del art. 178 bis 6 comenzaba diciendo que los créditos no exonerados según el apartado anterior (entre los que se debían incluir los

créditos públicos) podían ser exonerados a través del plan de pagos. Si bien a continuación parecía remitir al sistema administrativo de aplazamiento y fraccionamiento para los créditos públicos. Esta deficiente y contradictoria regulación fue objeto de interpretación por la citada STS de 2 de julio de 2019, en el sentido de entender que el crédito público podía ser objeto de exoneración provisional y objeto de satisfacción a través del sistema de plan de pagos mediante la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa no satisfecho en el mismo.

Por ello, se considera que el art. 491 altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración regularización o sistematización de la norma vigente.

La inaplicación del art. 491 supone que el TR mantenga, en lo que se refiere al régimen especial, la misma dicción literal en el art. 497, aunque con diferente sistemática, que los arts. 178 bis 5 y 6, que fueron interpretados por la STS de 2 de julio de 2019, en el sentido que se ha expuesto.

Ello supone, por tanto, que el art. 497, que regula la extensión de la exoneración en el régimen especial, continúe siendo interpretado de la manera que recoge la STS de 2 de julio de 2019. Por su parte, el Magistrado ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, Excmo. Sr Sancho Gargallo, ha razonado en el número 51 del Anuario de derecho concursal ("Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia") mantener la exoneración del crédito ordinario y subordinado público de la siguiente manera: "En el desarrollo de esta labor integradora, el Gobierno debe andar con cuidado, pues fácilmente puede traspasar la frontera de la habilitación e incurrir, según la doctrina del Tribunal Constitucional, en una extralimitación de la delegación, con el consiguiente efecto".

Entiendo que esto es lo que ha ocurrido con el artículo 491.1 del texto refundido de la Ley Concursal. Este precepto, al regular la extensión de la exoneración en el caso en que se opte por la vía de la exoneración inmediata (la del ordinal 4.º del art. 178 bis.3 LC) y se cumpla el requisito previo de haberse satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y concursales privilegiados, así como, para el caso en que no se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos ordinarios (art.488 TRLC), ha introducido unas excepciones que no se contenían en el ordinal 4.º del artículo 178 bis.3 de la Ley Concursal. El artículo 491.1 del texto refundido prescribe que en esos casos "el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos".

No cabe entender, como sí hace el dictamen del Consejo de Estado, que la inclusión de estas excepciones constituya "una adecuada armonización, en la medida en que tal acotación se hace en el artículo 178 bis.5-1.º de la Ley Concursal (art. 497.1-1.º TR) en los casos de exoneración por la aprobación de un plan de pagos".

Dejando al margen la interpretación que del artículo 178.bis.5-1.º de la Ley Concursal hace la jurisprudencia (sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769)), lo que estaba claro es que bajo la regulación de la Ley Concursal la opción por la exoneración inmediata del ordinal 4.º del artículo 178 bis.3, cumplidos los requisitos mencionados, daba lugar a la exoneración de todos los restantes créditos ordinarios y subordinados, incluidos los créditos de derecho público y por alimentos.

La introducción de estas excepciones donde no existían, no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la ley para la concesión de este beneficio, mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores

Retengamos la idea de que la legislación vigente –el TRLC– ha excluido nuevamente de la exoneración los créditos de derecho público, contradiciendo así la propia doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia núm. 381/2019, de 2 de julio)⁶¹ por la cual se determinó que la exoneración del pasivo insatisfecho también incluye a los créditos derecho público⁶². Como vemos, el alto tribunal realiza una interpretación del antiguo artículo 178 bis de la LC (ahora recogido en los arts. 486 y ss. TRLC), acorde con la finalidad de la norma declarada en su exposición de motivos: Ley 25/2015.

También con anterioridad, en el Auto 507/2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020⁶³ se realizaba la misma crítica, al establecer que el

del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado. No cabe invocar una armonización de normas cuando se altera gravemente el equilibrio de intereses y derechos, esto es, cuando se alteran respecto de la situación anterior las reglas que configuraban la *par condicio creditorum* al acudir a la exoneración inmediata.

El riesgo al que se expone este precepto del texto refundido es que cualquier tribunal mercantil, sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, aprecie la extralimitación de la habilitación legal y deje de aplicarlo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional, ya desde el Auto 69/1983, de 17 de febrero (RTC 1983, 69), ha entendido que "pertenecen al ámbito normal de poderes del Juez [...] el inaplicar los Decretos legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso el valor de Ley". Como declara en la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1984, de 4 de abril (RTC 1984, 47) (y en términos parecidos en las SSTC 61/1997, de 20 de marzo [RTC 1997, 61]; 159/2001, de 5 de julio [RTC 2001, 159]; 205/1993, de 17 de junio (RTC 1993, 205); 51/2004, de 5 de julio [RTC 2004, 51]; 166/2007, de 4 de julio [RTC 2007, 166]), "el control de los excesos de delegación corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los decretos legislativos a las leyes de delegación se deduce del artículo 82.6 de la Constitución".

Es una pena que un trabajo de refundición tan excelente y loable como el que emanó de la sección especial de la Comisión General de Codificación pueda quedar empañado por un desliz –o imposición– como este, que puede provocar la peor descalificación judicial, su inaplicación».

⁶¹ Véase en apoyo de esta resolución, entre otras, la sentencia núm. 460 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Gerona, ponente don Santiago Aragonés Seijo, de 18 de diciembre de 2020 (TOL8.253.120), que concluye: «Por esta razón, la refundición del régimen legal de la segunda oportunidad, que hasta ahora se regulaba en el artículo 178 bis de la Ley Concursal, no puede dejar sin efecto la interpretación jurisprudencial de este precepto contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo 150/2019, de 13 de marzo (RJ 2019, 1137), y 381/2019, de 2 de julio (RJ 2019, 2769), que sigue vigente. Dicho de otro modo, la refundición no puede obviar el sentido dado por la jurisprudencia a la norma legal objeto de refundición, por lo que el texto refundido debe ser interpretado de conformidad con esa jurisprudencia. En el presente asunto debe exonerarse todo el crédito ordinario y subordinado y también el de la Agencia Tributaria. No se exonera el privilegiado general».

⁶² Cfr. Gómez Asensio (2020, pp. 5 y ss.).

⁶³ Cuenca Casas (2020b), respecto a esta resolución jurisprudencial, dice: «Yo entiendo que tiene que prevalecer el TRLC y lo que ha hecho este juez es generar una inseguridad jurídica injustificada en un momento muy complicado. Los excesos interpretativos solo generan problemas y este es un buen ejemplo de ello». Sánchez Pachón (2021, pp. 209-226) y Sendra Albiñana (2021).

TRLR, «con la modificación del régimen de extensión de los efectos de la exoneración en el art. 491, no debe suponer una modificación de la anterior doctrina jurisprudencial».

Se desprende de la variada interpretación jurisprudencial (Campuzano y Sanjuán, 2021)⁶⁴ puesta de manifiesto que el texto refundido no ha tenido en estima lo señalado por las diferentes resoluciones y tribunales en cuanto a la extensión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho sobre el crédito público.

En nuestra opinión, a futuro se ha de mejorar el tratamiento de la exoneración de los créditos públicos⁶⁵, puesto que suponen un gran obstáculo, sobre todo para el acceso de los trabajadores autónomos u otro tipo de profesionales bajo el amparo de la persona natural respecto a la «segunda oportunidad», puesto que este tipo de créditos suelen representar una cuantía relevante respecto a su pasivo. Además, no parece lógico que sean los acreedores privados quienes se responsabilicen y el Estado, beneficiario de la recuperación para el emprendimiento y la economía general, no esté dispuesto a sacrificar su crédito. Agregado a esta cuestión, se ha de adaptar la redacción y contenido a la técnica legislativa empleada para compilar la materia concursal en mor de la seguridad jurídica.

Huelga decir que los pronunciamientos jurisprudenciales anotados puestos en conexión con el TRLR pueden plantear secuelas de aplicación e interpretación contradictorias y confusas, y todo ello redundaría en perjuicio de la seguridad jurídica, y aunque se esté pendiente de la transposición de la directiva y modificación a futuro de esta temática, no puede mantenerse la inseguridad jurídica⁶⁶ que se traslada de ello a los operadores económicos, y más en los tiempos de dificultad que nos está tocando vivir tras las consecuencias pospandemia. Lo recomendable es fijar de forma certera e idónea un tratamiento de la «segunda oportunidad» más eficiente y acorde a la realidad.

Continuando con el planteamiento de saber la finalidad del derecho concursal, y con independencia de las aspiraciones pretendidas por el texto refundido aludidas –como no podía ser de otro modo–, la finalidad atribuida al derecho concursal sigue siendo la misma que se articulaba y contemplaba en la Ley 22/2003: *la mejor tutela del crédito*. Esta misma se mantiene y potencia en la futura y proyectada reforma legal relativa al concurso.

A nuestro juicio, el reconocer y promover institutos como la «segunda oportunidad» dentro del derecho concursal nos revela un cambio de pensamiento, tal y como hemos an-

⁶⁴ También, *vid.* la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, ponente doña Isabel Giménez García, de 9 de diciembre de 2020, RES:450/2020 REC:32/2020 (TOL8.278.081).

⁶⁵ *Cfr.* Niño Estébanez (2018). Compartimos las propuestas emitidas por la FIDE (Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa) (2020, pp. 11-15).

⁶⁶ Compartimos las palabras de Cuenca Casas (2021): «Este tema requiere una potente seguridad jurídica. No en vano, estamos sacrificando los legítimos derechos de los acreedores. Este dato no debe ser olvidado» (Campuzano y Sanjuán, 2021, p. 969).

ticipado y comentado; si acudimos al desarrollo del derecho concursal, observamos la evolución desde sus orígenes del principio *pro creditoris* hasta nuestros días, donde se estima y reconoce el principio de *favor debitoris* y, en particular, al deudor honrado (*de buena fe*).

4. Reflexiones finales

Una vez descrito a grandes rasgos algunas cuestiones en torno a la legislación concursal española, nos queda por plantear también ciertas reflexiones que nos ayuden a comprender por dónde debe ir el derecho concursal español. Siendo muy conscientes de que se está pendiente aún de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, sobre insolvencia europea, tal y como hemos comentado, y que va a suponer el diseñar en nuestro sistema medidas preventivas de la insolvencia donde hay que conectar el derecho concursal con el derecho de sociedades y la economía de la empresa.

Además, se ha de demandar al legislador concursal español que a futuro no muy lejano establezca un tratamiento diferenciado de la situación de insolvencia del deudor persona física y, dentro de esta, con respecto a la figura del consumidor, puesto que la arquitectura concursal hasta ahora existente no resiste tal carga y «se derrumba», planteamiento que, en definitiva, aboca al fracaso y a la inutilidad de la legislación concursal. Agregado a ello, se ha de plantear la introducción o matiz que supone el «sobreendeudamiento» del deudor, que suele tener causas y naturaleza diferencial, en muchos casos, respecto a la insolvencia asociada a la persona jurídica.

Otro de los temas a calibrar –y constantemente discutido– es resolver el *timing problem*, es decir, llegar a tiempo a la apertura del procedimiento concursal, y no cuando ya no queda, ni hay nada, que hacer o repartir, convirtiendo en inoperativa la legislación concursal.

Somos de la creencia de que hay que mejorar, progresar y robustecer el sistema del acuerdo extrajudicial de pagos o el impulso de soluciones extrajudiciales.

Se ha de seguir incrementando la seguridad jurídica y celeridad procedimental, en particular cuando se plantean controversias entre lo legislado y la interpretación que de la misma realiza la jurisprudencia (el poder jurisdiccional).

Se ha de mejorar la técnica y reglamentación hacia una auténtica segunda oportunidad. Digamos que mediante el mecanismo de la «segunda oportunidad» se refleja un cambio de óptica, dentro de la identidad del derecho concursal; si acudimos a la evolución desde el principio *pro creditoris*, que ha derivado con el tiempo en relevantes deficiencias desde su instauración, derivadas, especialmente, por la relevante crisis económica acaecida en los últimos tiempos a nivel global y local. Ahora hemos de ponderar el principio de *favor debitoris* y, en particular, al deudor honrado. No puede seguir colocándose un estigma social, hablando figuradamente, una «letra escarlata» a los deudores.

Por último, y no menos importante, se ha de procurar a través de las herramientas o medidas que sean oportunas el incremento hacia el conocimiento y aplicación de una mejor cultura⁶⁷ empresarial que acoja a la legislación concursal.

Referencias bibliográficas

- Alonso Hernández, A. y Martínez Ruiz, L. (2021). La gestión del riesgo concursal en tiempos de pandemia. En A. Cohen Benchetrit (Dir.), *Derecho de sociedades y crisis de la empresa en tiempos de pandemia*. Comares.
- Andriulo, A. (2021). Debitore incapiente. Come orientarsi nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. <https://www.affaritaliani.it/blog/il-cruscotto/debitore-incapiente-717158.html>
- Areoso Casal, A. (2020). *El nuevo marco regulatorio del Derecho Concursal. Adaptado al RD-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*. Wolters Kluwer.
- Arjona Guajardo-Fajardo, J. L. (2017). *La Ley de segunda oportunidad y los acreedores del deudor exonerado: un supuesto de posible responsabilidad patrimonial del estado legislador*. Marcial Pons.
- Bastante Granell, V. (2020). *Sobreendeudamiento y protección de los consumidores: análisis comparado de los modelos francés y español (Insolvenca y mercado de crédito)*. Reus.
- Bézert, A. (2021). *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*. LGDJ.
- Brenes Cortés, J. (2020). Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad. *Revista Lex Mercatoria*, 14.
- Campuzano, A. B. y Sanjuán, E. (2021). *GPS Concursal*. (4.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Cuena Casas, M. (2020a). Crédito público y segunda oportunidad en el Texto Refundido Ley Concursal (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020). *Hay Derecho*. <https://hayderecho.expansion.com/2020/09/28/credito-publico-y-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-ley-concursal-a-proposito-del-auto-del-juzgado-mercantil-no-7-de-barcelona-de-8-de-septiembre-de-2020/>
- Cuena Casas, M. (2020b). El régimen de la segunda oportunidad en el Texto Refun-

⁶⁷ Este planteamiento es compartido con lo que se está construyendo en otras legislaciones de derecho comparado, y ejemplo de ello es lo que sucede en el derecho concursal francés; *vid.* los comentarios de la profesora Nabet (2020): «Le droit au rebond n'est pas seulement le droit d'être libéré de ses dettes passées. C'est aussi le droit pour un entrepreneur de pouvoir se lancer dans une nouvelle activité sans être stigmatisé. Si ce droit à une seconde chance fait depuis toujours de la culture américaine, en France la route est encore longue. Il ne s'agit, en effet, pas uniquement de faire évoluer la loi, mais de faire changer les mentalités».

- dido de la Ley Concursal: Algunas «novedades» importantes. *Hay Derecho*. <https://www.hayderecho.com/2020/05/11/el-regimen-de-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-de-la-ley-concursal-algunas-novedades-importantes/>
- Cuena Casas, M. (2021). La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho español. https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDE2MTM7Wy1KLizPw827D-M9NS8kIS15JzUxCKXxJUU58Sc1LyUxCLbkKLSVABu00M7NwAAAA==WKE#nDT000304346_NOTA1.
- Cuesta Rute, J. M.^a de la y Núñez Rodríguez, E. (2014). Finalidad de las instituciones concursales dentro del sistema jurídico. En J. M.^a de la Cuesta Rute (Dir.), E. M.^a Valpuesta Gastaminza, B. Torrubia Chalmeta y C. Llorente Gómez Segura (Coords.), *Derecho Mercantil II*. Huygens.
- Díaz Moreno, A. (2020). Normas concursales en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre: novedades con respecto al régimen recogido en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril. Gómez-Acebo & Pombo. https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/09/Normas_concursales_Ley_32020.pdf
- Díaz Tarragó, A. (2019). Ley de Segunda Oportunidad. Concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI). *Economist & Jurist*, 27(236), 64-70.
- Diéguez Oliva, R. (2019). El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Especial referencia a los créditos públicos. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50.
- Dio, A. di. (2020). L'esdebitazione nel Codice della crisi d'impresa: procedura e novità 2020. *Giuricivile*, 5. <https://giuricivile.it/esdebitazione-2020-sovraindebitamento/>
- Esteban Ramos, L. M.^a. (2020). Segunda oportunidad: ahora más necesario que nunca. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 297-310.
- Fernández Ecker, A. y Sallent Sánchez, M. (2019). Prevención de la insolvencia, pymes y segunda oportunidad. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 123-130.
- Fernández Seijo, J. M.^a. (2019). Para qué sirven las leyes (A propósito de la STS de 2 de julio de 2019 sobre el alcance de la exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley Concursal). *Diario La Ley*, 9469.
- FIDE (Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa). (2020). Propuestas sobre el mecanismo de segunda oportunidad.
- Garcimartín Alférez, F. J. (2018). La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de acreedores disidentes y la llamada «regla de prioridad absoluta». *Anuario de Derecho Concursal*, 43, 11-38.
- Garzón Ximénez, A. (2020). Artículo 1911 Código Civil: responsabilidad patrimonial universal. <https://legal-2000.com/articulo-1911-codigo-civil-responsabilidad-patrimonial-universal/>
- Giorgio, O. di. (2019). Crisi d'impresa: dall'esdebitazione un aiuto al debitore meritevole. <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/03/15/crisi-impresa-esdebitazione-aiuto-debitore-meritevole>
- Gómez Asensio, C. (2020). Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural en 2020. *Revista CEFLegal*, 237.
- Gómez, C. G. (2018). Bienes inembargables y procedimiento concursal. *Ars Juris Salmanticensis*, 6(2).
- González Vázquez, J. C. (2020). COVID-19: Insolvency Reform Package adopted

- by the Spanish Government: Duty to File for Bankruptcy and Duty to Promote the Winding-up or Recapitalization of the Company. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/05/covid-19-insolvency-reform-package-adopted-spanish-government-duty>
- Leitão, L. M. (2019). *A Recuperação Económica dos Devedores: RERE, PER, PEAP, plano de insolvência, plano de pagamentos e exoneração do passivo restante*. Almedina.
- Lledó Yagüe, F. (2015). La Ley de Segunda Oportunidad en Europa y algunas consideraciones notables en la legislación norteamericana. En I. Sánchez Ruiz de Valdivia y M. Olmedo Cardenete (Dirs.), *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as* (pp. 652-661). Aranzadi-Thomson Reuters.
- Macorig-Venier, F. (2020). La neutralisation de la cessation des paiements au cœur des mesures d'adaptation temporaire du droit des entreprises en difficulté à l'état d'urgence sanitaire. *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 3, 64-70.
- Madaus, S., Wessels, B. y Boon, G. J. (2020). CERIL Executive Statement 2020-1 on COVID-19 and insolvency legislation. <https://www.ceril.eu/news/ceril-statement-2020-1>
- Marcos González, M.^a. (2010). La reforma concursal española ante la crisis económica. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, 3, 213-240.
- Martínez Muñoz, M. (2019). La modificación del chapter 11 en el derecho concursal norteamericano. La ley de reestructuración de pequeñas empresas. *Anuario de Derecho Concursal*, 47, 215-223.
- Montilla Arjona, L. (2018). Perspectivas de la Ley de Segunda Oportunidad de la Persona Física. *Revista de Derecho UNED*, 23, 457-491.
- Moya Ballester, J. (2020). El tratamiento del crédito público en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. *Anuario de Derecho Concursal*, 49, 285-304.
- Nabet, P. (2020). Les entreprises en difficulté dans la loi PACTE. <https://www.actu-juridique.fr/affaires/les-entreprises-en-difficulte-dans-la-loi-pacte/>
- Niño Estébanez, R. (2018). La segunda oportunidad económica para las personas físicas: una aproximación crítica a sus aspectos más controvertidos. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, 2, 20-34. VLEX-731299929. <https://www.icaivor.cat/biblio/articulos/segunda-oportunidad-economica-para-las-personas-fisica.pdf>
- Orrico Sánchez, I. (2019). El sobreendeudamiento familiar y mecanismos de segunda oportunidad [Tesis doctoral]. (pp. 71 a 98). Universidad Católica de Valencia.
- Ortiz González, M.^a A. (2016). Los procesos para obtener la segunda oportunidad. http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/016_t017/_359.dir/Bajlib_2016_t017_359.pdf
- Pacchi, S. (2019). La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023. *Rivista Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 6.
- Panzani, L. (2021). Crisi d'impresa, un anno in più per adeguare il Codice alle norme UE. *Il Sole 24 Ore*.
- Rivas Ruiz, A. (2020). El Tribunal Supremo y la exoneración del pasivo insatisfecho comentando la STS de 2 de julio de 2019. *Revista Jurídica del Notariado*, 110, 455-464.
- Rodríguez Celada, E. (2017). La criminalización del fracaso empresarial. *InDret*, 1.

<https://indret.com/la-criminalizacion-del-fracaso-empresarial/>

Rojo Fernández-Río, A. (2017). La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva. *Anuario de Derecho Concursal*, 42, 3-16.

Rojo Fernández-Río, A. (2020). El Texto Refundido de la Ley Concursal. *Anuario de Derecho Concursal*, 51, 9-26.

Rojo, A. (2020). Las opciones de política legislativa en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.

Romani, A. M.^a (2020). Droit français de la prévention et la Directive «restructuration et insolvabilité» 2019/1023/UE, ou l'enrichissement des droits dans un but commun. *Revue del L'Union Européenne*, 634.

Sánchez Pachón, L. A. (2021). El problema de la exclusión de los créditos de derecho público del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Concursal (Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 34, 209-226.

Santos, M. I. dos (2020). Exoneração do passivo restante. <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/5151/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final.pdf>

Sendra Albiñana, A. (2020). La exoneración del pasivo insatisfecho y el crédito público. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 181-193.

Souto Araújo, P. A. do. (2019). A exoneração do Passivo Restante. A cessão do

rendimento disponível e o Prazo. <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/90362/1/A-exonera%C3%A7%C3%A3o-do-passivo-restante-Vers%C3%A3o-Final.pdf>

Stones, K. (2019). EU Directive harmonising restructuring and insolvency finalised. <https://www.lexisnexis.co.uk/blog/restructuring-and-insolvency/eu-directive-harmonising-restructuring-and-insolvency-finalised>

Super Contable. (2019). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Sentencia del TS de 2 de julio de 2019. *Boletín*, 35. http://www.supercontable.com/boletin/A/articulos/exoneracion_pasivo_sentencia_TS_2_julio_2019.html

Valencia García, F. (2020). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 julio de 2019 (381/2019): el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: interpretación del artículo 178 bis de la Ley Concursal. En M. Yzquierdo Tolsada, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina, civil y mercantil* (pp. 45-60). Dykinson.

Vedova, P. della. (2019). Il sovraindebitamento alla luce della riforma del Codice della crisi. https://www.studiolegaledvm.it/fileadmin/website/Pdf/La_crisi_da_sovraindebitamento_Maggio_2019.pdf

Verdú Cañete, M.^a J. (2020). Exclusión del crédito público del beneficio de exoneración de pasivo en el Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista Lex Mercatoria*, 16, 1-6.

Walters, A. (2005). Personal Insolvency Law after the Enterprise Act: An Appraisal. *Journal of Corporate Law Studies*, 5, 65-104.

Descripción de fincas y representación gráfica registral

Carlos Díaz Marquina

Abogado. Socio de Díaz Marquina Abogados

despacho@abogadosdiazmarquina.com

1. La necesaria coordinación entre Catastro y registros de la propiedad

La coordinación de la información del Catastro y de los registros de la propiedad ha sido un objetivo del legislador durante décadas, que ha sido culminado con la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley hipotecaria (en adelante, LH).

Ambos organismos tienen finalidades diferentes que confluyen sobre el mismo elemento: el mercado inmobiliario. Por tanto, era necesario avanzar en esa coordinación introduciendo en la legislación hipotecaria la representación gráfica para fortalecer la identificación de las fincas, aspecto hasta entonces concretado mediante la descripción de las mismas «con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie» y la referencia catastral –artículo 9, letra a) LH–. También, con la representación gráfica georreferenciada.

A la representación gráfica georreferenciada dedica la letra b) el artículo 9 de la LH:

Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

En principio, sería un proceso bastante sencillo, ya que en el Catastro figura una representación gráfica que podría trasladarse al Registro de la Propiedad. Sin embargo, la realidad ha sido muy distinta y las calificaciones negativas emanadas de los registros han generado

un importante volumen de resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP). Para ilustrar la problemática he seleccionado la resolución de esa dirección general de 21 de julio de 2021 como base de este trabajo.

2. Los hechos

Los hechos que dan lugar a la resolución de 21 de julio de 2021 se inician al presentar una solicitud de inscripción para la coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad con base en el artículo 199 de la LH. En ella se solicita la rectificación de la descripción de la finca en cuanto a los linderos y que se coordine gráficamente a la del Catastro, aportando certificación descriptiva y gráfica de este organismo.

Iniciado el procedimiento, se comunica a los titulares de las fincas colindantes, quienes formulan alegaciones contra la rectificación de cabida y modificación de linderos. Las mismas reflejan la ilegitimidad del propósito de quien inicia el procedimiento, quien, incluso, había presentado anteriormente una querrela, que fue archivada, y una demanda civil, que fue desestimada en ambas instancias. De haber accedido a su pretensión, la finca habría anexionado una franja de terreno que no le correspondía, lo que suponía un perjuicio para los colindantes.

3. El procedimiento del artículo 199 de la LH

Las resoluciones que tratan esta problemática se suelen iniciar al instar el procedimiento del artículo 199 de la LH, que trata sobre la incorporación de esa descripción gráfica al registro. Lo habitual es que esa representación sea la catastral, aunque, como veremos más adelante, no es la única admitida. En su número primero establece:

El titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica.

La descripción gráfica es completada por la descripción literaria, la que encontrábamos en los asientos del registro hasta la reforma. Para que se pueda incorporar esa descripción gráfica se abre un expediente con unos trámites que vamos a analizar a continuación.

El primero de estos trámites es la notificación a los titulares del dominio, si no hubieran sido ellos los que instaran el mencionado expediente, lo que nos indica que pueden ser otros interesados quienes lo inicien. También, y aquí es donde empiezan habitualmente los conflictos, a los colindantes afectados. Transcribo a continuación su contenido:

El Registrador solo incorporará al folio real la representación gráfica catastral tras ser notificada a los titulares registrales del dominio de la finca si no hubieran iniciado estos el procedimiento, así como a los de las fincas registrales colindantes afectadas. La notificación se hará de forma personal. En el caso de que alguno de los interesados fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva la notificación, se hará mediante edicto insertado en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de utilizar, en todo caso, el sistema de alertas previsto en la regla séptima del artículo 203 (LH). Los así convocados o notificados podrán comparecer en el plazo de los veinte días siguientes ante el Registrador para alegar lo que a su derecho convenga. Cuando las fincas colindantes estén divididas en régimen de propiedad horizontal, la notificación se realizará al representante de la comunidad de propietarios. No será precisa la notificación a los titulares registrales de las fincas colindantes cuando se trate de pisos, locales u otros elementos situados en fincas divididas en régimen de propiedad horizontal.

Una vez notificados, pueden presentar alegaciones ante el registrador con los documentos que estimen convenientes. Si no se presentan tales alegaciones, lo normal es que la calificación sea positiva y acceda al registro. Si hay alegaciones, no implica automáticamente que la calificación sea negativa. El registrador calificará el expediente y determinará su inscripción o denegación motivada. Si deniega la inscripción, la calificación puede ser objeto de recurso ante la DGSJFP, y la resolución que dicte esta, ante los tribunales:

El Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado. En los demás casos, y a la vista de las alegaciones efectuadas, el Registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción. La calificación negativa podrá ser recurrida conforme a las normas generales.

Si la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica fuera denegada por la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, el promotor podrá instar el deslinde conforme al artículo siguiente, salvo que los colindantes registrales afectados hayan prestado su consentimiento a la rectificación solicitada, bien en documento público, bien por comparecencia en el propio expediente y ratificación ante el Registrador, que dejará constancia documental de tal circunstancia, siempre que con ello no se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente.

En caso de calificación positiva, la certificación catastral descriptiva y gráfica se incorporará al folio real y se hará constar expresamente que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro, circunstancia que se notificará telemáticamente al mismo y se reflejará en la publicidad formal que de la misma se expida.

En muchos casos nos encontraremos con resoluciones que reflejan invasiones de fincas colindantes inmatriculadas. La solución que el propio artículo ofrece es el expediente de deslinde del artículo 200 de la LH o acudir al juicio declarativo correspondiente con base en el artículo 198 de la LH.

En el número segundo del mismo artículo 199 de la LH el legislador refleja el tratamiento de aquellos casos en que se insta el procedimiento con base en una representación gráfica alternativa. El procedimiento es el mismo, adaptado a esas circunstancias:

Quando el titular manifieste expresamente que la descripción catastral no se corresponde con la realidad física de su finca, deberá aportar, además de la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa.

El Registrador, una vez tramitado el procedimiento de acuerdo con el apartado anterior, en el que además se deberá notificar a los titulares catastrales colindantes afectados, incorporará la representación gráfica alternativa al folio real, y lo comunicará al Catastro a fin de que incorpore la rectificación que corresponda de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

Practicada la alteración, el Catastro lo comunicará al Registrador, a efectos de que este haga constar la circunstancia de la coordinación e incorpore al folio real la nueva representación gráfica catastral de la finca.

La representación gráfica alternativa solo podrá ser objeto de publicidad registral hasta el momento en que el Catastro notifique la práctica de la alteración catastral, y el Registrador haga constar que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro.

Este segundo supuesto de representaciones gráficas alternativas es el que ha dado lugar a un mayor número de calificaciones negativas y recursos.

En definitiva, lo que se busca con la normativa es esa coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad de la que hablábamos al inicio de estas notas, lo que eliminará controversias en cuanto a la configuración de las fincas, acercando la realidad física a la jurídica de Catastro y registro.

También, lógicamente, la coordinación entre la descripción literaria y la gráfica, conforme al artículo 9 de la LH:

Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

4. Alegaciones y dudas razonables

La primera pregunta que debemos formularnos es cuándo deben de ponerse de manifiesto las dudas en cuanto a la disconformidad entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. Conforme a los artículos 201 y 203 de la LH, ese momento será cuando el registrador expida la certificación para inicio del expediente notarial. Con ello se evitará a los interesados dilaciones y trámites innecesarios, sin perjuicio de la calificación que hará el registrador a la conclusión del expediente y para su inscripción, como destaca la resolución de 13 de octubre de 2021:

En cuanto al momento en el que han de manifestarse las dudas de identidad de la finca, el artículo 201 LH dispone que «el contenido de las certificaciones se entenderá limitado a la rectificación cuya inscripción se solicita» y el artículo 203, al que remite el anterior, señala que «el Registrador, tras consultar su archivo, tanto literario como de representación gráfica en soporte papel o informático, expedirá en el plazo de quince días certificación acreditativa de la falta de inscripción de la finca, siempre que haya verificado que concurren las siguientes circunstancias: a) La correspondencia entre la descripción contenida en el título de propiedad aportado y la certificación catastral. b) La falta de previa inmatriculación de la finca a favor de persona alguna. c) La ausencia de dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se solicita con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas. En caso contrario, procederá el Registrador a extender nota de denegación de la anotación solicitada, motivando suficientemente las causas de dicha negativa, a la que deberá acompañar, en su caso, certificación literal de la finca o fincas coincidentes, comunicándolo inmediatamente al Notario, con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones.

Por tanto, el hecho de que no se hayan manifestado dudas por parte del registrador en el momento inicial no implica que la tramitación concluirá con la inscripción, ya que en ese momento no puede conocer las posibles alegaciones de terceros interesados, sus documentos y pruebas que permitan deducir posibles invasiones de otras fincas.

Conforme al artículo 3.3 de la Ley del catastro, los datos de este organismo dependiente del Ministerio de Hacienda gozan de la presunción de certidumbre. Si la descripción gráfica del Catastro coincide con la literaria del registro y no se han formulado alegaciones, lo habitual es que la representación gráfica sea inscrita. Una vez inscrita, no es inalterable, ya que puede ser rectificada (como rectificación de asientos del artículo 40.d LH). La nueva representación deberá cumplir las mismas normas y procedimientos de la inscripción.

La alegación de dudas razonables puede referirse a que la representación gráfica coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, como ya anunciaba. Debe destacarse que no existe un límite cuantitativo de superficie para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 201 de la LH y que tampoco la sola magnitud del exceso o la existencia de una

alteración de linderos pueden basar la denegación de la inscripción (o, en este caso, de la anotación) sin más justificación.

La denegación puede basarse en que, a raíz del procedimiento, se ha reflejado el encubrimiento de un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, según la interpretación de los artículos 199 y 201 de la LH realizada en las RDGRN de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016. El hecho de que se utilice una representación gráfica alternativa a la catastral para mejorar la precisión métrica de la cartografía catastral puede estar también en la base de algunos de los problemas que se han reflejado en las resoluciones. Por resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 de las direcciones generales del Catastro y de los Registros y del Notariado se establecen los sistemas oficiales de referencia: Proyección UTM, sistema ETRS89, para la Península, y RegCan95, para Canarias.

5. Algunas problemáticas particulares: segregaciones y dominio público

Un bloque de resoluciones se ha enfrentado a supuestos que son rechazados, al encontrar disfunciones en casos de segregaciones. En la resolución ya mencionada de 13 de octubre de 2021 se ofrece una pauta interesante en estos supuestos:

Aun constando ya inscrita una segregación conforme a una licencia o autorización administrativa concedida, no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, sin necesidad de nueva licencia o autorización, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria y, ante todo, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia (cfr. Resolución de 29 de septiembre de 2017).

Serán supuestos en que el registrador habrá de extremar su análisis, sin que ello condicione su decisión final. Desgraciadamente, las segregaciones mal gestionadas pueden ser un foco de conflicto, y no solamente por las representaciones gráficas. Intentar consolidar una situación irregular fruto de estas operaciones a través del expediente que estamos analizando es una mala solución, como queda demostrado por las abundantes resoluciones que las deniegan.

Otro bloque singular de incidencias que han dado lugar a resoluciones con calificación negativa lo encontramos en supuestos de protección del dominio público, inscrito o no. Si el dominio público está inscrito, nos trasladaríamos a los desarrollos antes descritos en cuanto al cotejo de asientos del registro. Pero una parte del dominio público no está inmatriculado y entonces habrá que realizar un análisis mediante los indicios detectados por el

registrador o con base en las alegaciones de la administración a la que pertenezcan. Así se pronuncia la dirección general:

En cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General (cfr. «Vistos»), esta protección que la Ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

6. El criterio de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)

La amplia experiencia acumulada por la DGSJFP ha cristalizado en unos criterios que se repiten en sus resoluciones y que han consolidado la forma de actuar de los registradores. La primera función es, sin duda, detectar las dudas que se evidencian en la tramitación del expediente notarial que se somete a su calificación:

Asimismo, procede reiterar, una vez más, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (denominación que ha sido modificada por la de DGSJFP) relativa a la inscripción de representaciones gráficas que se sintetiza del siguiente modo: a) El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria).

