


CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 262 | Noviembre 2022

ISSN: 2697-1631



Las «pseudoinvenciones» generadas por algoritmos

Luz Sánchez García

Los acreedores financieros en la reforma de la Ley concursal

Marta Flores Segura

El derecho se vuelve visual

Teresa González Ercoreca

Euroorden y certidumbre judicial europea

Valle Gómez Herrera y
José Ángel Marín Gámez

Descubre nuestras novedades editoriales del área jurídica

Administración local. Casos prácticos



Ángel Santiago Fernández
Fuertes, Alberto Bravo
Queipo de Llano

978-84-454-4422-1

2022 (7.ª ed.)

648 págs.

38,20 € (papel)

Esta obra atiende a problemas muy habituales en el contexto de la Administración local en diversas materias y campos, como bienes municipales, procedimiento administrativo, régimen jurídico de los miembros de la corporación municipal, urbanismo, contratación administrativa o función pública, por lo que resultará ser de gran utilidad a un conjunto muy amplio de lectores, que abarca tanto a los opositores a la Administración local como a los funcionarios, profesionales liberales o a cualquier otro operador que establezca relaciones con los ayuntamientos, ofreciendo una visión unitaria y global de la problemática a la que día a día se enfrentan los ayuntamientos españoles.

Código de movilidad internacional



Luis Vidal Martín Sanz

978-84-454-4184-8

2021 (2.ª ed.)

416 págs.

42 € (papel)

23,34 € (digital)

Disponer en una obra de la normativa vigente en una materia tan novedosa como la relativa a la atracción de talento, inversión y emprendimiento a España es motivo de satisfacción, al permitir acercarse a la regulación de las autorizaciones de residencia para ciudadanos extranjeros extracomunitarios, contenida en la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En este trabajo, no solo se recoge la referida norma legal, sino también las instrucciones y los criterios de aplicación, especificando los trámites que hay que efectuar a través de los medios telemáticos, lo que lo convierte en una herramienta muy útil a la hora de documentarse.

Técnicos del Ministerio de Hacienda. Contestaciones a los cuestionarios del primer ejercicio (años 2014 a 2020)



Profesores del CEF-

978-84-454-4374-3

2022 (7.ª ed.)

640 págs.

48,50 € (papel)

El propósito de este manual no es otro que el de proporcionar la máxima información a los que desean preparar su ingreso a los cuerpos de Técnicos de Hacienda y de Técnicos de Auditoría y Contabilidad del Ministerio de Hacienda, así como al de Gestión de la Seguridad Social (especialidad de Auditoría y Contabilidad), para lo cual hemos recogido en este volumen los cuestionarios de preguntas del primer ejercicio de distintas convocatorias, en concreto desde 2014 hasta 2020 (último año en el momento de recopilar estos ejercicios), a los que se les adjuntan las soluciones elaboradas por los profesores del CEF- con respuestas acordes a la normativa vigente.

Revista CEFLegal

Núm. 262 | Noviembre 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

Enrique Arnaldo Alcubilla. Magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho Constitucional. URJC

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

José Luis Blanco Pérez. Adjunto a dirección. Asesoría Jurídica de la Sociedad Española de Sistemas de Pago

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

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

Nicolás González-Deleito y Domingo. Socio de Cuatrecasas

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

Pablo Hernández Lahoz. Abogado del Estado y director de Asesoría Jurídica de AENA

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

Carlos Lema Devesa. Catedrático de Derecho Mercantil. UCM

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

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

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

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

Fabio Pascua Mateo. Catedrático de Derecho Administrativo. UCM y letrado de las Cortes

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

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

Javier Serra Callejo. Secretario del Consejo. Grupo Arcelor Mittal

Francisco Javier Silván Rodríguez. Socio de EY Abogados

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

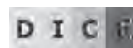
Artes Gráficas Coyve

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

Las «pseudoinvenciones» generadas por algoritmos, ¿jaque al estado de la técnica? 5-34
«Pseudoinventions» generated by algorithms. A threat to the state of the art?

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2022

Luz Sánchez García

Los acreedores financieros en la reforma de la Ley concursal para la transposición de la directiva sobre reestructuración e insolvencia 35-70

Financial creditors in the reform of the insolvency Law for the transposition of the restructuring and insolvency directive

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2022

Marta Flores Segura

Acciones colectivas sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (Comentario al ATS de 29 de junio de 2022) 71-76

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

El derecho se vuelve visual: el creciente uso de imágenes en un entorno hiperregulado 77-100

Law turns visual. The increasing use of images in a hyperregulated environment

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2022

Teresa González Ercoreca

Penal

Euroorden y certidumbre judicial europea <i>The European arrest warrant and the European judicial certitude</i> Valle Gómez Herrera y José Ángel Marín Gámez	101-120
--	---------

Casos prácticos

Civil

Responsabilidad civil profesional sindical Adelaida Medrano Aranguren	121-124
La guarda y custodia de los menores de nacionalidad española que residen en el extranjero y su solicitud por los abuelos en España Casto Páramo de Santiago	125-130

Administrativo

Contratos administrativos y contratos privados de la Administración Julio Galán Cáceres	131-146
Acto de graduación del CEF.- y la UDIMA y reconocimiento a los opositores	147-158
Normas de publicación	159-160

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

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



Las «pseudoinvenciones» generadas por algoritmos, ¿jaque al estado de la técnica?

Luz Sánchez García

Profesora contratada doctora (Int.). Universidad de Murcia

luz.sanchez@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-2635-7062>

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñoz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

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

Extracto

La existencia en la actualidad de algoritmos creativos, como es el caso de All Prior Art o de All the Claims, cuyo objetivo principal es crear o generar la mayor cantidad posible de resultados inventivos para hacerlos públicos con la intención de «democratizar» hipotéticas ideas relativas a invenciones y evitar así los llamados *trolls* de patentes, pone en jaque conceptos tan relevantes para el derecho de patentes como el «estado de la técnica». Cabe afirmar que la mayoría de los resultados generados por estos algoritmos creativos (en nuestra opinión, pseudoinvenciones) carecen de sentido o lógica alguna, pero, sin embargo, habida cuenta de que el coste de crearlos y publicarlos computacionalmente es prácticamente nulo, en el supuesto de que uno de tales resultados pueda ser considerado válido desde el punto de vista del derecho de patentes, tal circunstancia aumentará el nivel y volumen de conocimiento (información) incorporado al estado de la técnica que ha de ser tomado en consideración por parte del experto en la materia que ha de evaluar la novedad o la actividad inventiva ante una solicitud de patente. La situación expuesta invita, entonces, a revisar algunos conceptos tradicionales del actual sistema de patentes, en especial el referido al estado de la técnica que, además, por estar presente prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos, requiere un estudio desde una perspectiva comparada para, así, poder llegar a proponer una solución adecuada a la nueva realidad descrita y acorde al tiempo actual.

Palabras clave: pseudoinvención; inteligencia artificial; patente; estado de la técnica.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Citación: Sánchez García, L. (2022). Las «pseudoinvenciones» generadas por algoritmos, ¿jaque al estado de la técnica?. *Revista CEFLegal*, 262, 5-34.



«Pseudoinventions» generated by algorithms. A threat to the state of the art?

Luz Sánchez García

Abstract

The current existence of creative algorithms, such as All Prior Art or All the Claims, whose main objective is to create or generate as many inventive results as possible in order to make them public with the intention of «democratizing» hypothetical ideas related to inventions and thus avoid the so-called patent trolls, calls into question concepts as relevant for Patent Law as «prior art». It is fair to say that most of the results generated by these creative algorithms (in our opinion, pseudoinventions) lack any sense or logic whatsoever, but nevertheless, given that the cost of creating and publishing them computationally is practically nil, in the event that one of such results can be considered valid from the point of view of patent law, this circumstance will increase the level and volume of knowledge (information) incorporated into the state of the art to be taken into consideration by the person skilled in the art who has to assess novelty or inventive step in a patent application. The situation described above invites, then, to review some traditional concepts of the current patent system, especially the one referred to the state of the art which, in addition, since it is present in practically all legal systems, requires a study from a comparative perspective in order to be able to propose an adequate solution to the new reality described and in accordance with the current times.

Keywords: pseudoinvention; artificial intelligence; patent; state of the art.

Citation: Sánchez García, L. (2022). Las «pseudoinventiones» generadas por algoritmos, ¿jaque al estado de la técnica?. *Revista CEFLegal*, 262, 5-34.



Sumario

1. Introducción
2. Una aproximación al funcionamiento de los algoritmos creativos y la generación masiva de «estado de la técnica». La lucha frente a los *patent trolls*
 - 2.1. All Prior Art y All the Claims: generación algorítmica masiva de «estado de la técnica»
 - 2.2. La lucha frente a los *patent trolls* como justificación para la generación de «estado de la técnica artificial»
3. El «estado de la técnica» en jaque
 - 3.1. El «estado de la técnica» como elemento fundamental en el análisis de la novedad y de la actividad inventiva de un título de patente
 - 3.2. La «puesta a disposición» del público de las pseudoinvenciones generadas por algoritmos. La «inteligibilidad» como propuesta necesaria
 - 3.3. La «fecha de publicación» de las divulgaciones computacionales
 - 3.4. El pretendido –pero cuestionable– «carácter habilitante»
 - 3.5. Una alternativa: la «concepción de la invención»
 - 3.6. En definitiva, ¿las pseudoinvenciones generadas por algoritmos pueden ser consideradas realmente estado de la técnica?
4. Consideraciones finales: ¿«estado de la técnica» a dos niveles?

Referencias bibliográficas

1. Introducción

Cada vez es más frecuente encontrar en la práctica actuaciones de agentes inteligentes artificiales (AIA)¹ materializadas en muy diversos sectores. Estos agentes han contribuido de manera activa y real en el proceso creativo e, incluso, inventivo.

En el ámbito de las creaciones literarias, por ejemplo, cabe citar a la agencia Associated Press, que ha incorporado técnicas de inteligencia artificial (IA) para el procesamiento del lenguaje natural y que es capaz de crear un gran volumen de historias y de artículos de prensa sin expresa intervención humana². Por su parte, en la esfera musical, el *software* conocido como FlowMachines es capaz de componer canciones con la asistencia de un humano. Se trata de un proyecto destinado a lograr una creatividad aumentada del artista en la música, basándose para ello en el desarrollo de tecnología de procesamiento de señales y aprendizaje automático de vanguardia³. En lo que se refiere a pintura, cabe destacar la conocida obra *The Next Rembrandt*, realizada exclusivamente por un AIA, que, tras examinar 346 retratos de Rembrandt y observar el reconocimiento facial, las geometrías, los patrones de color, las técnicas e, incluso, la altura de los trazos de pincel, a través de una impresora 3D llegó a generar una pintura tridimensional basada en lo «aprendido» durante la recopilación de datos⁴.

En lo que hace al ámbito de las invenciones, algunos autores vaticinan que los AIA serán cada vez más inteligentes y autónomos, de modo que dentro de varias décadas (2045-2050) existirán «AIA de 4.ª generación» capaces de superar las capacidades humanas en todos los aspectos (Moravec, 2000)⁵. Este fenómeno, conocido como singularidad tecnológica, hace

¹ Dado que la inteligencia artificial (IA) es un fenómeno cambiante y abarca numerosas realidades tecnológicas, se hace conveniente utilizar una terminología que permita referirse a todas ellas sin excepción. La denominación de AIA hace posible esta referencia general y ha sido acuñada por Sánchez García (2020, pp. 67 y ss.).

² Se estima que podría llegar a escribir del orden de 2.000 artículos por segundo si fuese necesario (Miller, 2015). Sobre este fenómeno, consúltese <https://automatedinsights.com/customer-stories/>.

³ Sobre este proyecto, véase <https://www.flow-machines.com/>.

⁴ Puede consultarse en <https://www.nextrembrandt.com/>. En todo caso, la primera obra creada mediante técnicas de IA fue el *Retrato de Edmond Belamy*, donde se puede apreciar a un borroso personaje vestido de negro y una camisa blanca.

⁵ El autor realiza esta afirmación refiriéndose exclusivamente a los robots —«robots de 4.ª generación»—.

referencia a máquinas con capacidad para alcanzar tal nivel de inteligencia que les permitirá autorrehabilitarse e, incluso, automejorarse (Kaplan, 2017, pp. 148 y ss.)⁶. Admitir esta hipótesis permite plantear si dichos agentes serán capaces no solo de ser creativos, sino de desplegar una actividad inventiva susceptible de ofrecer soluciones prácticas a problemas técnicos.

A finales de los años 90 del siglo pasado, el científico Stephen Thaler desarrolló la denominada Creativity Machine, capaz de producir resultados para los cuales se precisan, en palabras de su propio creador, capacidades que él no posee (Thaler, 1996, p. 21). El ejemplo más claro en este ámbito es el de DABUS (Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience), un AIA basado en redes neuronales entrenadas en diferentes campos de la técnica y capaz de originar resultados, detectando cuáles de ellos son suficientemente nuevos en comparación con el estado de la técnica de base y examinando, asimismo, su posible utilidad⁷.

De los diversos escenarios fácticos expuestos interesa, por lo que a este trabajo respecta, la posible interferencia que, en el plano jurídico, puede comportar el hecho de que convivan resultados (creativos o inventivos) de naturaleza humana con resultados (creativos o inventivos) de índole artificial. En efecto, en el ámbito de los derechos de propiedad industrial e intelectual (PI), la discusión se centra en dos extremos que, *a priori*, resultan ser los más relevantes. De un lado, desde un punto de vista objetivo se debate si las obras total o parcialmente generadas por un AIA merecen ser protegidas por derechos de autor o por patente –según el caso– en atención al objeto de protección y con base en las teorías de PI tradicionales. De otro lado, el debate se centra en lo subjetivo, en concreto, en la condición de autor o inventor de este tipo de obras, esto es, en la cuestión de si el AIA merece ser reconocido como autor/inventor cuando ha desarrollado la obra o la invención como agente activo y, en ocasiones, exclusivo en la consecución del resultado.

Ciertamente, ambas cuestiones merecen un profundo y riguroso estudio y respuestas viables, dado lo inminente de esta nueva realidad tecnológica. Pero también existen ya otros extremos cuyo estudio ha sido relegado a un segundo plano o, incluso, ha sido obviado cuando, quizá, podrían llegar a desestabilizar los pilares y fundamentos del sistema de PI. Nos estamos refiriendo a aquellas actuaciones de AIA, concretamente de algoritmos, capaces de generar resultados que podrían venir a obstaculizar potenciales creaciones humanas.

Las webs All Prior Art y All the Claims son dos claros ejemplos de este tipo de «algoritmos creativos». Este proyecto gemelar⁸ intenta crear mediante algoritmos nuevas «anterioridades»

⁶ Esta característica puede tener connotaciones negativas. En este sentido algún autor apela a la precaución en el desarrollo de este tipo de inteligencia ya que, de lo contrario, estas máquinas podrían tomar el control de todo lo que les rodea (Bostrom, 2014).

⁷ Sobre este AIA, véase <http://artificialinventor.com/patent-applications/>.

⁸ En palabras de su autor, All the Claims es una web hermana de la anterior All Prior Art, creadas ambas con la misma finalidad. En este sentido, consúltese <http://alltheclaims.com/about/>.

y hacerlas públicas para que los resultados publicados no sean patentables, por estar ya comprendidos en el estado de la técnica. Según sus creadores, el fundamento de estos algoritmos es «democratizar las ideas», impulsar un cambio en el sistema de patentes y evitar los *trolls* de patentes. En su modo de operar, los algoritmos extraen texto de toda la base de datos de patentes, tanto registradas como publicadas (no aprobadas) de los Estados Unidos, y a partir del lenguaje de esas patentes crean nuevo estado de la técnica. Si bien la mayoría de los resultados generados por tales algoritmos carecen de sentido, dado que el coste de crear y publicar computacionalmente millones de ideas es casi nulo, el despliegue de su actividad generadora de resultados incrementa la probabilidad de alcanzar una posible solución válida⁹.

La existencia de este tipo de algoritmos y, sobre todo, la generación de *outputs* en las diversas esferas técnicas incide inevitablemente en el «estado de la técnica» en el que se han de desenvolver los humanos expertos en la materia, parámetro este que, como es sabido, es el principal criterio en orden a valorar la novedad y la actividad inventiva en cuanto a la posible consideración de su patentabilidad.

Desde nuestra perspectiva, varios son los factores que invitan al estudio del riesgo apuntado. En primer lugar, por la rapidez con la que los algoritmos creativos desarrollan y ofrecen resultados sobre cualquier materia; en segundo lugar, por la complejidad de dichos *outputs*, en ocasiones, ininteligibles por el intelecto humano; en tercer lugar, por la ingente cantidad de información que proporcionan; y, por último, y quizá el aspecto más relevante a nuestros efectos, por su potencial en orden a desestabilizar uno de los ejes vertebradores del sistema de patentes, como es el «estado de la técnica».

La presente investigación partirá, pues, del estudio de las características y del funcionamiento de los algoritmos creativos capaces de generar resultados inventivos para después centrarse en los problemas jurídicos que estos *outputs* ocasionan en el marco del derecho de patentes. Para ello se pondrá el foco en el concepto de «estado de la técnica», tal y como este es definido legal, jurisprudencial y doctrinalmente cuando se trata de evaluar la novedad y la actividad inventiva. El análisis será realizado con un enfoque europeo, ya que el tratamiento jurisprudencial del elemento objeto de estudio ha sido desarrollado básicamente para este nivel, dándose además la circunstancia de que, en este extremo, la regulación española es fiel reproducción de la europea, de lo que se dejará también constancia. Por otra parte, y desde una perspectiva comparada, se estudiarán los preceptos relevantes del sistema de patentes de los Estados Unidos, ya que los algoritmos originarios y revolucionarios de referencia se basan y se nutren de patentes estadounidenses, esto es, de títulos registrados para dicho territorio. Por último, y como soluciones, se ofrecerán alternativas flexibles en lo que se refiere al proceso inventivo, en el sentido de no limitar las capacidades de los AIA que, en ocasiones, se pueden erigir como inventores, pero al mismo tiempo restrictivas, para no desincentivar las capacidades y el progreso tecnológico originado por inventores humanos.

⁹ Toda la información relativa a este proyecto puede encontrarse en <https://allpriorart.com/about/>.

2. Una aproximación al funcionamiento de los algoritmos creativos y la generación masiva de «estado de la técnica». La lucha frente a los *patent trolls*

2.1. All Prior Art y All the Claims: generación algorítmica masiva de «estado de la técnica»

En el momento de redactar este trabajo –y es necesaria esta advertencia dada la rapidez con la que cambian las cifras–, la plataforma que funciona a partir de algoritmos creativos denominada All Prior Art lleva publicado un total de 4.220.000 de resultados, divididos en 422 volúmenes. A cada *output* se le atribuye la categoría de «invención» según la propia web, aunque nosotros la calificaremos de «pseudoinvención» –en atención a sus características intrínsecas y extrínsecas– Cada pseudoinvención se encuentra numerada, correspondiendo los primeros 10 dígitos a la «época» de UNIX¹⁰ seguida de un guion, y el resto a un identificador UUID de tipo 4¹¹. Este sistema de identificación permite reconocer cuándo se creó el texto y, al mismo tiempo, atribuir un identificador único global (*v. gr.*, la primera pseudoinvención accesible en el primer volumen se corresponde con el siguiente identificador: 1459825606-42784941-1c9e-4f74-ba9f-b5c57ceedd0d)¹². Por su parte, la web hermana, All the Claims, cuenta en este momento con un total de 570.000 publicaciones, divididas en 57 volúmenes. Si bien el *modus operandi* es el mismo en ambas webs, su creador ha pretendido dotar a los resultados generados por el algoritmo All the Claims de un mayor grado de certeza creando «reivindicaciones»¹³ más detalladas y prolijas.

El texto que conforma cada uno de los resultados publicados por el algoritmo creativo se encuentra bajo una licencia Creative Commons (CC) con las siguientes características: Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada 4.0 internacional. Esto implica que la obra se puede copiar, distribuir y comunicar públicamente bajo las condiciones de reconocimiento y cita del autor original; que no se puede utilizar la obra para fines comerciales; y que, además, no se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de la original (Mandarola, 2005). Esta particular modalidad de licencia evita el uso comercial del texto que conforma cada resultado publicado por el algoritmo creativo junto con la restricción de sus derivados,

¹⁰ Cuando se habla de «época» nos referimos al número de segundos que han transcurrido desde la fecha de referencia, esto es, el 1 de enero de 1970, que es la fecha de lanzamiento del sistema operativo UNIX.

¹¹ El denominado identificador único universal –*universally unique identifier* (UUID)– es un número que, en su forma canónica, se expresa mediante 32 dígitos hexadecimales divididos en cinco grupos separados por guiones, lo que da un total de 36 caracteres. La versión 4 emplea números aleatorios para su generación.

¹² Esta información se encuentra accesible en <https://ia800402.us.archive.org/6/items/AllPriorArt/AllPriorArt-Vol1.txt>.

¹³ Las reivindicaciones definen el objeto para el que se solicita protección en una patente, debiendo ser claras y concisas y fundamentarse en la descripción (art. 84 CPE). Las reivindicaciones podrían identificarse con el «corazón mismo» y núcleo esencial de la patente (Bercovitz, 1993, p. 164).

ya que el objetivo de estas webs es que la información propia de los resultados que arrojan se publique sin modificaciones para que constituya un punto de referencia válido en el estado de la técnica. En todo caso, tal y como especifica el creador de la web, Alexander Reben, esta licencia se aplica al texto propiamente dicho y no a las invenciones descritas.

En cuanto al contenido de los resultados obtenidos por el algoritmo creativo, cabe decir que no sigue ningún criterio sistemático. Así, por ejemplo, si se observan las tres primeras pseudoinvenciones publicadas en el primer volumen de All Prior Art, en ellas se encuentra: 1) un pistón monobloque, que contiene una galería de refrigeración de aceite; 2) un aparato de visualización de entrada, que incluye soluciones de uno o más precursores metálicos y polímeros solubles; y 3) un procedimiento para reducir el nivel de contaminantes en los gases de escape de un motor diésel. Se comprueba, pues, la aleatoriedad y falta de consistencia material de estos *outputs*, que no siguen un criterio lógico sectorial y no respetan ningún orden material. No obstante, como veremos más adelante, sí se intuye que el algoritmo creativo toma como base el momento de generación del resultado para publicarlo¹⁴. Cabe destacar que ambas webs contienen un motor de búsqueda por palabra clave, sin embargo, al no estar ordenados los resultados por áreas técnicas concretas, se hace difícil el acceso e, incluso, el conocimiento de su existencia.

No hay que olvidar el espíritu de sendos proyectos que, en palabras del propio creador, es expandir esta práctica. Se sugiere que, si se contara con la participación activa de grandes instituciones que dedicasen sus servidores a esta tarea, junto con el desarrollo de técnicas como el *deep learning*, se podría llegar a colmar el estado de la técnica, «inundando» el proceso de solicitud de patentes con propuestas suficientemente avanzadas basadas en este concepto¹⁵.