A continuación, establece los instrumentos de los que se valdrá el registrador para calificar tanto las representaciones gráficas disponibles como la cartografía catastral (una nueva muestra del deseo de coordinación):

b) A tal efecto el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, las representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación, para lo que podrá acudir a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la Resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2016, así como acceder a la cartografía catastral, actual e histórica, disponible en la Sede Electrónica del Catastro. c) Dado que con anterioridad a la Ley 13/2015, de 24 de junio, se permitía el acceso al Registro de fincas sin que se inscribiese su representación gráfica georreferenciada, la ubicación, localización y delimitación física de la finca se limitaba a una descripción meramente literaria, lo que puede conllevar una cierta

imprecisión a la hora de determinar la coincidencia de la representación gráfica con otras fincas inmatriculadas con anterioridad a dicha norma.

Una vez que dispone de todo el bagaje que le permite decidir, el registrador calificará y lo hará de forma motivada. La motivación es esencial para evitar que en una revisión por recurso se desestimen los defectos con base en que no se ha facilitado el interesado esa argumentación que le permita llegar a la convicción de que hay una disconformidad:

d) El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la Jurisdicción Voluntaria que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. Por tanto, y conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». Lo que no impide, por otra parte, que las alegaciones recibidas sean tenidas en cuenta para formar el juicio del registrador. e) El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Como puede apreciarse, se obliga a un posicionamiento en que no basta con alegar los artículos detallados en este texto o simplemente transcribir la oposición de quienes se han personado en el procedimiento. En este aspecto, la dirección general ha sido muy estricta.

7. Conclusión

La plausible coordinación entre dos registros públicos, como el Catastro y el de la propiedad, ha dado origen a una normativa que pretende este objetivo mediante las representaciones georreferenciadas. De esta forma, coincidirán las mismas y la realidad física se identificará con la jurídica.

Para esa coordinación habrá que instar un expediente ante el notario que permitirá a los colindantes alegar en caso de que hubiera alguna invasión de terreno. A la conclusión del mismo, el registrador califica e inscribe o rechaza la petición al apreciar defectos.

La problemática ha dado origen a un alto número de resoluciones y a una doctrina que ha ido fijando la forma de actuar tanto de los particulares como de los registradores y las Administraciones públicas.

Gestación por sustitución y vulneración de derechos de madres gestantes y niños

Comentario a la STS de 31 de marzo de 2022

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

La gestación por sustitución analizada en esta sentencia no es solo un compendio de criterios de legalidad ordinaria, nacional o internacional, sino la denuncia de la infracción de los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del interés del menor, al socaire del respetable derecho de la madre comitente, pero que no concilia bien con la filiación biológica irrenunciable por precio. La sentencia llama la atención por su solidez argumentativa –que, por otro lado, es lo que se espera del Tribunal Supremo– y estima el bien fundado recurso de casación que interpone el Ministerio Fiscal. Si el tema es polémico y hunde sus raíces en la evidencia de su práctica en distintos países y de la prohibición expresa en el nuestro por la Ley de técnicas de reproducción asistida, no es menos polémico que la reafirmación de la ética y la jurisprudencia contrarias, a pesar de su fundamento, no encuentren acomodo y respeto en quienes recurren alegando el interés del menor, aun cuando se contradiga la norma interna. Como tampoco está falto de contienda que se aspire a reconocer el derecho de la madre comitente por encima del de la madre gestante, que actúa condicionada por su vulnerabilidad, y cuyos deseos, al margen de lo que diga en contrato, son, en numerosos casos, más el fruto de la debilidad que de la verdadera libertad. Un derecho que se sustenta en un contrato pandémico, con un clausulado virulento, donde hasta se dispone de la libertad de movimientos y de la vida de otra persona, sin que encuentre un calificativo adecuado la denominación de la legalización de un negocio inadmisibles de los intermediarios; el mismo que se denunciaba en las originarias adopciones internacionales respecto de las agencias mediadoras al margen de la legalidad, o extramuros de ella por su ineficacia o inexistencia. ¿Hasta qué punto el contrato de gestación –a cuya lectura detenida remito al lector– no representa un «negocio jurídico criminalizado?».

La madre futura, la biológica, no llega a decidir sobre su vida cuando está en peligro; será la comitente, como dice el contrato (y reproduzco literalmente) quien podrá cancelar el embarazo «para preservar la vida de la gestante sustituta».

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de abril de 2022).

La gestación por sustitución puede significar, por consiguiente, la compra de un niño. Es así de simple. O se puede decir, de manera más técnica, que la madre biológica renuncia a su hijo y lo entrega, a cambio de un dinero, a otra persona. O como contempla la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la gestación así acordada es el contrato que «conviene la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». La madre que da a luz a un hijo, que no puede cancelar el embarazo, nunca podrá reclamar su derecho como madre ni contactar con él –salvo pacto en contrario–. Esta madre es la denominada «gestante sustituta», al parecer informada médica y psicológicamente de todos los riesgos, así como de las consecuencias jurídicas de la decisión; y el nacido es la mercancía, el objeto de la transacción, carente de cualquier posibilidad de oposición al ser un *concepturus* o *nasciturus* sin derechos. Porque el contrato de gestación por sustitución así lo prevé. Pero lo que no prevé es la vulneración de la dignidad o intimidad de esa mujer, a quien tan solo se la considera como un objeto reproductor que renuncia a los derechos derivados de la maternidad; incluso podría decirse a la salud, porque la sentencia da por hecho que la madre gestante se somete a «tratamientos médicos que la ponen en riesgo».

En definitiva, cuando se alega el interés del menor o el derecho a esa gestación en el extranjero, aun cuando la ley española lo prohíba, se vulnera el orden público interno; se vulneran también los derechos fundamentales y los convenios internacionales; la doctrina del Tribunal Supremo determinada esencialmente en la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (NCJ058246); y sitúa la decisión de la gestación en un acto de voluntad no libre porque la madre gestante, en muchas ocasiones, se encuentra en situación de clara vulnerabilidad social y económica.

La sentencia del Tribunal Supremo va de eso: de un contrato de gestación por sustitución nulo con arreglo a nuestra legislación y de un intento de legalizar una situación de hecho no reconocida, contradiciendo otra biológica, aludiendo a la posesión de estado de la madre española. Si se compra a un niño (o se vende), renunciándose a él, la madre biológica, la madre comitente, contravienen la norma española; e independientemente de que el negocio se haya realizado en el extranjero con arreglo a una norma lícita en el país de origen, la filiación no puede ser inscrita en nuestro registro civil a nombre de la adquirente por «sustitución», aun cuando haya poseído el estado de hijo o se haya ejercido de madre después, y aun cuando haya una certificación registral extranjera o resolución judicial extranjera que así lo permita (por otro lado, solo reconocida en ese país). Por ello, por tal circunstancia anómala, con el fin de legalizar la filiación generada, habiendo transcurrido un tiempo desde la adquisición por contrato y viviendo el menor en compañía de la adquirente, se solicita del juzgado de primera instancia el reconocimiento de la filiación extramatrimonial por constante posesión de estado. Es decir, se acude al artículo 131 del CC, que dice así: «Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado». El juzgado dice no; la audiencia, al recurrirse la sentencia, dice sí. Luego viene la casación interpuesta por el Ministerio Fiscal, por entender vulnerados el precepto indicado *in fine* y el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de

mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), ya transcrito. El recurso presenta interés casacional, al contravenir la doctrina del Supremo, concretamente la STS (Pleno), núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Por la otra parte, la madre adquirente, se alega que esa sentencia protege la familia *de facto*, que la gestación por sustitución se realizó fuera de España y que la posesión de estado es suficiente, aun cuando la sentencia extranjera o la certificación extranjera no sean reconocidas en España.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto del fiscal con los siguientes argumentos, que pasamos a desarrollar:

Si el último inciso del artículo 131 del CC prohíbe la filiación por constante posesión de estado cuando contradiga otra legalmente establecida, y el 10 de la LTRHA, en su párrafo 2.º, establece que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto», tenemos un claro problema, pues el parto determina la filiación de esa criatura por la madre por sustitución y no por adquisición. Hay una vulneración legal de un artículo, el 10, en relación con el 131 del CC, y la posesión de estado no nos sirve como criterio de determinación filial. Ni sirve la invocación del interés del menor. Ni los derechos invocados por quien se opone al recurso. Son precisamente los derechos de la mujer y del niño los que se consideran infringidos, y por ello la doctrina del Supremo fijada en la sentencia aludida se considera vulnerada. Esencialmente, esta sentencia nos recuerda que el fiscal se opuso por lo siguiente:

El Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del principio de respeto del interés superior del menor en los términos en los que lo hace la Audiencia Provincial. Invoca los bienes jurídicos tomados en consideración por la sentencia de esta sala 835/2013, de 6 de febrero de 2014, a saber, el respeto a la dignidad e integridad moral de mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Alega que, con la solución adoptada por la Audiencia, se impediría la investigación de la paternidad y el derecho del menor a conocer su identidad biológica. Y, por último, alega la posibilidad del acogimiento del menor por la madre de intención, así como que las limitaciones a la adopción por razón de edad son superables.

Y porque hay una «huida» del derecho español para acogerse al extranjero, y el interés del menor no puede contravenir la norma que contraviene el orden público interno (como así lo reconoce el auto de 2 de febrero de 2015 del Tribunal Supremo).

No es solo un criterio de legalidad ordinaria, sino de infracción de los más elementales derechos fundamentales y del interés del menor –pero en el sentido contrario al pretendido por la madre, cuya filiación le va a ser denegada por posesión de estado–. Porque se vulnera el artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño, que claramente proscribe la venta de los niños. También anunciada en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil

y la utilización de niños en la pornografía, firmada y ratificada por España; así como en el artículo 2 a) del Protocolo Facultativo, donde se define la venta de niños como «todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución». Por consiguiente, ¿cómo comprar para legalizar puede ser válidamente admitido por un Estado que ha suscrito esas normas internacionales y que tiene una legislación claramente opuesta a esa transacción en los artículos 10 de la LTRHA y 131 del CC? Sin embargo, llama la atención la discusión de esa evidencia cuando de manera tan manifiesta está proscrita. La vía de la posesión de estado fue admitida por la audiencia, sirviéndose de los parámetros habituales para su aceptación: la existencia de un trabajo estable, la satisfacción de las necesidades educativas, médicas; la existencia de relaciones con la familia extensa, etc.

Y las dudas que pudieran generarse las resuelve con la mención de la «incertidumbre inquietante» que generaría la situación de espera, invocando al respecto las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la mencionan (en la misma línea de la sentencia francesa a la que aludiremos después). Dice así, literalmente: «Porque sería abocar al menor a lo que el TEDH considera "una incertidumbre inquietante", ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada». Curioso observar que en esa inquietud se invoca la aceptación positiva del interés del menor, cuando en la misma se puede invocar precisamente lo contrario por la vía de la adopción. Nuestro Tribunal Supremo interpreta ese interés precisamente en el otro sentido, en el negativo –como veremos más adelante–, y no tenemos que olvidar el argumento del fiscal: la huida hacia otro país para soslayar la norma interna. Tampoco que la vulneración de la ley española impide invocar el interés. Sucede, finalmente, que son varios los razonamientos; que es del conjunto de donde se deduce la sinrazón de una sentencia de la audiencia que parece ignorar la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, expuesta en la del pleno. Y sucede que se ignora una esencial invocación de la Carta de los Derechos del Niño, que tiene por misión proporcionarle una protección especial,

enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el art. 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

El fundamento de derecho tercero de la sentencia es un compendio de razones legales nacionales e internacionales tan contundente que basta con su simple lectura para estimar el recurso de casación. La pretensión de legalizar ilegalidades es un fraude cuando la cuestión debatida no admite dudas. Sin embargo, en el mundo del derecho se produce el cuestionamiento, porque siempre hay un enfoque diferente y un precepto en el que ampararse.

El 131 el CC es el precepto y la oposición manifestada un pobre argumento. En contra de la filiación por posesión de estado están, por tanto, un acogimiento con fines de adopción o una adopción que va a generar la filiación adoptiva, pero no por naturaleza (como es lógico), porque esta solo pertenece a la madre biológica. La batería de motivos son los siguientes:

Dice el Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General de la ONU, de 15 de enero de 2018, que invoca la sentencia:

«Para cualquier fin o en cualquier forma» que emplea el citado artículo 35 de la Convención supone que la gestación por sustitución no es una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma, porque la gestación por sustitución entra de lleno en la definición de «venta de niños» del artículo 2 a) del Protocolo Facultativo cuando concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) remuneración o cualquier otra retribución; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de «a)» por «b)» (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución. Resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico.

Pero es que, además, se produce una vulneración flagrante de los derechos de la madre y del niño (que confirma el Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada de 2017, así como en otros informes encargados por instituciones públicas y en la mayoría de la literatura científica existente sobre esta cuestión). No es un derecho prevalente de la madre por adquisición por contraposición a los derechos de la madre gestante, ni es la infracción del derecho del hijo a una familia, así reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuando se dice: «Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión», no es la prevalencia precisamente contraria por eludir la norma y el orden público: la dignidad, la intimidad, la salud, etc. de la madre gestante y el verdadero interés del menor que ha sido comprado. Porque ambos son tratados como objetos. Si se lee el contrato que firma la madre gestante –transcrito en lo esencial por la sentencia que se está comentando–, la madre entrega al niño con renuncia previa a él antes del parto; se somete a tratamientos médicos; tiene una restricción de movimientos; «la madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad»; permite que la futura madre «puede estar presente en el momento del nacimiento del niño», etc. Se llega al extremo de que «la comitente» pueda decidir «si la madre gestante debe seguir o no con

vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal». Es decir, ¡la madre que adquiere decide sobre la vida de la gestante! El contrato que se firma dice literalmente: «La madre futura no puede cancelar el embarazo excepto para preservar la vida de la gestante». Incluso llama poderosamente la atención la renuncia al aborto de la madre gestante con la siguiente cláusula: «La gestante sustituta está de acuerdo en que solo se someterá a un aborto cuando un médico tratante o un especialista determine con un certificado por escrito que la vida o salud de la gestante está en peligro». Por consiguiente, el «yo decido sobre mi cuerpo» de quienes son partidarias del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no es aplicable a quien, a cambio de un precio, es contratada por la madre comitente, aun cuando, en un momento determinado de la gestación quisiera abortar –imaginemos dentro de los plazos legalmente establecidos, en su caso–. Porque si la situación de vulnerabilidad determina muchos de estos contratos, ¿quién nos dice que no existe un proceso de manifestación de voluntad viciada por la necesidad o la situación de indigencia. O quién descarta el deseo de interrupción del embarazo de la madre gestante. ¿Son válidas, de verdad, esas cláusulas, a las que remito al lector para su instrucción y sorpresa?

¿Cómo no entender entonces, tras todo lo dicho, la siguiente reflexión de la STS?:

La Unión Europea Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.

¡Se está fomentando, en definitiva, un negocio impropio que comercia con el cuerpo y la vida de la madre sustituta y del niño indefenso aún no nacido!

Cuando de contrario se apuntan cosas como: que el 10 de abril de 2019, a instancias de una solicitud del Tribunal de Casación francés, se emite un dictamen en relación con el reconocimiento en el derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre «comitente», acudiendo precisamente al interés superior del niño, porque sería contraproducente para ese menor y para sus derechos el no reconocimiento, «ya que lo colocaría en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad» (lo mismo que dice la sentencia de la APM recurrida en casación), al impedirles el acceso futuro a la nacionalidad de la madre comitente, por ejemplo, o «que garantiza la relación paterno-filial o les puede resultar más difícil permanecer en el país de residencia de la madre comitente, o puede verse menoscabado su derecho a heredar el patrimonio de la madre comitente o incluso su relación constante corre peligro si los padres se separan o el padre comitente fallece»; cuando se nos dice de contrario por el tribunal francés esas cosas en la tan conocida sentencia, a tales cuestiones da respuesta la de nuestro Tribunal Supremo por la vía de la adopción.

Porque la filiación por adopción produce los mismos efectos que la adquirida por naturaleza, y la incertidumbre futura familiar (o de legalidad ordinaria) encuentra este otro camino de convalidación, sin que debamos dar validez a la eficacia de un contrato de gestación tan criticado por la sentencia del Tribunal Supremo, que estima íntegramente el recurso de casación del fiscal precisamente valorando ese interés del menor, pero llegando a conclusiones contrarias. Pues no se olvide que son más los países que prohíben la gestación por sustitución que aquellos que la admiten. Se vulneran, por tanto, los derechos fundamentales de la mujer gestante y del niño, siendo «contrarios a nuestro orden público»; y como recalca el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, por muy noble que sea desear un hijo, no «puede realizarse a costa de los derechos de otras personas». El enfoque es muy distinto, en definitiva. No es solo la perspectiva del derecho de la comitente, sino la de la gestante y el interés del menor. Y este, el menor, no se canaliza como lo invoca la sentencia del tribunal francés, sino de la siguiente forma que pasamos a analizar:

Al estudiarse, por tanto, cuál debe ser el interés más digno de protección, se nos recuerda que la conducta de comprar un niño puede ser criminalmente relevante, sancionable por el derecho penal. Se invoca el artículo 221.1 del CP, pues «mediando compensación económica» se entrega «a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación». Evidentemente, el contrato de gestación por sustitución elude el procedimiento de la adopción. Obsérvese también que son contrarias al orden público las «adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor», las que no respetan los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres, o se obtuvieron mediante pago o compensación. El sistema adoptivo español da respuesta al problema y con la idoneidad para ser padres o madres por adopción, previsto en la norma (arts. 175 y ss. del CC), el sistema propuesto es el más conveniente, el que ofrece mayor seguridad jurídica. Al no existir un padre biológico o desconocerse en la gestación subrogada, los consentimientos previstos en el Código Civil serán fáciles de conseguir. La edad de la adoptante, en este supuesto, no será un problema («la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años»). La idoneidad, teniendo en cuenta el tiempo previo de convivencia, su formación o cualificación, su situación laboral, sus aspectos psicológicos, sociales, familiares, etc., tampoco (art. 176.3); pues la idoneidad es «la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción». En lo relativo al consentimiento antes citado, si repasamos el contenido del artículo 177 del CC, el de la madre gestante se tiene (o se podría obtener) y el de la madre comitente, también. Y si no hay que oír o asentir, o si fueran necesarios estos requisitos tan complementarios como secundarios, se acude a los siguientes apartados del precepto sobre su regulación.

Esa adopción, perfectamente constituida, es legal y respeta precisamente el interés del menor, así como los derechos fundamentales, y permite un control superior, evitando la in-

intermediación interesada de las agencias privadas (léanse los puntos 5 y ss. del fundamento jurídico sexto de la sentencia). Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye diciendo que, «las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el artículo 176.2.3.º del Código Civil».

¿Cuál es el interés que nuestro más alto tribunal está priorizando? Pues evidentemente el más acorde con el de todos los que concurren en el conflicto; sin que la dignidad, la salud, la intimidad de la madre biológica se vean vulneradas por el deseo legítimo de otra madre no biológica a serlo y de aquella a permitírselo, al margen del comercio y de la confiscación de una voluntad viciada por la necesidad, o de un comercio ilícito de agencias mediadoras que deben ser controladas por las Administraciones públicas. Y, por supuesto, enfocando la cuestión también desde la perspectiva de un menor cuyos derechos han de ser respetados por su indefensión, por su expectativa de futuro como persona física con capacidad de obrar plena y porque la Convención de los Derechos del Niño, interpretada correctamente por la sentencia del Tribunal Supremo (así como el resto de normas o de recomendaciones nacionales e internacionales y dictámenes de ética o bioética invocados), nos lleva o compartir la resolución del Supremo (con los aportes o fundamentos del fiscal), por ética, jurídica fundada y sólida.



¿Libertad o injerencia en la vacunación? He ahí el dilema

María José Mendiola Antona

*Responsable de traducción e interpretación jurídica del Tribunal Constitucional
Abogada colegiada e intérprete jurado de inglés. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*

<https://orcid.org/0000-0003-4312-1219>

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

El presente trabajo trata de abordar, desde los ámbitos constitucional y administrativo, las situaciones jurídicas que se están dando en España, como parte de la Unión Europea, desde el inicio del proceso de vacunación masiva contra el coronavirus de tipo 2, causante del síndrome respiratorio agudo severo (SARS-CoV-2).

En el plano constitucional, se analizará el conflicto surgido entre el bien jurídico de la salud pública y el de la autonomía de la voluntad individual, tanto en los casos de personas incapaces como en los de los menores. Además, se planteará si sería factible proponer la obligatoriedad de la vacunación.

En cuanto al plano administrativo, se tratarán, por un lado, los presuntos casos de responsabilidad patrimonial del Estado a causa de las vacunas y, por otro, las dilaciones indebidas de carácter administrativo que hayan podido producirse durante el proceso de vacunación.

Finalmente, se expondrán algunas reflexiones y propuestas sobre dicho proceso.

Palabras clave: coronavirus; covid-19; obligatoriedad; responsabilidad; vacunación.

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

Cómo citar: Mendiola Antona, M.^a J. (2022). ¿Libertad o injerencia en la vacunación? He ahí el dilema. *Revista CEFLegal*, 257, 55-82.



Vaccination: freedom of choice or state intervention? That is the question

María José Mendiola Antona

Abstract

The purpose of this paper is to examine, from the point of view of Constitutional and Administrative Law, the legal issues that are currently arising in Spain, as a Member State of the European Union, from the start of the massive vaccination process against the Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2).

On the constitutional side, the conflict between two legal assets, public health and the autonomous will of individuals will be analysed both in the case of mental incompetents and minors. Also, the question on the enforceability of vaccines will be examined.

On the administrative side, two situations of the alleged liability of the State will be addressed. First, due to the vaccines, and second, regarding administrative undue delays that may have occurred during the vaccination process.

Finally, this paper ends with several thoughts and proposals on the vaccination process.

Keywords: coronavirus; covid-19; enforceability; liability; vaccination.

Citation: Mendiola Antona, M.^a J. (2022). ¿Libertad o injerencia en la vacunación? He ahí el dilema. *Revista CEFLegal*, 257, 55-82.



Sumario

1. Introducción
 2. Breve reseña de la situación producida por el coronavirus y el desarrollo de la vacuna
 3. Modelos de vacunación
 - 3.1. Vacunación voluntaria
 - 3.2. Vacunación recomendada
 - 3.3. Vacunación condicionante
 - 3.4. Vacunación obligatoria
 - 3.5. Vacunación forzosa
 4. ¿Y si no quiero vacunarme o que vacunen a alguien a mi cargo?
 - 4.1. Antecedentes
 - 4.2. El debate sobre la obligatoriedad de la vacuna contra la covid
 5. Responsabilidades
 - 5.1. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas
 - 5.2. Responsabilidad ante posibles dilaciones indebidas por parte de la Administración
 6. Reflexiones y propuestas finales
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La pandemia que está viviendo la población mundial ha obligado a los sectores político, sanitario y farmacéutico a adoptar medidas drásticas para erradicar el coronavirus. Durante los dos últimos años, hemos vivido un confinamiento mundial y nos hemos tenido que acostumbrar a adoptar pautas higiénicas y sanitarias adicionales, como el uso de las mascarillas o el respeto de la distancia social de dos metros. El Ejecutivo y las comunidades autónomas dictaron normas para evitar los contagios, entre las que destacan los diversos estados de alarma decretados por el Gobierno central para contener el coronavirus (Reales Decretos 463/2020, de 14 de marzo; 926/2020, de 25 de octubre, y 956/2020, de 3 de noviembre).

A esta «nueva normalidad» con la que se ha buscado neutralizar el virus y reducir el número de muertes y secuelas entre las personas afectadas, se han unido los esfuerzos de sanitarios y laboratorios para encontrar tratamientos que permitan superar la enfermedad o, incluso, no contraerla. La gran apuesta de todas las naciones han sido las vacunas, concebidas para generar inmunidad e impedir que los ciudadanos se contagien o, si lo hacen, que la afección curse con síntomas graves, todo ello de cara a evitar otro colapso de los hospitales como el vivido en los primeros meses de 2020.

El proceso de desarrollo de estas vacunas ha acabado siendo un éxito en la lucha contra el virus. La primera vacuna inoculada en Europa se administró el 8 de diciembre de 2020, es decir, tan solo nueve meses después de la declaración de la pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS), todo un hito en la historia inmunológica mundial. Precisamente, esta rapidez ha suscitado cierta desconfianza entre la población ante la posibilidad de que una comprobación insuficiente de las vacunas pudiera provocar efectos secundarios graves o incluso la muerte, como así ha sido en varios casos puntuales. La coyuntura excepcional ocasionada por el coronavirus justifica el riesgo en cierta medida, pero plantea diversas cuestiones: ¿prevalece el bien común por encima de todo o la autonomía de la voluntad del paciente? ¿El Estado debería establecer la vacunación obligatoria frente a este virus? ¿Puede imponerse a una persona la inoculación de una vacuna concreta según su rango de edad? Y en caso de una persona desarrolle secuelas o fallezca a causa de la vacuna, ¿qué responsabilidad tiene el Estado? A lo largo del artículo analizaremos todas estas cuestiones jurídicas; para ello, nos centraremos en la situación de la Unión Europea, aunque mencionaremos someramente la de otros países y zonas del mundo.

2. Breve reseña de la situación producida por el coronavirus y el desarrollo de la vacuna

En diciembre de 2019, las autoridades sanitarias de Wuhan (China) informaron de una serie de casos producidos por una neumonía desconocida. La rapidez de la propagación y la elevada letalidad provocaron la alarma en todo el país (Redacción Médica, 2020).

En febrero de 2020, tras varias investigaciones, la revista *The Lancet* publicó un artículo (Roujian Lu, 2020) en el que explicaba el origen de esta patología, un nuevo virus de la familia *Coronaviridae* y en apariencia similar al síndrome respiratorio agudo severo (SARS) y al síndrome respiratorio de oriente medio (MERS).

Los coronavirus reciben este nombre por la forma de corona alrededor del virión, es decir, el núcleo del virus. Aunque genéricamente nos refiramos a la covid-19 como coronavirus, no es el único tipo existente de esta familia y lo padecen tanto animales como humanos. De hecho, existe la sospecha de que este virus se haya transmitido de un animal a un humano, aunque las secuencias genéticas estudiadas indican que la aparición del virus en humanos ha sido muy reciente, porque el patógeno apenas ha tenido tiempo de mutar.

Tres meses después de la alerta producida en China, el virus ya se había extendido por todo el mundo, incluido España. El 14 de marzo de 2020 se declaró el primer estado de alarma, que mantuvo confinados a todos los ciudadanos hasta el 16 de junio del mismo año, en un intento por frenar la propagación del virus.

Hoy, dos años después, la situación ha variado ligeramente. Por ejemplo, hemos visto un proceso de vacunación sin precedentes. Si bien siguen produciéndose contagios y fallecimientos a diario, la vacunación mundial representa un arma eficaz en la lucha contra el virus.

No cabe duda de que nos encontramos ante un proceso excepcional. En primer lugar, desde el punto de vista epidemiológico, puesto que supera todos los parámetros que ha vivido nuestra generación. Más bien se asemeja a situaciones de otras épocas, como la medieval, en la que la peste diezmó a la población europea. El número de muertos y contagiados que ha provocado, la sintomatología tan variada de unos pacientes a otros y la dificultad para encontrar medicamentos capaces de luchar eficazmente contra el virus nos han colocado en una situación sin precedentes (Dorrego de Carlos, 2021).

El propio desarrollo de las vacunas también goza de excepcionalidad, tanto para el sector como para la sociedad en su conjunto. En condiciones normales, el desarrollo de las vacunas habría requerido entre tres y seis años, mientras que la primera vacuna estaba lista tan solo diez meses después de que el coronavirus llegara a Europa. Ello ha sido posible gracias, primero, a los diversos agentes que han intervenido en este proceso y, segundo, al proceso acelerado de autorización administrativa por parte de las autoridades farmacéuti-

cas. El Reglamento (CE) 726/2004, de 31 de marzo ha permitido, en efecto, la aprobación de las vacunas en un tiempo récord.

Aunque este proceso de vacunación se ha desarrollado con mayor rapidez de la habitual (Tombesi, 2020), ha tenido que cumplir los mismos requisitos de seguridad que con otras vacunas y someterse a la evaluación científica de la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) como parte del procedimiento de autorización. En el caso de Europa, han sido los propios Estados miembros los que han forzado el desarrollo de vacunas contra la covid-19 mediante una colaboración público-privada entre países y laboratorios.

Asimismo, la Unión Europea recurrió al mecanismo de autorización condicional previsto en el Reglamento (CE) núm. 507/2006 para poder autorizar rápidamente la vacuna. No es la primera vez que una amenaza contra la salud pública obliga a aprobar el uso de un fármaco aunque no hayan podido verificarse todos los elementos de eficacia y seguridad (AEMPS, 2020). Así, entre 2006 y 2016, se otorgaron 30 autorizaciones condicionales de las cuales solo dos fueron revocadas, y entre 2017 y 2020, se concedieron otras 20 (Dorego de Carlos, 2021).

Sin embargo, la labor de investigación continúa tras la aprobación condicional del uso de cualquier medicamento. Este mecanismo excepcional activado por la EMA y conocido como *rolling review* (lo que podría traducirse como «revisión constante») permite que las agencias realicen una evaluación del fármaco conforme se van generando datos a medida que se administra.

En este caso concreto, tras la adquisición de la vacuna por parte de la Unión Europea, los laboratorios, como contraprestación por la rapidez con que se han visto, en cierto modo, obligados a desarrollar y comercializar las vacunas, establecieron unos mecanismos contractuales de distribución de la responsabilidad entre ellos y los Estados miembros, tal y como aparece reflejado en los APA (*advanced purchase agreement*) suscritos entre ambas partes. Dicha responsabilidad, contraída en gran medida por los Estados, hace referencia a los posibles efectos secundarios derivados de la utilización de las vacunas y, en definitiva, al proceso de vacunación en sí. De este modo, cualquier persona que experimente algún efecto adverso derivado de la vacuna o algún aspecto negativo durante el proceso de vacunación no solo podrá exigir, en principio, responsabilidad al laboratorio que haya desarrollado dicha vacuna, sino también a la Administración pública.

3. Modelos de vacunación

Desde un punto de vista sanitario, hasta ahora solían emplearse cuatro técnicas distintas en la elaboración de vacunas (Cubí, 2021): las vacunas atenuadas, las inactivadas, las que contienen toxoides o las de subunidades.

Las vacunas de la covid-19 han venido a impulsar nuevas técnicas de elaboración de vacunas que no se habían utilizado hasta la fecha o solo se habían usado en casos muy concretos. Estas son las vacunas recombinantes o de vector viral, en las que se crea un nuevo microorganismo a partir de factores de dos virus (en este caso, los adenovirus¹ y la covid-19) a fin de que no pueda reproducirse en el cuerpo humano, y las de ARN mensajero o ARNm, en las que el material genético indica al cuerpo el modo en que debe reconocer la proteína S del coronavirus y expulsarla.

En la siguiente tabla (García, 2021) se puede apreciar claramente la diferencia entre las vacunas utilizadas en España:

Vacunas covid aprobadas en Europa y Estados Unidos

	Conservación	Eficacia	Tecnología	Pinchazos	Periodo
Janssen	Hasta 3 meses entre 2 °C y 8 °C	66 %	Adenovirus	1	–
Pfizer	Entre –80 °C y 60 °C	95 %	ARN mensajero	2	21 días
AstraZeneca	Entre los 2 °C y los 8 °C No puede congelarse	70 %	Adenovirus	2	Entre 4 y 12 semanas
Moderna	Hasta 6 mese a –20 °C	94 %	ARN mensajero	2	28 días

No obstante, desde el punto de vista jurídico, podemos citar hasta cinco modelos de vacunación principales (Cierco Seira, 2021), que son los siguientes:

3.1. Vacunación voluntaria

Es el tipo de vacunación con menor injerencia por parte de la Administración. Huelga decir que las vacunas en venta en el mercado están autorizadas y son objeto de la vigilancia correspondiente, pero los poderes públicos no intervienen en absoluto para tratar de

¹ Los adenovirus son una familia de más de 50 virus diferentes que provocan enfermedades, por lo general leves, en humanos y animales. Se descubrieron en los años 50 y comenzaron a usarse en vacunas en los años 80.

convencer a los ciudadanos de que se vacunen. Tampoco se encuentran en el calendario oficial de vacunación, aunque es necesario analizar la conveniencia de su inclusión, como ocurre con las vacunas contra los diversos tipos de meningococos (Cierco Seira, 2019).

3.2. Vacunación recomendada

Esta es la modalidad que impera en nuestro país desde la entrada en vigor de la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la base IV de la Ley de bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.

España dispone de un calendario vacunal que forma parte de los servicios de la sanidad pública. En él se encuentran las vacunas indispensables para todos los ciudadanos, tanto en interés de la salud pública como de la individual, que responden al deber del Estado de adoptar medidas de prevención para posibilitar el desarrollo del derecho a la vida y a la protección de la salud (arts. 15 y 43 CE respectivamente) y al de prevención sanitaria (art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

La administración de estas vacunas indispensables ha de responder a los principios de universalidad, igualdad y asequibilidad. Además, corresponde a los poderes públicos llevar a cabo campañas de comunicación social para que los ciudadanos comprendan los beneficios de esos tratamientos. Por suerte, España es un país en el que sus habitantes están plenamente concienciados con la necesidad de la vacunación. Las tasas suelen estar entre las más altas de la Unión Europea, de ahí que se sustituyera la obligación contenida en la Ley de 1944 por la recomendación en la Ley de 1980. El principal conflicto se produce en la actualidad, en la que ante este nuevo virus, el negacionismo y los movimientos antivacunas se expanden con rapidez por las redes sociales. Afortunadamente, las tasas de vacunación en España continúan siendo óptimas y, si bien hay excepciones, la mayoría de los adultos de nuestro país ha decidido vacunarse contra el coronavirus.

3.3. Vacunación condicionante

A medio camino entre la vacunación recomendada y la obligatoria, la vacunación condicionante es aquella en la que la administración de la vacuna se convierte en un requisito para poder obtener ciertos servicios. Ha sido la modalidad utilizada a través del pasaporte covid en la mayoría de territorios. El pasaporte vacunal, que sigue siendo necesario en algunos países, permitía acceder a locales de ocio o incluso poder trabajar, como ha ocurrido en Italia. Uno de los ejemplos más mediáticos de este tipo de vacuna es el del tenista serbio Novak Djokovic, que no pudo participar en el Open de Australia de 2022 porque el hecho de no estar vacunado contra el coronavirus le impedía incluso entrar en el país (Eurosport, 2022).

Desde una perspectiva jurídica, este tipo de vacunación presenta varias cuestiones. En primer lugar, la certificación adoptada tiene que garantizar la protección de los datos de los usuarios y que todos ellos tienen el mismo certificado, o sea, que se respete su igualdad (arts. 9 y 14 CE). A este tenor, también es necesario asegurar que todos los ciudadanos continúan siendo iguales independientemente de si se han vacunado o no, a fin de impedir que acabe produciéndose un trato discriminatorio contra la minoría no vacunada. Por último, para aplicar este modelo es necesario ponderar cuidadosamente los bienes jurídicos en conflicto, pues la protección de la salud general (art. 43 CE) puede perjudicar derechos fundamentales como la libertad de circulación (art. 19 CE), el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE) o, aún peor, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).