Como se ha adelantado *supra*, la pretensión de estos algoritmos creativos es publicar una infinidad de resultados, con la finalidad de perjudicar las actuaciones de los denominados *patent trolls*. Para profundizar en estas cuestiones se hace indispensable conocer la figura que se pretende combatir.

2.2. La lucha frente a los *patent trolls* como justificación para la generación de «estado de la técnica artificial»

El punto de partida para el análisis propuesto es la inexistencia de una definición jurídica de *patent troll* (Pohlmann y Opitz, 2013, p. 104). Esta expresión fue utilizada por primera

¹⁴ Aunque ambas fechas –la de creación y la de publicación del resultado– pueden no coincidir. Véase *infra* el apartado 3.3. La «fecha de publicación» de las divulgaciones computacionales.

¹⁵ «Further, a large institution could dedicate many servers to this task, along with developing more advanced techniques such as deep learning, to flood the prior art space. It is not unforeseeable with current technology (along with sufficient cash for fees) to flood the actual patent application process itself with sufficiently advanced patent applications based on this concept». <http://alltheclaims.com/about/>.

vez en 2001 por el entonces consejero general de la compañía Intel Corporation, Peter De-
tkin, para referirse a la empresa TechSearch en un caso de infracción de patente, al tratar
de beneficiarse económicamente de una patente que no había puesto en práctica, ni tenía
intención de hacerlo¹⁶. Un *troll* de patentes es, pues, una entidad que persigue la obtención
de beneficios económicos principal o exclusivamente a través de la concesión de licencias
o de la venta de su tecnología patentada a otra entidad que, en el momento en que se recla-
man las regalías pertinentes, ya infringe la patente titularidad del *troll* y, por tanto, se encuen-
tra bajo una presión especial para llegar a un acuerdo con este (Reitzig *et al.*, 2007, p. 137).

Para que el titular de una cartera de patentes tenga esta condición tan solo deben con-
currir dos circunstancias. De un lado, la ausencia de explotación de los derechos de paten-
te; y, de otro lado, la mera obtención de un beneficio económico como consecuencia de la
titularidad de dicha cartera de títulos de PI (Martínez Pérez, 2020, p. 31).

En la mayoría de los casos, los *trolls* no son propiamente inventores que defienden su pro-
pia investigación –ya que en ocasiones ni han desarrollado dicha tecnología–, sino entes que
se dedican exclusivamente a defender sus derechos de patente contra posibles infracciones
(Pohlmann y Opitz, 2013, p. 104); de ahí que también sean conocidos por las expresiones *pa-
tent marketers*, *patent dealers* o, incluso, *patent sharks* (Chien, 2009; Niro y Greenspoon, 2007).

Parte de la doctrina considera a los *patent trolls*, en el marco del derecho de patentes,
como una estrategia anticompetitiva orientada a frenar la entrada de competidores en el
mercado mediante diversas prácticas, como la negativa injustificada a la concesión de li-
cencias respecto de patentes de su titularidad, la amenaza de interposición de litigios por
infracción de patente carentes de fundamento o la exigencia del pago de regalías abusivas,
entre otras (Martínez Pérez, 2018, p. 393). Otros autores, por el contrario, aducen que los
patent trolls son beneficiosos para la sociedad, al actuar como intermediarios en el merca-
do de patentes, proporcionar liquidez, compensar el mercado y otorgar mayor eficiencia a
este mercado; algo comparable –se dice– a los beneficios que los agentes de valores apor-
tan a los mercados de capitales (McDonough III, 2006, p. 190).

El motivo fundamental para la creación y funcionamiento de los algoritmos creativos All
Prior Art y All the Claims es, precisamente, la lucha contra los *patent trolls*. La idea clave de
estas webs es evitar que tales entidades que, en principio, no tienen interés en desarrollar
una tecnología propia, se lucren con invenciones menores o sin «altura inventiva». En pa-
labras de su creador,

la intención no es impedir que se presenten patentes realmente creativas e inno-
vadoras, sino dejar fuera de juego las ideas obvias y fácilmente automatizables.

¹⁶ Se trata de una entidad «*who tries to make a lot of money off a patent that they are not practicing and
have no intention of practicing and in most cases never practiced*» (Sandburg, 2001).

Si una idea es realmente creativa e innovadora, un ordenador debería tener dificultades para dar con ella¹⁷.

Sin embargo, un *patent troll* no se nutre tan solo de patentes de escasa «chispa inventiva» –si se permite la expresión– y, por ende, de «baja calidad». En contra de esta creencia común, algunos estudios aseguran que estos *trolls* apuestan por patentes de una mayor calidad. A un *patent troll* le interesa un mayor alcance del objeto de la patente, esto es, que albergue el mayor número de productos o procesos posibles, pues así mayores serán las posibilidades de que sea infringido el derecho de exclusiva que otorga la patente. También el elevado coste de sustitución de la invención subyacente –protegida por la patente– es una característica que favorece la elección de estos títulos por parte de un *patent troll*, y ello por la dificultad del denominado *design around* –esto es, innovación en un mismo campo técnico–, que se hace pender tanto de la densidad de patentes en dicha esfera técnica, como de la complejidad del campo tecnológico concreto. En esencia, esto implicaría la existencia de numerosas patentes en un área técnica con alto grado de solapamiento entre ellas y, a su vez, con la patente de la que es titular el *patent troll*, por lo que encontrar un hueco para una tecnología sustitutiva es difícil. Por último, la calidad tecnológica de la patente es crucial para una estrategia sólida de un *patent troll* y para su consecuente éxito en los litigios que versen sobre la nulidad de su patente (Fischer y Henkel, 2012).

Por todo ello, y aunque *a priori* el argumento de que los algoritmos creativos publiquen ilimitadas pseudoinvenciones, «obvias» y «poco creativas», resultantes de combinaciones aleatorias de patentes registradas anteriores, pueda parecer un medio acertado para combatir a los *patent trolls*, podría estar causando un perjuicio para el progreso tecnológico desarrollado por inventores humanos realmente interesados en un campo técnico.

3. El «estado de la técnica» en jaque

La estrategia diseñada para los algoritmos creativos consistente en colmar el estado de la técnica con un sinfín de resultados –en ocasiones comprensibles por el ser humano y en otras no– no parece encontrarse alineado con las bases del sistema de patentes. Y es que la constante generación de lo que podríamos llamar «estado de la técnica artificial» –esto es, aquel originado computacionalmente– podría menoscabar el estándar común y referente en todo examen de patentabilidad, esto es, el «estado de la técnica tradicional» –generado esencialmente por personas– que se configura como eje vertebrador en el análisis de la novedad y la actividad inventiva de una invención patentable.

¹⁷ «The intent is not to prevent actual creative and innovative patents from being filed, it is to take the obvious and easily automated ideas out-of-play. If an idea is truly creative and innovative, a computer should have difficulty coming up with it». Véase <https://allpriorart.com/about/>.

Es imprescindible, pues, examinar si los resultados generados por algoritmos creativos deben ser tomados en consideración por el experto en la materia en el examen de dos de los requisitos sustantivos de patentabilidad en el proceso de solicitud y concesión de un título de patente (novedad y actividad inventiva) y, de ser así, delimitar las características o condiciones que deben darse para ello.

3.1. El «estado de la técnica» como elemento fundamental en el análisis de la novedad y de la actividad inventiva de un título de patente

El Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973 (CPE), dispone que una invención solo puede patentarse si es nueva¹⁸, y lo será cuando no forme parte del «estado de la técnica» (art. 54.1 CPE)¹⁹. Por su parte, el «estado de la técnica» comprende todo lo puesto a disposición del público mediante descripción escrita u oral, por uso, o de cualquier otra forma, antes de la fecha de depósito de la solicitud de patente europea (art. 54.2)²⁰.

El alcance de este concepto difiere en atención al requisito de patentabilidad analizado, esto es, según sea la novedad o la actividad inventiva la variable observada. Así, al hablar de novedad, se entiende también comprendido en el «estado actual de la técnica» el contenido de solicitudes de patente –europea– tal como hayan sido presentadas, cuya fecha de presentación sea anterior a la que se menciona en el párrafo segundo y que solo hayan sido objeto de publicación en dicha fecha o en una fecha posterior (art. 54.3 CPE)²¹.

El legislador europeo no ha permitido que estos últimos documentos puedan ser tenidos en cuenta en el análisis del requisito de la actividad inventiva (art. 56 CPE). La finalidad de esta excepción es evitar que una misma invención sea objeto de dos derechos de patente –de ahí que se tome en consideración una mera publicación de solicitud, sin esperar a su concesión–. No obstante, algunos ordenamientos difieren de esta posición, y acogen

¹⁸ Precisamente es este requisito de novedad el que fundamenta la existencia del sistema de patentes, en base al cual se otorga exclusividad sobre una aportación de carácter tecnológico, que viene a enriquecer a la generalidad (Gómez Segade, 1988, p. 62; Vidal-Quadras Trías de Bes, 2005, p. 41).

¹⁹ De igual manera lo establece en España el artículo 6.1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes (LP).

²⁰ Asimismo, artículo 6.2 de la LP.

²¹ El artículo 6.3 de la LP también considera estado de la técnica «el contenido de las solicitudes españolas de patentes o de modelos de utilidad, de solicitudes de patentes europeas que designen a España y de solicitudes de patente internacionales PCT que hayan entrado en fase nacional en España, tal como hubieren sido originariamente presentadas, cuya fecha de presentación sea anterior a la que se menciona en el apartado precedente y que hubieren sido publicadas en español en aquella fecha o lo sean en otra posterior».

un concepto más amplio de «estado de la técnica» extensible al estudio de ambos requisitos. Este es el caso de los Estados Unidos, cuyos tribunales determinan que se ha de considerar toda anterioridad, con independencia del tiempo mayor o menor que haya tardado la Administración en publicar la solicitud de patente, sobre todo si la invención examinada careciese de actividad inventiva por haber sido dicho conocimiento anterior accesible al público con carácter previo (Sauri, 2015, p. 149).

En el análisis de la novedad, es esencial, en primer lugar, delimitar el estado de la técnica de referencia, poniendo el foco en la parte relevante del mismo y en su contenido. Una vez detectado, el siguiente paso consiste en comparar la invención para la que solicita su patente con el estado de la técnica anterior ya delimitado y comprobar si existen diferencias; y, en caso de haberlas, entonces la invención sería nueva. Dado que la novedad es un concepto absoluto, el rasgo diferenciador no puede basarse tan solo en una redacción distinta de los elementos examinados, ya que esto resultaría insuficiente; «lo que debe establecerse en el examen de la novedad es si es probable que el estado de la técnica revele el contenido del objeto de la invención al experto en una enseñanza técnica» (T-198/84).

Como se aprecia de esta secuencia, el «estado de la técnica» supone un límite al ámbito de protección de la patente, «ya que lo que pertenece a aquel en el momento de la solicitud de la patente no puede incluirse en el ámbito de protección de esta, y lo que pertenece al ámbito de protección de la patente enriquece el estado de la técnica»²².

Por su parte, en el análisis de la actividad inventiva, la Oficina Europea de Patentes (OEP) prioriza la adopción del denominado *problem-solution approach*²³ para determinar si una invención no es evidente para un experto en la materia, teniendo en cuenta el estado de la técnica. Este procedimiento consta de tres pasos: 1) identificar el estado de la técnica más cercano como punto de partida adecuado para evaluar la actividad inventiva y detectar las diferencias que puedan existir entre este y la invención controvertida; 2) determinar el problema técnico objetivo que se viene a resolver; 3) examinar si la solución reivindicada para resolver el problema técnico objetivo es o no obvia para el experto en el estado de la técnica en general.