En definitiva, la principal dificultad de este modelo es la de lograr la protección de la salud sin que la rigidez de las medidas adoptadas la conviertan indirectamente en una vacunación obligatoria.

3.4. Vacunación obligatoria

Esta modalidad se aplica, por ejemplo, en Francia² y en Italia³. Se caracteriza porque las vacunas se encuentran amparadas por una declaración formal de obligatoriedad, dado que entran claramente en conflicto con otros derechos individuales, como los comentados en el punto anterior. Ello significa que, para poder revestirlas de obligatoriedad, es preciso que cumplan ciertos requisitos. Antes de imponerlas formalmente, hay que efectuar un juicio de proporcionalidad por el que se determine la absoluta necesidad de la medida. Además, han de obedecer a un fin legítimo que justifique la restricción de otros derechos, y su regulación debe estar reservada a la ley.

Como es lógico, cuando una vacuna adquiere este carácter de compulsión, su incumplimiento puede llevar a una serie de sanciones, por lo general económicas. No obstante, esta medida suele aplicarse con un fin incentivador más que con un fin coercitivo, y se recurre a ella cuando otras modalidades, como la condicionante, no han dado resultado.

3.5. Vacunación forzosa

En este caso, la injerencia de los poderes públicos es máxima. No solo se obliga por ley a los ciudadanos a vacunarse, sino que deben hacerlo en contra de su voluntad y, de negarse, la Administración podrá recurrir a la fuerza.

² Véase el artículo L3111-2 del *Code de la santé publique*.

³ Véase el artículo 1.1 del *Decreto-legge*, de 7 de junio de 2017, n. 73, *recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale* y su conversión en ley, con modificaciones, por la *Legge* de 31 de julio de 2017, n. 119.

Como es obvio, esta modalidad es la que mayores garantías debe ofrecer. Su uso ha de estar especialmente justificado y ser indispensable para proteger la vida de la persona sujeta a tal medida. Dada su singularidad, suele reducirse a casos concretos y es exigible una autorización judicial.

Un buen ejemplo de este carácter forzoso –aunque no relativo a la vacunación– es la STC 120/1990, sobre alimentación forzada de presos en huelga de hambre. El FJ 5.º dice así:

La intervención médica forzosa, por los valores humanos que en ella se implican, constituye un tema de excepcional importancia que irradia sus efectos a distintos sectores del ordenamiento jurídico, especialmente al constitucional y al penal, y trasciende del campo de lo jurídico para internarse en el mundo de la axiología, en el que afecta a creencias y sentimientos profundamente arraigados en la conciencia del ser humano, suscitando polémica doctrinal, muy variada y a veces irreconciliable, en la que están en juego concepciones distintas del sentido de la vida humana. En tan vasto campo del pensamiento, nuestro enjuiciamiento, teniendo siempre en cuenta esa trascendencia axiológica del problema, no puede estar dirigido más que por aquellos criterios jurídicos constitucionales que nos lleven a encontrar si la resolución judicial impugnada es conforme con nuestra Constitución, ateniéndonos, según dejamos dicho, al caso concreto que se nos plantea, sin extendernos a consideraciones que lo desborden y siendo plenamente conscientes de los límites intrínsecos del Derecho.

Como vemos, el Tribunal Constitucional expresa claramente el conflicto de bienes jurídicos que se desata entre el derecho de la persona a la libertad física (art. 17 CE) e ideológica (art. 16 CE) y el derecho a la vida (art. 15) y a la protección de la salud (art. 43 CE), al administrar un tratamiento médico por medio de la coerción.

4. ¿Y si no quiero vacunarme o que vacunen a alguien a mi cargo?

4.1. Antecedentes

Antes de analizar esta cuestión, debemos realizar alguna puntualización de carácter social que resulta determinante para entender por qué en España no se ha impuesto la vacunación contra el coronavirus de forma obligatoria⁴.

⁴ El año pasado, Galicia trató de imponer la vacunación obligatoria so pena de sanción administrativa en el apartado cinco del artículo único de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de modificación de la Ley 8/2008, de salud de Galicia. El Gobierno central interpuso el correspondiente recurso ante el Tribunal Constitucional, alegando que dicha ley introducía limitaciones de derechos

Hasta 1980, era de aplicación la Ley de 25 noviembre 1944, de bases de Sanidad Nacional, en cuya base IV se declaraban obligatorias las vacunaciones contra la viruela y la difteria. Además, se mantenía esta obligatoriedad para las vacunas contra infecciones tíficas cuando las circunstancias lo determinaran conveniente. Para el resto de enfermedades en las que existiera una vacuna y esta no presentara ningún riesgo, simplemente se recomendaba su inoculación.

Ese mismo año, la OMS certificó la erradicación de la viruela a nivel mundial, por lo que la vacunación obligatoria contra esta enfermedad devino innecesaria. Así, se aprobó la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la base IV de la Ley de bases de la Sanidad Nacional, con arreglo a la cual la vacunación dejó de ser obligatoria y pasó a ser simplemente recomendable. Dada la buena disposición general de los españoles a vacunarse y a vacunar a sus hijos menores, el carácter de recomendación se ha mantenido a lo largo de las últimas décadas, a diferencia de países como Francia, Italia o Brasil, en los que, además de tener una cultura de vacunación obligatoria más amplia que la nuestra, la resistencia a vacunarse contra el coronavirus ha obligado a su imposición.

En España se han producido casos puntuales de vacunación obligatoria, principalmente entre menores. De sobra conocido es el caso de los 35 niños de Granada que, ante la negativa de sus padres, fueron vacunados contra el sarampión por orden judicial. El brote de esta enfermedad y la consiguiente falta de colaboración de algunos progenitores dieron lugar a la primera autorización judicial en España para proceder a la vacunación forzosa por motivos de salud pública.

Como se ha mencionado más arriba, la vacunación obligatoria tiene como base constitucional los artículos 15 y 43 de la CE, que prevén el derecho a la vida y a la integridad física y moral y el derecho a la protección de la salud, respectivamente. Por su parte, en el ámbito internacional, estos derechos encuentran su amparo en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la constitución de OMS.

Con carácter excepcional a lo dispuesto en la Ley 22/1980, que establece la vacunación recomendada en general, y a la ley de 2002 sobre autonomía del paciente, que recalca la

fundamentales y podía infringir la reserva de ley orgánica para el desarrollo de estos derechos. El tribunal, tras admitir a trámite el recurso del Gobierno el 21 de abril de 2021 y en virtud del artículo 161.2 de la CE, suspendió la vigencia y aplicación del precepto impugnado (véase el ATC 74/2021, de 20 de julio). Celebradas varias reuniones del Ministerio de Política Territorial con la Xunta de Galicia, el 29 de julio de 2021 la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia alcanzó un acuerdo y, para su cumplimiento, la autonomía gallega aprobó la Ley 18/2021, de medidas fiscales y administrativas, publicada el 21 de diciembre de 2021, cuyo artículo 34 modificaba la Ley 8/2008, de salud de Galicia. Una vez efectuada esta modificación, el Gobierno la consideró conforme al acuerdo alcanzado y, en consecuencia, desistió del recurso de inconstitucionalidad presentado ante el Tribunal Constitucional.

capacidad de la persona afectada para decidir si acepta o rechaza determinados tratamientos, el fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía halla su fundamento en la Ley Orgánica 3/1986, que en su artículo 2 declara la posibilidad de que las autoridades adopten todas las medidas necesarias para preservar la salud pública. Asimismo, continúa en vigor un decreto del año 1945 por el que se aprobó el reglamento para la lucha de las enfermedades infecciosas; en su artículo 21 establece que podrán ser obligatorias para todos los ciudadanos españoles las vacunaciones contra la difteria y la viruela, «siendo sancionadas su falta de realización».

Otras leyes que facultan a los poderes públicos para que adopten medidas coercitivas en caso de crisis son la Ley 26/2003 del Sistema Nacional de Salud, la Ley de salud pública 33/2011 o la Ley 2/2021, procedente del Real Decreto-ley 21/2020.

Para juristas como Pérez Palaci, el riesgo que representa la pandemia de la covid-19 podría servir para declarar obligatoria su vacuna «por analogía». Tal y como afirma, la vacunación obligatoria tiene como consecuencia la colisión de dos derechos, el de la protección de la salud, que prevalece en caso de pandemia, y el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona. «Ahora bien, si la normativa existente puede causar cierta confusión, también el ejecutivo y el legislativo pueden intervenir al respecto y modificarla introduciendo artículos pertinentes tanto en el código penal como en una nueva ley orgánica o de modificación de la ley general de salud pública», señala. (El Periódico de España, 2021)

Otros casos de vacunación obligatoria, esta vez de naturaleza individual, son aquellos en los que los padres no se ponen de acuerdo acerca de la vacunación de sus hijos o el de la inadmisión de menores no vacunados en guarderías. Como ejemplos jurisprudenciales podemos citar el Auto 433/2018, de 17 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el que el órgano jurisdiccional daba la razón a un padre que quería vacunar a su hija contra el virus del papiloma humano frente a la negativa de su madre, o la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Barcelona de 28 de diciembre, por la cual se declaró la legalidad de la resolución de un ayuntamiento que negó a un niño no vacunado la posibilidad de que se inscribiera en una guardería municipal.

Lo habitual es que un país combine varios tipos de modalidades. Por ejemplo, en España, el principal modelo es la vacunación recomendada, pero ello no impide que se aplique la obligatoria o condicionante⁵ en determinados casos. Con respecto al coronavirus,

⁵ Por ejemplo, todo aquel que quiera ejercer la profesión de tatuador deberá estar vacunado contra la hepatitis B, dado el riesgo de transmisión de la enfermedad por vía parenteral. Aunque esta medida no ha sido adoptada a nivel nacional, podemos acudir a los decretos de varias comunidades autónomas, como los de Madrid (art. 7 del Decreto 35/2005, de 10 de marzo), Cataluña (art. 11.1 del Decreto 90/2008, de 22 de abril) o Extremadura (art. 6.1 del Decreto 181/2004, de 30 de noviembre), por citar algunos ejemplos. Con la vacunación obligatoria de menores de edad para su admisión en guarderías sucede lo

varios son los países que han adoptado estas modalidades para el personal sanitario. Sin ir más lejos, en Francia y Grecia⁶ la vacunación es obligatoria para los sanitarios, mientras que Italia ha decretado suspender de empleo y sueldo a los sanitarios que no se vacunen. En España también se ha considerado esta medida, aunque finalmente, dadas las cifras de vacunación entre este colectivo, no ha sido necesaria.

Como hemos podido observar, la vacunación obligatoria contra el coronavirus no se ha implantado en España porque solo con la vacunación recomendada (aunque en algunos momentos clave ha habido que recurrir a la condicionante) ha sido suficiente para alcanzar unos porcentajes de vacunación encomiables (San Román, 2021). La mayoría de los expertos en derecho constitucional considera que la vacunación obligatoria contra el coronavirus tendría difícil encaje constitucional y, en todo caso, debería aprobarse en todo el territorio nacional mediante ley orgánica y no mediante leyes autonómicas, como ya se intentó en Galicia (Olmo, 2021), por ejemplo. En cualquier caso, teniendo en cuenta que España no ha actualizado su marco legislativo desde el inicio de la pandemia, parece poco probable que esta cuestión se analice en un futuro próximo; hasta entonces, será necesaria la intervención del juez en cada situación.

No obstante, el debate sobre la obligatoriedad de esta vacuna se ha producido sin duda en nuestro país y, ante esta posible realidad, nos planteamos: de haber sido obligatoria la vacuna contra el coronavirus, ¿qué habría sucedido con la vacunación en menores e incapaces?

4.2. El debate sobre la obligatoriedad de la vacuna contra la covid

Para entender por qué se barajó la posibilidad de imponer la vacunación contra el coronavirus, debemos regresar al contexto que vivimos hace ya dos años.

En marzo de 2020, nuestra vida cambió de la noche a la mañana. Aunque ya estábamos alerta por la situación de otros países, en menos de una semana pasamos de poder celebrar manifestaciones multitudinarias en las calles a estar reclusos en nuestras casas. Ese confinamiento duró tres meses, y a él le siguieron los toques de queda, el cierre temporal de negocios, los ERTE, los aforos máximos, la distancia social, el pasaporte covid,

mismo; si bien hemos visto decisiones judiciales y normativas autonómicas que se han postulado a favor de esta medida, sería conveniente que hubiera un consenso nacional al respecto, sobre todo con miras a garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

⁶ Grecia, además, decidió imponer multas de 100 euros a las personas mayores que no se vacunaran contra el coronavirus.

las PCR o el uso obligatorio de las mascarillas. Este despliegue de medidas ha comportado sin duda la restricción de algunos de nuestros derechos: a la igualdad (art. 9 CE), a la dignidad de la persona (art. 10 CE), a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad religiosa, ideológica y de culto (art. 16 CE), a la libertad y seguridad (art. 17 CE), a la intimidad personal (art. 18 CE), a la libertad de circulación y residencia (art. 19), al derecho de reunión (art. 21 CE), etc.

El hecho de que, como ciudadanos, aceptásemos estas limitaciones sin rechistar (por lo general) solo se explica por la situación dantesca que estábamos sufriendo: miles de muertos a diario por un virus desconocido, muy contagioso y letal, que no nos permitía estar seguros en ninguna parte.

La falta de tratamientos específicos para frenar esta pandemia hizo que los laboratorios farmacéuticos se pusieran manos a la obra y logaran fabricar una vacuna en tiempo récord. Así, la vacuna se presentó como la única alternativa válida de cara a contrarrestar las graves consecuencias sanitarias, sociales, laborales y económicas que estaba provocando el coronavirus.

Sin embargo, lo que parecía ser la panacea planteaba en realidad serias dudas sobre su uso. La situación apremiante había ocasionado el acortamiento de los plazos en los ensayos de las vacunas, lo cual colocaba a la población en el dilema de arriesgarse a contraer la infección o inocularse una vacuna que, además de no evitar el contagio, podía tener efectos secundarios desconocidos. Pronto empezaron a aparecer casos de muertes y secuelas graves en personas a las que se les había administrado la vacuna en otros países, lo que aumentó la reticencia de la población a la adopción de esta medida.

Esto, unido a la necesidad de alcanzar la inmunidad de grupo, hizo que las autoridades públicas se plantearan seriamente la necesidad de obligar a los españoles a vacunarse.

A pesar de las circunstancias, los poderes públicos optaron finalmente por la vacunación recomendada. Muestra de ello es la Estrategia de vacunación frente a la covid dictada por el Ministerio de Sanidad⁷. En palabras de su anterior ministro, D. Salvador Illa, la estrategia recogía la vacunación recomendada porque nacía «con la firme convicción de que se [podían] lograr mejores resultados de aceptabilidad si la vacuna [era] voluntaria» (Congreso de los Diputados, 2020).

Esta postura obedece a dos motivos. En primer lugar, el legislador goza de un margen de maniobra muy superior si se opta por la vacunación recomendada en vez de por la obli-

⁷ El documento original de la estrategia y sus posteriores revisiones pueden consultarse en la sección del Ministerio de Sanidad dedicada a la estrategia de vacunación covid-19 en España: <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/vacunacovid19.htm>

gatoria. El propio apartado 2^º del artículo 43 de la CE deja abierta la vía de la discrecionalidad al legislador, aunque su decisión habrá de estar siempre motivada, a fin de garantizar la seguridad jurídica. Así lo avala también el artículo 28^º de la Ley general de sanidad, que en su apartado a) establece como preferente la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias. Por último, si atendemos a lo dispuesto¹⁰ en la Ley 22/1980, por la que se modificó la base cuarta de la Ley de bases de la Sanidad Nacional de 1944, observamos que la tendencia histórica más reciente es la de primar la recomendación sobre la obligación y acudir a esta como último recurso.

Por ello, la imposición de la vacuna contra la covid desde el inicio, sin intentar obtener previamente la colaboración voluntaria de la ciudadanía, habría obligado al legislador a ofrecer una motivación reforzada sobre esta decisión. Pensemos, por ejemplo, en cómo habría tenido que justificar las sanciones aplicables a aquellos ciudadanos que no se negaran a vacunarse, sino a que se les administrara la vacuna asignada a su rango de edad por los mayores efectos secundarios que presentaban¹¹ algunas de ellas.

Volviendo sobre el artículo 28 de la Ley general de sanidad, sus apartados c) y d) nos llevan al segundo motivo por el que ha prevalecido la vacunación recomendada, y es que la falta de información sobre la inmunidad de grupo frente a este virus hace que la obligatoriedad sea la *ultima ratio* de la estrategia de vacunación adoptada.

Como sabemos, las vacunas no solo se componen de una dimensión individual de prevención de riesgos para la salud de la persona, sino también una colectiva de protección de toda la sociedad. Aparte de las ventajas que la vacunación presenta para la salud del indivi-

⁸ Este apartado establece literalmente: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto».

⁹ El artículo completo dice así: «Todas las medidas preventivas contenidas en el presente capítulo deben atender a los siguientes principios:

- a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias.
- b) No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.
- c) Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.
- d) Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados».

¹⁰ En su artículo único, la Ley 22/1980 fijaba este orden del siguiente modo: «Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias».

¹¹ Nos referimos, sin lugar a dudas, a las vacunas de Janssen y AstraZeneca.

duo, ofrece muchas otras si se alcanzan unos niveles generales significativos. Por nombrar algunas, podemos citar la menor saturación de los hospitales –que tantas consecuencias tuvo al comienzo de la pandemia–, la reapertura de los establecimientos sin aforo restringido o la reducción de las bajas laborales.

Sin embargo, para lograr la ansiada inmunidad de grupo de la que tanto hemos oído hablar, es necesario alcanzar unos porcentajes de vacunación muy elevados, por lo que la obligatoriedad se encuentra de nuevo sobre la mesa. La inmunidad de grupo bloquea la transmisión del virus, al no encontrar este último más huéspedes a los que infectar, porque todos gozan de una carga antiviral suficiente como para hacerle frente. Asimismo, al estar casi todos inmunizados, aquellos que no pueden recibir la vacuna por motivos de salud quedarán igualmente protegidos gracias a la solidaridad social.

Estas ventajas justificarían la restricción de ciertos derechos individuales en beneficio de otros colectivos. Como ejemplos jurisprudenciales, podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional húngaro 39/2007, de 20 de junio, que defiende la vacunación obligatoria en grupos poblacionales especialmente vulnerables, como los menores, o el asunto *Vavříčka y otros c. República Checa*, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos propugna la solidaridad social para proteger a los más vulnerables y por la que se requiere al resto de la población que asuma un riesgo mínimo mediante la administración de la vacuna.

Decíamos, no obstante, que aún falta información sobre la inmunidad de grupo relativa al coronavirus. Si bien esa inmunidad suele situarse en torno al 70 % de la población, estamos comprobando que, dada la transmisibilidad y la mutabilidad de este virus, ni siquiera los porcentajes más altos de vacunación están sirviendo para detenerlo. Si ya las primeras vacunas que comenzaron a inocularse a finales de 2020 no protegían de la infección, sino de los síntomas más graves de la enfermedad, la aparición de nuevas variantes extremadamente contagiosas (ómicron, XE, etc.) ha provocado que no se haya alcanzado la inmunidad de grupo, a pesar de contar con unas cifras de vacunados superiores al 85 % en España. Además, debido a las mutaciones del virus, las vacunas iniciales han perdido eficacia frente a las nuevas variantes, por lo que los laboratorios se han visto obligados a actualizarlas.

Dados los niveles de vacunación alcanzados sin necesidad de imponerla, resulta poco probable que sea necesario hacerlo en el futuro con las próximas dosis. Sin embargo, tal vez cabría plantearse esta posibilidad a tenor de lo que comentábamos más arriba sobre los grupos especialmente vulnerables, como son los menores o los ancianos, y en especial aquellos declarados incapaces. En estos casos, la autonomía de la voluntad de estos pacientes queda a expensas de lo que decidan sus tutores o representantes legales, que pueden estar a favor o en contra de la vacunación. Aquí es donde, ante la ausencia de una declaración formal de obligatoriedad para estos grupos por parte de las autoridades públicas, entran en escena las decisiones de los órganos judiciales. En estos últimos dos años,

se ha creado abundante jurisprudencia al respecto, en la que la tendencia predominante ha sido la de abogar por la vacunación con miras a proteger la salud individual.

Siguiendo este principio, para que el juez pueda decidir si el tratamiento en cuestión redundaría en beneficio de la salud del paciente incapaz, será necesaria la valoración del médico que examine el asunto. Así, habrá de estudiar los antecedentes del paciente, posibles alergias, datos actualizados sobre los efectos adversos del tratamiento que se plantee administrarle, etc. En caso de que, pese a esa valoración, el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho rechacen la vacunación o, en caso de que el paciente no incapacitado no pueda tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación (art. 9.3.a), será necesario ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal o, directamente, de la autoridad judicial (art. 9.6 Ley 41/2002). De lo contrario, podría incurrirse en un delito de abandono, previsto en el artículo 226 del Código Penal. Así, podemos citar los siguientes ejemplos jurisprudenciales relativos a la vacunación de ancianos e incapaces: auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santiago de Compostela de 9 de enero de 2021; auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla 47/2021, de 15 de enero; auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela 55/2021, de 19 de enero; auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela 60/2021, de 20 de enero; auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Granada, de 4 de febrero de 2021; y auto 64/2021, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo, de 11 de febrero.

Aunque parezca que en estos casos también predomina el bien común, no es el caso: no se les vacuna para tratar de alcanzar una inmunidad de grupo ni por solidaridad social, sino para proteger su salud individual. En el caso de los menores, prima el interés superior de estos, mientras que en el de los ancianos predomina la decisión que más convenga en función del estado de salud de la persona, con arreglo a los artículos 216 del Código Civil y 9.6 de la Ley de autonomía del paciente. Si bien pudiera parecer en algunas situaciones que lo que prevalece es la salud colectiva (por ejemplo, en aquellas en las que los directores de centros para la tercera edad defienden la vacunación de todos sus residentes por la propia salud de estos y por la de los trabajadores), cada decisión judicial ha sido tomada teniendo en cuenta el interés de la persona y no el del centro asistencial.

Otra cuestión que mencionaré brevemente, pero en la que no me detendré porque daría para escribir varios artículos más, es la del pasaporte covid. No tanto desde el punto de vista de que se trata de una medida de vacunación condicionante, sino desde la perspectiva del derecho a la intimidad (art. 18 CE). Así, el hecho de vacunarse ha supuesto ser incluido automáticamente en un registro vacunal con miras a realizar un seguimiento de la vacunación. El paciente no ha tenido que manifestar su consentimiento para ser incluido, por lo que, en cierto modo, la vacunación le ha impuesto indirectamente la obligación de facilitar sus datos, a lo que se añade el hecho de tener que mostrarlos a la hora de viajar o de entrar en un establecimiento. Aunque se haya respetado la protección de los datos personales, tener que facilitarlos a personal fuera del ámbito sanitario supone una obligación extra que no existe con otras vacunas.

En definitiva, lo anterior lleva a parte de la doctrina a opinar que se ha vaciado de contenido la Ley de autonomía de la voluntad del paciente, mientras que otra parte considera que se ha dotado de mayor cobertura a los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la dignidad y la protección de la salud de las personas.

5. Responsabilidades

Lo comentado anteriormente acerca del proceso de creación y fabricación de las vacunas contra la covid-19 es relevante en materia de responsabilidades. Mediante la contribución (principalmente económica) de los Estados miembros, estos han «forzado» en cierto modo la vacunación masiva de su ciudadanía, provocando así la situación excepcional de la que hemos venido hablando y que, como era inevitable, ha dado lugar a responsabilidad tanto por parte de los laboratorios farmacéuticos como de los propios Estados.

Lo más relevante en este aspecto ha sido la imposibilidad de establecer unas fases de ensayo e investigación preclínica con la extensión deseada (lo que habría prolongado el desarrollo de las vacunas varios años). Aunque el sector farmacéutico ha respondido a esta llamada de emergencia, han tratado de blindarse frente a las posibles consecuencias que pudieran provocar las vacunas contra la covid-19, las cuales, como hemos visto, continúan siendo objeto de exámenes constantes mediante el mecanismo del *rolling review*.

En términos generales, no hay una regulación especial que sea aplicable a los procesos de compra de estas vacunas respecto de cualquier otro medicamento o proceso de vacunación. No obstante, sí es de aplicación toda la normativa en materia de responsabilidad civil, penal y patrimonial vigente.

No obstante, es necesario tener en cuenta que todos los procesos de reclamación frente a las vacunas han sido resueltos en general en sede contencioso-administrativa; al fin y al cabo, son procedimientos con un claro componente público, dirigidos a la Administración, en el que los laboratorios participan como codemandados. En el caso de las vacunas contra la covid-19, este factor se intensifica, primero, por la excepcionalidad del proceso de desarrollo de las mismas y, segundo, por la especial involucración de las Administraciones públicas en el proceso de vacunación.

5.1. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas

Como hemos dicho anteriormente, cualquier ciudadano perjudicado por algún efecto adverso de la vacuna que se le haya inoculado o por algún aspecto negativo derivado del proceso de vacunación podrá exigir responsabilidad patrimonial a la Administración, exten-

diendo esta a través de la fórmula que se estableció en la LOPJ a la corresponsabilidad y a la tramitación conjunta de estos procesos judiciales en sede contencioso-administrativa, en la que puede producirse la declaración de responsabilidad de la Administración y del laboratorio, o solo del propio laboratorio sin necesidad de una declaración de responsabilidad de la Administración.

Por motivos de espacio, en este artículo nos centraremos únicamente en la dimensión pública de la responsabilidad y no en la privada de las empresas farmacéuticas.

El sistema de responsabilidad patrimonial aparece constitucionalmente reflejado en el artículo 106.2 de la CE. Por su situación dentro de la Constitución (en el título IV, «Del Gobierno y la Administración»), podemos inferir que, en principio, la responsabilidad patrimonial se refiere más bien al conjunto Gobierno-Administración y no tanto al poder legislativo ni al judicial. Así se desprende también del propio tenor literal de dicho artículo, que establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Es decir, son necesarios dos requisitos: la presencia de una administración y que el daño indemnizable derive de los servicios públicos¹².

De lo anterior se desprende que la responsabilidad patrimonial se refiere, en esencia, a la actuación de las Administraciones públicas. En cuanto a la de los otros dos poderes, el judicial y el legislativo, hablaremos de la responsabilidad patrimonial del Estado juez y del Estado legislador, respectivamente.

Dentro de este último ámbito, el de la responsabilidad del Estado legislador, debemos atender a la posibilidad de que las leyes dictadas para frenar la expansión del coronavirus hayan ocasionado daños indemnizables a los ciudadanos. Ante esto se presenta el dilema de que la propia naturaleza del poder legislativo, como representante legítimo de los ciudadanos y de la voluntad general de estos, implique una permisividad absoluta respecto de sus decisiones, incluso aunque ello suponga la merma de otros derechos.

No es el caso; baste para ello acudir a las decisiones del Tribunal Constitucional por las que se declaró la inconstitucionalidad del estado de alarma¹³. Tal y como consideró dicho tribunal, si bien el confinamiento se adoptó con el fin de proteger la vida y la salud de los ciudadanos, la figura escogida (el estado de alarma) no fue la idónea para el tiempo que permaneció en vigor. De ello se deduce que, en caso de que la actividad legislativa desarrollada en el ámbito de la vacunación generase algún daño en el futuro, el legislador debería responder igualmente por su actuación.

¹² En cuanto a los requisitos generales para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, véase, por todas, la STS de 22 de junio de 2012, FJ 4.º.

¹³ Véanse las SSTC 148/2021, de 14 de julio, y 183/2021, de 27 de octubre.

Volviendo a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en la jurisdicción contencioso-administrativa este sistema se establece en los artículos 32 y siguientes del capítulo IV del título preliminar de la Ley 40/2015 (LRJSP). La definición que se hace en la citada ley del sistema de responsabilidad patrimonial es prácticamente idéntica a la utilizada en el artículo 106.2 de la Constitución; así:

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (art. 32.1 LRJSP).

Lo anterior encaja con la postura de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, que ha reiterado que la responsabilidad patrimonial de la Administración del artículo 106.2 de la CE se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado. Por tanto, será indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, y bastará con que, como consecuencia directa de dicha actuación, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado¹⁴. Así, cualquier daño derivado del funcionamiento de los servicios públicos deberá ser, en principio, indemnizado, tal y como establece el Alto Tribunal, porque «de otro modo de produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad»¹⁵.

No obstante, si ese fuera el único requisito para apreciar la responsabilidad objetiva de la Administración, el sistema se convertiría en el coladero de todo tipo de reclamaciones. Por este motivo, la jurisprudencia ha establecido requisitos adicionales con los que controlarlo. Así, para poder considerar un daño antijurídico, exigen que el riesgo inherente a la utilización del servicio público «haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social» o que se haya producido la ruptura del nexo causal por la conducta negligente de la víctima (por ejemplo, si ha desatendido las indicaciones de su médico), sobre todo en caso de funcionamiento normal de los servicios públicos. En palabras del Tribunal Supremo, las Administraciones públicas no son «aseguradoras universales de todos los riesgos [...] transformando nuestro sistema de responsabilidad en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico» (STS 273/2013, FJ 2.^o), ni representan la instauración de «una especie de seguro universal a cargo de la Administración» (STS 289/2016, FJ 7.^o).

¹⁴ Véanse las SSTs de 4 de junio de 1994, rec. núm. 5590/90; de 19 de noviembre de 1994, rec. núm. 12698/91; de 25 de febrero de 1995, rec. núm. 1538/92, o de 1 de abril de 1995, rec. núm. 337/92.

¹⁵ SSTs de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994 y 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, FJ 4.^o; así como las SSTs de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999.

Otro de los límites establecidos es la «obligación de medios» asumida por los servicios públicos sanitarios, entendiendo como tal la ausencia de responsabilidad por parte de estos últimos si se han puesto a disposición del paciente los medios necesarios para su asistencia. Según el Tribunal Supremo, dicha obligación incluye todos los medios de los que disponga la medicina en la fecha de la atención sanitaria (Sánchez García, 2013). Por poner un ejemplo bastante obvio, un paciente que se contagiase de coronavirus en marzo de 2020 y que padezca secuelas graves desde entonces no puede exigir responsabilidad a las Administraciones públicas por no haberle facilitado los tratamientos médicos que se han conocido posteriormente. Sin embargo, una vez descubiertos tales tratamientos, sí puede exigir responsabilidad en caso de que no se le hayan administrado con la diligencia debida, como veremos en el siguiente apartado.

Aunque los medios no fueran suficientes, dicha circunstancia como tal no comporta la responsabilidad patrimonial automática de la Administración. Así lo señala la STSJ de Andalucía de 28 de mayo de 2009:

La Administración dispone siempre de medios limitados y sería antijurídica por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el sentido común pedir otra cosa singularizadamente. Como refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001, lo que hay que acreditar es que los medios personales y materiales disponibles dentro del sistema se hallaban operativos y ocupados en atender otros pacientes que habían precisado antes esa atención, como así fue el caso que nos ocupa, pues no se trata de probar con qué más medios dicha prestación asistencial se hubiese realizado con anterioridad al paciente, por cierto, sin constancia al supuesto presente de con qué resultado.

Es decir, que para poder atender a esta obligación de medios, será necesario tener en cuenta de qué modo se ha priorizado el uso de los mismos, cuándo se han puesto a disposición del paciente, si se ha observado la *lex artis* médica y qué repercusión han tenido estas decisiones en el daño sufrido por el paciente.

Finalmente, si bien hemos visto que tanto la Constitución como la LRJSP se refieren a la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, en la práctica suele responder únicamente por este último. A pesar de ello, debemos tener en cuenta aquellos supuestos de funcionamiento normal en los que exista igualmente responsabilidad. Un ejemplo en el caso que nos ocupa sería el de la inoculación de un lote defectuoso de la vacuna contra el coronavirus, o el simple hecho de que al ser un tratamiento completamente nuevo, aún desconozcamos sus efectos a largo plazo.

Con todo, aunque la Administración responda en la mayoría de las ocasiones por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, la jurisprudencia continúa equiparando ambas situaciones, es decir, el funcionamiento normal o anormal de la Administración. Sirva a modo de ejemplo la STS de 13 de marzo de 2012, recurso de casación 4294/2010, según la cual

se ha de recordar que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La coyuntura derivada del coronavirus puede provocar en un futuro próximo el colapso judicial si se reclama la responsabilidad patrimonial de los servicios públicos por su funcionamiento normal. Ante este escenario, tal vez sería conveniente valorar la posibilidad de instaurar fondos estatales de compensación por daños vacunales (Lorenzo, 2021), tal y como se ha hecho en el pasado, o de crear un sistema de resolución extrajudicial de conflictos y compensación del daño que permita resarcir a los pacientes afectados con mayor rapidez.

5.2. Responsabilidad ante posibles dilaciones indebidas por parte de la Administración

Como hemos visto, la responsabilidad de la Administración no depende solo de los posibles efectos secundarios de la vacuna, sino de cuestiones relativas al propio proceso de vacunación. Cuando la EMA aprobó el uso de la primera vacuna (*Comirnaty*, el prospecto de Pfizer-BioNTech) en diciembre de 2020, aún no se habían puesto en marcha muchas de las estrategias de vacunación que vemos actualmente.

Hace un año, el principal freno a la vacunación lo presentaba la falta de dosis. Así, si un particular decidiera exigir responsabilidad al Estado o a su comunidad autónoma por supuestas dilaciones indebidas en el proceso de vacunación, el afectado tendría que probar que la culpa habría sido de la Administración y no por la falta de dosis, algo difícilmente demostrable.

Sin embargo, en marzo de 2021 se habló en los periódicos de que, al parecer, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, tan solo el 3,6 % de los efectivos del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil estaban vacunados, frente al 80 % de los Mossos d'Esquadra, la Policía Local y la Guardia Urbana.

A finales de marzo de 2021, el Sindicato Unificado de la Policía interpuso un escrito ante la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el que solicitaba medidas cautelares urgentes para que se reanudase de inmediato la campa-

ña de vacunación de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía destinados en esa comunidad. Algo similar hizo la Unión Federal de Policía, que denunció a la consejera de sanidad catalana ante la Fiscalía Superior del TSJC por un presunto delito contra la seguridad e higiene en el trabajo y por no cumplir con el plan de vacunación nacional (Cedeira, 2021).

Según expusieron, este departamento alteró presuntamente el plan de vacunación contra la covid-19, de tal modo que excluyó a los funcionarios en activo del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil destinados en Cataluña e incluyó únicamente al Cuerpo de Mossos d'Esquadra y a las policías locales de Cataluña (incluidas las guardias urbanas) en el apartado de servicios esenciales de carácter policial. Esta distinción es importante, dada la llamativa diferencia entre el porcentaje de funcionarios locales y autonómicos en activo que ya estaban vacunados frente al de efectivos nacionales que aún no lo estaban.

Tal y como manifestaron los sindicatos recurrentes, la vacunación de los Mossos d'Esquadra comenzó a principios de febrero de 2021, mientras que a 11 de marzo, un mes después, aún no se había iniciado la de los efectivos de la Policía Nacional ni de la Guardia Civil destinados en Cataluña, convirtiéndose así en los únicos funcionarios en activo de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de toda España a los que aún no se les había empezado a administrar la vacuna.