En todo caso, tanto en el análisis de la novedad como en el de la actividad inventiva se han de tener en cuenta tres notas esenciales en la delimitación del «estado de la técnica», a saber, la «puesta a disposición del público», la «fecha de publicación» y el «carácter habilitante» de la información relevante; notas que podrán resultar controvertidas cuando se aplican a resultados alcanzados por algoritmos creativos en su posible condición de «estado de la técnica».

²² En este sentido se ha pronunciado la SAP de Barcelona (Sección 15.ª), núm. 35/2010, de 17 de febrero de 2010.

²³ Otras vías de análisis de la actividad inventiva serían: el método *windsurfing* o Pozzoli test; el análisis retrospectivo o *hindsight reconstruction*; o el denominado *teaching-suggestion-motivation test*, entre otras.

3.2. La «puesta a disposición» del público de las pseudoinvenciones generadas por algoritmos. La «inteligibilidad» como propuesta necesaria

En derecho de patentes, la «puesta a disposición» del público de una información concreta requiere, como tal, la posibilidad de tener acceso a ella (T-444/88). Y se entiende que una invención es accesible al público cuando haya sido divulgada con carácter previo a la solicitud de la patente²⁴. Esta divulgación puede tener lugar, como ya se ha apuntado, mediante «descripción escrita u oral, por uso, o de cualquier otra forma» (art. 54.2).

Pues bien, en el supuesto de las pseudoinvenciones generadas por algoritmos creativos, y para resolver si ha existido la divulgación apuntada, se ha de analizar tanto el medio que permite el acceso al contenido relevante de las pseudoinvenciones –en este caso, internet– como, sobre todo, el propio contenido divulgado y su posible carácter accesible, claro y comprensible por el público.

a) Por lo que se refiere al medio de divulgación, una interpretación amplia de los medios que permiten una divulgación efectiva de una invención permite entender que estos comprenden la descripción de la misma en conferencias, reportajes televisivos o en grabaciones en cualquier tipo de soporte (CD-ROM, DVD, etc.), así como el ofrecimiento de la invención en el mercado o su exposición y puesta en práctica, como posibles causas que acarrearán la pérdida de la novedad (OEP, 2014, pp. 10 y ss.). Pero, además, si se tiene en cuenta la realidad que suponen las nuevas tecnologías y el fácil acceso que permiten a cualquier información y de toda índole, como es el caso de la suministrada a través de la World Wide Web, se advierte la envergadura del escenario que se pretende exponer.

La OEP considera que las divulgaciones realizadas a través de la red de redes forman parte del estado de la técnica, en atención al artículo 54.2 de la CPE. En particular, reconoce que los sitios web suelen contener información técnica muy relevante, como puedan ser manuales y tutoriales en línea de productos de *software* (como videojuegos) u otros productos con un ciclo de vida corto (OEP, 2014). Es por ello que ni la restricción del acceso al contenido divulgado a un círculo limitado de personas (por ejemplo, mediante una contraseña), ni la exigencia de pago por el acceso (análogo a la compra de un libro o la suscripción a una revista) impiden que el contenido divulgado a través de una página web forme parte del estado de la técnica. En principio, basta con que esté disponible sin ningún tipo de barrera de confidencialidad²⁵. En el caso de las webs de referencia, All Prior Art y All the

²⁴ Dicha accesibilidad del contenido de una patente al público presenta cierto carácter subjetivo. Tal y como pone de manifiesto Vidal-Quadras Trías de Bes (2005, p. 43) «se trata de un criterio de valoración impreciso» y, por tanto, se deberá estar a la interpretación que se dé del caso concreto.

²⁵ Cuando se habla de público no es necesario que se trate de una multitud de individuos, sino que puede tratarse de una sola persona, siempre que se encuentre en disposición de entender la invención y no

Claims, tanto las propias páginas como la información que albergan son de acceso abierto para cualquier usuario.

El principal problema que, quizá, pueda plantear este medio de divulgación, sea el referido a la fecha de publicación del contenido divulgado en atención a que sea considerado válidamente como «estado de la técnica» relevante, cuestión que será tratada más adelante.

b) Si nos referimos al contenido que se pone a disposición del público, existen varias formas de materializarlo para que se considere que se ha divulgado. De un lado, se entenderá como acto de divulgación el «uso» que se haga de un producto, incluyendo su producción, ofrecimiento, comercialización o explotación, así como la aplicación de un procedimiento (OEP, 2022, parte G, cap. IV, ap. 7).

También se entiende como «estado de la técnica» y, por tanto, conocimiento o información puesta a disposición del público, cualquier descripción oral en la que los hechos se dan a conocer al público de forma incondicional, como pueda ser en el transcurso de una conversación o una conferencia o por medio de la televisión, el podcast o los equipos de reproducción de sonido (OEP, 2022, parte G, cap. IV, ap. 7)²⁶.

Por su parte, cualquier documento, manuscrito o impreso que, con carácter técnico, desarrolle la invención (documentos de la propia patente, descripción de la misma, reivindicaciones, etc.), incluidos los artículos en revistas científicas y los *abstracts* o resúmenes de aquellos, también podrían «destruir» el requisito de novedad de la invención. En este sentido, para que una publicación escrita se considere que ha sido puesta a disposición del público, basta que este haya podido tener conocimiento de su contenido sin ninguna obligación de confidencialidad que restrinja el uso o la difusión de dicho conocimiento. En este análisis se deberán tener en cuenta ciertos factores, como pueda ser el lugar donde aparecieron los documentos, las circunstancias bajo las que se encontraban, el público objetivo, la existencia de acuerdos explícitos o implícitos de confidencialidad, así como la fecha de publicación de dichos documentos (T-526/12).

tenga la obligación de mantener el secreto. Se refiere al «potencial conocimiento que pueden tener (de lo que conforma ese estado de la técnica en la fecha relevante) personas que no están obligadas a guardar secreto, es decir, personas que no están sujetas a sistemas de control eficaces sobre su obligación de reserva». Al respecto, véase la SAP de Barcelona (Sección 15.ª), núm. 35/2010, de 17 de febrero. En este mismo sentido, en el ámbito europeo, véanse las decisiones T-877/90, T-809/95 y T 482/89, que además consideran que el «público» no tiene por qué ser experto en la materia, pero sí que ha de ser capaz de entender la invención y tener la capacidad de transmitirla o trasladarla a otras personas (Vidal-Quadras Trias de Bes, 2005, p. 47; Cataldo, 1988, p. 87; Luzzato, 1998, p. 258).

²⁶ En todo caso, el estado de la técnica no se verá afectado por las descripciones orales hechas por y a personas que estaban obligadas a guardar el secreto, ni por una divulgación oral que se haya hecho como máximo seis meses antes de la presentación de la solicitud de patente europea y que se derive directa o indirectamente de un abuso evidente en relación con el solicitante o con su predecesor legal.

De todas las formas de divulgación indicadas, parece que la más apropiada para encuadrar las pseudoinvenciones generadas por los algoritmos creativos serían las publicaciones escritas –*printed publications*– (Yordy, 2021, p. 528). Encuadramiento cuyas consecuencias no son muy esperanzadoras para aquellas, habida cuenta de que, por regla general, este tipo de publicaciones escritas son la base de la falta de novedad de la mayoría de solicitudes de patentes²⁷.

En los Estados Unidos, según la sección 102(b) del 35 United States Code (USC), para que las invenciones generadas automáticamente por algoritmos creativos pasen a conformar el estado de la técnica, se exige que la divulgación de su contenido se realice a través de una «publicación impresa». En el contexto de las publicaciones escritas *online*, los tribunales estadounidenses tienen en cuenta todas las circunstancias que rodean la divulgación de una invención realizada de esa forma para determinar, caso por caso, si un documento así divulgado se considera público o no. Así, por ejemplo, en el asunto *Voter Verified, Inc. v. Premier Election Solutions, Inc.*²⁸, el circuito federal sostuvo que un artículo disponible en línea, pero no indexado en ningún motor de búsqueda general, se consideraba, pese a ello, una «publicación impresa», por lo que podría considerarse «estado de la técnica» invalidante a efectos de evaluar las notas de novedad y actividad inventiva con respecto a una invención. Para tal argumentación, el tribunal se basó en el hecho de que el artículo en debate (que se refería a los sistemas de votación electrónica) estaba disponible en línea en *Risks Digest* (web dedicada a los riesgos asociados a la automatización informática), sitio que, según el juzgador, era bien conocido por la comunidad de ingenieros pertinente y que contenía muchos otros artículos relacionados con el campo de la invención sobre la que giraba el litigio. Para el tribunal, la indexación por parte de los motores de búsqueda es «un factor relevante» pero «no una condición necesaria» para considerarse estado de la técnica, por lo que, aunque el artículo no estuviese «publicado» en *open access*, era razonablemente accesible para el público interesado, por ser la web en cuestión un foro destacado en el ámbito de la tecnología de que se trataba (Hattenbach y Glucoft, 2015, p. 37).

Pues bien, a diferencia del caso que se acaba de comentar, las webs *All Prior Art* y *All the Claims* no pueden ser consideradas un foro en línea fomentado por una concreta comunidad técnica y relevante en ese particular campo. Además, las pseudoinvenciones publicadas en tales webs se presentan como «reivindicaciones» aisladas, esto es, reproducen las características técnicas del objeto inventivo, pero no incluyen descripción alguna o dibujos que faciliten su interpretación, y carecen de contexto o antecedente técnico alguno. Circunstancias todas ellas que no contribuyen a que tales publicaciones puedan ser catalogadas a efectos del estado de la técnica²⁹.

²⁷ *Printed documents*. Así lo esgrimen, por ejemplo, examinadores de patentes del Reino Unido y los Estados Unidos en el análisis del requisito de la novedad, basándose para ello en el art. 2(1) *British Act* o en la sec. 102 *US Act* (Roy, 1998, p. 61).

²⁸ *Voter Verified, Inc. v. Premier Election Solutions, Inc.*, 698 F.3d 1374, 1380 (Fed. Cir. 2012).

²⁹ En este sentido, los tribunales estadounidenses, en el asunto *SRI Int'l, Inc. v. Internet Sec. Sys., Inc.*, 511 F.3d 1186, 1194-98 (Fed. Cir. 2008), sostuvieron que un documento que figuraba en un sitio web,

Existen estudios que, desde una vertiente estrictamente práctica, aseguran que el método adoptado por estas webs para divulgar los resultados alcanzados por los algoritmos creativos resulta deficiente para el propósito de «inundar el estado de la técnica» que persiguen. En concreto se asegura que, pese a que los textos así generados son sintácticamente correctos, su semántica es cualitativamente deficiente, lo que hace que muchos de ellos no tengan sentido (Hamborg *et al.*, 2017, p. 102).

Este defecto parece quererlo salvar la compañía francesa Cloem, que, al igual que las webs que venimos analizando, se dedica a crear variantes de reivindicaciones de patentes –a las que denomina *cloems* (poemas técnicos)–. Para ello utiliza como recursos no solo las bases de datos de patentes, sino diccionarios especializados y propios creados con la ayuda de Wordnet, Wikipedia, tomando como herramienta básica la utilización de sinónimos, hipónimos, hiperónimos, merónimos, holónimos y antónimos³⁰. Esta previsión confiere una mayor calidad semántica a las reivindicaciones generadas por su algoritmo creativo, pero, sin embargo, no es suficiente para superar el problema de la inteligibilidad de todos sus resultados, lo que nos lleva a indagar sobre el necesario carácter inteligible de lo contenido en el estado de la técnica.

c) Por el momento, una de las principales deficiencias que cabe predicar de los algoritmos creativos es que no son capaces de comprender el texto que describen, esto es, que no son capaces de discernir sobre el contenido del resultado que arrojan. Ello convierte en casi imposible la tarea de discriminar entre los resultados que tienen sentido y los que no.