A 25 de marzo de 2021, la totalidad de los 25 000 agentes locales y autonómicos de Cataluña ya habían sido vacunados, mientras que la gran mayoría de los efectivos nacionales allí destinados permanecían sin vacunar.

La Consejería de Salud del Gobierno catalán alegó que estaba vacunando a los policías nacionales mayores de 60 años y que aún no había recibido el censo de los policías nacionales ni de los guardias civiles destinados en Cataluña, extremo, por otro lado, que desmintió la delegación del Gobierno central.

El 3 de diciembre de 2021, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña determinó que la Generalitat había discriminado a los agentes de la Guardia Civil y la Policía Nacional frente a otros cuerpos policiales o los bomberos a la hora de administrarles las vacunas contra la covid-19. El alto tribunal autonómico consideró que la «inactividad» de la Generalitat en el momento de iniciar la vacunación de los agentes estatales fue contraria al artículo 14 de la Constitución, que garantiza la igualdad de todos los españoles ante la ley. «Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que, efectivamente, la Administración demandada incurrió en inactividad respecto los cuerpos de la Guardia Civil y Policía Nacional y dio lugar a una diferencia de trato injustificada y discriminatoria respecto a los cuerpos policiales y de emergencia autonómicos y locales, a los que se les suministraron las vacunas de manera más rápida y eficiente», concluye la sentencia.

Sin ánimo de entrar en debates políticos que no son objeto de este trabajo, este caso es un claro ejemplo de dilaciones indebidas por parte de una Administración autonómica en

el proceso de vacunación contra la covid-19. No podemos olvidar, además, que de haber sufrido alguno de los efectivos no vacunados secuelas graves o incluso la muerte por no haber sido incluido entre los colectivos esenciales de vacunación, las consecuencias judiciales de este asunto habrían sido mucho más serias.

6. Reflexiones y propuestas finales

Es evidente que la covid-19 ha cambiado la vida de la población mundial en uno u otro sentido. Aunque nos consideremos afortunados por no conocer ningún caso cercano o no haber sufrido hasta el momento las consecuencias económicas de la crisis, lo cierto es que nunca volveremos a la «antigua» normalidad, esa en la que la posibilidad de vivir una pandemia en primera persona quedaba relegada a la ciencia-ficción.

Lo que está claro es que la situación merece una serie de reflexiones y nuevas propuestas que, si bien no van a resolver el problema, pueden contribuir a paliarlo.

En primer lugar, si lo miramos desde el lado positivo, la covid-19 ha supuesto una aceleración en la evolución histórica del desarrollo de las vacunas. Las nuevas técnicas, como la del ARN mensajero, que hasta ahora solo se destinaba a pacientes con sistemas inmunitarios muy debilitados, van a probarse en todo el mundo y, por ahora, están ofreciendo excelentes resultados. Este avance permitirá el progresivo abandono de métodos anticuados que presentaban un mayor riesgo de efectos secundarios en los vacunados. Por lo tanto, podemos afirmar que el desarrollo en tiempo récord de vacunas efectivas contra el coronavirus no solo salvará de esta enfermedad a millones de personas en todo el mundo, sino que lo hará también con otras enfermedades en el futuro, y hará descender el número de afectados por secuelas graves de origen vacunal.

La crisis del coronavirus supondrá, además, un avance en el ámbito del derecho. Las nuevas situaciones jurídicas que se están produciendo plantean escenarios que los operadores jurídicos habrán de interpretar y sobre los que será necesario legislar próximamente. Como hemos visto, por ahora se ha optado por seguir el modelo de vacunación recomendable, pero nada impide que en el futuro sea necesario implantar un modelo de vacunación obligatoria, sobre todo respecto de algunos colectivos que gozan de protección especial. Y no solo habrá que plantear la puesta en marcha de reformas que llevan largo tiempo aparcadas en el ámbito sanitario, sino adaptar el Código Penal a los posibles delitos que se deriven de esta nueva realidad (pensemos, por ejemplo, en si cabría tipificar las *coronaparties* por el riesgo que suponen para la vida y la salud pública).

Otra cuestión que ya se ha comentado antes sería la de los fondos estatales de compensación por daños vacunales, que constituirían una alternativa a la responsabilidad por los efectos adversos de las vacunas del coronavirus. En España ya ha habido precedentes al respecto, como en el caso de la colza, o en el del sida en aquellas personas que aca-

baron infectándose por las transfusiones. Como hemos visto, la situación sanitaria ha provocado que la Comisión Europea y, por ende, los Estados miembros, financiaran parte de los costes iniciales de la producción de las vacunas mediante los acuerdos de adquisición anticipada (APA). Esta premura por obtener una vacuna ha hecho que los laboratorios traten de blindarse frente a los posibles efectos adversos que sus vacunas pudieran producir, desplazando así el coste indemnizatorio desde los fabricantes a las Administraciones sanitarias de los países comunitarios.

Ante esta situación se ofrecen varias soluciones. Una de ellas es la creación de un sistema de resolución extrajudicial de conflictos y compensación del daño que permita acelerar el proceso y evitar que los afectados tengan que incoar un procedimiento judicial, cuya duración media para este tipo de asuntos es de unos siete años en la práctica. En compensación, dicho sistema limitaría la responsabilidad de todos los agentes involucrados en el proceso (fabricantes, comercializadores y autoridades competentes), a fin de no obstaculizar la continuación del proceso de vacunación a nivel mundial.

Otra solución, a propuesta de los laboratorios y que se combinaría con el sistema extrajudicial, sería la de un mecanismo de compensación sin culpa para los perjudicados y una exención de responsabilidad civil para los fabricantes del producto, similar al modelo que ya existe en Estados Unidos. Así, en situaciones de emergencia sanitaria, Estados Unidos ya cuenta con la Ley de preparación pública ante emergencias de 2005 (Ley PREP, por sus siglas en inglés), según la cual, los laboratorios fabricantes de medicamentos quedan exentos de responsabilidad cuando deben elaborar productos con gran rapidez, precisamente por la situación sanitaria de emergencia. En los contratos APA firmados entre la Comisión Europea, los Estados miembros y los fabricantes de las vacunas, se hizo una excepción por la cual los Estados miembros estaban dispuestos a cubrir financieramente las indemnizaciones que podían derivarse del proceso de vacunación pero, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, los laboratorios conservaron la responsabilidad. No obstante, en el caso de España, el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social no ha llegado a aclarar el alcance de dicha «cobertura», ni en qué supuestos se considerará que el Estado debe asumir esa carga.

Ante esta situación, conviene plantearse la posibilidad de crear un sistema de fondos estatales de compensación por los daños vacunales, a imagen y semejanza de los ya establecidos en otros países, como el «National Vaccine Injury Compensation Program» estadounidense. La creación de un fondo de esta índole, unido al sistema de resolución extrajudicial de conflictos, facilitaría enormemente la solución de casos relativos a los efectos secundarios de las vacunas. Estaríamos ante una colaboración público-privada sin precedentes que ahorraría tiempo y costes a las partes implicadas, y dotaría de seguridad jurídica al procedimiento.

Finalmente, debemos poner de manifiesto una última reflexión, relativa a los esfuerzos realizados para detener la propagación del virus, especialmente los relacionados con la va-

cunación. Han sido miles los ciudadanos que se han preguntado por qué no se formó al Ejército en las primeras fases de la vacunación para aumentar el número de efectivos que pudieran administrar la vacuna, o por qué no se recurrió a la sanidad privada a fin de que pusieran sus hospitales a disposición como centros de vacunación. ¿Cabe pensar que se podría haber diseñado una estrategia de vacunación más eficaz?

Durante la Segunda Guerra Mundial, por ejemplo, los países combatientes financiaron a los fabricantes de motores de vehículos para que reconvirtieran sus instalaciones en fábricas de motores de aviones. Ante esta nueva «guerra mundial» contra un enemigo invisible, ¿habría sido posible adoptar medidas de emergencia, como la planteada en Europa de liberalizar temporalmente las patentes de las vacunas? La Comisión Europea se mostró contraria a esta alternativa porque consideró que la liberalización de patentes «no [resolvería] el problema actual de acceso» a las mismas y abogó por el fomento de la colaboración entre compañías farmacéuticas con miras a aumentar la capacidad de producción mundial.

Descartada esta opción, ¿quedaría alguna otra? Puede que sí. Tal vez los Estados, a fin de garantizar el suministro de vacunas en sus propios países, podrían haber recurrido a la solución de la que ya se valieron sus antecesores durante la Segunda Guerra Mundial. Así, al igual que se hizo durante el proceso de investigación de las vacunas, podría haberse financiado la reconversión de laboratorios para destinarlos únicamente a su producción en masa, llegando a un acuerdo por el que tales laboratorios actuaran como «filiales» temporales de las farmacéuticas fabricantes, sin que estas últimas perdieran los beneficios de la comercialización de sus dosis, pero garantizando así el suministro de cada país y, además, ahorrando costes logísticos en el transporte de las vacunas.

La cuestión definitiva es: ¿podría haberse hecho más? De cómo lo hagamos en esta pandemia depende que, dentro de unos años, podamos afirmar que «de una crisis bien resuelta, se sale fortalecido».

Referencias bibliográficas

AEMPS. (25 de junio de 2020). La EMA emite recomendación positiva para autorización de comercialización condicional del primer tratamiento para la COVID-19. [https://www.aemps.gob.es/informa/notasInfor-](https://www.aemps.gob.es/informa/notasInformativas/medicamentosUsoHumano/2020/NI-MUH-17-2020-Remdesivir.pdf?x35385)

[mativas/medicamentosUsoHumano/2020/NI-MUH-17-2020-Remdesivir.pdf?x35385](https://www.aemps.gob.es/informa/notasInformativas/medicamentosUsoHumano/2020/NI-MUH-17-2020-Remdesivir.pdf?x35385)

Cedeira, B. (26 de marzo de 2021). Agentes de la Policía Nacional exigen en los tribunales que se reanude su vacunación

- en Cataluña. *El Español*. https://www.elespanol.com/espana/20210326/agentes-policia-nacional-tribunales-reanude-vacunacion-cataluna/568943431_0.html
- Cierco Seira, C. (2019). Las vicisitudes del calendario único de vacunación. *DS. Derecho y Salud*, 29 (n. extra.), 154-168.
- Cierco Seira, C. (2021). La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la covid-19. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 93-94, 18-31.
- Congreso de los Diputados. (26 de noviembre de 2020). *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 240, cve: DSCD-14-CO-240*. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-240.PDF
- Cubí, P. (13 de abril de 2021). ¿Qué diferencias hay entre las vacunas de Pfizer, Moderna, AstraZeneca y Janssen? *Saber Vivir*. https://www.sabervivir.com/actualidad/covid-19-diferencias-entre-vacunas-pfizer-moderna-oxford_5086
- Dorrego de Carlos, A. e. (6 de abril de 2021). Régimen de responsabilidad por la vacunación contra la COVID-19. *Presente y futuro de la vacuna contra la COVID-19: aspectos legales*. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. <https://www.youtube.com/watch?v=Y7LRPlsNm3c>
- El Periódico de España. (17 de noviembre de 2021). ¿Hay base legal en España para obligar a vacunarse contra la covid? *El Periódico de España*. <https://www.epe.es/es/sanidad/20211117/hay-base-legal-espana-obligar-12863025>
- Eurosport. (16 de enero de 2022). Novak Djokovic no jugará el Open de Australia 2022 y será deportado del país tras rechazar los jueces su apelación. <https://www.eurosport.es/tenis/open-de-australia/2022/novak-djokovic-deportado-no-jugara-australian-open-grand-slam-juicio-visa-sto8713729/story.shtml>
- García, M. (1 de marzo de 2021). Vacunas Covid: diferencias entre Janssen, Pfizer, Astrazeneca y Moderna. *Redacción Médica*. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/diferencias-vacunas-covid-janssen-pfizer-astrazeneca-moderna-1945>
- Lorenzo, R. de. (9 de febrero de 2021). Hacia un sistema de fondos estatales de compensación por daños vacunales, frente a la responsabilidad por efectos adversos de las vacunas del coronavirus. *Redacción Médica*. <https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/hacia-un-sistema-de-fondos-estatales-de-compensacion-por-danos-vacunales-frente-a-la-responsabilidad-por-efectos-adversos-de-las-vacunas-del-coronavirus-3469>
- Olmo, L. del. (26 de febrero de 2021). La vacunación Covid en Galicia, obligatoria desde el sábado 27 de febrero. <https://www.redaccionmedica.com/autonomias/galicia/vacunacion-covid-galicia-obligatoria-sabado-27-de-febrero-7477>
- Redacción Médica. (16 de marzo de 2020). Coronavirus: origen, evolución y por qué no es igual que el SARS y el MERS. *Redacción Médica*. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-origen-evolucion-por-que-no-es-igual-sars-mers-1429#:~:text=El%20nuevo%20coronavirus%20Covid%2D19,producida%20por%20una%20causa%20desconocida>
- Roujian Lu, X. Z. (22 de febrero de 2020). Genomic characterisation and epidemiology of 2019 novel coronavirus: implications for virus origins and receptor binding. *The Lancet*, 395(10224), 565-574. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30251-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30251-8)
- SanRomán, F. (2 de diciembre de 2021). España no se plantea el debate de la vacunación



obligatoria. *Diariofarma*, pág. 1. <https://www.diariofarma.com/2021/12/02/espana-no-se-plantea-el-debate-de-la-vacunacion-obligatoria#:~:text=La%20ministra%20de%20Sanidad%2C%20Carolina,diferente%20grado%20por%20diversos%20pa%C3%ADses>

Sánchez García, M. M. (2013). Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial

de la Administración sanitaria [Comunicación]. *Extraordinario XXII Congreso 2013*, vol. 23 pp. 189-205. https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/volExtra2013_d03_Comunicaci%C3%B3n.pdf

Tombesi, C. C. (11 de diciembre de 2020). Covid-19: cuánto tiempo se demoró en encontrar la vacuna para algunas. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55232518>

Los instrumentos legales de lucha contra la corrupción. Especial referencia a la Directiva 2019/1937 (*Whistleblowers*)

Augusto González Alonso

Magistrado-juez de lo Contencioso-Administrativo

themis.gasset@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-4419-4436>

Extracto

La corrupción acompaña al ser humano en su comportamiento desde que en el seno de cualquier organización pública o privada en la que presta sus servicios o a las que presta sus servicios se aprovecha de sus medios y recursos humanos, materiales y económicos para obtener un beneficio para sí o para un tercero, quebrantando normas, procedimientos y principios de actuación, sobreponiendo el interés particular al interés de la organización, que en el caso de las organizaciones públicas es el interés general.

El objeto de este artículo doctrinal es intentar acercarse a un concepto y a unas conductas que puedan ser consideradas corruptas, exponer el gravísimo daño que este fenómeno ocasiona en las economías y los valores democráticos de un país y, con mayor precisión, exponer los instrumentos jurídicos internacionales, comunitarios y nacionales en vigor para combatir la corrupción.

Pendiente aún de su transposición en el ordenamiento jurídico español, ya agotado el plazo otorgado por la norma comunitaria, se analiza en detalle la conocida como Directiva Whistleblowers (Directiva 2019/1937) y la esperanza que supone para que toda práctica corrupta sea denunciada por quien tenga conocimiento de la misma, sin temor a represalias y viendo garantizada su protección como denunciante. Una buena ocasión para ampliar el ámbito objetivo de la norma, al ser de mínimos, y contar en España con un instrumento potente, eficaz y comprometido en la lucha contra esta silenciosa lacra.

Palabras clave: corrupción; Directiva 2019/1937; prevaricación; cohecho; tráfico de influencias; fraude; denunciante.

Fecha de entrada: 23-01-2022 / Fecha de aceptación: 21-03-2022

Cómo citar: González Alonso, A. (2022). Los instrumentos legales de lucha contra la corrupción. Especial referencia a la Directiva 2019/1937 (*Whistleblowers*). *Revista CEFLegal*, 257, 83-102.



Legal instruments against corruption. Special reference to the Whistleblowers Directive 2019/1937

Augusto González Alonso

Abstract

Corruption accompanies human beings in their behavior since within any public or private organization in which they provide their services or to which they provide their services, they take advantage of their human, material and economic resources to obtain a benefit for themselves or for another person, breaking rules, procedures and principles of action, setting the private interest before the interest of the organization, which in the case of public organizations is the general interest.

The purpose of this doctrinal article is trying to define a concept and behaviors that can be considered corrupt, expose the serious damage that this phenomenon causes in the economies and democratic values of a country and, with major precision, expose the international, European and national legal instruments and regulations in force to combat corruption.

Still pending its transposition into the Spanish legal system, totally expired the deadline granted by the European regulation, the so-called Whistleblowers Directive (Directive 2019/1937) is analyzed in detail in this article, and the hope that it implies so that all corrupt practices can be denounced by those who be aware of it without fear of retaliations and being protected as a whistleblower. A good opportunity to expand the objective target of the regulation, as it is minimal, and to have in Spain a powerful, effective and committed instrument in the fight against this silent bad habit.

Keywords: corruption; Whistleblowers Directive; malversation; bribery; influence peddling; fraud; whistleblower.

Citation: González Alonso, A. (2022). Los instrumentos legales de lucha contra la corrupción. Especial referencia a la Directiva 2019/1937 (*Whistleblowers*). *Revista CEFLegal*, 257, 83-102.



Sumario

1. Definición de corrupción, un concepto escurridizo
2. El impacto económico, político y social de la corrupción
3. Instrumentos legales para combatir la corrupción
4. En especial, la Directiva 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, y su transposición pendiente en España

1. Definición de corrupción, un concepto escurridizo

La pandemia que sufre el planeta desde hace más de dos años no es la única que sobrevuela nuestras cabezas y amenaza nuestra salud, hay otra pandemia, la de la corrupción, que nos acompaña desde hace lustros, decenios e incluso siglos y que amenaza otros valores esenciales, como la salud democrática de los países, sus instituciones públicas y privadas y sus ciudadanos, que barniza con una constancia silente la actuación de muchos responsables públicos y privados, y que no conseguimos erradicar a pesar de los enormes esfuerzos desplegados desde los poderes públicos, y especialmente desde el Poder Judicial, a cuyo enjuiciamiento son sometidos cada año numerosos casos de corrupción en cualesquiera de sus formas, como último baluarte de defensa de esos valores y principios constitucionales y democráticos, que son sometidos a una permanente tensión por sus autores.

El fenómeno de la corrupción tiene muchas manifestaciones, tiene un carácter multidisciplinar y es sustantivamente horizontal, al afectar a muchos sectores públicos y privados, a numerosos ámbitos materiales y por emplear instrumentos y vehículos jurídicos, económicos, financieros, tecnológicos y humanos de todo tipo y por producir efectos a nivel no solo local o estatal, sino con un claro alcance transnacional. De ahí la importancia de dotar al sistema de instrumentos legales y medios materiales eficaces, armonizados, que permitan la interoperabilidad y atajar el núcleo y todas sus ramificaciones en cualesquiera lugares en los que se manifiesten. Y a este empeño se han dedicado las organizaciones supranacionales, en especial la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Unión Europea. En España el fenómeno no cuenta con una norma específicamente destinada a combatir la corrupción, si bien existen normas que combaten determinadas manifestaciones de la misma, especialmente desde el punto de vista penal, que es donde se encuentra la regulación más detallada, y desde el punto de vista administrativo en numerosas normas dispersas, que persiguen sancionar determinados comportamientos públicos o privados que puedan ser considerados manifestaciones de corrupción.

No existe en nuestro país, por tanto, una definición legal de corrupción. Acudiendo a la esencia de la palabra, la Real Academia Española la define como la acción de echar a perder, depravar, dañar o pudrir algo, de sobornar a alguien con dádivas o de otra manera, y de pervertir a alguien. También le otorga la acepción de deterioro de los valores, usos y costumbres y, por fin, en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores.

Desde una perspectiva netamente jurídica no existe tampoco una definición concreta de lo que es y constituye la corrupción, pero sí existe y están definidas todas aquellas conductas que pueden considerarse corruptas y propias de tal concepto. Comenzando con los instrumentos jurídicos internacionales, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003, a la que más tarde se hará referencia, contiene un listado de conductas que los Estados parte de la convención deben tipificar como delito, por entenderse incluidos en el concepto de corrupción, tales como el soborno, la extorsión (tanto de los empleados públicos o funcionarios como del sector privado), la malversación, la apropiación indebida, el tráfico de influencias, el abuso de funciones y el enriquecimiento ilícito. Con ello pretende abarcar tanto la corrupción pública como la que se manifiesta en el sector privado.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) considera delitos relacionados con la corrupción los siguientes, con referencia a los artículos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que los tipifican, tras las modificaciones legales operadas en la norma orgánica:

- Delito de financiación ilegal de los partidos políticos, artículos 304 bis y 304 ter del Código Penal (CP).
- Ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico, artículos 320 y 322 del CP.
- Prevaricación de funcionarios públicos, artículos 404, 405 y 408 del CP.
- Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, artículos 413, 414, 415, 416, 417 y 418 del CP.
- Cohecho, artículos 419, 420, 421 y 422 del CP.
- Tráfico de influencias, artículos 428, 429 y 430 del CP.
- Malversación, artículos 432, 433, 434 y 435 del CP.
- Fraudes y exacciones ilegales, artículos 436, 437 y 438 del CP.
- Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función, artículos 439, 441, 442 y 443 del CP.
- Corrupción en los negocios, artículos 286 bis, ter y quáter del CP.

Sin ánimo exhaustivo y con una finalidad didáctica, de todos los preceptos citados del Código Penal se infiere que nuestro ordenamiento considera comportamientos corruptos que un partido político reciba donaciones, infringiendo las normas sobre límites de las donaciones privadas previstas en la Ley orgánica sobre financiación de los partidos políticos, o que una persona forme parte de una organización que tenga como finalidad la financiación de los partidos políticos al margen de las prescripciones legales. También se considera corrupción las conductas de tal cariz que afectan al urbanismo y al patrimonio histórico, tales como construir o edificar en suelo de dominio público o zonas verdes, que un funcio-

nario público emita informe favorable en relación con los instrumentos de planeamiento o de gestión urbanísticos contrarios al ordenamiento, que una persona derribe o altere gravemente edificios de interés histórico, artístico, cultural o monumental, que un funcionario público haya informado favorablemente y a sabiendas de su injusticia los proyectos de derribo o de alteración de los edificios anteriores, o a quien causa daños a ese tipo de bienes.

Igualmente constituye una conducta propia de la corrupción la prevaricación de los funcionarios públicos, es decir, aquel funcionario o autoridad que, a sabiendas de su injusticia, dicta una resolución arbitraria en un asunto administrativo, o que propone o nombra para el ejercicio de un cargo público a una persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos, o al funcionario que, faltando a la obligación del cargo, deja intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia. Constituyen delitos de corrupción aquellos relacionados con la infidelidad en la custodia de documentos, tales como la de aquellos funcionarios o autoridades que, a sabiendas, sustraigan, destruyan, inutilicen u oculten documentos cuya custodia les esté encomendada por razón del cargo, o que accedan o permitan acceder a documentos secretos, o que revelen secretos o informaciones de los que tengan conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, así como la de los particulares que se aprovechan para sí o para un tercero del secreto o de la información privilegiada que obtuviesen de un funcionario público o autoridad.

Es igualmente corrupción el cohecho, consistente en aquella conducta de un funcionario público o de una autoridad que, en provecho propio o de un tercero, recibe o solicita cualquier tipo de dádiva, favor o retribución de cualquier clase para realizar, en el ejercicio de su cargo, un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, o bien para realizar un acto propio del ejercicio de su cargo, o simplemente que acepte o reciba una dádiva de cualquier tipo en consideración meramente a su cargo o función.

También es corrupta la conducta del ciudadano particular que ofrece o entra una dádiva o retribución de cualquier otra clase a un funcionario o autoridad pública, con especial mención a que la finalidad perseguida tenga relación con los procedimientos públicos de contratación, de subvenciones o de subastas. Respecto del tráfico de influencias, la conducta corrupta consiste en que un funcionario público o autoridad, o un ciudadano particular, influya en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

La malversación, como manifestación de la corrupción, consiste en aquella conducta del funcionario o autoridad que tiene facultades legales para administrar un patrimonio público y que infringe esas facultades excediéndose del ejercicio de las mismas y causando un perjuicio al patrimonio administrado, o que con el fin de ocasionar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, falsea su contabilidad. También considera el Código Penal un comportamiento corrupto el de cualquier funcionario público o autoridad

que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, extendiendo este comportamiento corrupto al que despliega un particular que se ha concertado con un funcionario o autoridad; como también es corrupción la conducta de esa autoridad o funcionario público que exige, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada; o la conducta de la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, comete algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social.

Hay determinadas negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y determinados abusos en el ejercicio de su función que el Código Penal incluye dentro del concepto amplio de corrupción, tales como la de aquel funcionario o autoridad que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones; o esos mismos comportamientos con esa finalidad cometidos por peritos, árbitros y contadores partidores respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y por tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, y por administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso; o la de aquel funcionario o autoridad que, al margen de los casos expresamente autorizados, realiza una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa; o la de la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero; o la conducta de aquel funcionario o autoridad que solicita sexualmente a una persona que, para sí misma o para tercero, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior, lo que se extiende expresamente a los funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitan sexualmente a una persona sujeta a su guarda.

Por último, determinadas conductas de ciudadanos particulares son consideradas por el Código Penal como delitos de corrupción en los negocios, tales como aquellas en las que un directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad (así como el particular que realiza estas conductas) que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, o la de aquellas consistentes en que un directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad deportiva, así

como los deportistas, árbitros o jueces, realizan esas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

Constituyen también corrupción en los negocios aquellos comportamientos consistentes en ofrecer, prometer o conceder cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, que corrompen o intentan corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atiendan sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales.

2. El impacto económico, político y social de la corrupción

La corrupción presenta tantas ramificaciones como efectos produce en todos los ámbitos de la vida de un país y de sus ciudadanos. El impacto en todos los órdenes es extraordinario y va mucho más allá de lo que pueda pensarse inicialmente. Solo desde el punto de vista económico, las cifras estimadas más contrastadas que se barajan rondan los 10.000 millones de euros de pérdidas al año en España, lo que representa entre medio y un punto porcentual del PIB nacional anual. A nivel mundial, es conocido el dato del Fondo Monetario Internacional, que cifra en torno al 2 % del PIB mundial el coste de la corrupción solo en sobornos o costes directos, lo que supone una cifra cercana a los dos billones de dólares, sin que hayan sido medidos los costes indirectos y los derivados de todas las actuaciones delictivas relacionadas con la corrupción, que podrían duplicar las magnitudes anteriores. Por tanto, para la economía de un país, la corrupción no solo tiene el coste económico más o menos medible, sino que reduce claramente el crecimiento productivo, mantiene una parte de la economía sumergida, con las consecuencias gravísimas para la Hacienda Pública y los sistemas públicos de protección y seguridad social, y eleva la desigualdad entre las clases sociales.

Desde una perspectiva de Estado, sus valores, principios e instituciones, la corrupción socava gravemente el funcionamiento del mismo, erosiona contundentemente los valores de la democracia, del Estado de derecho, el imperio de la ley y la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, comprometiendo su credibilidad ante los ciudadanos llamados a observar todas las normas de las que soberanamente se han dotado para garantizar una convivencia en paz. Igualmente impacta en el desarrollo económico y en el desarrollo sostenible de nuestro planeta y las mejores decisiones para todos los seres que lo habitan. Ha sido, sin duda, causa y razón del sostén de regímenes autocráticos, autoritarios y hasta una de las causas de la caída del imperio romano.

Las innumerables manifestaciones de la corrupción abarcan desde la corrupción pública o política por toma de decisiones viciadas de prevaricación, de tráfico de influencias, de abuso de posición dominante, de desviación de poder y de cohecho, pasando por los más

graves delitos achacables a los regímenes autoritarios, dictaduras y regímenes autocráticos, hasta llegar a la corrupción privada aneja a innumerables formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica (incluyendo el blanqueo de capitales), alcanzando las vías de financiación del terrorismo, del narcotráfico y de otras muchas expresiones delictivas. Con independencia de las medidas que los Gobiernos de cada país pueden y deben adoptar en sus respectivos Estados para atajar esta termita de la democracia y de sus valores, resultan imprescindibles las acciones coordinadas a nivel internacional y europeo para levantar valladares a todas las formas y medios que emplean los autores de la corrupción de forma transnacional, cortocircuitando así las facilidades que la globalización y las nuevas tecnologías aportan a los intercambios de información, así como a los movimientos de bienes, servicios y capitales.

En nuestro país, son muchos los casos que han venido siendo investigados en los tribunales de justicia por corrupción, pudiendo citarse como los más recientes y mediáticos el complejo caso de corrupción urbanística en el municipio de Marbella (Málaga) durante el mandato del entonces alcalde Jesús Gil y Gil, conocido como el «caso Malaya», denunciado por una abogada en el año 1997; la compleja «trama Gürtel», que ha afectado a uno de los principales partidos políticos españoles, caso denunciado por un exconcejal de dicho partido en noviembre de 2007 y que ha dado lugar ya a condenas de prisión a más de 70 personas implicadas; el conocido «caso de los ERE», que ha afectado a otro de los principales partidos políticos y a uno de los principales sindicatos de trabajadores del país, y que ya cuenta con una sentencia judicial de noviembre de 2019 con condena por prevaricación o malversación de caudales públicos a dos expresidentes autonómicos, además de a casi una veintena de altos cargos de la comunidad autónoma donde se produjeron los hechos (con una segunda causa abierta que sienta en el banquillo a unas 35 personas, un partido político y dos sindicatos nacionales); o los casos de la «operación Púnica», el «caso Taula» o incluso el «caso Noos», que ha afectado a miembros de la familia real española y que también cuenta con sentencia firme del Tribunal Supremo, condenando a uno de esos miembros de la familia real y a otro como responsable civil a título lucrativo.

El CGPJ elabora trimestralmente un «repositorio de datos sobre procesos por corrupción», que tiene por finalidad ofrecer a los ciudadanos los datos existentes sobre procedimientos judiciales por los delitos relacionados con la corrupción, repositorio que arroja los siguientes datos de interés respecto del año 2020 completo (no se hará referencia al tercer trimestre del año 2021, a pesar de estar publicado en la página web del portal de transparencia del CGPJ, con el fin de ofrecer aquí datos anualizados completos): en dicho año 2020 se abrieron 56 procedimientos penales por corrupción en todos los órganos jurisdiccionales competentes de España, que afectaban a 212 personas acusadas y procesadas por tales ilícitos, habiéndose dictado un total de 74 sentencias o resoluciones judiciales, de las que 21 fueron sentencias absolutorias y el resto fueron condenatorias o parcialmente condenatorias, con o sin conformidad.

También ha de mencionarse el conocido «índice de percepción de la corrupción» (IPC), elaborado anualmente por la ONG Transparencia Internacional, que situó a España en el IPC-2020

(último publicado oficialmente) en una puntuación de 62 sobre 100 (mayor puntuación significa menor corrupción), manteniendo la obtenida en el año 2019, si bien empeorando en dos puntos su posición en el ranking mundial, al situarse en la posición 32 sobre un total de 180 países, solo por debajo de Bahamas y Qatar. En su informe, la citada ONG menciona cómo la corrupción ha afectado especialmente a los procedimientos administrativos de contratación de material sanitario y otros destinados a la lucha contra la pandemia por la covid-19 en nuestro país.

3. Instrumentos legales para combatir la corrupción

No son pocos los instrumentos jurídicos que constituyen el germen y los primeros pasos diseñados para combatir la corrupción. Uno de ellos procede de la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, con sede en Viena, y que cristalizó en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción tras la aprobación de la Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003. Conscientes del carácter transnacional de la corrupción y de la constante transferencia entre los Estados de los beneficios ilegales que genera, la finalidad de dicha convención es triple: a) promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos. Dicha convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a dicho texto jurídico. El instrumento de ratificación de dicha convención fue suscrito por España y publicado en el BOE de 19 de julio de 2006.

Con esa misma perspectiva transnacional, cada vez más conscientes de cómo las conductas de corrupción más modernas están vinculadas a los delitos económicos y al crimen organizado, empleando como vehículo para sus fines los medios públicos y la política, la ONU no solo dio a luz la citada Convención contra la Corrupción de 2003, sino que previamente ya había aprobado la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, y que también fue ratificada por España mediante el correspondiente instrumento publicado en el BOE de 29 de septiembre de 2003. En el marco de la OCDE también fue aprobado el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, y ratificado por España mediante el instrumento correspondiente publicado en el BOE de 22 de febrero de 2002.

La propia Unión Europea ha ido aprobando algunas normas que también persiguen luchar contra la corrupción, como la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, cuyo objeto es establecer unas normas mínimas sobre el

embargo de bienes, con vistas a su posible decomiso y sobre el decomiso de bienes en el ámbito penal; o la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que tiene como objetivo asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que estos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En España, como se ha expuesto en el primer apartado anterior, la normativa vigente que pretende luchar contra las distintas manifestaciones de la corrupción está contenida en el Código Penal, tras dos importantes modificaciones operadas por sendas leyes orgánicas, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo el delito de corrupción en los negocios o el sector privado y que tiene como bien jurídico protegido las reglas de la competencia, y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica esa sección del Código Penal y añade un nuevo precepto. Es igualmente trascendente la regulación contenida en apenas tres preceptos de una norma administrativa, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyos artículos 52, 53 y 54 regulan los deberes de todos los empleados públicos y el código de conducta, los principios éticos que deben regir la actuación de ese personal, y los principios de conducta, acervo administrativo en materia de función pública que pretende consagrar unos principios y formas de actuación que conjuren las diversas manifestaciones de la corrupción que puedan darse en el sector público. Igualmente, la normativa administrativa sobre incompatibilidades y sobre el ejercicio de alto cargo en las Administraciones públicas constituye otro foso preventivo frente a las conductas corruptas de los empleados públicos y de las autoridades.

Sin embargo, y a pesar de todos estos esfuerzos normativos, existe una necesidad imperiosa e imprescindible si se quiere dotar a nuestro sistema jurídico de un mecanismo de promoción de la lucha contra la corrupción y de su denuncia por particulares, para lo que no basta con los medios ordinarios de control ya existentes y establecidos desde hace lustros en nuestros sistemas público y privado. Además, ha de tenerse en cuenta que los sistemas de protección de los denunciantes, como se puede deducir de lo hasta aquí expuesto, está muy fragmentado en los Estados de la Unión Europea, no existiendo hasta el momento una normativa común.

En el ámbito público, esencialmente el control de las organizaciones y su funcionamiento corresponde a las intervenciones delegadas como primer escalón (junto con la Intervención General de la Administración del Estado en su cúspide), a las inspecciones de servicios de los servicios comunes u horizontales de los distintos órganos y organismos públicos, al Tribunal de Cuentas en el nivel más alto junto, con el Defensor del Pueblo, y, por descontado, al Congreso de los Diputados y al Senado, como órganos constitucionales depositarios de la soberanía nacional.

En las organizaciones privadas los mecanismos de control son más difusos, menos definidos, por fiarse esencialmente a los propios accionistas en el caso de ser esta la forma societaria, o a sus administradores. La detección de la corrupción en las empresas o sociedades

mercantiles no cuenta con instrumentos públicos específicos, al entrar dentro de la libertad de empresa instaurar los medios de control internos que estimen más convenientes para la organización, mediante el seguimiento de objetivos, control de gastos y otros mecanismos de medición cuantitativos y cualitativos. Tan solo en aquellas empresas y sociedades que operen en los mercados de valores, en los mercados de crédito o en los mercados de seguros existen en general, y en particular en España, tres organismos supervisores encargados de un cierto control que, en todo caso, no está configurado por sí mismo para detectar la corrupción en esos ámbitos del sector privado: se trata de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, del actual Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Y, en relación con todas las empresas y el sector empresarial privado, ha de subrayarse la importancia y labor desempeñada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuya misión es promover y defender el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas. En la práctica, solo las grandes empresas y sociedades mercantiles de mayor dimensión cuentan con mecanismos e instrumentos internos de control de la organización. Resulta destacable, no obstante, la mención al Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (regulado en virtud del Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero), cuyos objetivos son debatir sobre la responsabilidad social de las empresas (RSE), fomentar las iniciativas sobre RSE, informar sobre las iniciativas y regulaciones públicas que afecten a las actuaciones de empresas, organizaciones e instituciones públicas y privadas, que constituyen un valor añadido al cumplimiento de sus obligaciones legales, contribuyendo a la vez al progreso social y económico en el marco de un desarrollo sostenible, promocionar estándares o características de las memorias o informes de RSE y de sostenibilidad, y analizar el desarrollo de la RSE en España, en la Unión Europea y en países terceros.

Pues bien, puesto que no basta con esos medios de control ya existentes en las organizaciones públicas y privadas, había de crearse un marco jurídico que permita que cualquier persona perteneciente, empleada o dependiente de esas organizaciones pueda denunciar las prácticas de corrupción que detecte en ellas (en los países anglosajones, los denunciantes son conocidos con el término de *whistleblowers*). Ha de tenerse en cuenta que todas las tramas (ya sean protagonizadas por una sola persona, por un conjunto de ellas o por una organización) actúan con opacidad, de forma oculta, confusa y vaporosa, de modo que el medio más eficaz y que permite el mayor y mejor acopio de material probatorio procede de dentro de la trama misma, de esa red u organización. De ahí la importancia de tener un instrumento de protección del denunciante que le ampare y proteja en todos los aspectos dentro y fuera del entramado en que se produce la corrupción. Ha de tenerse en cuenta que el impacto que tales denuncias puede y suele provocar en los denunciantes lleva a situaciones graves de estrés, ansiedad, de exposición pública, de rechazo social y de su propio entorno personal y familiar, de represalias de toda suerte y modalidad, incluyendo la pérdida del puesto de trabajo, y de graves daños a su honor y a su reputación.

Bien es cierto que la protección de los denunciantes es una labor a la que está llamado primeramente el Ministerio Fiscal, por mor de su misión constitucional de defensa de los derechos de los ciudadanos, ex artículo 124 de la Constitución Española, debiendo desta-

carse la existencia de una fiscalía especializada, como es la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, a cuyo frente hay un fiscal de sala, y que se encarga de investigar y conocer de todos los procesos judiciales relativos a los delitos económicos u otros cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos relacionados con el fenómeno de la corrupción, asumiendo igualmente la investigación de los delitos económicos cometidos por grupos organizados, salvo que sean de competencia específica de la Fiscalía Antidroga o de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

La protección de los denunciantes de corrupción también corresponde a las oficinas de asistencia a las víctimas previstas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, toda vez que esta norma se aplica subjetivamente a todas las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal, entendiéndose por víctima directa a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

En este sentido, es revelador la previsión contenida en el artículo 19 de la citada Ley 4/2015, que proclama:

Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.

En cualquier caso, el Estatuto de la víctima del delito no contiene dentro de su articulado una mención específica a ninguno de los delitos que son considerados en España como manifestación de la corrupción, pero también es cierto que las disposiciones generales de la ley y su ámbito objetivo no efectúan distinciones respecto de los delitos que requieren que se dispense protección a la víctima, a salvo de la valoración de las necesidades especiales de protección de la misma en los casos de los delitos citados en el artículo 23 de la Ley 4/2015.

Igualmente, la protección de los denunciantes se ha previsto en algunas normas autonómicas y en algunos ámbitos sectoriales, pero todo ello no impide alcanzar la conclusión de la inexistencia de un marco general y homogéneo que garantice una protección efectiva de aquellos. Por ser la pionera y la que primeramente dio cumplimiento en el ámbito del Estado a la previsión contenida en la ya citada Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003, que auspiciaba la creación de un órgano especializado e independiente encargado de prevenir la corrupción, ha de mencionarse la Ley catalana 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña (OAC), que crea esta entidad de derecho público a la que se encomienda la misión de prevenir e investigar posibles casos concretos

de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público, así como asesorar y hacer recomendaciones para adoptar medidas contra la corrupción, las prácticas fraudulentas y las conductas que atenten contra la integridad y la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas. Así, cualquier persona puede dirigirse a la OAC para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos, pudiendo la persona informante solicitar que se guarde la confidencialidad sobre su identidad, a lo que está obligado todo el personal de la oficina, excepto en el caso de recibir un requerimiento judicial.

Igualmente, por dar también cumplimiento a la citada previsión recogida en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, está constituida en la Comunidad Valenciana la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (AVA), en virtud de la Ley autonómica 11/2016, de 28 de noviembre. Esta entidad fue creada con la finalidad de prevenir y erradicar el fraude y la corrupción de las instituciones públicas valencianas y con el fin de impulsar la integridad y la ética pública, además de pretender fomentar una cultura de buenas prácticas y de rechazo del fraude y la corrupción en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas, así como en la gestión de recursos públicos. En casi idénticos términos a los recogidos por la anterior Ley catalana 14/2008, la norma valenciana prevé que cualquier persona pueda dirigirse a la AVA para comunicar conductas que puedan ser susceptibles de ser investigadas o inspeccionadas por esta, pudiendo la persona informadora solicitar que se garantice la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la agencia está obligado a mantenerla, excepto en el caso en que se reciba un requerimiento judicial. Sin embargo, esta norma autonómica valenciana da un paso más, regulando expresamente el estatuto de la persona denunciante (sin perjuicio de lo que prevea la normativa del Estado), adelantándose así a la directiva comunitaria que más tarde se expondrá, con la finalidad de prestar especial atención a la protección de aquella, estableciendo procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias, previendo la obligación de la propia AVA de proporcionar de forma inmediata asesoría legal para los hechos relacionados con la denuncia, garantizando la confidencialidad de la identidad del denunciante y velando para que el mismo no sufra, durante la investigación ni después de ella, ningún tipo de aislamiento, persecución o empeoramiento de las condiciones laborales o profesionales, ni ningún tipo de medida que implique cualquier forma de perjuicio o discriminación.

4. En especial, la Directiva 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, y su transposición pendiente en España

Centrando el análisis jurídico en el marco europeo, resulta de una especial relevancia el análisis de la Directiva 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del

derecho de la Unión, publicada en el DOUE de 26 de noviembre de 2019. En determinados ámbitos específicos, y como ya se anticipó, el derecho comunitario ya cuenta desde hace tiempo con instrumentos que regulan los mecanismos de denuncia interna y externa en las organizaciones en ámbitos sectoriales, como el abuso de mercado, la aviación civil o la seguridad de las operaciones de extracción de petróleo y gas en alta mar, pero esta nueva directiva de 2019 amplía horizontalmente los mecanismos de protección a los denunciantes, dejando a salvo todos los ya existentes y los previstos en la normativa sectorial.

La norma comunitaria nace con el fin de proteger a los denunciantes de corrupción que sean personas que trabajan en el seno de las organizaciones públicas o privadas, permitiendo así que encuentren un entorno jurídico seguro cuando efectúen esas denuncias, protegiéndoles frente a posibles represalias, y estableciendo unas normas mínimas comunes para todos los Estados miembros de la Unión Europea para garantizar la protección del denunciante. Las materias en las que centra la directiva europea la lucha contra la corrupción y la protección de los denunciantes son esencialmente las siguientes: la contratación pública y la infracción de la normativa comunitaria, que termina falseando la competencia, aumentando los costes de las empresas, vulnerando los intereses de las partes y repercutiendo en el mercado interior; los servicios financieros y, en particular, el propio de las entidades de crédito y de las empresas de servicios de inversión; la seguridad de los productos comercializados en el mercado interior (con especial referencia a las armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones, y a todos los productos relacionados con la defensa), con el fin de impedir prácticas abusivas e ilícitas de fabricación, importación o distribución relativas a productos inseguros; la seguridad del transporte; la protección del medio ambiente, con el fin de luchar contra cualquier conducta ilícita en esta materia; la seguridad nuclear, lo que incluye la protección frente a las radiaciones, la gestión segura del combustible que se consume y los residuos radiactivos; la seguridad de los alimentos y de los piensos, así como la sanidad, la protección y el bienestar de los animales; la protección de los consumidores y usuarios; la protección de los datos de carácter personal, amparados como derechos fundamentales en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como la seguridad de las redes y los sistemas de información; la protección de los intereses financieros de la Unión Europea relacionados con la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que afecte a los gastos, la recaudación de ingresos y los fondos o activos de la Unión; la protección de infracciones relativas al mercado interior, así como en materia de competencia y ayudas de Estado; y las infracciones de las normas relativas al impuesto sobre sociedades que pretenden conseguir ventajas fiscales y que terminan dando lugar a importantes cifras de evasión fiscal, con las repercusiones correspondientes en las Haciendas Públicas.

El objeto de la directiva es, en fin, reforzar la aplicación del derecho y las políticas de la Unión Europea en ámbitos específicos, mediante el establecimiento de normas mínimas comunes en todos los Estados miembros que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho comunitario. Ha de tenerse muy presente que esta directiva comunitaria establece un denominador común normativo para los 27 Estados de la Unión, pero permite y autoriza a estos para ampliar la protección en su derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el artículo 2.1.

Esos ámbitos específicos están enumerados en la propia directiva y son los siguientes:

- Contratación pública, siempre que sean infracciones de las normas de procedimiento de la contratación pública y de la adjudicación de concesiones, de la adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y de la adjudicación de contratos por parte de entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y cualquier otro contrato, así como infracciones de las normas de determinados procedimientos de recurso.
- Servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, siempre que sean infracciones de las normas que establecen un marco regulador y de supervisión y protección para los inversores y consumidores en los servicios financieros y mercados de capitales de la Unión Europea, los productos bancarios, de crédito, de inversión, de seguro y reaseguro, de pensiones personales o de jubilación, servicios de valores, de fondos de inversión, de pago y otras actividades enumeradas en el anexo I de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión.
- Seguridad de los productos y conformidad, siempre que sean infracciones de las normas sobre los requisitos de seguridad y conformidad de los productos comercializados en el mercado de la Unión Europea, y de las normas relativas a la comercialización y uso de productos sensibles y peligrosos.
- Seguridad del transporte, siempre que sean infracciones de las normas que regulen los requisitos de seguridad en el sector ferroviario, en el sector de la aviación civil, en el sector del transporte por carretera, en el sector marítimo y en el sector sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas.
- Protección del medio ambiente, siempre que sean infracciones de las normas sobre cualquier delito cometido contra la protección del medio ambiente, de las normas relativas al medio ambiente y al clima, de las normas sobre desarrollo sostenible y gestión de residuos, sobre contaminación marina, atmosférica y sonora, sobre protección y gestión de aguas y suelos, sobre protección de la naturaleza y la biodiversidad, sobre sustancias y mezclas químicas y sobre productos ecológicos.
- Protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear, siempre que sean infracciones de las normas sobre la seguridad nuclear.
- Seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales, siempre que sean infracciones de las normas sobre esas materias.
- Salud pública, siempre que sean infracciones de las normas sobre calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, de las normas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos de uso médico, de los derechos

de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, y de la fabricación, presentación y venta de tabaco y productos relacionados con el tabaco.

- Protección de los consumidores, siempre que sean infracciones de las normas sobre esa materia.
- Protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información, siempre que sean infracciones de las normas sobre esas materias.
- Infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión de conformidad con el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- Infracciones relativas al mercado interior, de conformidad con el artículo 26, apartado 2, del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o a prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable del impuesto sobre sociedades.

Las normas específicas de protección de esta directiva dejan a salvo las normas específicas de denuncia de infracciones contenidas en algunos de esos ámbitos materiales citados y recogidos en otras directivas ya aprobadas y en vigor, tales como algunos actos comunitarios en materia de servicios financieros, prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente.

La norma comunitaria prioriza que estas denuncias sobre infracciones del derecho comunitario se hagan a través de canales y procedimientos internos, siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias, obligando a los Estados miembros de la Unión Europea a que en las organizaciones públicas (lo que incluye a las entidades que sean propiedad o estén sujetas al control del sector público) y privadas (con mayores o menores exigencias si la empresa cuenta con menos o más de 50 trabajadores) se cuente con los debidos canales de denuncia interna y de procedimiento. La directiva impone toda una batería de medios para que estos canales y procedimientos de denuncia internos sean eficaces, exigiendo que se asegure la confidencialidad de la identidad del denunciante, designar a una persona o un departamento imparcial que se dedique exclusivamente a la tramitación de las denuncias, e incluso establece un plazo máximo de respuesta al denunciante de tres meses a contar desde el acuse de recibo de la denuncia o desde que vence un plazo de siete días después de hacerse la denuncia.

Respecto de los canales y procedimientos de denuncia externos, la directiva también exige a los Estados de la Unión Europea que designen a una autoridad competente independiente y autónoma para recibir las denuncias, para darles respuesta y hacer un segui-

miento, debiendo dotar a esas autoridades u organizaciones de los recursos necesarios. También impone un plazo máximo de respuesta al denunciante de tres meses, o bien de seis meses en casos debidamente justificados, debiendo comunicar al denunciante el resultado final de toda investigación llevada a cabo.

Por último, la directiva autoriza y articula unos canales de denuncia pública cuando el denunciante ha acudido primero a los canales internos y externos y no se han adoptado medidas adecuadas en el plazo máximo marcado por la norma comunitaria, o bien en las situaciones excepcionales de una infracción que pueda constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público (situaciones de emergencia o riesgo de daños irreversibles), o cuando ha presentado una denuncia externa pero concurre un riesgo de represalias o hay pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso (por ejemplo, debido a que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción).

La directiva recoge las medidas de protección que han de adoptar los Estados miembros de la Unión Europea para evitar cualquier represalia contra la persona denunciante, y entre esas represalias a combatir cita, *ad exemplum*, las siguientes: suspensión o despido del puesto de trabajo, degradación o denegación de ascensos, cambios de puesto de trabajo o de lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo, denegación de formación, evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales, imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo, discriminación, o trato desfavorable o injusto, no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal, daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos, inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector, terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, anulación de una licencia o permiso, y referencias médicas o psiquiátricas.

También exige la directiva que los Estados miembros adopten otras medidas de apoyo, tales como información y asesoramiento, asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes, y asistencia jurídica en los procesos penales y en los procesos civiles transfronterizos, además de poder prestar asistencia financiera y medidas de apoyo psicológico, en el marco de un proceso judicial. Y en el caso de que las personas físicas o jurídicas impidan o intenten impedir las denuncias, adopten medidas de represalia contra los denunciantes, promuevan procedimientos abusivos contra estos o incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes, la directiva comunitaria impone a los Estados miembros la obligación de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a aquellos, como también prevé la imposición de sanciones frente a denunciantes que hayan comunicado o revelado públicamente información falsa a sabiendas. Y se exige igualmente a los Estados miembros que establezcan medidas para indemnizar los daños y perjuicios derivados de las denuncias o revelaciones públicas, de conformidad con el derecho nacional.

Desde el punto de vista jurisdiccional, resulta muy relevante exponer el contenido del artículo 21 de la Directiva 2019/1937, ya que la misma exonera de responsabilidad por revelación de información al denunciante, que la aporta con motivo de la denuncia que cursa a las autoridades competentes, con la excepción de la información que afecte a la seguridad nacional, a información clasificada, a la protección del secreto profesional de médicos y abogados, al secreto de las deliberaciones judiciales y a las normas de enjuiciamiento criminal, incluyendo aquellos casos que constituyen un delito. Específicamente, la norma europea prevé que en aquellos procesos judiciales que se siguen sobre causas de difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secretos, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o sobre solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral privado, público o colectivo, no podrá exigirse responsabilidad de ningún tipo a los denunciantes como consecuencia de las denuncias cursadas con base en la directiva, pudiendo alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública por tener motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria a los fines de la directiva.

Igualmente, la norma europea prevé que en un procedimiento judicial en que la causa verse sobre los perjuicios sufridos por los denunciantes, se establece la presunción normativa de considerar que el perjuicio se produjo como represalia por denunciar o por hacer una revelación pública, de modo tal que, en esos casos, la carga de la prueba sobre los motivos justificados para adoptar la medida perjudicial corresponde a la persona que la ha adoptado. Además, mientras el proceso judicial esté ventilándose y en tramitación, los denunciantes tendrán acceso a medidas correctoras frente a represalias y, por tanto, a las medidas cautelares que se provean por los jueces o tribunales de justicia.

También tendrá sus efectos en el ámbito jurisdiccional la previsión que recoge la directiva respecto de la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se proporcionen vías de recurso e indemnización íntegra de los daños y perjuicios sufridos por los denunciantes.

La directiva cierra las previsiones con efectos jurisdiccionales con la obligación de que los denunciantes vean salvaguardado plenamente su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente.

Todas estas medidas de protección previstas por la directiva se cierran con un precepto que prevé que los Estados miembros eviten que puedan limitarse cualesquiera derechos y vías de recurso previstos por la norma comunitaria, ni que se pueda renunciar a ellos por medio de ningún acuerdo, política, forma de empleo o condiciones de trabajo, incluida cualquier cláusula de sometimiento a arbitraje.

La directiva no ha sido transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico en el plazo máximo establecido en el pasado 17 de diciembre de 2021, razón por la que desde ese momento España puede verse sancionada a una multa a tanto alzado o a una multa coercitiva por la Comisión Europea por un procedimiento de infracción, conforme al artículo 260 del TFUE.

No obstante, el plazo de transposición se alarga hasta el 17 de diciembre de 2023 para que los Estados puedan adoptar las disposiciones necesarias para que las entidades privadas que cuenten con más de 50 trabajadores y menos de 249 adopten las obligaciones que les afecten, conforme a la directiva.

El estado de tramitación actual de la transposición de esta norma comunitaria, cuya responsabilidad corresponde al Ministerio de Justicia, y conforme a la información pública procedente de su propia página web, es que para esa labor se constituyó en el seno de la Comisión General de Codificación un grupo de trabajo, mediante Orden Ministerial de 2 de junio de 2020, encargado de elaborar una propuesta para la mejor transposición de la norma comunitaria, con un plazo máximo de trabajo (pudiendo ser prorrogado) hasta el 2 de diciembre de 2020. Asimismo, consta que el 27 de enero de 2021 finalizó el plazo para presentar aportaciones, conforme al trámite de información pública.

Con independencia de las obligaciones que prevé la Directiva 2019/1937 y que deberán ser objeto de la preceptiva transposición por la norma española, el margen de maniobra que se otorga a los Estados es muy importante en lo que respecta al ámbito de aplicación material, más allá de lo previsto en el artículo 2 de la norma europea, es decir, que España podrá plantearse y abordar legislativamente si amplía la protección de los denunciantes a otros ámbitos sectoriales distintos a los expuestos o a otros actos no previstos en dicho precepto, incluyendo cualquier en materia del derecho nacional más allá de la normativa con origen en el derecho europeo. También existe un margen de maniobra y de ampliación de la previsión normativa en lo que respecta a la posibilidad de admitir las denuncias anónimas en nuestro sistema, la determinación del alcance de las medidas de protección de los denunciantes a nivel interno, así como el establecimiento de la obligación –más allá de lo que impone la directiva– para las empresas con menos de 50 trabajadores de contar con mecanismos y canales de denuncia internos. Igualmente podrá decidirse si la autoridad administrativa independiente encargada de recibir, dar respuesta y seguir las denuncias que exige la norma comunitaria ha de ser de nueva creación o puede encomendarse a una autoridad independiente que ya exista.

Queda, pues, en manos del legislador español ampliar el ámbito objetivo y material de aplicación de una norma llamada a combatir más eficazmente la corrupción, con un instrumento jurídico denominador común para todo el Estado, poderoso y con un relevante alcance sustantivo, de medios humanos y materiales, y hasta jurisdiccional, sirviendo por fin de instrumento que restañe en parte la credibilidad perdida en las instituciones y en sus operadores, y, en fin, que afiance los principios y valores democráticos.



Obligación de la Administración autonómica con competencias en justicia de abonar los gastos del proceso penal existentes por orden judicial

Comentario a la STS de 14 de febrero de 2022

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

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

Extracto

Análisis acerca de la competencia de la Administración autonómica de abonar los gastos que se han causado en el proceso penal cuando el juez de instrucción ha ordenado a una empresa determinadas actuaciones para llevar a cabo diligencias necesarias en la fase de instrucción en la averiguación del delito o para la protección de las víctimas del delito.

Palabras clave: gastos; proceso penal; Administración autonómica.

Fecha de entrada: 20-03-2022 / Fecha de aceptación: 22-04-2022

Cómo citar: Magro Servet, V. (2022). Obligación de la Administración autonómica con competencias en justicia de abonar los gastos del proceso penal existentes por orden judicial. Comentario a la STS de 14 de febrero de 2022. *Revista CEFLegal*, 257, 103-120.



Obligation of the autonomous administration with competencies in justice to pay the expenses of the existing criminal process by court order

Vicente Magro Servet

Abstract

Analysis of the competence of the autonomous Administration to pay the expenses that have been caused in the criminal process when the investigating judge has ordered a company to carry out certain actions to carry out the necessary steps in the investigation phase in the investigation of the crime or for the protection of crime victims.

Keywords: expenses; criminal proceedings; autonomous Administration.

Citation: Magro Servet, V. (2022). Obligación de la Administración autonómica con competencias en justicia de abonar los gastos del proceso penal existentes por orden judicial. Comentario a la STS de 14 de febrero de 2022. *Revista CEFLegal*, 257, 103-120.



Sumario

1. Introducción
2. Los costes del proceso penal y la asunción de los mismos por el condenado al pago y por la Administración responsable
3. STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, 179/2022, de 14 de febrero, rec. núm. 3740/2020
 - 3.1. ¿Cuáles fueron los datos que dieron lugar al pronunciamiento del Tribunal Supremo en este tema?
 - 3.2. Eran gastos para el funcionamiento de la Justicia
 - 3.3. Se trata de gastos a cargo de la Administración pública competente al objeto de asegurar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia
 - 3.4. Normativa aplicable
 - 3.5. Deber de colaborar con la Justicia, pero, también, derecho a «cobrar» por esa colaboración por no ser esta gratuita
 - 3.6. ¿Qué pasaría si se reclama la intervención de una empresa para que busque un cadáver y luego se archiva la causa? ¿Quién corre con esos gastos?
 - 3.7. La inclusión de estos gastos en las costas judiciales
 - 3.8. *Iter* a seguir en estos casos



1. Introducción

Tratamos en las presentes líneas sobre uno de los supuestos más importantes que existen en el proceso penal, en cuanto al coste del mismo y respecto a quién debe satisfacer determinadas partidas respecto a los gastos que se suelen existir en la tramitación de un procedimiento penal en la fase de instrucción. Y ello, habida cuenta de que, en muchas ocasiones, el juez de instrucción se ve obligado a solicitar la colaboración de entidades privadas para llevar a cabo determinadas diligencias en la fase de instrucción que son absolutamente necesarias, y que provocan unos costes que deben ser satisfechos, finalmente, por la Administración pública competente en materia de justicia, en primer lugar, aunque con el derecho de repetición de la misma frente al condenado en las costas del proceso.

Nos encontramos, así, con supuestos que son de carácter urgente, y que los jueces de instrucción no pueden estar esperando a la autorización de un gasto por parte de la Administración de Justicia competente para poder llevar a cabo determinada actuación concreta que requiere la intervención, sobre todo, de entidades privadas para colaborar en la realización de diligencias absolutamente necesarias en la investigación del proceso penal.

Es por ello por lo que la eficaz colaboración de estas entidades privadas que sean requeridas por el juez de instrucción para colaborar en aquellas medidas y decisiones que, en casos graves, se exigen requiere de la justa y concreta compensación económica por parte de quien tiene la competencia en materia de Administración de Justicia, tanto en las comunidades autónomas que la tienen transferida, como en aquellas otras cuya responsabilidad competencial es del Ministerio de Justicia.

Han sido conocidos los innumerables casos, la mayoría de ellos mediáticos, en donde ante supuestos concretos, por ejemplo, de crímenes, el juez de instrucción se ha visto obligado a requerir la colaboración de entidades privadas para proceder a llevar a cabo tareas de desescombros, u otras de movimiento de tierras, o de aportación de maquinaria, para la búsqueda de cadáveres, u otras medidas que requieren, incluso, la realización de activida-

des que pueden durar varios días, y que llevan un coste económico a las entidades privadas que sean requeridas de su colaboración para llevar a cabo estas actividades.

Nos encontramos, pues, con actuaciones de estas entidades privadas que no niegan su colaboración con la Administración de Justicia cuando son requeridos por el juez de instrucción, pero que, evidentemente, necesitan ser compensadas por esos gastos económicos que en estas ocasiones suelen ser importantes, y cuya responsabilidad no puede recaer tan solo en el condenado en las costas del proceso penal, dado que su situación de insolvencia posible y futura cuando el órgano de enjuiciamiento dicte la sentencia final con inclusión de las costas del proceso, puede dar lugar a que no pueda abonar el importante coste que ha supuesto la labor realizada por la entidad privada, siempre a requerimiento del juez de instrucción. Y nótese que, a buen seguro, estos costes económicos serán importantes, por lo que la posible insolvencia, o imposibilidad de afrontar esos gastos por el condenado, no puede hacer recaer en las «espaldas» de los particulares empresarios estos costes, que lo son del proceso, pero que no lo son de las empresas particulares que en un principio colaboran, pero a las que no se les puede exigir que lo sea «de forma desinteresada», porque se trata de empresarios y empresas que no van a poder asumir en sus balances económicos unas pérdidas, cuando la responsabilidad está claramente definida por y quien debe asumir las competencias en materia de justicia.

Así, esta colaboración eficaz de estas entidades privadas no se rechaza en ningún caso cuando es requerida por el juez instructor, pidiendo un anticipo económico a la Administración de Justicia como condición para poder actuar, ya que se trata de actuaciones muy urgentes por lo general, y el trámite administrativo de autorización del gasto en la Administración retrasaría la labor de actuación de estas empresas. Con ello, las mismas colaboran de una forma eficaz, pero que debe ser recompensada, dado que el carácter privado de las entidades colaboradoras no puede conllevar que ese coste sea asumido por las mismas, ya que no es su competencia la colaboración gratuita con la Administración de Justicia, sino que la misma debe ser recompensada. Se trata de una actividad urgente, y a buen seguro de interés general, como la búsqueda de cadáveres, pero retribuida. Eso debe quedar siempre claro, salvo que nos queramos encontrar, de ser lo contrario, con negativas lógicas a actuar en el futuro, por muy mediático y urgente sea el caso. Porque son empresas con gastos y no unas ONG.

Por ello, la necesidad de que exista una entidad responsable al pago de los costes del proceso junto con el condenado en costas en el proceso penal exige que con carácter previo se proceda a la determinación en la resolución judicial final del proceso, dictada por el órgano de enjuiciamiento la fijación del responsable al pago de los costes del proceso cuando estas entidades privadas han participado en el mismo. Y ello exige que sea la Administración responsable en materia de Justicia la condenada en esos gastos concretos derivados del proceso. Además, con independencia de que, después, esta pueda repetir contra el condenado en las costas procesales, y que en el caso de su posible insolvencia tenga que asumir la misma, y no la entidad privada que ha colaborado en las labores que han sido requeridas por el juez de instrucción.

La importancia de esta materia ha tenido una particular relevancia a raíz de una reciente sentencia que ha dictado el Tribunal Supremo por medio de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la Sentencia 179/2022, de 14 de febrero, en donde ha fijado el criterio a partir del cual, cuando se produce una situación en la que el juez de instrucción ha requerido a una entidad privada para llevar a cabo tareas concretas en labores de investigación en la fase de instrucción, se fije que es la Administración pública competente en materia de justicia la responsable del pago de esos gastos del proceso, y en este caso lo fue una Administración autonómica que, en principio, reclamó que esos gastos debían correr a cuenta del condenado a las costas procesales en el proceso penal, siendo decisión del Tribunal Supremo que debe ser la Administración autonómica competente en materia de justicia la responsable al pago de los gastos del mismo. Y ello, con independencia, como decimos, de su derecho de repetición frente al condenado en las costas procesales en la sentencia firme que se dicte a tal efecto. Sin embargo, la posible insolvencia del condenado en costas procesales no debe ser asumida en ningún caso por la empresa que colaboró de forma decidida desde un primer momento, sino que debe hacerlo la Administración competente en materia de justicia.

2. Los costes del proceso penal y la asunción de los mismos por el condenado al pago y por la Administración responsable

Resulta importante delimitar la referencia a los gastos del proceso y las costas del proceso, ya que las costas serían aquellos gastos imprescindibles que tienen su causa directa e inmediata en un proceso determinado y que se originan como consecuencia de la realización de actos procesales concretos y determinados, pero hay gastos que deben ser soportados por las propias partes, siendo las costas procesales las que se imponen al condenado en las mismas por su vencimiento.

El problema que surge en muchos casos en el proceso penal se refiere a la situación de posible insolvencia del condenado cuando se trata de determinados delitos graves, en los que el condenado no va a satisfacerlos, por cuanto no tiene patrimonio para ello. Nos referimos a casos graves de crímenes, sobre todo, donde en la fase de investigación del juez de instrucción se pueden haber acometido tareas importantes, por ejemplo, a la hora de buscar cadáveres, o de encontrar pistas sobre la autoría de un sospechoso, con tareas con maquinaria pesada que pueden durar varios días, y que la empresa a la que se le ha pedido su colaboración debe poner a disposición del juez de instrucción varias máquinas y empleados, que va a pagar cada mes ese gasto la empresa sin pedir anticipos, pero a quien no se le puede pedir que «aguante» el riesgo de saber si al final del proceso el condenado en costas procesales va a poder reembolsarle estos gastos. La empresa es privada, no pública, y, por ello, no tiene la obligación de asumir costes que tienen el carácter de público, y que no deben ser soportados por las empresas privadas, sino por la Administración pública.

Con ello, nos movemos en este terreno en varios aspectos:

1. Que en la fase de investigación ante el juez de instrucción puede haber gastos procesales por intervenciones de particulares que deben cobrar su participación.
2. Si se trata de pruebas interesadas por las partes y aportadas por ellas las asume cada una.
3. Pero si se trata de diligencias ordenadas por el juez de instrucción, aunque lo sean a instancia de una o ambas partes, se trata de diligencias que van a las costas procesales y debe satisfacerlas el condenado en costas.
4. Sin embargo, cuando se requiere a una empresa privada la colaboración en la instrucción para auxiliar a la realización de tareas concretas, será también incluido el gasto en las costas procesales con cargo al condenado, pero también a la Administración competente en materia de Justicia, que, más tarde, podrá repetir contra el condenado en costas, asumiendo, en su caso, la posible insolvencia de este la Administración, pero nunca la empresa privada que colaboró en esas tareas de auxilio en la investigación.

Las costas del proceso se regulan en el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.), que establece que en los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes, debe el tribunal resolver sobre el pago de las costas procesales, pudiendo adoptar uno de estos tres pronunciamientos, según el artículo 240 de la LECrím.:

- Declarar las costas de oficio.
- Condenar a su pago a los procesados, señalando la parte proporcional de que cada uno de ellos deba responder, si fueren varios.
- Condenar a su pago al querellante particular o acción civil.

Por regla general se imponen al condenado en el proceso penal y será él quien deberá abonar los gastos que haya habido.

Pero lo que es importante a los efectos que estamos tratando es que el artículo 241 de la LECrím. añade que:

Las costas consistirán:

- 1.º En el reintegro del papel sellado empleado en la causa.
- 2.º En el pago de los derechos de Arancel.
- 3.º En el de los honorarios devengados por los Abogados y peritos.

4.º En el de las indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono, y en los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa.

Con ello, los conceptos atinentes a los gastos provocados por decisiones del juez requiriendo a empresas privadas que colaboren en diligencias que deben realizarse con carácter urgente deben incluirse en las costas procesales, ex artículo 241 de la LECrim., y como acaba de concluir el Tribunal Supremo en la sentencia a la que posteriormente nos referimos, corresponde su pago a la Administración pública competente en materia de justicia en el territorio donde se haya tramitado la causa, ya sea la comunidad autónoma, en el caso en el que exista transferencia de competencias, o el Ministerio de Justicia en el caso contrario, con independencia de la responsabilidad directa al pago del condenado en costas procesales y sus conceptos en ellas contenidos, ex artículo 241 de la LECrim.

3. STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, 179/2022, de 14 de febrero, rec. núm. 3740/2020

Pues bien, en esta sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión con respecto a quién es el responsable y obligado al pago de los gastos del proceso cuando se trata de la intervención de empresas privadas.

La conclusión que ya adelantamos en este punto, y que ha dado la STS 179/2022, de 14 de febrero, es que los trabajos realizados como consecuencia de diligencias acordadas en una investigación criminal y ordenadas por la autoridad judicial instructora del proceso penal han de considerarse gastos de funcionamiento de la Administración de Justicia, que deben ser satisfechos en todo caso por la Administración competente en materia de justicia, ello sin perjuicio de que dicha Administración pueda luego solicitar al órgano judicial su inclusión en las costas, sobre lo que dicho órgano habrá de resolver en atención a las circunstancias del caso.

Este tema tuvo, en consecuencia, interés casacional, ya que se trataba de fijar criterio en una materia importante y que afectaba al proceso penal en resolución adoptada, sin embargo, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y ello, por haberse suscitado ante esta jurisdicción, y no ante la penal, la cuestión objeto de debate.

3.1. ¿Cuáles fueron los datos que dieron lugar al pronunciamiento del Tribunal Supremo en este tema?

Veamos.

Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec. 8.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 7 de febrero de 2020, estimatoria del recurso promo-

vido por una mercantil contra la resolución de una comunidad autónoma, que disponía la devolución de la factura presentada por la demandante, derivada de labores coordinadas de búsqueda de cuerpo, restos y efectos de un delito en el vertedero de [...] para que la hiciera llegar al juzgado de instrucción [...] para su inclusión en la tasación de costas que se practicara en su día en el procedimiento abreviado.

La resolución judicial anula la resolución administrativa impugnada y declara el derecho de la demandante a que por la Administración demandada se proceda al pago de la cantidad reclamada de 1.446.689,40 euros, más los intereses legales que devengue dicha cantidad desde la firmeza de la misma y hasta su completo abono.

Notificada la sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito, preparando recurso de casación contra la misma.