La comprensión de los resultados y el hecho de que tal comprensión llegue a ser considerada como criterio a evaluar al analizar el estado de la técnica ante una solicitud de patente, es algo hasta ahora no exigido en la evaluación de los requisitos de patentabilidad; y ello porque esta característica se presume intrínsecamente predicable del estado de la técnica [digámosle] «tradicional», esto es, el generado por humanos (Yordy, 2021, p. 553). Sin embargo, con el nuevo escenario que han hecho surgir los algoritmos creativos en cuanto a lo que pueda estar comprendido en el estado de la técnica, lo conveniente (cuando no necesario) sería introducir un nuevo elemento de valoración que permitiese distinguir entre lo divulgado que verdaderamente pueda invalidar una solicitud de patente o dar al traste con una ya registrada de aquello otro que no.

En nuestra opinión (y en clave de propuesta), una opción razonable sería incorporar en el proceso de análisis de la novedad y de la actividad inventiva el criterio o requisito del «carácter inteligible» por el intelecto humano de la información que pueda integrar el estado de la técnica. De esta forma, y para respetar el criterio propuesto, para que las que hemos

pero no se encontraba indexado ni catalogado de ninguna «manera significativa» no se consideraba de acceso público.

³⁰ Véase <https://www.cloem.com/flat/technology/>.

venido llamando pseudoinvenciones generadas por algoritmos creativos pudieran ser consideradas estado de la técnica de referencia deberían resultar sintácticamente correctas y tener un sentido lógico, coherente y comprensible para un experto [humano] en la materia; obviamente ello sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos.

El criterio o requisito de la inteligibilidad del conocimiento contenido en el estado de la técnica de referencia no debe ser confundido, no obstante, con el denominado «carácter habilitante», criterio este íntimamente relacionado con la suficiencia en la descripción de la invención, esto es, con el hecho de que se describa de manera clara y concisa, y que será objeto de análisis más adelante. La inteligibilidad vendría a hacer referencia a una condición o característica que ha de ser entendida como ineludible para que un resultado pueda integrar el estado de la técnica, y que se traduce en la necesidad de que haya éxito en la comunicación de la «enseñanza» que comporta la divulgación.

Entendemos que la constatación por el examinador de este nuevo criterio o requisito sustantivo del análisis del estado de la técnica que proponemos no sería una tarea complicada, y su tratamiento podría ser idéntico al que realiza con relación a los demás requisitos sustantivos de tal análisis.

3.3. La «fecha de publicación» de las divulgaciones computacionales

En lo que respecta al aspecto temporal, como es sabido, es la fecha de presentación de la solicitud de patente la que marca los límites para determinar el carácter novedoso o no de una invención³¹. Este elemento es relevante, dado el carácter cambiante en el tiempo del contenido del «estado de la técnica» (Bercovitz, 1987, p. 138), y se convierte también en pieza clave a los efectos del presente estudio.

Una primera aproximación a dicho carácter temporal podría llevar a pensar que, para el caso de los algoritmos creativos, la determinación de la fecha de publicación de sus resultados es objetiva y fácilmente constatable, al tratarse de un dato –o, de manera más preci-

³¹ En todo caso, se debe diferenciar entre la fecha de presentación de la solicitud de patente y la fecha de prioridad. Existe prioridad cuando se haya presentado con anterioridad en un Estado diferente y reivindicando una misma invención una solicitud de patente cuya protección se desea ampliar a otros territorios dentro del plazo legal permitido. El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 (CUP) prevé este derecho de prioridad, esto es, una vez presentada una solicitud de patente en un país parte en el convenio, el solicitante tendrá derecho a reivindicar la prioridad durante un periodo de 12 meses, considerándose la fecha de presentación de esa primera solicitud, la «fecha de prioridad» (art. 4.1 CUP). En España, y en el caso de existir prioridad, se tomará como día de presentación de la solicitud de patente en el nuevo territorio la fecha de prioridad reivindicada, lo que implica una retrotracción al momento de la primera solicitud para determinar el estado de la técnica (art. 30 LP).

sa, un metadato– detectable por medio de múltiples herramientas informáticas y de manera rápida y sencilla. Sin embargo, no hay que ignorar que existe la posibilidad teórica (y real) de manipular la fecha de una divulgación realizada a través de internet.

La OEP tiene advertido que es necesario evaluar de manera separada, por una parte, la correcta indicación de la concreta fecha de la divulgación y, por otra, la efectiva puesta a disposición del público a partir de esa fecha del contenido en cuestión. A este respecto, la OEP indica que la propia naturaleza de internet puede dificultar la determinación de la fecha real en que la información se puso a disposición del público en la red pues, por ejemplo, no todas las páginas web mencionan cuándo se publicaron. Además, los sitios web se actualizan con facilidad y la mayoría no ofrece ningún archivo del material expuesto anteriormente, ni muestra registros que permitan al público –incluidos los examinadores– establecer con precisión qué se publicó y cuándo (OEP, 2022, parte G, cap. IV, ap. 7.5.3).

Como solución, y con carácter general, si las divulgaciones realizadas por internet contienen una fecha de publicación expresa, esta generalmente se considera fiable y se acepta «al pie de la letra», recayendo sobre el solicitante de la patente controvertida la carga de probar lo contrario (es decir, que la fecha era otra). Sin embargo, si el examinador llega a la conclusión de que un documento concreto estuvo a disposición del público en una fecha determinada, esta fecha es la que se utiliza como fecha de publicación a efectos del examen (OEP, 2022, parte G, cap. IV, ap. 7.5.2).

En el caso concreto de las pseudoinvenciones generadas por algoritmos creativos, entendemos que habrá que estar también a su fecha de publicación. Como se ha tenido ocasión de indicar *supra*, las páginas web que se vienen analizando en el presente estudio incorporan un mecanismo para la identificación de resultados –Época UNIX e identificador UUID tipo 4–, y cabría pensar que ello permitiría conocer la fecha exacta de creación del contenido. Pero ocurre que el identificador no da evidencia de la fecha de publicación de cada ítem. Además, ninguna de las webs exhibe tal dato (quizá deliberadamente), ni a nivel individual, esto es, con respecto a la fecha de publicación de cada pseudoinvención, ni a nivel global, esto es, en cuanto a la fecha de publicación relativa a cada uno de los volúmenes de publicaciones que se encuentran enumerados secuencialmente y que albergan 10.000 elementos/volumen a tomar en consideración.

Estas webs utilizan como herramienta para asignar por medios electrónicos una fecha a un documento la llamada «marca de tiempo». Sin embargo, a nuestro modo de ver, una opción alternativa y más fiable a tales efectos sería la utilización del sistema de *timestamping* o sellado de tiempo de confianza. Este sistema permitiría mantener un registro permanente –y a prueba de manipulaciones– en lo que se refiere a la creación de documentos, dado que la asignación de fecha y hora se realizaría con la intervención de un prestador de servicios de certificación. Un ejemplo de esta solución lo encontramos en OriginStamp, un mecanismo que, ejecutado en la cadena de bloques de Bitcoin, permite a sus usuarios demostrar que sus datos con sello de tiempo existieron en un momento dado y en un estado

determinado. Los usuarios pueden entonces recuperar y verificar las marcas de tiempo que se han consignado en la cadena de bloques (Hamborg *at al.*, 2017, p. 102).

En todo caso, lo más relevante es que este sellado de tiempo garantice la fecha de publicación del documento en cuestión, y no tanto la de su creación, ya que es la primera la que interesa a efectos de considerar dicho elemento como relevante para formar parte del estado de la técnica.

En las webs objeto de estudio, y dado que no incorporan expresamente una fecha de publicación, el examinador podría intentar obtener más pruebas para establecerla o confirmarla. En concreto, puede acudir a webs disponibles en un servicio de archivo de internet –el servicio más destacado de este tipo es el denominado Internet Archive³²; también puede utilizar información relacionada con el historial de modificaciones aplicadas a un archivo o web (*timestamp information*) o que se encuentre disponible en directorios de archivos u otros repositorios –mensajes de foros y blogs–. Asimismo, puede tener en cuenta las fechas de indexación dadas a la página web por los motores de búsqueda (T-1961/13), la información relativa a la fecha de publicación incluida en la propia divulgación en internet –a veces oculta en la programación utilizada para crear el sitio web– o incluso aquella información sobre la replicación de la divulgación que se encuentren en los denominados «sitios espejo»³³ o en varias versiones (OEP, 2022, parte G, cap. IV, ap. 7.5.4).

En cualquier caso, el análisis del elemento temporal aplicado a las pseudoinvenciones generadas por algoritmos creativos presenta idénticos problemas en el análisis de la novedad y actividad inventiva que los que puedan ocasionar cualesquiera otras publicaciones realizadas a través de internet, por lo que no es exclusivo de este tipo de resultados.

3.4. El pretendido –pero cuestionable– «carácter habilitante»

Como es sabido, solo se puede considerar que una concreta materia se ha puesto a disposición del público y, por tanto, que forma parte del estado de la técnica, si la información facilitada es suficiente para que el experto, en la fecha pertinente, y teniendo en cuenta los conocimientos generales en la materia en ese momento, pueda poner en práctica la enseñanza técnica objeto de la divulgación (T-26/85, T-206/83 y T-491/99).

En el ámbito europeo, este requisito exigido para el estado de la técnica se encuentra en consonancia con lo que se conoce como «suficiencia en la descripción»; está susten-

³² Este se encuentra accesible a través de la denominada *wayback machine* en www.archive.org.

³³ Los «sitios espejo» en informática son aquellos que contienen una réplica exacta de la información y contenido de otro y tienen como finalidad facilitar descargas o permitir el acceso a la información, incluso cuando haya fallos en el servicio del servidor principal.

tado en el artículo 83 del CPE y es elemento exigido para que una patente europea sea concedida: «la solicitud de patente europea debe divulgar la invención de manera suficientemente clara y completa para que pueda ser realizada por un experto en la materia». Por su parte, el ordenamiento estadounidense se refiere al «carácter habilitante» (*enablement*) de la solicitud de patente, lo que implica que esta debe contener una descripción escrita de la manera y procedimiento de fabricación y de utilización de la invención, en términos tan completos, claros, concisos y exactos que permitan a cualquier persona experta en la materia –*person having ordinary skill in the art* (*PHOSITA*)–, hacer y utilizar la misma (...) (35 USC § 112[a]).

El requisito del «carácter habilitante» propio del ordenamiento estadounidense queda descrito en el clásico asunto *Consol. Elec. Light Co. v. McKeesport Light Co.*, que versa sobre la patente de la bombilla incandescente³⁴. En este supuesto, la Corte Suprema consideró la falta de validez de la patente objeto de controversia por carecer de carácter habilitante, dado que no enseñaba al público cómo crear la invención reivindicada, sino que para tal conocimiento era preciso emprender una importante tarea adicional de experimentación (Hattenbach y Glucoft, 2015, p. 38)³⁵.