Se alegó en el recurso de casación por la Administración condenada que la cuestión reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, como lo es la relativa a si los gastos derivados de los trabajos realizados como consecuencia de diligencias acordadas en una investigación criminal y ordenadas por la autoridad judicial instructora del proceso penal deben considerarse como gastos de funcionamiento de la Administración de Justicia, que deben ser satisfechos, como mantenía la parte recurrida (que era la contratista prestadora de servicios de residuos contratado con la Administración) que colaboró en aquellos trabajos y reclama los gastos, o, por el contrario, conforme expone la Administración recurrente, no le corresponde a ella el abono de dicha factura, al encontrarse condenado en la causa una persona física a la que se le impuso el pago de las costas causadas en el proceso.

Es decir, como antes señalábamos, lo que la Administración competente en materia de justicia proponía es que si hay una persona condenada al pago, que sea esta la que sufra el pago de los gastos del proceso, por haber sido incluido el gasto en las costas ex artículo 241 de la LECrim., no obstante la importancia de la cantidad cercana al millón y medio de euros.

Así, lo que la comunidad autónoma impugnaba era la sentencia de 7 de febrero de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec. 8.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en materia de abono de servicios prestados a instancia judicial. La sentencia recurrida había estimado el recurso contencioso-administrativo entablado por la mercantil, en reclamación del pago de facturas por los trabajos de búsqueda del cuerpo de la víctima y efectos de delito en el vertedero [...], ordenadas por el juzgado de instrucción [...].

El interés casacional existía para determinar si los gastos derivados de los trabajos realizados como consecuencia de diligencias acordadas por la autoridad judicial en una investigación criminal deben ser considerados como gastos de funcionamiento de la Administración de Justicia, que deben ser satisfechos en todo caso por la Administración competente, o si, habiendo sido alguien condenado en costas, le corresponde a este su abono.

Por parte de la comunidad autónoma que recurría se entendía que los gastos generados durante la instrucción del proceso han de ser calificados como costas y que, habiendo un condenado en costas, es a él a quien le corresponde hacer frente a su pago. Por el contrario, la mercantil entiende que tales gastos han de ser satisfechos en todo caso por la Administración competente, al objeto de asegurar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, sin perjuicio de que los mismos puedan ser comprendidos en las costas y ser repercutidos por la Administración competente frente al condenado en costas.

¿Cómo enfocaba el tema la comunidad autónoma?

1. Se parte de la consideración como costas de los gastos generados en la instrucción del proceso para rechazar el pago de tales gastos hasta tanto no finalice el proceso penal y se determine si hay condena en costas.
2. Y finalizado el proceso penal y habiendo condena en costas, como es el caso, sostiene que tales costes han de ser reclamados a quien hubiera sido condenado a las costas.
3. La Administración entiende que ha de ser el condenado penalmente y al pago de las costas del proceso el que debe hacer frente a la reclamación.

Pues bien, la Administración así lo mantuvo en el caso de autos cuando la empresa que había realizado los trabajos de búsqueda del cuerpo de la víctima le reclamó el pago de los mismos. De hecho, el tribunal de instancia acordó la suspensión del proceso *a quo*, en el que la mercantil pretendía el pago inmediato de los gastos, por prejudicialidad penal hasta tanto no recayese sentencia y hubiera pronunciamiento de costas y gastos del proceso, y sobre la responsabilidad penal y civil derivada del hecho enjuiciado.

3.2. Eran gastos para el funcionamiento de la Justicia

En la sentencia recurrida, sin embargo, la sala de instancia se pronuncia en el sentido de que tales gastos eran «más que gastos de la instrucción de la causa en el sentido previsto en el artículo 241 LECrim., gastos necesarios para el funcionamiento, puesta en marcha y consecución de los objetivos que deben predicarse de toda Administración de Justicia». Con ello, se estaba dando carta de naturaleza más a un gasto de «gestión» en la llevanza de la fase de instrucción con medios materiales necesarios para realizar tareas de investigación en el proceso penal.

Este es un tema que tiene indudable trascendencia práctica hoy en día, debido a que son innumerables los casos que existen, en donde es preciso llevar a cabo tareas como la de este caso en la que se trató de localizar cuerpos, u otras semejantes, que no pueden retrasarse en el tiempo y estarse a la espera de que la Administración competente autorice un gasto concreto y determinado, por cuanto se trata de «actuaciones urgentes e inaplazables».

La cuestión a resolver en este caso era:

1. ¿Los gastos generados en la instrucción de un proceso penal han de ser calificados como gastos necesarios para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y sufragados en todo caso por la Administración competente?
2. ¿Tales costes pueden ser comprendidos en las costas y, en tal caso, pueden ser repercutidos por la Administración competente frente al condenado en costas?

3.3. Se trata de gastos a cargo de la Administración pública competente al objeto de asegurar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia

La decisión adoptada por el Tribunal Supremo inicial ya es concluyente, en cuanto se fija que los costes generados en un procedimiento criminal como consecuencia de trabajos ordenados por el órgano judicial han de ser conceptuados como gastos a cargo de la Administración pública competente, al objeto de asegurar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

Y a tal efecto, el Tribunal Supremo admite que cualquier otra interpretación, como la sostenida por la comunidad recurrente, aboca a consecuencias indeseables y contrarias al mandato constitucional de obligada colaboración con jueces y tribunales en el curso del proceso expresamente contenido en el artículo 118 de la Constitución, mandato recogido asimismo en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este sentido, quien tenga asumidas las competencias en materia de justicia, sea la comunidad autónoma del lugar donde esté radicado el juzgado de instrucción que lo haya ordenado o el Ministerio de Justicia si en ese territorio no están transferidas las competencias, debe abonar esos gastos, por cuanto se trata de los derivados para el funcionamiento de la justicia; es decir, como el suministro de medios materiales, dado que la justicia, en un proceso penal, en fase de instrucción necesita, en muchas ocasiones, recurrir a empresas privadas para que lleven a cabo determinadas actuaciones que solo ellas pueden llevar a cabo, por no disponer la Administración pública de medios para llevarlas a cabo, no pudiendo obligarse a los particulares a que por sus empresas colaboren en auxiliar a la justicia, ya que ello les supone un coste, y este hay que repercutirlo a la Administración competente.

Y, además, señala el Tribunal Supremo la exigencia de la «inmediatez en la respuesta», apuntando que

No cabe duda de que la obligación de dicha colaboración de poderes públicos y ciudadanos con jueces y fiscales es inmediata, «en el curso del proceso» dice el precepto constitucional, pues de lo contrario se vería afectado el buen funciona-

miento de la Administración de Justicia. Y si eso es así, no hay ninguna razón para que cuando dicha colaboración suponga necesariamente un coste, el mismo quede deferido a un momento posterior a la prestación de dicha colaboración o, incluso, que quede expuesto a la eventualidad de que no haya finalmente sentencia condenatoria, que no se acuerde condena en costas o que el condenado sea insolvente.

De lo contrario, se causaría a quien hubiese cumplido con su obligación de prestar colaboración a los jueces y tribunales un grave perjuicio consistente en el impago o en un retraso indeterminado en el abono de los costes que no tiene obligación legal de soportar, tanto más cuanto que es obligación de la Administración competente el poner todos los medios a su alcance para garantizar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

Con ello, está claro que las empresas que son requeridas por los juzgados de instrucción para colaborar con la justicia no pueden hacer depender el cobro de los servicios prestados de:

1. Si hay sentencia condenatoria.
2. Si el condenado es solvente.

No existe una dependencia externa. Se ha pedido su colaboración y esta debe ser retribuida por la Administración competente en la materia.

3.4. Normativa aplicable

1. Artículo 118 de la CE (deber de colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto).
2. Artículo 17 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial (deber de colaboración de todas las personas físicas y entidades públicas o privadas de colaboración con la Administración de Justicia sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y el abono de las remuneraciones que procedan con arreglo a la ley).
3. Artículos 140 y siguientes de la Ley de régimen jurídico del sector público (en cuanto al deber de colaboración entre Administraciones y el de toda persona física o jurídica a cumplir las resoluciones judiciales, así como el deber de las Administraciones de prestación de los medios materiales, económicos o personales a otras Administraciones públicas).
4. Real Decreto 600/2002, de 1 de julio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la comunidad autónoma en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Con base en ello corresponde a la Administración autonómica el pago de la factura generada en la búsqueda del cuerpo del delito, pues tales gastos se incardinan en los necesarios para el propio funcionamiento de la Administración de Justicia.

3.5. Deber de colaborar con la Justicia, pero, también, derecho a «cobrar» por esa colaboración por no ser esta gratuita

1. Deber de colaborar de las empresas con la justicia.

Está claro –apunta el TS–, que existe un deber de colaboración con las autoridades judiciales en el ámbito de un proceso penal. que obliga a los destinatarios de una decisión judicial en el seno de una investigación policial a colaborar en el descubrimiento del delito, en este caso concretado en las labores necesarias para el hallazgo del cuerpo de la infracción criminal.

2. Derecho de cobrar esa colaboración y sujeto obligado al pago.

Este deber de colaboración, auxilio y acatamiento de los mandatos judiciales, que se recoge en normas de rango constitucional, orgánico y ordinario, se ve acompañada de una serie de disposiciones que establecen la obligación de la Administración, ya sea estatal o autonómica, de colaborar en la puesta en marcha y el funcionamiento de la Administración de Justicia.

3. Obligación de la Administración competente a poner los medios necesarios que precise la justicia. Y si lo hace un tercero, debe pagarlo.

Ese funcionamiento de la Administración de Justicia requiere de la dotación de medios económicos previstos en dichas normas para que ese deber de colaboración y auxilio, e incluso el propio funcionamiento de dicha Administración, sea real y efectivo.

Por ello, los gastos generados en la búsqueda del cuerpo en el curso de la investigación criminal inicial, más que propiamente un gasto de la instrucción del proceso, se incardinan con mejor acomodo en la dotación económica a que viene obligada la Administración para el funcionamiento y puesta en marcha de la Administración de Justicia.

3.6. ¿Qué pasaría si se reclama la intervención de una empresa para que busque un cadáver y luego se archiva la causa? ¿Quién corre con esos gastos?

Señala el Tribunal Supremo que

tanto en los casos en que dicha investigación judicial no culmine con una sentencia de condena, piénsese por ejemplo en aquellos en que se acuerde el sobresei-

miento provisional de la causa penal, como en aquellos otros en los que la causa finalice por sentencia sobre el fondo, consideramos que la efectividad del mandato de colaboración y auxilio a la Justicia e incluso su propio funcionamiento eficaz en el ámbito penal, exige no solo esa obligación legal y constitucional de acatar las resoluciones judiciales, sino también la seguridad jurídica de que dicha colaboración eficaz será retribuida en su costo real.

Por ello, estima el Tribunal Supremo que los gastos de búsqueda del cuerpo del delito tras haber acatado una empresa la resolución judicial que acordaba en tal sentido, deben ser satisfechos por la Administración, en este caso autonómica, según el Decreto de transferencias de competencias y servicios a que se ha hecho referencia, pues constituyen más que gastos de la instrucción de la causa en el sentido previsto en el artículo 241 de la LE-Crim., gastos necesarios para el funcionamiento, puesta en marcha y consecución de los objetivos que deben predicarse de toda Administración de Justicia.

3.7. La inclusión de estos gastos en las costas judiciales

Aunque se recoge por el Tribunal Supremo que estos gastos lo son para el buen funcionamiento de la justicia, no se excluye, sin embargo, que se puedan incluir en las costas judiciales. Y, así, se apunta que

lo anterior no obsta, sin embargo, a que tales gastos puedan ser incluidos en las costas del proceso penal. Dichos costes pueden ser conceptuados como costas. Y se citan el artículo 124 del Código Penal y el 241 de la LECrim.

Así pues, el artículo 124 del Código Penal incluye en las costas los «derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales» y no hay dificultad en entender que al prestar una obligada colaboración con la instrucción judicial con la búsqueda del cuerpo de la víctima, la mercantil ha generado unos derechos de pago por los servicios prestados que pueden ser incluidos en las costas.

Todavía menos problemas interpretativos plantea el artículo 241 de la LECrim., al incluir su apartado 4.º en las costas «los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa», lo que sin duda permite comprender en las costas gastos generados por una labor de búsqueda ordenada por el órgano judicial.

Con ello, la cuestión es determinar que:

1. Se trata de gastos para el funcionamiento de la justicia.
2. No debe haber inconveniente en incluirlo en las costas judiciales.

La cuestión clave de este escenario es, pues, determinar quién tenía que soportar el riesgo de que:

- a) Se archivara la causa tras haber llevado a cabo la empresa privada las tareas de búsqueda y, en consecuencia, haber tenido el gasto.
- b) Se dictara condena pero el condenado fuera insolvente, y aunque se incluyeran estos gastos en las costas el condenado no pudiera pagarlos –y más en casos de un coste tan elevado como este–, y con el gasto realizado la empresa se quedara sin cobrar.
- c) ¿Corre el riesgo de no cobrar luego la empresa o la Administración cuando es un gasto para el buen funcionamiento de la justicia?

Recuerda el Tribunal Supremo que

en este mismo sentido se pronunció la Sala Segunda de este Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2013 (recurso de casación 10145/2012 P, fundamento de derecho decimoquinto.4). En todo caso, habrá de ser el órgano judicial sentenciador el que determine si unos determinados gastos han de ser considerados costas en el asunto concreto de que se trate.

Importante es, pues, mantener, también, como puntualiza el Tribunal Supremo que

no es contradictorio sostener que gastos como los referidos puedan ser comprendidos en las costas, lo que no invalida ni es contradictorio con afirmar que tales gastos hayan de ser asumidos tan pronto como se producen por la Administración pública responsable para garantizar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

Pero es claro, también, que dicha Administración podrá repercutir tales gastos en las costas si se produce condena en costas y el órgano judicial considera que tales gastos han de ser efectivamente comprendidos en las costas. A tal objeto la Administración habrá de dirigirse al órgano judicial sentenciador solicitando que le sean compensadas las cantidades abonadas en su momento y deberá estar a la decisión judicial sobre la inclusión o no de tales gastos en las costas atendiendo a las concretas circunstancias del caso.

Pues bien, por las razones expuestas el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación formulado por la comunidad autónoma y declara el derecho de la mercantil a que le sea abonado directamente y sin más trámites por la Administración la cantidad reclamada, más los intereses correspondientes.

De todos modos, como se ha expuesto, se deja abierta la vía de que la comunidad autónoma pueda dirigirse al órgano judicial penal para reclamar la inclusión en las costas de la cantidad abonada por la realización de las tareas de búsqueda realizadas.

Por ello, se fija criterio por el Tribunal Supremo, en el sentido de declarar que:

Los trabajos realizados como consecuencias de diligencias acordadas en una investigación criminal y ordenadas por la autoridad judicial instructora del proceso penal han de considerarse gastos de funcionamiento de la Administración de Justicia, que deben ser satisfechos en todo caso por la Administración competente en materia de justicia, ello sin perjuicio de que dicha Administración pueda luego solicitar al órgano judicial su inclusión en las costas, sobre lo que dicho órgano habrá de resolver en atención a las circunstancias del caso.

3.8. *I*ter a seguir en estos casos

En estos casos, pues, el *iter* a seguir será el siguiente:

1. Solicitud del órgano judicial instructor de unas diligencias en las que se investiga un delito a una empresa que disponga de determinados medios para llevar a cabo una concreta tarea. También será posible que el órgano judicial se dirija directamente a la Administración competente en materia de justicia a raíz de la fijación de criterio por esta sentencia, a fin de que sea la Administración la que pueda definir quién es la empresa que se encargará de la realización de esta tarea. Ahora bien, todo ello debe hacerse con la máxima agilidad posible, por lo que el órgano judicial podrá dirigirse a la Administración competente, recordando el criterio de la STS 179/2022 de 14 de febrero de 2022, a fin de conceder plazo razonable para esa designación, advirtiendo que transcurrido el cual se procederá a la designación directa por el órgano judicial, debiendo correr la citada Administración competente en materia de justicia con los costes económicos que resulten de esta intervención.
2. Por ello, una vez que la Administración ha contestado y designado la empresa, esta se pondrá en contacto con el órgano judicial instructor para llevar a cabo las tareas que se precisen, lo cual implicará la presencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que serán las que también deberán comprobar dónde deben realizarse los trabajos por la empresa, ya que es la policía la que ha realizado la investigación policial, y puede tener cercado el lugar donde puede encontrarse el cadáver en su caso.

Si la Administración ha dejado transcurrir el plazo, ya podrá el juez de instrucción proceder a la designación de la empresa que se encargará de realizar las tareas correspondientes.
3. Una vez realizada la actividad por la empresa, se le comunicará a la misma (aunque ya se le puede advertir con anterioridad) que pase los gastos derivados de la obra a la Administración competente para el pago.

4. Una vez verificado el pago la Administración competente, podrá interesar ante el órgano de enjuiciamiento que se incluya el coste de lo abonado por esta en las costas del proceso, al objeto de que sea abonada esa factura por el condenado en las costas procesales, siendo acreedora de ello la Administración pública.

Este sería el *iter* a seguir, a raíz del dictado de esta sentencia, a fin de escalonar de una manera ordenada el camino que debe seguirse en estos casos, en donde se ha exigido a una empresa particular su colaboración en unas tareas difíciles, no solo desde el plano material y económico, por el coste que siempre puede suponer estar varios días con muchos operarios y material y medios para realizar estas tareas, sino por el plano humano de la urgencia, que existirá cuando se trata de casos de crímenes y se trata de buscar un cadáver, y encontrar dónde está, lo que si el investigado no da muchas señales, puede convertir en larga las tareas de búsqueda, y, por ello, muy costosa económicamente la misma.

Incluso, no vemos desacertado, a la vista de la sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo antes citada, que la empresa adjudicataria, de llevar a cabo estas tareas solicite una provisión de fondos a la Administración si se trata de una tarea costosa, ya que la empresa privada no puede iniciar los trabajos a ciegas, ya que esos gastos de material y operarios los va a soportar directamente la empresa de su propio patrimonio, por lo que a raíz de esta sentencia, las comunidades autónomas con competencia en materia de justicia deberán disponer lo necesario para articular concretos protocolos de actuación cuando puedan darse estas situaciones.

Nótese que la situación actual de espiral de violencia exagerada está provocando la existencia de casos sumamente graves con crímenes que se están produciendo, y en donde, incluso, ante desapariciones de las víctimas y la necesidad de encontrar dónde se pueden localizar, se está recabando la actuación de empresas privadas para llevar a cabo tareas de desescombro, pero que, ante la inseguridad del lugar donde pueden estar los cuerpos, suelen emplearse bastantes semanas en trabajos que realizan empresas que sean requeridas por los jueces de instrucción para llevar a cabo esas tareas, y que, al tratarse, precisamente, de entidades privadas, es necesario que la Administración competente sea la que abone esta factura.

Ello nos remite a la importancia de la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos analizado, a fin de dejar claro cuál es el criterio, habida cuenta el interés casacional del recurso de casación y la fijación de la directriz a seguir en orden a determinar que sea la comunidad autónoma la que tenga asumida la competencia en justicia, o el Ministerio de Justicia en aquellos territorios donde no están transferidas las competencias, los responsables del pago de esas facturas.

Además, como antes hemos expresado, es conveniente que se fijen las directrices a seguir en estos casos, a fin de que los jueces de instrucción, tras la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, conozcan la sistemática a seguir y se fije por la Administración pública, incluso, un protocolo acerca del trámite que debe seguirse ante la claridad de que debe



ser la Administración pública la que satisfaga estas facturas y el procedimiento a seguir por elección de la encargada de llevar a cabo la actuación concreta, siendo elegida, bien por la Administración, bien por el órgano judicial.

En todo caso, lo que está claro y meridiano es que es la Administración pública la responsable del pago de esas facturas y que posteriormente podrá solicitar del órgano judicial, como hemos expresado, la inclusión en las costas judiciales de los conceptos y partidas que ha tenido que satisfacer la Administración a la empresa que ha llevado a cabo esas labores de búsqueda de los cuerpos. Nótese que las víctimas y sus familiares no pueden ser más víctimas aun, con las dificultades que pueden existir a la hora de encontrar los cuerpos, con lo que es preciso no establecer más esperas en estos casos y dejar claro el criterio que se ha seguido a la hora de que la Administración abone estas facturas, ante una necesidad de que las empresas que dispongan de medios para llevar a cabo esta búsqueda de cuerpos en casos concretos de crímenes puedan llevarlo a cabo con rapidez y sin dilación alguna, para facilitar las labores de investigación en casos de crímenes u otros delitos graves que precisen la colaboración de estas empresas privadas.

La publicación de un tuit anterior a la fecha formal de adjudicación anticipando la futura adquisición de un suministro no vulnera el principio de transparencia

Jaime Pintos Santiago

Profesor doctor de Derecho Administrativo.

Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA

Socio-director del Despacho Jaime Pintos Abogados & Consultores

jpintos@jaimepintos.com | <https://orcid.org/0000-0002-1622-5162>

Roberto Carrodeguas Méndez

Funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional

Especialista en contratos públicos

robertocarrodeguas10@hotmail.com

La resolución

Recurso especial interpuesto por D.^a N. G. T. y por D. F. J. M. A., en nombre y representación de Banco Santander, SA, contra la adjudicación de la licitación para contratar el «suministro, en régimen de arrendamiento, de 942 turismos radiopatrulla tipo Z, de gasolina e híbridos con sus kits policiales y kilometraje ilimitado para la Dirección General de la Policía (para la adquisición de 300 vehículos de motorización híbrida. Lote 2)», convocada por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

La Resolución núm. 631/2020 de 21 de mayo de 2020 decidió desestimar el recurso especial interpuesto contra la adjudicación de la licitación convocada, conformando íntegramente su legalidad, sin apreciar mala fe o temeridad en su interposición.

El recurso somete a decisión del tribunal distintos motivos de impugnación. En lo que a este comentario interesa, se aprecia el alegato de la falta de transparencia en el proceso de contratación con infracción del artículo 132.1 de la LCSP.

A este respecto, la recurrente sostiene que el procedimiento seguido ha sido irregular en la medida en que, antes de que se adoptara el acuerdo de adjudicación, ya se había publicado en la cuenta de Twitter de la Policía la adquisición de los turismos de los dos lotes del contrato de suministro.

Por esta irregularidad, la recurrente considera que procede anular el expediente y volverlo a tramitar, en la medida en que tanto el acuerdo de adjudicación como el de exclusión de su oferta se adoptaron sin la debida motivación.

Sobre esta alegación que se contiene en el escrito de interposición del recurso especial centraremos nuestra atención.

Argumentación del tribunal

Señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que la publicación anticipada del posible resultado de un contrato que todavía no ha sido adjudicado es poco afortunada, pero las publicaciones en cuentas de redes sociales no forman parte del proceso de contratación, y de su lectura no se deduce que su objeto sea informar de una adjudicación formal del contrato.

A mayor abundamiento, y desde la perspectiva temporal, cuando se publica el tuit aún no existe acuerdo formal de adjudicación, pero sí se ha adoptado por el órgano de contratación acuerdo de exclusión de dos de las tres ofertas presentadas al lote, habiendo solo una posible licitadora adjudicataria, de la que ya se ha adoptado con carácter previo a la controvertida publicación una propuesta de adjudicación.

Esta publicación prematura vía tuit, afirma el tribunal, no ha tenido influencia en la exclusión de la oferta de la adjudicataria, porque el tuit no equivale al acuerdo de adjudicación.

Por consiguiente, la adjudicación del contrato, así como la exclusión de la recurrente del proceso de licitación, se han adoptado en el curso del proceso de contratación con todas las garantías y con publicidad a través de la plataforma de contratación del sector público.

Consecuencias para la práctica

En los últimos años hemos contemplado un extraordinario avance en la utilización de las redes sociales por las Administraciones públicas, configurándose como un auténtico

instrumento de comunicación institucional que ha servido para impulsar un nuevo modelo de interactuar con la ciudadanía.

Evidentemente, la compra pública no se ha podido mantener ajena a este proceso de transformación digital de la sociedad civil, siendo cada vez más frecuente observar la utilización por los poderes adjudicadores de estos nuevos canales de comunicación (Facebook, Twitter, etc.) para difundir información sobre su actividad contractual.

De igual modo, la transparencia, como auténtico principio general de la contratación pública, se ha visto reforzada, tanto en la cuarta generación de directivas como en la LCSP. Los principios de objetividad y transparencia se reconocen entre los principios generales de actuación de las Administraciones públicas en los artículos 103 de la Constitución española y 3 de la Ley 39/2015, LPACAP, apareciendo también recogido, además de en el artículo 1, en otros preceptos de la LCSP respecto de los contratos.

La transparencia es una herramienta imprescindible en la lucha contra la corrupción. La existencia de procedimientos claros e iguales para todos, la ausencia de ambigüedad en las cláusulas contractuales, la no existencia de impunidad para los infractores, son argumentos en apoyo del establecimiento por la legislación europea de condiciones estrictas de participación en los contratos públicos, con rigurosos sistemas procedimentales y de control de la contratación pública.

Para garantizar el cumplimiento de este principio en el aprovisionamiento público se han articulado, a nivel normativo, diferentes medidas, como la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación, con la aparición de nuevas técnicas electrónicas de compra y publicidad, entre las cuales no figura la utilización de las redes sociales¹.

De ahí que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales concluya que «las publicaciones en cuentas de redes sociales no forman parte del proceso de contratación; sin que de su lectura se deduzca que su objeto sea informar de una adjudicación formal del contrato, siendo sus términos ajenos a calificaciones jurídicas que indiquen un anuncio formal de un acuerdo de adjudicación».

En todo caso, para el tribunal la actuación descrita constituye una irregularidad que no exige anular el expediente, aun cuando no se comparta «la idoneidad de hacer públicos datos de vehículos a incorporar mediante la suscripción de un contrato de suministro con carácter previo a la adopción del acuerdo de adjudicación de dicho contrato».

¹ Véase Pintos Santiago, J. (2020). El principio de transparencia y su imbricación con otros principios generales: la transparencia en las Directivas europeas y el perfil de contratante. En E. Díaz Bravo y J. A. Moreno Molina (Dirs.), *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*. Tirant lo Blanch.

Es obvio que nosotros no compartimos esta práctica, más de cara a la galería y a la obtención de un rédito difícil de objetivar, y aconsejamos, pese al resultado desestimatorio del recurso especial, ceñirse a la eficiencia y eficacia del procedimiento de contratación, al menos hasta que este haya llegado a su término y surta efectos.

Dolo civil y dolo penal en la contratación: delito de estafa

Adelaida Medrano Aranguren

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

Enunciado

José suscribió, en calidad de administrador de la entidad EEE Musicales, SL, con la denunciante Ana, quien lo hizo en calidad de administradora de la entidad PPP Producciones, SL, sendos contratos denominados de producción de espectáculos, en fechas, respectivamente, de 18 y 22 de abril de 2008, para la realización del concierto de varios artistas. Dicho acusado había suscrito ya con anterioridad otros dos contratos. El primero, en fecha 25 de febrero de 2008 con la entidad Spot. SL, como productora interesada en la celebración de un concierto con la actuación de un artista. Y, el segundo (contrato), en fecha 11 de febrero de 2008 con Miguel y con Rubén, representados en el acto de la suscripción, por la entidad Señor Lobo, SL, como productora interesada en celebrar un concierto con la actuación de Pereza. En los dos primeros contratos referidos, el acusado se comprometía, por un lado, al pago de la remuneración pactada en la cláusula segunda y, por otro lado, a la obtención, entre otras gestiones, de los permisos y licencias necesarios. Dichos conciertos, que habrían tenido lugar, respectivamente, los días 27 de abril y 10 de mayo de 2008, no se celebraron, por causas que no han quedado específicamente determinadas.

¿Puede esto constituir un delito de estafa o es un supuesto de dolo civil y, por lo tanto, de incumplimiento contractual civil?

Cuestiones planteadas:

- La distinción entre dolo civil y dolo penal en los incumplimientos de negocio jurídico.
- La especial diligencia exigible al perjudicado.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Resulta evidente que, cuando de negocios jurídicos se trata, no todos ellos pueden ser criminalizados para ser sancionados como estafa, sino que, de un parte, será necesario que se haya puesto de manifiesto el ánimo inicial de incumplir (STS de 20 de enero de 2004) por parte del sujeto activo y, por otro lado, que aparezca nítidamente instalado el dolo penal propio de dicha antijuridicidad, distinto (como ha establecido reiteradamente la doctrina jurisprudencial, como en la STS de 17 de noviembre de 1997) del civil como mero incumplimiento de dicha índole, que habrá de encontrar, en su caso, su correspondiente remedio en la norma de tal carácter.

Siendo que el artículo 248 del Código Penal exige, para entender que se ha producido el delito de estafa, la utilización por parte del sujeto activo, con ánimo de lucro, de engaño bastante para producir error en un tercero, induciéndole de tal manera a realizar un acto de disposición en perjuicio del mismo o de otro, habiendo requerido la doctrina jurisprudencial la presencia de tres elementos, el primero una acción engañosa –que vendría a constituir la *ratio essendi* de la estafa, conforme a las sentencias del TS de 19 de mayo y 6 de junio de 2000–, engaño que, debiendo ser bastante, podrá consistir en cualquier ardid o treta que utiliza el autor para inducir a error al sujeto pasivo; el segundo, antijuridicidad en la transmisión económica llevada a cabo con producción de un quebranto para el sujeto pasivo, y, el tercero, conciencia y voluntad de la acción engañosa llevada a cabo, consistente en un acto provocador de la equivocación o engaño que supone, por el contrario, el provecho o beneficio en el actor (ex sentencias de 24 de marzo y 6 de mayo de 1999), además del establecimiento (STS de 20 de diciembre de 2006 y SAP de La Rioja de 12 de diciembre de 2007) del correspondiente nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado; contrayéndose, exclusivamente, la cuestión en el presente caso a determinar si tal engaño se ha producido, engaño, que ha de ser, necesariamente, antecedente, precedente o concurrente (STS de 20 de diciembre de 2006), no *subsequens* o surgido después del incumplimiento (SAP de La Rioja de 12 de diciembre de 2007) y que debe ser adecuado, eficaz, suficiente y bastante (STS de 13 de abril de 2010).

Ha dicho el Tribunal Supremo –en sentencia número 95/2012, de fecha 23 de febrero de 2012– que, en efecto –como recuerdan, entre otras, las STS de 5 de octubre de 2011, 23 de septiembre de 2009 o 25 de junio de 2007–, el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado, y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La doctrina del mismo (sentencia de 17 de noviembre de 1999 y sentencia de 26 de junio de 2000, entre otras) considera como engaño «bastante», a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias

concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado. Indica la STS de 16 de octubre de 2007 que, en sede teórica, como indica la STS de 17 de noviembre de 1997,

la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil, en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles.

En definitiva, la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la «sanción» existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de intervención mínima que lo inspira.

La STS núm. 104/2012, de 23 de febrero ha reiterado que debe recordarse –como tiene declarado en sentencias de 29 de septiembre de 2000, 22 de octubre de 2003, 25 de junio de 2007, 25 de junio de 2009, 22 de octubre de 2009 o en sentencia de 16 de julio de 2010– que el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genere un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado, y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. Su doctrina –sentencia de 17 de noviembre de 1999 y sentencia de 26 de junio de 2000, entre otras– considera como engaño «bastante», a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

De otra manera, como dice la STS de 13 de mayo de 2005, para que concurra la figura delictiva de que se trata resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación. Al respecto existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse (por todas, SSTS 580/2000, de 19 de mayo

y 1012/2000, de 5 de junio). Por ello, ha declarado el Tribunal Supremo, a estos efectos, que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso, ante un dolo *subsequens*, que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Solo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo (STS de 8 de mayo de 1996) debe preceder, en todo caso, a los demás elementos del tipo de la estafa.

Añadiendo la jurisprudencia que, si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe –STS de 13 de mayo de 1994–. Así, la criminalización de los negocios civiles y mercantiles se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo *subsequens* del mero incumplimiento contractual (sentencias, por todas, de 16 de agosto de 1991, 24 de marzo de 1992, 5 de marzo de 1993 y 16 de julio de 1996). Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad de realización.

A este respecto, debe recordarse que el engaño bastante que reclama el tipo debe entenderse como el idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude –*vid.* por todas, SSTS 483/2012, de 7 de junio, 822/2014, de 14 de octubre–.

Error que no puede medirse exclusivamente en términos psicológicos, como estado de ignorancia o de conocimiento manipulado del sujeto pasivo, sino que debe revestir también, y como apuntábamos, relevancia normativa. Pero ello no se traduce en que para medir la idoneidad solo pueda acudir a módulos *ex ante* estandarizados de tipo objetivo o relacionados con la potencialidad engañosa para el «ciudadano medio». También, a salvo un ries-

go efectivo de indebida desprotección penal, deben tomarse en cuenta las circunstancias concretas y reales del sujeto pasivo que hayan sido conocidas o reconocibles por el autor.

Este contenido ampliado de la dimensión normativa del error permite, por un lado, frente a la fórmula tradicional que incide exclusivamente en un pronóstico objetivo de idoneidad engañosa, una mejor individualización de las específicas características personales y coyunturales en que se encuentra la víctima y rodean el desarrollo del hecho típico, atendida, además, la naturaleza relacional del delito de estafa. Y, por otro, sugiere una mejor protección frente a aquellos comportamientos engañosos que abarcan situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima, ya sea por su sugestionabilidad al engaño, ya sea por la dificultad concurrente para desarrollar conductas activas de autoprotección.

Las relaciones sociales y mercantiles también se desarrollan mediante fórmulas de confianza en los demás indispensables, por otro lado, para el tráfico jurídico y económico. Sin que pueda exigirse, como se afirma en la STS 319/2013, de 3 de abril, « actitudes de extrema y sistemática suspicacia y sospecha en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o transacción».

No hay previsión normativa alguna que establezca que la norma penal solo protege a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas –*vid.* STS 832/2011 (NCJ055868)–. En el caso, reiteramos, el engaño fue bastante. Su sofisticada ideación y ejecución, muy lejos de lo burdo que reclama esta sala para excluir su relevancia –*vid.* STS 726/2018, de 29 de enero–, fueron suficientes para provocar el error en la mercantil perjudicada y obtener la consumación del fin propuesto.

Es posible que el legal representante de la perjudicada por los hechos objeto de este proceso no activara cautelas especialmente diligentes de autoprotección, pero, situacionalmente, no identificamos, de contrario, negligencia gravísima, descuido indolente, intenciones secundarias o fiduciarias de desprotección, planos ocultos con causa torpe o ilícita, que justifique no concederle la protección penal pretendida mediante la acción ejercitada. Actuó engañado, pero eso lo que prueba precisamente es la eficacia, en el caso, del ardid engañoso generado por la recurrente.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 248.
- SSTS, Sala 2.^a, de 29 de junio de 2017, 5 de abril de 2018, 11 de marzo de 2021 y 7 de octubre de 2021.

Uso de la vivienda común y contribución a las cargas de la vivienda de cónyuges divorciados

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

D.^a A y D. B ponen fin a su matrimonio, y mediante convenio regulador, aprobado por el juzgado, se determinó uso y disfrute del domicilio conyugal (propiedad de ambos), adjudicándose a D.^a A hasta la mayoría de edad de la hija del matrimonio, que la alcanzo el día 1 de enero del presente año.

D. B ofreció a su exesposa adquirir la cuota de la vivienda o bien venderle la suya, y cuestionó la permanencia en la vivienda una vez transcurrido el plazo para el uso y disfrute. También le informó de que interpondría la acción solicitando la división de la vivienda común contra la que fue su esposa en relación con la vivienda mencionada, así como una reclamación de cantidad para el reembolso de cantidades referidas al IBI, seguro del hogar, gastos de comunidad y derramas ordinarias posteriores a la demanda.

D.^a A comunicó a su exesposo que se opondría a dicha solicitud y D. B que en ese caso le reclamaría, por el uso exclusivo de la vivienda, con una cantidad que reflejara la mitad de la renta que procediera respecto de un arrendamiento de una vivienda de similares características.

Cuestiones planteadas:

1. Comunidad de bienes: uso de la cosa común y contribución a las cargas de los bienes por los copropietarios.
2. Jurisprudencial aplicable al caso.
3. Conclusión.

Solución

1. La cuestión suscitada en el caso que se propone es objeto de resoluciones judiciales en la práctica, incidiendo en el pago de las cuotas de la comunidad, así como en el uso que le corresponde a un comunero en el uso de la cosa común.

Es habitual en la práctica forense la existencia de litigios derivados de este tipo de cuestiones, en muchos casos derivadas de relaciones matrimoniales que finalizaron con el divorcio y con la disolución del régimen económico matrimonial consistente en un régimen de sociedad de gananciales, discutiendo aspectos iguales o muy semejantes a los que se presentan en el caso práctico propuesto.

La legislación aplicable a este tipo de situaciones se encuentra regulada en el Código Civil en los artículos referidos a la comunidad de bienes, así como en algún artículo de la Ley de propiedad horizontal (LPH). El artículo 393 del Código Civil referente a la comunidad de bienes señala que «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas».

Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad».

Por un lado, el artículo 394 del CC dispone que «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho».

Asimismo, el artículo 395 dice que «todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Solo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio. El artículo 398 recoge que «para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes».

Asimismo, el artículo 9.1 de la LPH dice que:

Son obligaciones de cada propietario:

- e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.
- f) Contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de participación, a la dotación del fondo de reserva que existirá en la comunidad de propietarios para atender las obras de conservación, de reparación y de rehabilitación de la finca, así como

la realización de las obras de accesibilidad recogidas en el artículo Diez.1.b) de esta Ley.

2. Las partes enfrentadas, D. B y D.^a A, mantienen posturas opuestas respecto de los gastos derivados de la propiedad del inmueble, sin embargo, la doctrina jurisprudencial resuelve el posible enfrentamiento judicial entre los copropietarios del inmueble.

En relación con la contribución a las cargas derivadas de la propiedad del inmueble, la STS, Sala Civil, 399/2018 de 27 de junio, rec. núm. 298/2016, siguiendo la doctrina previamente establecida, ha mantenido la distinción entre gastos que se derivan del uso del inmueble y gastos correspondientes a la propiedad del inmueble. Respecto de los primeros (como son los referidos a servicios de luz, agua, gas, teléfono, etc.), lógicamente han de ser asumidos por el cónyuge usuario, si bien una parte proporcional habría de ser computada como gasto de los hijos, a los efectos de la fijación de la pensión de alimentos. En relación con los gastos derivados de la propiedad, como son los de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles, que tienen carácter *propter rem*, corresponden al propietario. A falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas, ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble. La cuestión aparece clara en relación con los impuestos que gravan el inmueble, como es el IBI (STS 563/2006, de 1 de junio, rec. núm. 4097/1999).

En cuanto a los gastos de comunidad, la Sala Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia 373/2005, de 25 de mayo (NCJ050168), señala que

la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a estos no solo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento; se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos.

Dicha doctrina ha sido seguida, entre otras, por la Sentencia de esta sala 588/2008, de 18 junio (NCJ048474), y de la misma cabe extraer que, salvo previsión expresa en contrario en la sentencia que fija las medidas definitivas, los gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar han de ser a cargo de la sociedad de gananciales cuando sea titular de la misma con independencia de a quien se haya atribuido el uso tras la ruptura matrimonial.

Por tanto, en el presente caso queda claro que D. B, no constando la existencia de un pronunciamiento del juzgado de familia atribuyendo el pago, debe estimarse que tiene razón cuando dice que D.^a A debe contribuir como propietaria del 50 % del inmueble a la mitad de esos gastos, todo ello sin perjuicio de las acciones que pudiera interponer. Al ser el pro-

pietario están obligados a pagar las cuotas de la comunidad de propietarios y otras que se impongan por razón de la propiedad del inmueble.

También D.^a A y D. B mantienen posturas opuestas en relación con el uso que corresponde a cada comunero en la cosa común.

La STS, Sala Civil, 93/2016 de 19 de febrero (NCJ060968), siguiendo la doctrina reiterada, expone que:

1. El artículo 394 CC atribuye a cada comunero, siempre que respete los límites que el mismo precepto establece –entre los que no se encuentra el de que la extensión e intensidad del uso sea proporcional a la propia cuota–, la facultad de servirse o usar plenamente la cosa común. Cabalmente eso es lo que quieren expresar tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta sala cuando afirman que el artículo 394 del CC establece el «uso solidario» de la cosa común: Sentencias 230/1991, de 23 marzo; 176/1996, de 4 de marzo (rec. núm. 2440/1992); 510/2007, de 7 mayo (rec. núm. 2347/2000), y 700/2015, de 9 de diciembre (rec. núm. 2482/2013).

En consecuencia, si un comunero usa la cosa común respetando los límites del artículo 394 del CC, el otro o los otros comuneros no pueden impedirselo por el mero hecho de que aquel la use el solo, o de que –teniendo, por ejemplo, todos ellos cuotas iguales (art. 393.II CC)–, aquel la use más que el otro u otros. El mero hecho de que el referido uso de la cosa común sea el único, o de que sea proporcionalmente mayor que la propia cuota, no justifica el ejercicio por el otro u otros comuneros de remedios procesales para poner fin al mismo (reivindicatoria, desahucio, interdictos), ni lo convierte en un uso ilícito que justifique una acción de resarcimiento, ni en un uso sin causa que permita fundar una acción de enriquecimiento injusto.

Los límites, establecidos por el artículo 394 del CC, de que el uso por cada comunero de la cosa común sea «conforme a su destino» y de que no «impida a los copartícipes utilizarla según su derecho», no plantean problemas difíciles de interpretación jurídica. Ese «destino» de la cosa común (que podrá ser más de uno) será el pactado expresa o tácitamente por los comuneros, o el que sea conforme a la naturaleza de la cosa, o, por utilizar palabras del artículo 1695.2a del CC, a la «costumbre de la tierra». Y –como han dejado establecido las sentencias de esa Sala 78/1987, de 18 de febrero, 764/1996, de 2 octubre (rec. núm. 3440/1992), y 354/1999, de 30 abril (rec. núm. 3339/1994), y reiterado las ya mencionadas sentencias de 7 de mayo de 2007 y 9 de diciembre de 2015– es sin duda contrario a derecho que un comunero utilice la cosa común de un modo excluyente: que impida el ejercicio por el otro u otro de los partícipes de su igual facultad de uso solidario; que, en palabras del artículo 1695.2a del CC, «impida el uso a que tienen derecho sus compañeros».

Mayores dificultades interpretativas plantea el límite de que el uso por cada partícipe de la cosa común «no perjudique el interés de la comunidad»: las dificultades pro-

pias de cohonestar la facultad de uso solidario a que se refiere artículo 394 del CC con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 398 del CC, a cuyo tenor: «Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes».

Ciertamente, hay que partir de la afirmación de que el ejercicio por un partícipe de la facultad de uso solidario de la cosa común que le reconoce el artículo 394 del CC no está condicionado a que exista un previo acuerdo de la mayoría de comuneros, conforme al artículo 398 del CC, que así lo autorice.

Con base en la natural presunción de que el «interés de la comunidad» coincide con el interés de la mayoría (de cuotas) de los comuneros y de que la mayoría es el intérprete del interés de la comunidad, puede aceptarse la tesis que deberá presumirse ilícito el uso por un comunero de la cosa común que contravenga una previa reglamentación específica del uso de la cosa común acordada por la mayoría. Pero para añadir de inmediato que la exclusión por la mayoría de la facultad de uso solidario, estableciendo por ejemplo un uso por turnos o por zonas, solo será admisible, y no implicará vulneración del artículo 394 del CC, cuando venga claramente exigida (por el destino de la cosa o) por el «interés de la comunidad», por darse una situación de hecho como la descrita por la ya mencionada Sentencia de 23 de marzo de 1991, a cuyo tenor, «si bien el artículo 394 del CC no condiciona el uso de la cosa común por cada condueño nada más que a que dicho uso no impida a los copartícipes usarla según su derecho, lo que, en principio, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de cada uno, ello no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común, lo que no ocurre, cuando, como en el caso a que se refiere este recurso, se trate de vivienda o chalé, pues el uso indiscriminado y promiscuo por todos los condueños (que además están enemistados), aunque sea con carácter temporal hasta que se lleve a efecto la disolución de la comunidad, supondría la creación de una previsible fuente de conflictos y discordias».

La STS, Sala Civil, de 9 de diciembre de 2015, lo establece de la manera siguiente: «La aplicación de turnos de ocupación con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes será considerada como una fórmula justa aplicable a los casos de comuneros de viviendas cuando no sea posible o aconsejable el uso solidario o compartido y la comunidad o algún comunero así lo inste».

No existiendo una situación como la que acaba de describirse, la supresión permanente de la facultad de uso solidario de la cosa común requerirá el acuerdo unánime de los comuneros. La mayoría solo podrá impedir el ejercicio de dicha facultad temporalmente, en términos en que tal impedimento pueda calificarse de «acto de administración» en el sentido del artículo 398.I del CC –en los mismos términos, para mantener la consistencia valorativa, en los que pueda considerarse «acto de administración», competencia de la mayoría, el arrendamiento a tercero de la cosa común–; y sometido ese acuerdo mayoritario al control judicial de lo

«gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común» que prevé el párrafo tercero del mismo artículo 398 del CC.

Hay que sostener, que, a falta de acuerdo válido de reglamentación específica del uso de la cosa común, no incumbe al comunero imponerse a sí mismo el límite del que su uso «no perjudique el interés de la comunidad». Con la consecuencia de que, «si el partícipe viene usando más que los demás, aunque tal uso fuera incompatible con el de los otros, eso por sí solo no lo convierte en un uso sin causa, sin justificación e ilícito, de modo que pueda dar lugar a una acción de enriquecimiento o de resarcimiento del daño. Para ello parece necesario infringir una reglamentación específica del uso, o un requerimiento –caso de no existir aquella– del comunero lesionado por uso incompatible con su derecho».

A la luz de lo anterior, se comprende bien la duda de la doctrina científica acerca de si lo que el artículo 394 del CC concede a cada comunero es un derecho en sentido propio, resistente a la mayoría, o una mera facultad, ciertamente no excluyente de la misma facultad de los demás partícipes, y que no permitiría fundamentar pretensiones de que los demás comuneros hagan o dejen de hacer algo. Cabría pensar –ha escrito el mismo autor antes citado– que la norma del artículo 394 del CC «es solamente una manifestación del principio *quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur*». En opinión de esta sala, es algo más que eso: más de lo que ya resultaría de aplicar a los comuneros, respecto del uso por cada uno de la cosa común, lo dispuesto en el artículo 7.1 del CC. Pero resulta en cualquier caso seguro que habrá de rechazarse –por aplicación de cualquiera de los mencionados artículos– toda pretensión de un comunero de limitar el ejercicio por otro de la facultad de uso solidario, cuando el concreto uso de que se trate beneficie a este y no cause a aquel ningún perjuicio relevante.

3. Conclusión.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial debe tenerse en consideración lo siguiente:

- a) D.^a A tenía el uso exclusivo de la vivienda derivado de una situación anterior legítima, como es el convenio regulador del divorcio, que aprobado judicialmente otorgaba el uso exclusivo hasta la mayoría de edad de su hija.
- b) D. B no tiene derecho a compensación o indemnización alguna derivado de ese uso exclusivo.
- c) D.^a A no ha franqueado los límites del artículo 394 del CC, ni el uso que ha venido realizando es ilícito o sin causa, que no puede generar una acción de resarcimiento o de enriquecimiento injusto.

Por otro lado, una reclamación como la que quiere realizar D. B para reclamar los gastos ordinarios y derramas de la vivienda frente a D.^a A sería, si se interpusiera, estimada por el tribunal correspondiente.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 7.1 393, 394, 395 y 398.
- Ley 49/1960, de 21 de julio (LPH), art. 9.1 e) y f).
- SSTS, Sala de lo Civil, 373/2005, de 25 de mayo; 9 de diciembre de 2015; 93/2016, de 19 de febrero, y 399/2018, de 27 de junio.

Acceso a la función pública. Igualdad en la realización de pruebas selectivas e impugnación

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Enunciado

Doña Faustina interpuso recurso contencioso-administrativo, tramitado posteriormente, por los trámites del recurso ordinario, el 8 de diciembre de 2018 ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, frente a la Orden JUS/XXX/2018, de 4 de octubre, por la que se publica en el BOE la relación definitiva de aprobados del proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre en el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, convocado por Orden JUS/XXX/de 2017, de 24 de noviembre, dimanante a su vez de la Orden JUS/875/de 2017, de 8 de septiembre, publicada en el BOE de 18 de octubre. En dicha orden no apareció doña Faustina. Solicita la anulación de la misma por vicios de invalidez ocurridos en relación con el segundo ejercicio en la modalidad de «velocidad».

Es de hacer constar que debido a unas nevadas intensas e inesperadas, como consecuencia del fenómeno meteorológico conocido con el nombre de «Virtudes», en cuanto a su intensidad y duración, que se produjeron los días 3 y 4 de octubre de 2018, se produjo tal acumulación de nieves alrededor del inmueble en el que residía doña Faustina, que se quedó aislada en el mismo ella y su familia, sin electricidad ni conexión alguna, y sin que pudieran salir al exterior hasta el día 8 de diciembre, en que, finalmente, fueron rescatadas por el servicio de bomberos de la ciudad.

El letrado de la Administración de Justicia, el día 8 de diciembre de 2018, notificó a doña Faustina que admitía su recurso, porque aún no se le había notificado la caducidad del derecho a presentarlo.

Declarándose incompetente el Juzgado Central núm. XX, a quien se había sido repartido el asunto, mediante providencia, en la que no se hizo constar el recurso que cabía contra la misma, de 26 de febrero de 2019, fueron remitidas las actuaciones a la Sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional.

Los hechos consistieron en que doña Faustina participó en el proceso selectivo en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia, en el que se convocaban 210 plazas. En el primer ejercicio obtuvo una nota de 90,75 puntos (siendo el mínimo para aprobar 87,75 en ese ámbito territorial, según el acuerdo adoptado a tal efecto por el tribunal calificador único); en la segunda prueba de este obtuvo 35 puntos (siendo el mínimo para aprobar 20); y en el ejercicio de carácter práctico escrito y eliminatorio obtuvo 25 puntos en el apartado «formato» (nota mínima 22, según acuerdo de 23 de julio de 2018 del tribunal calificador) y 16,7 puntos en el apartado «velocidad» (siendo el mínimo 17,44), con un total de 41,7 puntos. Consta en las actuaciones que la reclamante realizó su examen el día 30 de junio de 2018 en el turno de las 11 horas, siendo vigilante y miembro del tribunal de la prueba, en el aula que ocupaba, la funcionaria doña Marisol.

Se produjo un escrito de esa misma fecha firmado por la aspirante y por doña Marisol en el que la opositora explica que, encontrándose realizando la 2.^a parte de la 2.^a prueba, consistente en reproducir en ordenador/procesador de textos un texto en Microsoft Word con los requerimientos de presentación que el tribunal había determinado, con una duración máxima de 15 minutos, con las máximas pulsaciones posibles con el objetivo de reproducir así la mayor parte posible del texto objeto de examen, durante el periodo de realización otorgado para el examen la pantalla se vio repentinamente ocupada por una actualización de Windows 10, que invisibilizaba el documento en el que se realizaba el examen, imposibilitando su continuación. En el documento, se expresa literalmente:

Esto supone una pérdida adicional de tiempo de alrededor de un minuto, desde que aparece la ventana de actualización en la pantalla, hasta que uno de los responsables de vigilancia del examen me atiende y me elimina la ventana de actualización. La pérdida de un minuto supone una pérdida de pulsaciones importante, además de lo que supone este tipo de incidencia en mitad de un examen para el estado de ánimo del opositor. Según me informa la persona que me atiende en esta incidencia, se añaden 30 segundos adicionales a todos los opositores.

La funcionaria doña Marisol afirmó que efectivamente era la vigilante y presidente de ese tribunal, si bien mantiene que la opositora perdió «10 segundos como mucho», aunque no midió el tiempo exactamente con ningún cronómetro o aparato similar, ni se hizo, tampoco, por ninguno de los responsables de vigilancia del examen allí presentes. La funcionaria,

doña Marisol, firmó el documento donde se dice que perdió alrededor de un minuto, y que ella concedió a todos los opositores 60 segundos más, porque le había saltado, igualmente, a otros 4 o 5 opositores; si bien, ese tiempo adicional no era determinante a su juicio.

La razón por la que adoptó tal solución la justificó porque la entendió como la más sencilla y más rápida. A la vista de lo acaecido, la demandante realizó dos reclamaciones los días 4 de julio y 27 de julio de 2018 al tribunal, con el fin de que se pudiera solucionar la incidencia, alegando la importancia de haber perdido un minuto en una prueba de velocidad que duraba 15 minutos. Sin embargo, no obtuvo respuesta, siendo excluida de la relación de aprobados, al no obtener el mínimo exigido. Consta en el expediente que el último de los opositores que aprobó este segundo ejercicio en el ámbito del Ministerio de Justicia en el que participaba la demandante obtuvo en esta prueba un total de 41,77 puntos, y la recurrente había obtenido 41,76. En la relación de aprobados el opositor con una puntuación más baja aprobó con 168,93 puntos. La demandante tenía un total de 168,90 que, tal y como se ha expresado, no era suficiente para aprobar, ya que el segundo y último ejercicios era eliminatorio y no consiguió el mínimo.

Con el escrito de interposición del recurso no se acompañó el documento acreditativo de la representación de la recurrente. Pero se subsanó la falta de poder del procurador con posterioridad a la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y transcurrido el plazo de interposición, siendo su otorgamiento *apud acta*, y, a tal efecto, fue requerido por el letrado de la Administración de Justicia.

Tramitado el proceso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de conformidad con la oposición realizada por la Abogacía del Estado, dicta sentencia desestimando el recurso presentado por doña Faustina. Por su parte, notificada esta de la sentencia, encarga a su letrado que realice las actuaciones pertinentes para interponer el recurso de amparo constitucional, solicitando, además, la suspensión del proceso selectivo, en el sentido de que no se realizara el curso formativo posterior de los opositores aprobados y demás trámites siguientes a solicitar sus destinos.

En el trámite oportuno, al Ministerio Fiscal se opone a la demanda alegando que no constan en el expediente las razones de hecho que la demandante alega, ni en vía administrativa la parte hoy demandante alegó ni aportó prueba (ni indicio alguno) de lo que mantiene, por lo que no resulta acreditado. Pero es que, además, tampoco afirma la parte demandante haber solicitado ampliación alguna del plazo ni, lo que resulta determinante, se acredita tampoco que el supuesto retraso de 60 segundos respecto de los demás opositores le hubiera supuesto finalmente la no superación del conjunto de ejercicios de la oposición ni, en particular, de aquel ejercicio se dice que se habría producido el mencionado incidente. Esto es, para la estimación de la demanda, no solo se exigiría que se hubiera producido el referido incidente y que no fuera imputable a la parte hoy demandante, sino que la hoy demandante hubiera en su caso solicitado aquella prórroga de tiempo a la que se creyera con derecho y de que, no habiéndosele concedido, hubiera ello determinado que no supe-

rarse el ejercicio. Pero ni se acredita nada de lo primero ni siquiera se afirma o invoca esto último. De este modo, la ampliación del plazo de examen en 60 segundos para todos los aspirantes, incluida la demandante, no habría supuesto discriminación alguna, sino ventaja para todos, no pudiéndose considerar un caso de discriminación mientras no se identifique y acredite un supuesto de comparación en que el trato haya sido diferente.

Cuestiones planteadas:

1. Con anterioridad al recurso contencioso-administrativo, ¿pudo o debió interponer algún otro recurso/os contra la decisión del mismo u de otro órgano administrativo? ¿Está el recurso presentado en plazo? ¿Tenía razón en lo que el letrado de la Administración de Justicia le notificó respecto a la admisión del recurso porque no se le había notificado, aún, la caducidad de su derecho?
2. ¿Resultó ajustado a derecho la declaración de incompetencia del Juzgado Central? Si no fuera así, ¿qué recurso cabría? ¿Qué consecuencias puede tener el hecho de que en la resolución no se hiciera constar el recurso que cabe contra la misma?
3. ¿Qué cuantía tendrá este procedimiento? ¿Quiénes tendrán la consideración de parte demandada en este proceso? ¿Deberá, en este caso, procederse a la publicación en el BOE del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo?
4. ¿Cuáles serán todas las modalidades de recursos, hasta agotar todas las instancias, que, en su caso, podría haber utilizado la interesada para la defensa de sus intereses?
5. ¿Es posible subsanar la falta de poder del procurador con posterioridad a la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y transcurrido el plazo de interposición, cuando su otorgamiento se efectúa *apud acta* y, a tal efecto, es requerido por el letrado de la Administración de Justicia, dada la redacción del artículo 24.3 de la Ley de enjuiciamiento civil de que ha de acompañarse la representación con el primer escrito?
6. ¿Qué artículos, y de qué normativa, podrían alegarse vulnerados por la interesada, a tenor del relato de hechos? (no hace falta profundizar en los motivos o razones, porque se preguntará con posterioridad). ¿Qué pruebas sería aconsejable que solicitara la demandante y con qué objeto?
7. En concreto, ¿qué contenido deberá tener el suplico de la demanda por parte de la recurrente, teniendo en cuenta el relato de hechos?
8. Antes de interponer el recurso de amparo, ¿deberá el abogado interponer algún recurso o incidente previo?

9. ¿Cuál será, en su caso, el fundamento del recurso de amparo? A este recurso se acudirá ¿por la vía del artículo 43 o del 44 de la LOTC?
10. ¿Cuál podría ser, en su opinión, la «especial trascendencia constitucional» para que se admitiera este recurso de amparo?
11. ¿Debería, en su caso, accederse a la suspensión solicitada por la recurrente respecto a los trámites administrativos siguientes a la publicación de los aprobados en relación con el curso formativo y petición de posibles vacantes?
12. Indique cuál, en su opinión, debería ser el fallo de la sentencia y determine los argumentos para ello, ya sea en sentido desestimatorio, como defiende el Ministerio Fiscal, o estimatorio.
13. ¿Podrían los otros 4 o 5 opositores afectados por el fallo técnico en la realización de la prueba solicitar la extensión de los efectos de la sentencia si se estimara el recurso de doña Faustina?

Solución

1. Con anterioridad al recurso contencioso-administrativo, ¿pudo o debió interponer algún otro recurso/os contra la decisión del mismo u de otro órgano administrativo? ¿Está el recurso presentado en plazo? ¿Tenía razón en lo que el letrado de la Administración de Justicia le notificó respecto a la admisión del recurso porque no se le había notificado, aún, la caducidad de su derecho?
 - a) Con anterioridad al recurso contencioso-administrativo, ¿pudo o debió la interesada interponer otro u otros recursos?

El Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, en su artículo 12, referido a los Tribunales, señala:

1. El desarrollo y calificación de las pruebas selectivas de los Cuerpos Generales y Especiales corresponde a los Tribunales Calificadores. Estos Tribunales gozarán de autonomía funcional y responderán de la objetividad del procedimiento y del cumplimiento de las normas contenidas en la convocatoria, a las que estarán sometidos.
2. Para cada uno de los procesos selectivos de ingreso en los Cuerpos Generales al servicio de la Administración de Justicia, el Ministerio de Justicia nombrará un Tribunal Calificador Único, que efectuará el proceso selectivo en todos los ámbitos territoriales fijados en la convocatoria.

En cada ámbito territorial de comunidad autónoma con traspasos recibidos donde se convoquen plazas, el Ministerio de Justicia, a propuesta de los órganos correspondientes de la comunidad autónoma, nombrará un Tribunal Delegado.

[...]

3. Corresponde a los Tribunales Calificadores Únicos la elaboración de las pruebas que habrán de desarrollarse, la determinación del calendario de realización de estas y de los criterios de valoración, así como la resolución de cuantas consultas puedan plantearse por los distintos Tribunales Delegados.

Los Tribunales Delegados actuarán, en su ámbito territorial, por delegación del Tribunal Calificador Único, bajo su dependencia y dirección, a fin de garantizar la igualdad entre todos los aspirantes a lo largo del proceso selectivo.

Por su parte, el artículo 15 referido a las resoluciones de los tribunales y a la revisión e impugnación especifica que:

1. Las resoluciones de los tribunales vinculan a la Administración, sin perjuicio de que esta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos deberán ser motivados. La motivación de los actos de los tribunales dictados en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración estará referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria.

3. Contra las resoluciones de los tribunales y sus actos de trámite que impidan continuar el procedimiento o produzcan indefensión podrán interponerse los recursos que procedan ante la autoridad que los haya nombrado, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por otra parte, el artículo 121.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común señala que:

Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 112.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y cualesquiera otros que, en el seno de estas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.

El artículo 22 del Real Decreto 1451/2005, relativo a la relación de aprobados, señala que:

Una vez terminada la fase de oposición o concurso-oposición, los tribunales elevarán al Ministerio de Justicia la relación de aprobados, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en los diarios oficiales de las comunidades autónomas donde se convoquen plazas, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 16.2 de este reglamento.

Pero creo que, en primer lugar, contra la resolución del tribunal, que deberá publicar la lista de aprobados, puesto que su acto no pone fin a la vía administrativa, cabría recurso de alzada en el plazo de un mes desde la publicación de la lista ante el órgano al que está adscrito o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos. En este caso, será el Ministerio de Justicia. Resuelto el recurso, expresa o presuntamente, cabría ya recurso contencioso-administrativo. Pero es lo cierto que, tras el ejercicio en cuestión, se produjeron dos reclamaciones los días 4 de julio y 27 de julio de 2018 al tribunal de la oposición, que nada resolvió.

Ahora bien, el no uso de esta posibilidad no impide para nada la interposición directa del recurso contencioso-administrativo contra la Orden/JUST/XXX/2018, de 4 de octubre, por la que se publica en el BOE la relación definitiva de aprobados del proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia.

El otro recurso posible contra esta resolución sería la interposición potestativa del recurso de reposición, pues el acto de ministro pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114 de la LPAC, en el plazo de un mes desde la publicación (arts. 123 y 124 de la LPAC).

b) ¿Está el recurso presentado en plazo?

El artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa señala que:

El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso.

Por lo tanto, en principio el recurso es extemporáneo, porque la resolución impugnada se publicó en el BOE el día 4 de octubre y el recurso contencioso-administrativo se interpone el día 8 de diciembre, es decir, pasados los dos meses previstos.

Sin embargo, pudiera existir una circunstancia que justificara esta presentación, en principio fuera de plazo. Y es que se produjo un supuesto de fuerza mayor, como fueron las intensas nevadas, caídas en días hábiles todavía, para presentar el recurso, que cortaron

toda comunicación de los residentes en la vivienda con el exterior. Este caso viene recogido en el artículo 1105 del Código Civil que señala: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables». Por ello, podría aplicarse el artículo 134 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, de aplicación supletoria de la Ley 29/1998, LJCA, según su disposición adicional primera, referido a la improrrogabilidad de los plazos, que señala que:

1. Los plazos establecidos en esta ley son improrrogables.
2. Podrán, no obstante, interrumpirse los plazos y demorarse los términos en caso de fuerza mayor que impida cumplirlos, reanudándose su cómputo en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción o demora. La concurrencia de fuerza mayor habrá de ser apreciada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto, de oficio o a instancia de la parte que la sufrió, con audiencia de las demás. Contra este decreto podrá interponerse recurso de revisión que producirá efectos suspensivos.

Ante la realidad de que existía fuerza mayor, que había imposibilitado la presentación del recurso en plazo, puesto que las lluvias se produjeron sin haber vencido, todavía el plazo para presentar el recurso, el letrado estaba obligado, con base en el artículo citado, apreciando esta circunstancia, mediante decreto, a interrumpir el plazo de presentación.

- c) ¿Tenía razón en lo que el letrado de la Administración de Justicia le notificó respecto a la admisión del recurso porque no se le había notificado, aún, la caducidad de su derecho?

Lo que hizo el letrado de la Administración de Justicia es aplicar el artículo 128.1 de la LJCA, que señala que:

Los plazos son improrrogables, y una vez transcurridos el Secretario judicial –hoy, letrado de la Administración de Justicia– correspondiente tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse, no obstante, se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique la resolución, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos.

Sin embargo, como vemos el precepto indicado no admite esta posibilidad si se trata de plazos para interponer el recurso, como es el supuesto que nos ocupa. Lo que debió hacer es interrumpir, mediante decreto, el plazo por la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor.

La exigencia de una resolución declarando expresamente la caducidad tiene sentido por la necesidad de impulsar de oficio el procedimiento, de conformidad con lo estableci-

do como principio general en el artículo 237 de la LOPJ, que determina que «salvo que la ley disponga otra cosa, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias».

2. ¿Resultó ajustado a derecho la declaración de incompetencia del Juzgado Central? ¿Si no fuera así, ¿qué recurso cabría? ¿Qué consecuencias puede tener el hecho de que en la resolución no se hiciera constar el recurso que cabe contra la misma?

Efectivamente, al amparo del artículo 11.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), que señala que conocerá la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso

de los recursos que se deduzcan en relación con las disposiciones generales y los actos de los Ministros y de los Secretarios de Estado en general y en materia de personal cuando se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

No fue correcto la resolución judicial dictada para declararse incompetente y remitir las actuaciones a la Audiencia Nacional, pues según el artículo 7.3 de la LJCA,

la declaración de incompetencia adoptará la forma de auto y deberá efectuarse antes de la sentencia, remitiéndose las actuaciones al órgano de la Jurisdicción que se estime competente para que ante él siga el curso del proceso. Si la competencia pudiera corresponder a un Tribunal superior en grado, se acompañará una exposición razonada, estándose a lo que resuelva este.

Conforme se establece en el artículo 245 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) las resoluciones de los jueces y tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominan:

- Providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso.
- Autos, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma.
- Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revertir esta forma. El artículo 248 de la LOPJ relaciona las resoluciones que puede dictar un órgano judicial en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, normativa que aparece contemplada en los distintos textos adjetivos.

Todas ellas, al notificarse, deberán expresar si la misma es firme o no, y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello, previsión que ha motivado una gran cantidad de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Se solicita la nulidad, por generar indefensión, de autos o sentencias en las que no se indica, en su caso, los recursos que contra los mismos puedan plantearse, y los plazos para interponerlos, precisando en los distintos pronunciamientos:

El recurso procedente contra esta providencia será, al amparo del artículo 79 de la LJCA, el recurso de súplica, ante el mismo órgano jurisdiccional, en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario.

La indicación de recursos no constituye una parte del contenido decisorio de la resolución notificada, sino una información al interesado sobre las vías de impugnación procedente. Su falta solo será relevante cuando produzca una efectiva indefensión (STC 184/2000, de 10 de julio [NCJ051892]). En este caso, no ha causado indefensión alguna, pues los autos fueron remitidos al órgano judicial competente, quien tramitó el oportuno procedimiento.

3. ¿Qué cuantía tendrá este procedimiento? ¿Quiénes tendrán la consideración de parte demandada en este proceso? ¿Deberá, en este caso, procederse a la publicación en el BOE del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo?

Cuantía del procedimiento.

En cuanto a la cuantía del procedimiento, según el artículo 41.1 de la LJCA, «la cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo».

En este caso, a tenor del artículo 45.2 b) de la LJCA,

cuando el demandante solicite, además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, o cuando solicite el cumplimiento de una obligación administrativa, la cuantía vendrá determinada:

Primero. Por el valor económico total del objeto de la reclamación, si la Administración pública hubiere denegado totalmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante.

[...]

2. Se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de

planeamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquéllos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración.

En nuestro caso, no existe valoración económica alguna de la pretensión ejercitada consistente en la anulación de la Orden JUS/XXX/2018, de 4 de octubre, por la que se publica la relación definitiva de aprobados del proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre en el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia. Por lo tanto, no se trata de pretensiones valorables económicamente. Por otra parte, se refiere a materia de personal «nacimiento de la relación de servicio de funcionarios de carrera».

Partes demandadas.

En relación con quiénes se considerarán demandados en el procedimiento, lo serán, a tenor del artículo 21 a) y b): La Administraciones General del Estado de cuyo órgano administrativo emana el acto recurrido y las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación, incluidos los otros 4 o 5 opositores afectados por el fallo técnico, porque de anularse la orden de relación definitiva de aprobados y ordenarse la repetición del ejercicio, indudablemente se verían afectados por la sentencia.

Publicación del recurso.

El artículo 47 de la LJCA contempla tres posibles supuestos de publicación de la interposición del recurso: que lo solicite el recurrente, que lo crea conveniente el letrado de la Administración de Justicia, u, obligatoriamente, si se impugna una disposición de carácter general.

Por otra parte, el artículo 49 de la LJCA exige el emplazamiento –por la Administración Pública contra la que se recurre– de quienes aparezcan como interesados en el expediente administrativo. Sin embargo, no es imposible (es más, en algunos supuestos será hasta frecuente) que haya interesados sobre los que la Administración pública carezca de constancia y que, por tanto, no figuren identificados en el aludido expediente. En suma, el anuncio en boletín oficial se revela útil para proteger a afectados que no alcancen a conocer el proceso por medio de emplazamiento ex artículo 49. Desde luego, sería ingenua la suposición de que el anuncio conseguirá realmente poner sobre aviso a todos y cada uno de dichos hipotéticos interesados ignorados en el expediente administrativo. Ahora bien, la cuestión no parece ser tanto lograr a toda costa ese ambicioso objetivo material como, simplemente, cumplir con las formalidades precisas para permitir la defensa jurídica de quienes pretendan ejercerla de un modo diligente.

Descartados los dos primeros supuestos para la publicación de la interposición del recurso (por solicitud de la recurrente y por impugnación de disposición general), queda por analizar si el letrado de la Administración de Justicia encuentra justificación para hacer uso de lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LJCA, que le habilita para acordar la publicación del anuncio de interposición en diario oficial cuando lo estime conveniente, esto es, sin ser precisa previa solicitud de parte. En el párrafo anterior se ha mencionado una circunstancia que, de forma clara, motiva tal acuerdo de oficio (difundir la existencia del pleito como respuesta a indicios de que no todos los interesados figuran identificados en el expediente administrativo, con el consiguiente riesgo de que la Administración pública no les emplaze al proceso). Si bien, la jurisprudencia admite el ejercicio de la descrita potestad discrecional del letrado, en razón de cualquier otra necesidad de garantizar «los intereses generales de la Justicia».

No parece ser este el supuesto que nos ocupa, pues los codemandados con la Administración, en principio, son conocidos, al haber tomado parte en el proceso selectivo, y pueden ser emplazados por la Administración de forma personal.