A nuestro juicio, habría que diferenciar entre el «carácter habilitante» exigido como requisito necesario en una solicitud de patente y el «carácter habilitante» requerido para que un elemento anterior sea considerado estado de la técnica de referencia³⁶. Así: a) para que una solicitud de patente sea concedida, en ella se debe enseñar cómo hacer y utilizar –*make and use*– la invención descrita (35 U.S.C. § 112[a]); y b) el estado de la técnica será considerado un obstáculo en la concesión de una futura patente (*patentability-defeting prior art*) solo cuando proporcione la información suficiente como para que una persona experta en la materia pueda realizar –*make*– la invención descrita sin necesidad de experimentación indebida³⁷. Como se aprecia, la principal diferencia es que mientras que las solicitudes de patente deben permitir al experto en la materia realizar y utilizar la invención (*make and use*),

³⁴ *Consol. Elec. Light Co. v. McKeesport Light Co.*, 159 U.S. 465 (1895). En ese caso, los inventores Sawyer y Man afirmaron haber inventado la moderna bombilla incandescente utilizando material fibroso y demandaron a Edison por haber comercializado una bombilla incandescente utilizando una porción de tallo de bambú, que es un tipo de material fibroso. Por su parte, ellos habrían desarrollado su invención utilizando únicamente papel carbonizado y madera, que también son materiales fibrosos. Al no existir una característica fundamental inherente a todos los materiales fibrosos que los haga aptos para su uso en una bombilla incandescente, y al no haber proporcionado los titulares de la patente orientación sobre cómo identificar el subconjunto de materiales que podrían funcionar como filamento, se invalidó la patente.

³⁵ Esta referencia a los Estados Unidos es relevante a nuestros efectos, dado el origen, el fundamento y el enfoque de los resultados alcanzados por los algoritmos creativos centro de nuestro estudio.

³⁶ Además del carácter habilitante, el estado de la técnica de referencia debe cumplir una estricta identidad con la patente controvertida (esto es, con la patente objeto de análisis). Véase 35 U.S. Code § 102.

³⁷ Véanse los asuntos *Finisar Corp. v. DirecTV Grp., Inc.*, 523 F.3d 1323, 1336 (Fed. Cir. 2008) y *In re Omeprazole Pat. Litig.*, 483 F.3d 1364, 1379 (Fed. Cir. 2007).

el contenido existente en el estado de la técnica debe simplemente mostrar a dicha persona cómo hacer la invención (*make*) (Yordy, 2021, p. 525)³⁸.

El hecho de que el legislador estadounidense, en referencia al estado de la técnica invalidante, haya utilizado el vocablo *enable* (entendido como permitir o habilitar) en lugar de *teach* (enseñar en sentido estricto de la palabra), implica que la divulgación de referencia no tiene que explicar cada detalle de la invención, ya que se entiende que el conocimiento del experto en la materia podría suplir dichas lagunas en la divulgación³⁹.

Pudiera parecer que la posición del legislador europeo en estas cuestiones es más exigente que la del estadounidense, ya que requiere «suficiencia en la descripción de la invención» y no «carácter habilitante de la solicitud de patente». No obstante, ambos se pronuncian en el mismo sentido en lo que tiene que ver con el tratamiento del estado de la técnica relevante, al considerar como tal cualquier divulgación que permita al experto reproducir la materia objeto de la misma. Y para ello le permite, en todo caso, acudir al denominado «conocimiento general común» (OEP, 2022, parte G, cap. IV, ap. 2)⁴⁰. Ahora bien, no podrá considerarse conocimiento general común y, por tanto, no puede utilizarse para completar la divulgación, una información a la que solo se puede acceder desarrollando una intensa, profunda y exhaustiva labor de búsqueda⁴¹.

La posibilidad de acudir al conocimiento general común para completar las enseñanzas de un documento que pretende constituirse como estado de la técnica invalidante no es suficiente, a nuestro juicio, para colmar las lagunas que a este respecto presentan las pseudoinvenciones.

Según el creador de los algoritmos creativos de referencia en la presente investigación, Alexander Raben, aunque puede que muchas de las publicaciones ofrecidas por estos puedan carecer de sentido, nada impide que pudieran ser realizadas y puestas en práctica

³⁸ En este sentido, el asunto *In re Hafner*, 410 F.2d 1403, 1405 (CCPA 1969) determina que mientras que la sección 112 establece que la solicitud de patente debe permitir a un experto en la materia «utilizar» la invención, el artículo 102 no establece tal requisito en cuanto al estado de la técnica.

³⁹ *In re Paulsen*, 30 F.3d 1475, 1480 (Fed. Cir. 1994).

⁴⁰ A mayor abundamiento, sobre este concepto, véase *infra*, el siguiente apartado.

⁴¹ Véase el asunto T-206/83. Un ejemplo que brinda la propia OEP es el relativo a un documento que divulga un compuesto químico (identificado por su nombre o por su fórmula estructural), indicando que el compuesto puede producirse mediante un proceso definido en el propio documento. El documento no indica cómo obtener los materiales de partida o los reactivos utilizados en el proceso. Si el experto no puede obtener estos materiales de partida o reactivos sobre la base de un conocimiento general común (por ejemplo, a partir de libros de texto), el documento no estaría suficientemente divulgado con respecto a ese compuesto. Por lo tanto, no se consideraría parte del estado de la técnica (al menos en lo que se refiere a ese compuesto) y, en consecuencia, no perjudicaría la patentabilidad de la invención reivindicada (OEP, 2022, parte G, cap. IV, ap. 2).

por alguien suficientemente experto. En nuestra opinión esta aseveración no está exenta de crítica. Y es que, si una publicación generada por un algoritmo creativo resulta ser ininteligible para el intelecto humano, difícilmente podrá entenderse la enseñanza técnica que en ella subyace –si es que la hubiera–, por lo que resultará inviable su puesta en práctica, invalidando en este caso también el carácter habilitante del texto.

3.5. Una alternativa: la «concepción de la invención»

Algún autor ha defendido abiertamente que la exigencia del «carácter habilitante» debería ser exonerada para las pseudoinvenciones generadas por algoritmos creativos y que, en su lugar, se debería incorporar para ellas un requisito alusivo a la «concepción de la invención» (Yordy, 2021, p. 524).

La jurisprudencia estadounidense ha concretado lo que significa «concebir la invención», entendiéndolo que se trataría del «desarrollo completo de la parte mental del acto inventivo», esto es, «la formación en la mente del inventor de una idea definida y permanente de la invención técnica completa»⁴². En algunos casos, la «concepción de la invención» se alcanzará cuando la invención se encuentre completamente descrita, de tal manera que permita a otra persona construir el invento a partir de dicha descripción, sin necesidad de ponerla en práctica para completar el proceso inventivo (Sheiness y Canady, 2006, p. 153).

Desde la perspectiva apuntada, una publicación de las realizadas por los algoritmos creativos no satisfaría, *a priori* y por sí sola, el requisito de la concepción, sino que requeriría una prueba adicional, ya sea esta la revisión de la divulgación por parte de una persona o la evidencia de que el propio algoritmo fue capaz de reconocer y apreciar la idea subyacente (Yordy, 2021, p. 555). Esta prueba adicional vendría a garantizar que las divulgaciones generadas por algoritmos creativos estuvieran contribuyendo realmente al conocimiento público, pues habrían sido sometidas a alguna evaluación, evitando así que puedan hacer no patentable una invención posterior.

En nuestra opinión, la inclusión de la exigencia de la «concepción de la invención» en sustitución del requisito del «carácter habilitante» para el caso de las publicaciones derivadas de los algoritmos creativos parece una solución razonable. Ciertamente, un requisito de concepción impediría que un estado de la técnica generado computacional o artificialmente pudiera llegar a invalidar invenciones merecedoras de protección por patente. Asimismo, la exigencia de concebir una invención implica que esta sea evaluada, categorizada,

⁴² «*The conception of the invention consists in the complete performance of the mental part of the inventive act. [...] It is therefore the formation in the mind of the inventor of a definite and permanent idea of the complete and operative invention*». Así se pronunció la Court of Customs and Patent Appeals estadounidense en el asunto *Townsend v. Smith*, 36 F.2d 292, 295, 4 USPQ 269, 271 (CCPA 1930).

construida, comercializada o innovada, lo que permitiría filtrar y desechar resultados que no aportan valor alguno.

Si se admitiera el requisito de la concepción de la invención para los resultados derivados de los algoritmos creativos, el escenario favorable que podría llegar a crearse impulsaría a los programadores de este tipo de algoritmos a desarrollar unos más avanzados, circunstancia que, a su vez, reportaría un beneficio claro para la sociedad y para el progreso tecnológico (Yordy, 2021, p. 556).

3.6. En definitiva, ¿las pseudoinvenciones generadas por algoritmos pueden ser consideradas realmente estado de la técnica?

Los algoritmos creativos All Prior Art y All the Claims parten de la premisa de considerar como estado de la técnica cualquier prueba de que una invención ya era conocida previamente («*Prior art is any evidence that your invention is already known*»)⁴³. Se esgrime en las propias webs que no es necesario que el estado de la técnica exista físicamente o haya sido comercializado, sino que basta con el hecho de que alguien, en algún lugar, en algún momento anterior, haya descrito, mostrado o fabricado algo que contenga un uso de la tecnología muy similar a la invención sometida a evaluación. Como ejemplo de posible estado de la técnica se alude a una pintura rupestre prehistórica, a cualquier tecnología con siglos de antigüedad o a cualquier invención que nunca se haya convertido en un producto material. Con base en tal fundamento, el creador de sendas webs considera como estado de la técnica de referencia las pseudoinvenciones (en nuestra nomenclatura) generadas por sus algoritmos creativos.

Sin embargo, a la luz de la cuestionable puesta a disposición del público de la información técnica pertinente, de la ausencia de fecha de publicación de dicha información –elemento potencialmente subsanable– y de su dudoso carácter habilitante, entendemos muy discutible poder otorgar, de manera absoluta, la condición de estado de la técnica a los resultados de esos algoritmos creativos. Habría que estar al caso concreto de cada uno de los resultados arrojados por tales algoritmos y analizar cada resultado de manera individual, para poder otorgarle o no la condición de estado de la técnica.

Con independencia de lo anterior, no sería un despropósito intentar analizar la posible ubicación de estas pseudoinvenciones en alguna de las categorías de estado de la técnica señaladas por algún sector doctrinal, para, en su caso, llegado el momento, facilitar su examen y consideración como posible estado de la técnica invalidante de una solicitud de patente.

⁴³ Véase <https://allpriorart.com/about/>.

Desde un punto de vista teórico se han establecido cuatro categorías de estado de la técnica (Franzosi, 2001, pp. 78 y ss.).

- a) De un lado, la principal sería la integrada por el ya mencionado «conocimiento general común» (*common general knowledge*). Los libros de texto básicos y las monografías son los que, por excelencia, representan el conocimiento general común; además, si contienen referencias a otros artículos que tratan problemas específicos, estos últimos también pueden considerarse parte de dicho conocimiento⁴⁴.

En cualquier caso, la información no se convierte en conocimiento general por haber sido publicada en un libro de texto o en una obra de referencia, sino que aparece en libros de este tipo porque ya es conocimiento general⁴⁵. Por su parte, una sola publicación –v. gr., un documento de patente o un artículo en una revista científica– no puede considerarse conocimiento general común (T-475/88)⁴⁶. Sin embargo, existen casos especiales en los que ciertos artículos técnicos pueden ser considerados como tal conocimiento⁴⁷, sobre todo cuando ofrecen una amplia revisión o estudio de un tema⁴⁸, o cuando la información suministrada se refiere a un campo de investigación que es tan nuevo que los conocimientos técnicos pertinentes aún no están disponibles en los libros de texto⁴⁹.

Normalmente este conocimiento general común alude a publicaciones o a especificaciones de patentes que son ampliamente conocidas (*widely read publications*)⁵⁰. Qué duda cabe que este no es el caso de las reivindicaciones generadas por algoritmos creativos, ya que, al menos en su forma actual, pueden ser extraordinariamente difíciles de localizar y, en caso de dar con ellas, pueden no ser instructivas para los expertos en los campos tecnológicos pertinentes (Hattenbach y Glucoft, 2015, p. 37).

- b) En segundo lugar, se encontraría el «conocimiento reforzado (*enhanced knowledge*)». Este grupo incluiría todos los libros de texto (antiguos y nuevos, aunque no se consulten con frecuencia), la literatura de patentes y los artículos técnicos más actuales. Respecto de las publicaciones en materia de patentes, se consideran

⁴⁴ Véanse los asuntos T-171/84 y T-206/83, respectivamente.

⁴⁵ Véase el asunto T-766/91. Esto significa que la información contenida en dicha publicación debe haber pasado a formar parte del conocimiento general en algún momento anterior a la fecha de publicación.

⁴⁶ Véase el asunto T-475/88.

⁴⁷ Véase el asunto T-595/90.

⁴⁸ Véase el asunto T-309/88.

⁴⁹ Véase el asunto T-51/87.

⁵⁰ *General Tire and Rubber Co. v. Firestone Tire and Rubber Co.*, 1972 RPC 457.

cruciales todas las relativas a los tres principales sistemas de patentes, a saber, el estadounidense, el europeo y el japonés, pues representan el 95 % de toda la literatura de patentes, sin olvidar las que se refieran a los países más industrializados, y también a los países no industrializados que están especializados en una tecnología concreta (Franzosi, 2001, p. 80).

Se ha puntualizado al respecto que el experto en la materia centra su interés en las publicaciones de patentes que son relevantes para una categoría concreta de la técnica («*the expert must be presumed to study patent publications in the relevant patent classes with particular interest*»)⁵¹. Como se apuntó *supra*, las webs estudiadas no cuentan con un sistema de clasificación de los resultados obtenidos, por lo que tampoco existe una categorización por materias de estas pseudoinvenciones, lo que hace difícil su incorporación como tal en esta categoría.

- c) En tercer lugar, cabría hablar del conocimiento oculto (*hidden knowledge*), que es aquel que es conocido por alguna persona pero que no se considera accesible para el experto medio. Se trataría de un conocimiento remoto, que requeriría un gran esfuerzo de localización, o que solo podría encontrarse por accidente (Hansen y Hirsch, 1997, p. 69). Hay quien encuadra en esta categoría las tesis doctorales que se encuentran depositadas de forma física –no digital– en bibliotecas universitarias, o alguna publicación dirigida a un público diferente que no sea el experto en un campo concreto, o incluso una divulgación realizada en una conferencia con escaso público (Franzosi, 2001, p. 81).

Quizás es en esta categoría donde cabría ubicar los resultados de algoritmos creativos, dada la dificultad de su localización.

- d) También descartaríamos el cuarto grupo, integrado por las solicitudes de patentes anteriores (*prior applications*) que, si bien sirven de sustento para estos algoritmos –es decir, conforman los *inputs* de los cuales se nutren–, no son los *outputs* que interesan a los efectos de este trabajo.

Pues bien, de poder considerar las pseudoinvenciones como *hidden knowledge*, cabría alegar que el experto no tiene obligación de buscar el conocimiento oculto. Este existe, pero el experto puede no conocerlo y puede no llegar a hacerlo nunca, ya que no está obligado a indagar sobre algo que no sabe que existe. Por tanto, lo que el experto desconoce que ha de buscar no puede ser tomado en consideración (Franzosi, 2001, p. 84).

De hecho, en la realidad práctica del análisis de la actividad inventiva que realiza el experto, este tan solo presta atención a la información que finalmente conside-

⁵¹ Véase el asunto T-1/81.

raría *–would consider–*, no la que podría considerar *–could consider–*⁵². Pero es que, además, aunque el contenido ofrecido por los algoritmos creativos pudiera ser recuperable –en el sentido de poder llegar a conocer dónde se encuentra albergado–, no parece razonable exigir al experto en la materia que examine los millones de resultados de una búsqueda (Hattenbach y Glucoft, 2015, p. 38).

Con una mirada puesta en un futuro no muy lejano sí cabría pensar, sin embargo, en la posibilidad de que sean otros AIA los que accedan a estos datos, al tener mayor capacidad que un humano para hacerlo –tanto en términos cuantitativos como cualitativos–, así como para procesarlos y examinarlos (pudiendo incluso llegar a utilizarlos en la generación de otros nuevos).

Pensando en la posibilidad de que el experto que analiza la novedad y la actividad inventiva pueda llegar a ser, como ya se ha apuntado por algún autor, un «sistema experto en la materia» (Sánchez García, 2018, pp. 72 y ss.), el escenario que se viene analizando podría ser diferente. Veamos cómo: habida cuenta de que un sistema experto es un «programa de ordenador que contiene la erudición de un especialista humano versado en un determinado campo de aplicación» (Pino *et al.*, 2001, p. 10), se podría emplear para la resolución de problemas al ser capaces de explicar los resultados que proponen. Debido a la versatilidad y la rapidez con la que estos programas podrían acceder a la información generada por dichos algoritmos creativos, el sistema experto sería conocedor de todos los avances existentes en un área de la técnica determinada, por lo que ya no sería oportuno calificar a estas pseudoinvenciones de conocimiento oculto o remoto, al menos para otros AIA.

4. Consideraciones finales: ¿«estado de la técnica» a dos niveles?

La existencia de estos algoritmos creativos es un hecho y sus resultados ya se encuentran disponibles en internet. Sin embargo, su tratamiento jurídico es lo que va a condicionar tanto su evolución –aparición de nuevos y más modernos algoritmos creativos con el mismo fin– como su impacto en el progreso tecnológico.

Aunque la generación masiva de estado de la técnica por parte de algoritmos creativos no implique un coste computacional elevado, sí comporta importantes externalidades –esto es, efectos secundarios relevantes– para los titulares de patentes. Por una parte, si estas divulgaciones generadas por algoritmos integraran el estado de la técnica, aumentarían los costes de tramitación de patentes, ya que obligarían a realizar búsquedas inabarcables en el estado de la técnica, tanto por parte de los titulares de patentes –que tienen que hacerlas

⁵² Véase el asunto T-39/82.

antes de presentar una solicitud– como por parte de los examinadores, que deben realizar su propia búsqueda para determinar si una invención es realmente nueva y tiene actividad inventiva (Yordy, 2021, p. 549). Y, además, y por esta misma razón, se incrementarían los costes derivados de los litigios sobre patentes lo que, finalmente, redundaría en la desincentivación para proteger por patente las invenciones desarrolladas por humanos.

Los riesgos expuestos podrían derivar, como contrapartida, en un mayor recurso a la protección de las invenciones por la vía del secreto industrial, lo que podría tener un impacto negativo en la sociedad, al privar de la información que, por el contrario, se desprende de una patente, como por ejemplo los detalles sobre cómo poner en práctica una invención y sobre su uso, perjudicando a su vez a futuras innovaciones (Seymore, 2010, p. 661).

Asimismo, tal y como se ha observado en el presente trabajo, las publicaciones de estos algoritmos creativos, por el momento, son deficientes en muchos niveles. De un lado, se trata de divulgaciones, en la mayoría de los casos, incomprensibles para el ser humano y sobre todo que carecen de una estructura lógica y coherente. Quizá, la introducción de un nuevo requisito en la configuración del estado de la técnica, como pueda ser el del «carácter inteligible» de la divulgación, sería un buen instrumento para «filtrar» y, así, reforzar los resultados que puedan considerarse invalidantes de futuras patentes.

De otro lado, se ha constatado también que existe también un escollo en relación con la temporalidad de las pseudoinvenciones generadas por estos algoritmos creativos. Si bien consta una marca de tiempo que indica cuándo fueron generadas, no es apreciable la fecha de publicación de tales resultados. Sin embargo, es este un elemento subsanable, ya que es viable la incorporación de este dato a la web; pero en estas webs la ausencia de la fecha es deliberada, ya que figura como desactivada dicha posibilidad. Es por ello que, a día de hoy, los resultados publicados en las mismas no podrían ser tenidos en cuenta como estado de la técnica.

Por último, en cuanto al «carácter habilitante» predicable del estado de la técnica de referencia, se ha expuesto cómo en los casos de estudio propuestos no consta una explicación detallada sobre cómo poner en práctica las divulgaciones publicadas y, además, difícilmente podrá entenderse la enseñanza técnica –si es que la hubiera– al no poder comprenderse, en muchas ocasiones, el texto generado. Compartimos la necesidad de sustituir este requisito por otro que se refiera a la «concepción» del resultado, ya que ello obligaría a la revisión de esta divulgación o la evidencia de que el propio algoritmo fue capaz de reconocer y apreciar la idea subyacente por parte de una persona.

Todos estos puntos controvertidos podrían disiparse de existir una mejora sustantiva de los resultados publicados derivados de los algoritmos creativos, esto es, si los propios algoritmos destilasen los resultados, clasificándolos en potencialmente invalidantes –de futuras patentes– o no. Además, como se ha mencionado, y teniendo en cuenta la creciente presencia de los AIA en todos los ámbitos, no sería descartable la participación de

estos en los procesos de análisis y evaluación de la novedad y actividad inventiva de las invenciones patentables. Estos nuevos agentes tendrían capacidad –cuantitativa y cualitativa– para acceder y, en su caso, comprender y quizás interpretar los resultados generados por algoritmos creativos similares a los estudiados. Si no se toman medidas al respecto, un escenario como el descrito elevaría, sin duda alguna, el estado de la técnica que habría de analizar el examinador (humano), desincentivándose en última instancia el progreso tecnológico.

Es por ello que, como última apreciación, entendemos que el futuro del sistema de patentes pasa por reconsiderar el concepto de «estado de la técnica tradicional», y quizás incorporar una categoría separada de «estado de la técnica computacional o artificial» proyectado sobre las futuras invenciones generadas por AIA.

Referencias bibliográficas

- Bercovitz, A. (1987). Novedad y actividad inventiva como requisitos de patentabilidad. *Jornadas sobre la Nueva Ley Española de Patentes, Grupo Español de la AIPPI*, Barcelona, 131-141.
- Bercovitz, A. (1993). Las reivindicaciones de la patente de invención. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 49, 163-189.
- Bostrom, N. (2014). *Superintelligence: paths, dangers, strategies*. Oxford University Press.
- Cataldo, V. di (1988). *I brevetti per invenzione e per modello*. Giuffrè.
- Chien, C. V. (2009). Of Trolls, Davids, Goliaths, and Kings: Narratives and Evidence in the Litigation of High-Tech Patents. *North Carolina Law Review*, 87.
- Fischer T. y Henkel, J. (2012). Patent trolls on markets for technology – an empirical analysis of trolls' patent acquisitions. *Research Policy*, 41(9), 1.519-1.533.
- Franzosi, M. (2001). Novelty and non-obviousness – the relevant prior art. *CASRIP Publication Series: Reconciling Int'l Intellectual Property*, 7, 74-86.
- Gómez Segade, J. A. (1988). *La Ley de Patentes y Modelos de Utilidad*. Civitas.
- Hamborg, F., Elmaghraby, M., Breitinger, C. y Gipp, B. (2017). Automated Generation of Timestamped Patent Abstracts at Scale to Outsmart Patent-Trolls. *Bibliometric-enhanced Information Retrieval and Natural Language Processing for Digital Libraries*, 1, 101-106.
- Hansen, B. y Hirsch, F. (1997). *Protecting inventions in Chemistry. Commentary on Chemical Case Law under the European Patent Convention and the German Patent Law*. Wiley-VCH.

- Hattenbach, B. y Glucoft, J. (2015). Patents in an era of infinite monkeys and artificial intelligence. *Stanford Technology Law Review*, 19(32), 32-51.
- Kaplan, J. (2017). *Inteligencia artificial. Lo que todo el mundo debe saber* (Trad. J. C. Ruiz Franco). Teell.
- Luzzato, R. (1998). Campo di protezione e novità nel brevetto europeo. *RDI*, 247-261.
- Mandarola, M. (2005). El sistema de las Creative Common. *El Profesional de la Información*, 14(4), 285-289.
- Martínez Pérez, M. (2018). Derecho de patentes versus derecho de defensa de la competencia en la Unión Europea: ¿una relación de complementariedad? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10(1), 372-393.
- Martínez Pérez, M. (2020). *Patent Trolls y Derecho de la Competencia. Los usos ofensivos de los derechos de patente*. Tirant lo Blanch.
- McDonough III, J. (2006). The Myth of the patent troll: An alternative view of the function of patent dealers in an idea economy. *Emory Law Journal*, 56, 189-228.
- Miller, R. (2015). AP's «robot journalists» are writing their own stories now. *The Verge*, enero. <https://www.theverge.com/2015/1/29/7939067/ap-journalism-automation-robots-financial-reporting>
- Moravec, H. (2000). *Robot: mere Machine to Transcendent Mind*. Oxford University Press.
- Niro, R. P. y Greenspoon, R. P. (2007). Are Patent Trolls Really Undermining the Patent System? *The Licensing Journal*, 8-14.
- OEP (Oficina Europea de Patentes). (2014). Directrices de Examen de la Oficina Europea de Patentes (*Guidelines for Examination in the European Patent Office*), noviembre. [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/56911A5DDF284B55C1257D81005FA359/\\$FILE/guidelines_for_examination_2014_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/56911A5DDF284B55C1257D81005FA359/$FILE/guidelines_for_examination_2014_en.pdf)
- OEP (Oficina Europea de Patentes). (2022). Directrices de Examen de la Oficina Europea de Patentes (*Guidelines for Examination in the European Patent Office*), marzo. https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_iv_3.htm
- Pino Díez, R., Gómez Gómez, A. y Abajo Martínez, N. (2001). *Introducción a la inteligencia artificial: sistemas expertos. Redes neuronales artificiales y computación evolutiva*. Universidad de Oviedo.
- Pohlmann, T. y Opitz, M. (2013). Typology of a Patent Troll. *R&D Management*, 43(2), 103-120. <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/47262/>
- Roy, B. N. (1998). Novelty and obviousness in Patent Law. *Journal of Intellectual Property Rights*, 3, 59-67.
- Sánchez García, L. (2018). Las invenciones generadas por Inteligencia Artificial y sus implicaciones para el Derecho de Patentes. *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático* (2.ª época), 5, 49-84.
- Sánchez García, L. (2020). *El inventor artificial. Un reto para el Derecho de Patentes*. Aranzadi.
- Sandburg, B. (2001). You may not have a choice. Trolling for Dollars. *The Recorder*, 30 de julio, 1-6. <http://www.phonetel.com/pdfs/LWTrolls.pdf>
- Sauri, O. R. (2015). *La actividad inventiva como requisito de patentabilidad* [Tesis doctoral]. Universidad de Barcelona.
- Seymore, S. B. (2010). The Teaching Function of Patents. *Notre Dame Law Review*, 85(2), 621-669.



Sheiness, D. y Canady, K. (2006). The importance of getting inventorship right. *Nature Biotechnology*, 24(2), 153-154.

Reitzig, M., Henkel, J. y Heath. C. H. (2007). On sharks, trolls, and their patent prey – Unrealistic damage awards and firms' strategies of 'being infringed'. *Research Policy*, 36(1), 134-154.

Thaler, S. (1996). Neural nets that create and discover. *PC AI*, 10(3), 16-21.

Vidal-Quadras Trías de Bes, M. (2005). *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*. J. M. Bosch.

Yordy, L. R. (2021). The Library of Babel for Prior Art: using artificial intelligence to mass produce prior art in Patent Law. *Vanderbilt Law Review*, 74(2), 521-562.



Los acreedores financieros en la reforma de la Ley concursal para la transposición de la directiva sobre reestructuración e insolvencia

Marta Flores Segura

*Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid
Of Counsel Baker McKenzie*

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

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñiz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

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

Extracto

El presente trabajo aborda el estudio del impacto que, sobre los acreedores financieros, ha tenido la transposición en España de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia. En este sentido, se analiza la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que modifica sustancialmente los institutos preconcursales anteriormente existentes. Con el fin de proporcionar una panorámica general, el análisis se realiza desde distintos prismas: los acreedores financieros como clase, como titulares de garantías reales, como proveedores de financiación interina o de nueva financiación y como contrapartes contractuales.

Palabras clave: acreedores financieros; planes de reestructuración; insolvencia; garantías reales; pre-concurso.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Cómo citar: Flores Segura, M. (2022). Los acreedores financieros en la reforma de la Ley concursal para la transposición de la directiva sobre reestructuración e insolvencia. *Revista CEFLegal*, 262, 35-70.



Financial creditors in the reform of the insolvency Law for the transposition of the restructuring and insolvency directive

Marta Flores Segura

Abstract

This paper studies the impact on financial creditors of the transposition in Spain of the Restructuring and Insolvency Directive. In this sense, it analyzes the reform operated by Law 16/2022, of September 5, which substantially modifies the previously existing preinsolvency institutions. In order to provide a general overview, the analysis is carried out from different perspectives: financial creditors as a class, as holders of security interests, as providers of interim financing or new financing, and as contractual counterparties.

Keywords: financial creditors; restructuring plans; insolvency; security interests; preinsolvency.

Citation: Flores Segura, M. (2022). Los acreedores financieros en la reforma de la Ley concursal para la transposición de la directiva sobre reestructuración e insolvencia. *Revista CEFLegal*, 262, 35-70.

Sumario

1. Introducción
2. Los acreedores financieros como clase
 - 2.1. Consideraciones generales
 - 2.2. El concepto de acreedor financiero a efectos de la formación de clases
 - 2.3. La(s) clase(s) de acreedores financieros
 - 2.4. El cómputo de los créditos financieros a los efectos del voto de un plan de reestructuración
 - 2.5. La extensión de efectos a acreedores disidentes
3. Los acreedores financieros como titulares de garantías reales
 - 3.1. Consideraciones generales
 - 3.2. Efectos de la comunicación de apertura de negociaciones sobre las ejecuciones de garantías reales
 - 3.3. Efectos del plan de reestructuración sobre las ejecuciones de garantías reales
 - 3.3.1. Destinatarios de las medidas de protección
 - 3.3.2. El derecho a instar la realización de los bienes o derechos gravados
 - 3.3.3. La sustitución de la ejecución por el cobro en efectivo
 - 3.3.4. El destino de la cantidad obtenida con la realización de los activos gravados
4. Los acreedores financieros como titulares de garantías frente a terceros
5. Los acreedores financieros como proveedores de financiación interina o de nueva financiación
 - 5.1. La financiación interina
 - 5.2. La nueva financiación
 - 5.3. La protección frente a acciones rescisorias
 - 5.4. La preferencia en el cobro
6. Los acreedores financieros como contraparte contractual
 - 6.1. Los efectos de la comunicación de negociaciones sobre los contratos financieros
 - 6.1.1. El principio general de vigencia de los contratos
 - 6.1.2. La resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento
 - 6.1.3. Las especialidades para determinados acuerdos de compensación contractual
 - 6.1.4. Las especialidades para ciertos contratos de suministro necesarios para la continuidad de la actividad del deudor



6.2. Los efectos de los planes de reestructuración sobre los contratos financieros

- 6.2.1. El principio general de vigencia de los contratos
- 6.2.2. Los acuerdos de compensación contractual y las garantías financieras
- 6.2.3. Los contratos de suministro de bienes, servicios o energía
- 6.2.4. La resolución en interés de la reestructuración
- 6.2.5. La resolución por incumplimiento
- 6.2.6. Los contratos de derivados

7. Los pactos de sindicación

Referencias bibliográficas

Nota: Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «La adaptación al Derecho europeo de la empresa: los nuevos retos del derecho de sociedades y de los mercados de capitales» (referencia PID2020-113958GB-I00), cuyos investigadores principales son los profesores Aurora Martínez Flórez y Alberto Vaquerizo Alonso.

1. Introducción

Uno de los pilares de la reforma del texto refundido de la Ley concursal (TRLR) para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia¹ es la reducción de las instituciones preconcursales existentes (a saber, los acuerdos de refinanciación en sus distintas modalidades y los acuerdos extrajudiciales de pagos) a una única institución (los planes de reestructuración)². La reforma ha supuesto la desaparición de los acuerdos de refinanciación homologados, que habían sido configurados por el legislador como el vehículo *ad hoc* para reestructurar preferentemente la deuda financiera³. La reforma trae consigo una suerte de «democratización» de las reestructuraciones, en el sentido de que ya no tienen necesariamente a las instituciones financieras como actrices principales, pues se abre la puerta a las reestructuraciones de deuda sin contar con los acreedores financieros e incluso, como veremos, en contra de su voluntad. Ahora bien, estas posibilidades, aunque plenamente factibles «sobre el papel», resultan más teóricas que reales, dado que, en la práctica, será difícil imaginar una reestructuración al margen de los acreedores financieros, que seguirán siendo (bien como impulsores de la reestructuración, bien como titulares de garantías reales o como proveedores de financiación interina o de nueva financiación) los acreedores clave.

El presente trabajo aborda el estudio de los efectos que la reforma es susceptible de producir sobre los acreedores financieros. Con el fin de proporcionar una panorámica general, el análisis se realiza desde distintos prismas: los acreedores financieros como clase, como titulares de garantías reales, como proveedores de financiación interina o de nueva finan-

¹ 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.

² En relación con la reforma, nos remitimos con carácter general a Cohen Benchetrit (2021a), Garcimartín (2018), Murillo Piquer (2021), Thery Martí (2017, 2018).

³ En efecto, si bien nada impedía acudir a las demás variedades de instrumentos preconcursales para reestructurar la deuda financiera, los acuerdos de refinanciación homologados, además del máximo blindaje frente a una eventual acción rescisoria concursal, permitían el arrastre de los acreedores financieros disidentes.

ciación y como contrapartes contractuales. En varias ocasiones, el análisis del impacto de la reforma sobre los acreedores financieros requiere una exégesis más o menos pormenorizada de ciertos preceptos; exégesis que se realiza sin perjuicio de los análisis específicos que puedan figurar en otras partes de esta obra.

2. Los acreedores financieros como clase

2.1. Consideraciones generales

Para la aprobación del plan de reestructuración, los créditos afectados deben votar separados por clases (art. 622 TRLC)⁴. Si los acreedores financieros eran protagonistas indiscutibles de los acuerdos de refinanciación homologados (en tanto que pasivo relevante suscriptor del acuerdo), con la reforma pasan a ser una clase más, para la cual no se prevé ningún trato de favor por el mero hecho de pertenecer a la misma (cuestión distinta será, como veremos, que coexistan, en un acreedor financiero, tal condición y la de titular de una garantía real o la de proveedor de financiación interina o nueva financiación).

La formación de clases de acreedores de cara a la aprobación de un plan de reestructuración es uno de los ejes principales de la reforma⁵ y, coherentemente, la ley brinda varios criterios para determinar cómo deben formarse estas clases (art. 623 TRLC). Así, por un lado, se establece una cláusula general (tomada de la directiva), conforme a la cual la formación de clases debe atender a la existencia de un «*interés común* de los acreedores integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos» (art. 623.1 TRLC). Para facilitar la aplicación de la norma, se aclara que el parámetro principal para formar las clases deben ser los rangos crediticios concursales: el «interés común» se presume entre los créditos de igual rango determinado por el orden de pago en el concurso de acreedores (art. 623.2 TRLC). Corolario de lo anterior es que los créditos con rangos concursales distintos deben separarse en clases distintas. Sería esta una clasificación imperativa y necesaria, y distinguiría entre la clase de acreedores con privilegio especial, la clase de acreedores