4. ¿Cuáles serán todas las modalidades de recursos, hasta agotar todas las instancias, que, en su caso, podría haber utilizado la interesada para la defensa de sus intereses?

- a) En primer lugar, al provenir el acto de un ministro, conforme al artículo 114.2 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), pone fin a la vía administrativa, de manera que, potestativamente, cabía recurso de reposición del artículo 123 ante el mismo órgano que dictó el acto en el plazo de un mes desde que se publicó la Orden (art. 124 LPAC). Antes de acudir a la vía contencioso-administrativa. Se podría fundamentar el recurso en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, nulidad o anulabilidad de la resolución (arts. 47 y 48 LPAC).
- b) Recurso contencioso-administrativo ordinario directamente o frente a la resolución expresa o presunta del recurso de reposición, si se interpuso en dos meses, desde la publicación de la orden o desde la notificación de la resolución expresa del recurso de reposición, si existiera (art. 46 LJCA). Se podría fundamentar el recurso en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, nulidad o anulabilidad de la resolución (arts. 47 y 48 LPAC). Contra esta sentencia cabría, en su caso, recurso de casación, al amparo del artículo 86 de la LJCA, cuando exista interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, definido en el artículo 88.
- c) Recurso contencioso-administrativo especial para la defensa de los derechos y libertades fundamentales, al amparo de lo previsto en el artículo 53 de la CE, regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJCA, si se invoca la vulneración de alguno de ellos como, por ejemplo, el principio de igualdad del artículo 14 u otro comprendido en los artículos 15 al 29 de la Constitución. El plazo para interponer

este recurso será de 10 días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada (art. 115.1 LJCA). Solo se podría fundamentar en la vulneración de alguno de los derechos y libertades de los artículos 14 a 29 de la CE. Contra la sentencia que resolviera este proceso cabría, en su caso, recurso de casación ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo cuando si, como afirma el artículo 88.1 de la LJCA, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional. El tribunal podrá apreciar que existe interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, motivándolo expresamente en el auto de admisión: cuando la sentencia haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

- d) Agotada la vía judicial ordinaria, cabría recurso de amparo, con base en el artículo 53 de la CE ante el Tribunal Constitucional, si se invocara la vulneración de un derecho o libertad contemplado en los artículos 14 a 29 de la Constitución. Según el artículo 43.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), el plazo para interponer este recurso será de 10 días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada. Solo se podría fundamentar en la vulneración de alguno de los derechos y libertades de los artículos 14 a 29 de la CE.

5. ¿Es posible subsanar la falta de poder del procurador con posterioridad a la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y transcurrido el plazo de interposición, cuando su otorgamiento se efectúa *apud acta* y, a tal efecto, es requerido por el letrado de la Administración de Justicia, dada la actual redacción del artículo 24.3 de la Ley de enjuiciamiento civil de que ha de acompañarse la representación con el primer escrito?

En primer lugar, debemos señalar que el artículo 23 de la LJCA señala:

2. En sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por Abogado.
3. Podrán, no obstante, comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles.

En este caso, no se trata de funcionario público, de manera que debería ser asistido por abogado y representado por procurador, al ser competente la Audiencia Nacional.

El artículo 45.2 a) de la LJCA señala que al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañará, entre otros documentos, «el documento que acredite

la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Juzgado o Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos».

El artículo 24.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, señala que:

El otorgamiento *apud acta* por comparecencia personal o electrónica deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación, sin necesidad de que a dicho otorgamiento concurre el procurador. Este apoderamiento podrá igualmente acreditarse mediante la certificación de su inscripción en el archivo electrónico de apoderamientos *apud acta* de las oficinas judiciales.

Respecto este presupuesto procesal, esto es, la necesidad de aportar el documento que acredite la representación del compareciente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado la reciente Sentencia de 13 de mayo de 2020, en la que la cuestión interpretativa objeto de análisis se circunscribe a determinar:

si la nueva redacción del artículo 24 de la LEC en relación con el artículo 23 de la LJCA permite subsanar la falta de poder del procurador con posterioridad a la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y transcurrido el plazo de interposición, cuando su otorgamiento se efectúa *apud acta* y, a tal efecto, es requerido por el letrado de la Administración de Justicia.

En el supuesto analizado, la parte recurrente había interpuesto el recurso contencioso-administrativo un día antes de la fecha de vencimiento y había anunciado que la procuradora comparecería mediante poder *apud acta*, que se otorgaría ante la sala que correspondiera. De este modo, se requirió a la actora al amparo del artículo 138 de la LJCA para que subsanara la falta de representación y, a tal efecto, dentro del plazo conferido se otorgó el apoderamiento *apud acta* y fue remitido a la sala de instancia.

No obstante, pese a que el recurso fue correctamente admitido a trámite, finalmente fue inadmitido en sentencia sobre la base de los siguientes razonamientos:

En el caso de autos, ningún apoderamiento ostentaba el procurador al tiempo de presentar el escrito de recurso. Y solo tras el requerimiento de Secretaría se otorga el mismo de forma posterior al término del plazo para recurrir. La Sala concluye que el poder otorgado lo es de manera extemporánea. Y es que la admisión de la posibilidad de las partes de otorgar el poder incluso con posterioridad a la expiración del plazo para recurrir conduciría a la práctica de no preocuparse las partes del cumplimiento de este requisito, no molestándose en otorgarse poder alguno dentro de los plazos exigidos y si solo cuando fueran en su caso requeridos.

[...]

Así pues, al carecer de poder el Procurador durante el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, tal defecto de capacidad procesal no puede subsanarse extemporáneamente, y previo requerimiento de Secretaría, siendo de orden público su apreciación, que tiene la consecuencia de la inadmisibilidad, por extemporaneidad, del recurso.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha corregido el criterio de inadmisión de la sala de instancia, esencialmente, por los motivos que esquemáticamente se indican a continuación:

- El artículo 11.3 de la LOPJ establece que solo se desestimarán las pretensiones de las partes por motivos formales cuando estos sean insubsanables o no se hayan subsanado conforme al procedimiento establecido.
- Los artículos 45.3 y 138 de la LJCA ponen de manifiesto que el defecto en la representación es de carácter subsanable, y por ello se confiere un plazo de 10 días para poder llevar a cabo dicha subsanación.
- Pese a lo establecido en el artículo 24 de la LEC, que señala que el poder notarial o el apoderamiento *apud acta* se acompañarán al primer escrito que el procurador presente o, en su caso, antes de la primera actuación, no cabe extraer de él, ni del conjunto de los preceptos de la LEC, un principio contrario a la posibilidad de subsanar los defectos subsanables.
- Por último, la posibilidad de que la subsanación se produzca, aunque el día en que tenga lugar sea posterior al que venció el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, no se opone al principio de seguridad jurídica.

Como consecuencia de los razonamientos expuestos, la Sala Tercera del Tribunal Supremo concluye que no cabe declarar la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo en el que el procurador no acompañe al escrito de interposición el poder para pleitos o la designación *apud acta*, aun cuando estos no se hubieran otorgado en ese momento, siempre que lo haga dentro del plazo de 10 días desde que fue requerido al efecto y aunque al aportar uno u otra ya hubiera finalizado el plazo hábil para la interposición del aludido recurso contencioso-administrativo.

6. ¿Qué artículos y de qué normativa podrían alegarse vulnerados por la interesada, a tenor del relato de hechos? (no hace falta profundizar en los motivos o razones porque se preguntará con posterioridad). ¿Qué pruebas sería aconsejable que solicitara la demandante y con qué objeto?

En relación con los artículos y normativa que podrían alegarse como vulnerados, podría solicitar la nulidad de actuaciones por vulneración de:

- Los artículos 14 (Principio de igualdad), 23.2 (derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes) y 103 de la CE (objetividad e imparcialidad en la actuación administrativa).
- Los artículos 483 a 489 de la LOPJ que regulan la selección del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, estableciendo los principios de igualdad, mérito y capacidad; que el contenido del temario, así como de las pruebas a realizar serán únicos para cada cuerpo en todo el territorio del Estado; que las convocatorias y sus bases, que serán únicas para cada cuerpo, se ajustarán, en todo caso, a lo dispuesto en esta ley y en el real decreto por el que se apruebe el Reglamento general de ingreso, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; que las citadas bases, que vincularán a la Administración y a los tribunales que han de juzgar las pruebas selectivas, solo podrán ser modificadas con estricta sujeción a las normas de la Ley 39/2015 y, entre otros, que el acceso a los cuerpos generales y especiales de la Administración de Justicia se efectuará a través de los sistemas y en los términos establecidos en el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (RDL 5/2015).
- Título IV del capítulo I, del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, relativo al acceso al empleo público y el acceso a la relación de servicios;
- Los artículos 7 (sistemas selectivos), 8 (características de las pruebas selectivas), 9 (Comisión de Selección de Personal), 10 (competencias de la comisión), 17 (contenido de las convocatorias) y 37 (fases del proceso selectivo) del Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia;
- Artículos 47.1 a) y d) de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común o subsidiariamente el artículo 48.
- La norma de las bases que rigieran esta convocatoria. A este respecto, el artículo 16 del Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, señala que:

3. Las bases de la convocatoria serán elaboradas por la Comisión de Selección y aprobadas por el Ministerio de Justicia, previa negociación con las organizaciones sindicales.

4. Las citadas bases, que vinculan a la Administración, a los tribunales que han de juzgar las pruebas selectivas y a todos quienes participen en ellas, solo podrán ser modificadas con sujeción a las normas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común].

Respecto a qué pruebas sería aconsejable que solicitara la demandante, parece que tan solo la testifical de la funcionaria doña Marisol, que vigilaba el lugar donde se celebraba el ejercicio y que recibió la queja de la opositora para que acredite la veracidad de lo sucedido y si cronometró, de alguna manera, el tiempo perdido durante la anomalía.

7. En concreto, ¿qué contenido deberá tener el suplico de la demanda por parte de la recurrente, teniendo en cuenta el relato de hechos?

Anular y dejar sin efecto las resoluciones impugnadas, en concreto la Orden JUS/XXX/2018, de 4 de octubre, por la que se publica la relación definitiva de aprobados del proceso selectivo para ingreso por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, convocado por Orden JUST/XXX/2017, de 24 de noviembre, y el previo acuerdo del tribunal calificador único de fecha ..., obligando al tribunal a realizar a la recurrente el segundo ejercicio de la fase de oposición del cuerpo de tramitación procesal y administrativa, turno libre, convocada por orden de JUS/1666/2017, de 24 de noviembre, y una vez superado, se sucedan los siguientes trámites administrativos; condenar a la parte demandada al pago de las costas del presente recurso en los términos del artículo 139 de la LJCA; y adoptar cuantas medidas fueren necesarias para llevar a efecto los anteriores pronunciamientos, con todos los derechos legales, económicos y administrativos inherentes al mismo.

También podría contener la solicitud de anulación de la orden y la repetición para todos de la 2.^a parte del segundo ejercicio.

8. Antes de interponer el recurso de amparo, ¿deberá el abogado interponer algún recurso o incidente previo?

El artículo 43.1 de la LOTC señala que:

Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente.

Por tanto, ese agotamiento de la vía judicial ordinaria exige agotar los recursos posibles contra la sentencia dictada denunciando la vulneración de algún o varios derechos fundamentales.

El artículo 86.1 de la LJCA señala que:

Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo

Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Por su parte, el artículo 88 de la LJCA determina:

1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

2. El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictorio con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso [...]

i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

3. Se presumirá que existe interés casacional objetivo:

a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

En nuestro caso, se indica al principio del relato de hechos, el proceso contencioso-administrativo se desarrolló por los trámites del procedimiento ordinario, no el especial de protección de derechos fundamentales de los artículos 114 y siguientes de la LJCA, de manera que no se presume que existía interés casacional.

Por tanto, habría que acudir al resto de los supuestos para analizar si existía o no interés casacional, sobre todo el supuesto a), del apartado 3 de este precepto, o sea, que se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia, porque los hechos ocurridos no parece que ocurran con tal frecuencia que hayan provocado algún recurso de casación previo.

Si el recurso de casación no es admitido, en razón, a lo que afirmamos, a continuación, ya se podría plantear el recurso de amparo, sin necesidad de plantear el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la LOPJ.

El artículo 241 de la LOPJ establece que

no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Debe prestarse especial atención a la influencia que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones tiene en el plazo para interponer el recurso de amparo, pues, por un lado, el artículo 44.1 a) de la LOTC exige «que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial, pero el artículo 41.2 de la misma ley establece que el plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial». Lo anterior puede originar, por un lado, que la falta de interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones determine la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial, y por otro, que la interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, cuando sea manifiestamente improcedente, determine que el recurso de amparo sea extemporáneo, y también se inadmita.

Resulta fundamental, por tanto, determinar cuándo es necesario interponer incidente excepcional de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa, y cuándo puede interponerse amparo directamente contra la resolución judicial firme. Pues bien, resumiendo la jurisprudencia constitucional (por todas, STC, Pleno, de 19 de diciembre de 2013), que atiende en esencia a la necesidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, debe indicarse que será necesario interponer incidente excepcional de nulidad de actuaciones cuando los órganos judiciales no hayan tenido oportunidad alguna de examinar el motivo de nulidad de actuaciones. En caso contrario, esto es, en caso de que hayan tenido oportunidad de examinar dicha causa de nulidad, no será necesario, y en caso de interponerse será considerado como manifiestamente improcedente, por lo que el amparo será extemporáneo e inadmitido.

En nuestro caso, el órgano judicial ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el motivo de nulidad de actuaciones, por lo que no es preciso, con carácter previo al recurso de amparo, plantear el incidente de nulidad de actuaciones.

Si la violación que se quiere denunciar ya fue oportunamente planteada durante el procedimiento, si bien se rechazó, en tal caso no habría que interponer nuevamente esta viola-

ción en forma de incidente de nulidad, puesto que la violación «no es achacable» al último órgano que resolvió, porque no fue este quien la generó, aunque sea cierto que este tampoco reparó dicha violación. No tendría sentido, además, volver a plantearle al mismo tribunal otra vez esta misma cuestión a la que acaba de no dar acogida.

Gracias a la jurisprudencia al respecto se puede aseverar que será procedente la interposición del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, en lo que se refiere a la violación de derechos fundamentales cuando se articulen vulneraciones autónomas achacables a las resoluciones judiciales impugnadas.

9. ¿Cuál será, en su caso, el fundamento del recurso de amparo? A este recurso se acudiría ¿por la vía del artículo 43 o 44 de la LOTC?

¿Cuál será, en su caso, el fundamento del recurso de amparo?

En primer lugar, el fundamento será el artículo 53.2 de la CE que señala:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

El fundamento del presente recurso de amparo sería, por una parte, la vulneración del principio del artículo 14 de la CE, principio de igualdad, toda vez que, ante el incidente surgido en la celebración de la segunda parte del segundo ejercicio, consistente en que el ordenador donde realizaba la prueba se vio, repentinamente, ocupada por una actualización de Windows 10, que invisibilizaba el documento en el que se realizaba el examen, imposibilitando su continuación. Avisada la vigilante de la prueba procedió a su normalización, perdiéndose un tiempo para ello, calculado en torno al minuto durante el que estuvo impedida de su continuación, lo cual resultó esencial para su calificación en este ejercicio, porque era de velocidad en la escritura. Esto provocó que la funcionaria vigilante prorrogara la duración del ejercicio un minuto más para todos los opositores, disfrutando aquellos, por esto, de más tiempo que ella para la realización de la prueba. Si tenemos en cuenta que obtuvo una décima menos que la siguiente candidata, que sí la aprobó, y que este ejercicio era eliminatorio, resultó determinante y contrario al principio de igualdad el proceder de la Administración y supuso situar a esta opositora en una posición de desigualdad respecto al resto de opositores. El minuto que se añadió al tiempo de duración del ejercicio se debió conceder tan solo a los afectados por la incidencia técnica, no a todos, que de esta forma dispusieron de más tiempo en una prueba de velocidad.

De otro lado, se habría vulnerado, también, el derecho del artículo 23.2 de la CE, derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. El derecho de acceso a la función pública no es derecho a desempeñar funciones determinadas, sino garantía de igualdad de oportunidades, posibilidad igual si se cumplen los requisitos legales no discriminatorios (STC 47/190, de 20 de marzo). Es, por lo tanto, un derecho reaccional para impugnar (SSTC 50/1986 y 200/1991, de 28 de octubre; 107/2003; 37/2004, y 87/2008). Impide a los poderes públicos exigir requisitos no relacionados con el mérito y la capacidad (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; 206/1998, de 7 de noviembre; 67/1989, de 18 de abril; 27/1991, de 14 de febrero). El acceso y la consiguiente selección que le precede solo son legítimos, en definitiva, si los requisitos legales sirven para constatar el mérito y la capacidad, valorándolos de forma adecuada. Es cierto, sin embargo, que, salvo excepciones contadas en la jurisprudencia ordinaria, los tribunales han venido respetando la discrecionalidad técnica de los órganos de selección; solo cuando la arbitrariedad ha sido muy notable se ha entrado en la valoración de los méritos llevada a cabo por el órgano administrativo competente.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, muy abundante, se ha centrado en la interpretación del término cargo público y en lo que debe entenderse por acceso. Respecto de lo primero, consagra el Tribunal Constitucional que cargo público hace referencia a función pública profesional (STC 163/1991, de 18 de agosto), de ahí que haya culminado la férrea conexión entre los artículos 23.2 y 103.3 de la CE. En cambio, ha interpretado extensivamente el concepto de acceso, comprendiendo dentro de él también los ascensos, aunque en estos últimos los principios de igualdad, mérito y capacidad se proyecten con otra intensidad (STC 192/1990, de 29 de noviembre).

A este recurso se acudirá ¿por la vía del artículo 43 o 44 de la LOTC?

Sin duda alguna, por la vía del artículo 43, porque la presunta violación se produce por una actuación de la Administración, no del órgano jurisdiccional, que se limitó a rectificar lo realizado por aquel. En este sentido, el artículo 43 de la LOTC señala:

1. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente.
2. El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.
3. El recurso solo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo.

10. ¿Cuál podría ser, en su opinión la «especial trascendencia constitucional» para que se admitiera este recurso de amparo?

Para que el recurso de amparo sea viable es necesario que el problema planteado ante el Tribunal Constitucional justifique una decisión como consecuencia de su «especial trascendencia constitucional» (art. 49.1 LOTC).

Quiere ello decir que sobre el demandante recae la carga de argumentar, no solo los motivos por los que considera vulnerados los derechos fundamentales alegados, sino también las razones por las que entiende que la demanda merece una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional. Al igual que se espera de los recurrentes que justifiquen que la actividad impugnada ha lesionado sus derechos fundamentales, esta carga procesal les obliga a explicar por qué la demanda debería admitirse a trámite. Como se desarrollará más adelante, con ello se diseña un sistema en el que los ciudadanos contribuyen a la determinación del tipo de asuntos que merecen la intervención del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

El propio artículo 50.1 b) de la LOTC contribuye a precisar el alcance de este concepto jurídico indeterminado, disponiendo que la trascendencia «se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

El carácter notablemente abierto e indeterminado de la expresión «especial trascendencia constitucional», así como de los tres criterios legalmente establecidos para su apreciación, confiere al Tribunal Constitucional un amplio margen de arbitrio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo. Un margen cuyo ejercicio goza de una mayor previsibilidad desde que en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.º, el tribunal decidiera poner en conocimiento de los operadores jurídicos una relación no cerrada de supuestos en los que, a su parecer, concurriría el citado requisito. A continuación, se enumeran esos supuestos junto con las referencias de algunos casos posteriores en los que se ha apreciado su concurrencia.

- Un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 70/2009, de 23 de marzo; 174/2011, de 7 de noviembre, FF.JJ. 3.º y 4.º; 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3.º; 160/2014, de 6 de octubre, FJ 1.º; 77/2015, de 27 de abril, FJ 1.º; 83/2006, de 28 de abril, FJ 2.º).
- Un recurso que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 6.º), o por el surgimiento de nuevas realidades sociales (STC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 2.º) o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctri-

na de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 de la CE.

- Un recurso en el que la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general (SSTC 118/2014, de 8 de julio, FJ 2.º; y 128/2014, de 21 de julio, FJ 2.º).
- Un recurso en el que la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución (supuesto que, salvo error, no se ha apreciado expresamente hasta la fecha).
- Un recurso que ponga de manifiesto que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega está siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria (ATC 165/2011, de 13 de diciembre, FJ único), o que existen resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.
- Un recurso que revele que un órgano judicial ha incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional ex 5 de la LOPJ (STC 133/2011, de 18 de julio, FJ 3.º; ATC 26/2012, de 31 de enero, FJ 3.º).
- Un recurso que suscite un asunto que, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios (entre otros numerosos asuntos, *vid.*, por ejemplo, la STC 23/2015, de 23 de febrero, FJ 2.º).

En el ATC 29/2011, de 17 de marzo, FJ 3.º, el tribunal realizó una precisión de enorme relevancia acerca de este último supuesto de especial trascendencia constitucional: frente a lo que sucede en Alemania, no puede entenderse que dé acogida al criterio puramente subjetivo de la gravedad de la lesión, pues, dado el necesario carácter objetivo del recurso de amparo a partir de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, el problema de la especial gravedad del perjuicio subjetivo o la especial gravedad de la lesión constitucional solo puede anudarse a la generalidad de los efectos del amparo.

Aun desconociendo el caso concreto, el primero de los supuestos expuestos, consistente en un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, parece que es donde, en principio, pudiera tener encaje nuestro supuesto: sin descartar, tampoco, la posible existencia de algún otro, como podría ser el segundo de los expuestos, consistente

en un recurso que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna.

11. ¿Debería, en su caso, accederse a la suspensión solicitada por la recurrente respecto a los trámites administrativos siguientes a la publicación de los aprobados en relación con el curso formativo y petición de posibles vacantes?

La Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional dispone en su artículo 56 que:

1. La interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados.

2. Ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2 [presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá deferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación], de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

[...]

4. La suspensión u otra medida cautelar podrá pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado la sentencia o decidirse el amparo de otro modo [...].

5. La Sala o la Sección podrá condicionar la suspensión de la ejecución y la adopción de las medidas cautelares a la satisfacción por el interesado de la oportuna fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieren originarse. Su fijación y determinación podrá delegarse en el órgano jurisdiccional de instancia.

6. En supuestos de urgencia excepcional, la adopción de la suspensión y de las medidas cautelares y provisionales podrá efectuarse en la resolución de la admisión a trámite. Dicha adopción podrá ser impugnada en el plazo de cinco días desde su notificación, por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas. La Sala o la Sección resolverá el incidente mediante auto no susceptible de recurso alguno.

En el caso que analizamos, en principio, creo que no debería accederse a la solicitud de suspensión pedida por la recurrente, pues:

- El proceso selectivo en sí ya había finalizado, porque se publicó la lista definitiva de aprobados por una orden de Ministerio de Justicia.

- El resto de opositores habían demostrado su aptitud y preparación para el acceso al puesto, aprobando todos los ejercicios de la oposición.
- Se produciría un perjuicio a un derecho fundamental de los aprobados, como es del artículo 23.2 de la Constitución, derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.
- La suspensión podría acarrear una perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido como es el mandato del artículo 103.1 de la CE, en el sentido de que la Administración sirve con objetividad los «intereses generales», pues el aplazamiento para finalizar el proceso provocaría un retraso en la incorporación de los nuevos funcionarios a sus destinos, con el consiguiente perjuicio a un servicio público esencial como es el de la Administración de Justicia, que ya de por sí funciona con lentitud y un evidente retraso.
- Finalmente, porque no parece producirse un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, toda vez que, en primer lugar, tienen una expectativa de derecho, pero no un derecho en sí y, sobre todo, porque de estimarse el amparo, la Administración dispone de medios para restablecer su derecho, como es la celebración de nueva prueba respecto a la segunda parte del segundo ejercicio, en las mismas condiciones que el resto de aprobados definitivamente, es decir, disponiendo del mismo tiempo que aquellos dispusieron, y, si la supera, nombrarle funcionario.

12. Indique cuál, en su opinión, debería ser el fallo de la sentencia y determine los argumentos para ello, ya sea en sentido desestimatorio, como defiende el Ministerio Fiscal, o estimatorio.

En relación con la participación de la aspirante y las incidencias acreditadas, señalamos que la queja que ha mantenido la interesada a lo largo de su reclamación previa, y a lo largo de su demanda, tanto en el proceso contencioso-administrativo previo como en el del recurso de amparo, se resume en que el tribunal calificador ha desconocido el principio de igualdad en el acceso a la función pública (art. 23.2 CE), y las bases de la convocatoria, en lo referente a los tiempos que se otorgaban para la realización del ejercicio de carácter práctico de velocidad, en un tiempo limitado de 15 minutos.

Así, procede recordar que todo procedimiento selectivo de concurrencia competitiva ha de sujetarse a las bases de la convocatoria, a la que quedan vinculados los aspirantes y el tribunal calificador, así como la Administración convocante del proceso (art. 16.4 RD 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia), y que ha de desarrollarse de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, que rigen el acceso a la función pública (art. 103.3 CE), y el derecho fundamental del artículo 23.2 de la CE, que se enuncia en los siguientes términos: «Asimismo, tienen

derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

La expresión con arreglo a las leyes es indudable que fija el término de referencia del juego de las «condiciones de igualdad». Lo que suscita la cuestión de si puede resultar exigible por ese derecho y por el del artículo 14 de la CE que los requisitos establecidos en la ley deban alterarse respecto a la previsión general, arbitrando una solución singularizada para que quien, por razones estrictamente personales, aunque estas sean calificables de fuerza mayor, no pueda cumplir las exigencias generales. Para dar respuesta a tal planteamiento, conviene examinar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 23.2 de la CE, que puede sintetizarse, por todas, en la STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6.º, en que se dice:

a) En primer lugar, nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes; como hemos declarado, por todas en las SSTC 73/1998, de 31 de marzo, y 138/2000, de 29 de mayo, la Constitución reserva a la ley, y, en todo caso, al principio de legalidad, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que solo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador. Una verdadera predeterminación que ha de asegurar que la Administración encargada de valorar los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el artículo 23.2 CE, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el juez, que lo es de la legalidad, tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas.

En suma, la fijación *ex ante* de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo (STC 48/1998, de 2 de marzo, FJ 7.º b). En segundo lugar, pero en inescindible conexión con lo anterior, hemos destacado que nos hallamos ante un derecho de acceso a las funciones públicas «en condiciones de igualdad», lo que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; 47/1990, de 20 de marzo, o 353/1993, de 29 de noviembre), o de referencias individualizadas (STC 67/1989, de 18 de abril).

Entre las específicas garantías que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido situando en el contenido de este derecho fundamental, se encuentra la del derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley:

El derecho proclamado en el art. 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las «condiciones de igualdad» a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan, por tanto, no solo en relación con las propias «leyes», sino también con su aplicación e interpretación (por todas, SSTC 10/1998, de 13 de enero, FJ 5.º, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.º c) (STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4.º).

En definitiva, el artículo 23.2 de la CE garantiza un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo (STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª de 5 de julio de 2012, rec. núm. 4072/2010). De acuerdo con esta doctrina, hemos de verificar si, atendidas las bases de la convocatoria, a la aspirante ahora demandante se le dispensó un trato en condiciones de igualdad en el desarrollo del examen, o si, por el contrario, el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública resultó violado, en función de lo acaecido a lo largo de la última de las pruebas que debía superar.

La respuesta ha de ser afirmativa, porque hemos de considerar probado no solo el hecho de que esta opositora se vio sorprendida por una incidencia informática que le impedía continuar el examen, sino que la única instrucción que tenían ante tal eventualidad era no manipular el sistema, por peligro de pérdida, y que la incidencia pudo durar alrededor de un minuto, tal y como quedó consignado en el documento que firmó la opositora y la funcionaria vigilante doña Marisol. Con ocasión de la prueba la vigilante afirmaba que fue menos tiempo, aunque no explicó por qué se desdijo de lo que había firmado previamente, a instancia de la opositora concernida por la incidencia; y tampoco logró dar una explicación satisfactoria acerca de la razón objetiva por la que decidió conferir 60 segundos más a todos los opositores, cuando la incidencia informática solo afectó a un número limitado de opositores (4 o 5). El problema de visualización de la pantalla del monitor restaba un tiempo de examen, lógicamente, al ocultar la pantalla y el documento con el que se trabajaba en ese momento, con lo que lejos de dar solución a la incidencia, la afectada quedó en una situación de desventaja respecto a los demás, puesto que perdió un tiempo de examen que luego no pudo recuperar. Este tiempo de un minuto aproximado, en un examen de 15 minutos, puede considerarse un periodo de tiempo relevante, porque determina una pérdida del 6,66 % del tiempo total de la prueba escrita (15 minutos en total). Para valorar esta incidencia hemos de considerar que la prueba era una prueba de velocidad en la que se trataba de lograr el mayor número de pulsaciones por minuto, computándose de forma que a mayores pulsaciones sin errores, mayor puntuación, y si se llegaba a superar un determinado número de pulsaciones, se otorgaba una puntuación superior al tramo precedente.

Por lo tanto, se ha de concluir que al restar un tiempo de examen a esta aspirante, a diferencia de lo que sucedió con otros, se le privó de concurrir a esta prueba en condi-

ciones de igualdad, en tanto que no se otorgó el mismo tiempo de examen que al resto de los opositores no afectados por la incidencia, que también dispusieron de un minutos más para la realización de la prueba. En estas condiciones es patente que no se observaron las bases que imponían un tiempo de 15 minutos para este ejercicio, y que con ello se vulneró el derecho de acceder en condiciones de igualdad a la función pública, por lo que la pretensión de realizar de nuevo esta prueba se revela legítima y adecuada para poder restablecer su derecho, tras lo cual será nuevamente valorada y clasificada en la lista de aprobados si a ello hubiera lugar, adoptándose las determinaciones necesarias al efecto (como dotar de efectos retroactivos a la decisión, a fin de incorporarse a la promoción que le hubiera correspondido).

Por otra parte, no puede olvidarse que, con independencia de la alteración psíquica que esta incidencia provocó en la opositora, el no disponer del mismo tiempo que el resto de los opositores determinó que la diferencia de su puntuación en este ejercicio fuera mínima con la siguiente aspirante que aprobó el ejercicio y la oposición, por lo que esta circunstancia ya constatada tuvo una incidencia esencial en el resultado parcial de la prueba, que era eliminatoria y, en suma, en la valoración total de la oposición, aunque si no hubiera sido así, también creemos que se había vulnerado el derecho fundamental, por el mero hecho de disponer de menos tiempo.

Esta nueva prueba se llevará a efecto en el plazo de un mes (por ejemplo) desde la firmeza de la sentencia, con objeto de restablecer eficazmente el derecho de los artículos 23.1 y 24.1 del CE.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, afirmando que

esa repetición permitida a esas otras aspirantes estuvo plenamente justificada, por ir destinada a evitar que sufrieran las consecuencias de una anomalía técnica que era ajena a su conducta personal (lo contrario es lo que sí que habría sido discriminatorio para dichas dos aspirantes, porque se habría tolerado para ellas un obstáculo en el proceso selectivo que no tuvieron los demás concurrentes).

Y añade que es factible la presencia de una anomalía, que si bien no impide totalmente la realización del examen, «dificultará la normal realización del ejercicio y la necesidad por ello de su repetición para amparar el derecho de la persona afectada a examinarse en condiciones de igualdad; y en este caso tal clase de anomalía no descarta la existencia de una inicial» (STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 14 febrero 2007, rec. núm. 7925/2002). Este es precisamente el caso que se somete a examen, debiendo entenderse igualmente que se produjo una vulneración del derecho fundamental contemplado en el artículo 23.1 de la CE.

Por todo ello, se debe estimar el recurso de amparo constitucional promovido por D.ª Faustina contra la Orden JUS/XXX/2018, de 4 de octubre, por la que se publica la relación

definitiva de aprobados del proceso selectivo para ingreso por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, convocado por Orden JUS/XXX/2017, de 24 de noviembre, y el previo acuerdo del tribunal calificador único de 23 de julio de 2018, en tanto excluye a la demandante, por no ser conforme a derecho. En su lugar se anula la Orden JUS/XXX/2018, de 4 de octubre y se acuerda que el tribunal, en el plazo de un mes (o el plazo que se estime oportuno) proceda a realizar a la recurrente el segundo ejercicio de la fase de oposición del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa, turno libre, convocada por orden de JUS/XXX/2017, de 24 de noviembre, siguiéndose en su caso los trámites legales hasta la conclusión del procedimiento.

13. ¿Podrían los otros 4 o 5 opositores afectados por el fallo técnico en la realización de la prueba solicitar la extensión de los efectos de la sentencia si se estimara el recurso de amparo de doña Faustina?

Esta posibilidad está prevista en materia contencioso-administrativa, en concreto en el artículo 110.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, al señalar que:

En materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias.

Pero no está previsto para las sentencias estimatorias de recursos de amparo.

Señala el artículo 164 de la Constitución, en relación con los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, que «las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos».

En nuestro caso nos encontramos con la segunda situación de las mencionadas, como ocurre en los supuestos de procedimientos de amparo, esto es, *a sensu contrario*, que la sentencia otorgando el amparo a doña Faustina se limita a la estimación subjetiva de su derecho, exclusivamente. Por tanto, no tiene efectos frente a todos, a diferencia de si se trata de sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, por lo que, en suma, no es posible extender los efectos de la sentencia estimatoria a los otros 4 o 5 opositores que, también, se vieron afectados por el fallo técnico en la segunda parte de la segunda prueba de la oposición. Ellos, al igual que doña Faustina, pudieron agotar la vía judicial ordinaria y, luego, recurrir en amparo, en su caso. Si no lo hicieron se debió, única y exclusivamente, a su voluntad.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 10, 14, 15, 23, 29, 53 y 103.
- Código Civil, art. 1.105.
- Ley Orgánica 2/1979 (del Tribunal Constitucional), arts. 41, 43, 44, 49, 50 y 56.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 11.3, 237, 241, 245, 248, 483 y 489.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 7.3, 11.1, 23, 41.1, 45, 46, 47, 49, 79, 86, 88, 114, 115, 128, 138 y 139.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 24 y 134.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 46, 47, 48, 114, 121, 123 y 124.
- Real Decreto 1451/2005 (Reglamento de ingreso, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia), arts. 12, 15, 16 y 22.
- SSTC 200/1981, de 28 de octubre; 50/1986; 193/1987; 67/1989; 47/1990, de 20 de marzo; 27/1991; 163/1991; 206/1998; 184/2000, de 10 de julio; 107/2003; 83/2006, de 28 de abril; 87/2008; 70/2009, de 23 de marzo; 155/2009, de 25 de junio; 26/2011, de 14 de marzo; 174/2011, de 7 de noviembre; 191/2011, de 12 de diciembre; 118/2014, de 8 de julio; 128/2014, de 21 de julio; 160/2014, de 6 de octubre, y 77/2015, de 27 de abril.
- SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de septiembre de 2020 (rec. núm. 505/2019).

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.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

¡MATRÍCULA
ABIERTA!

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

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

Consulta nuestra oferta formativa completa en **www.cef.es**

DESCUENTO ESPECIAL AHORA

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE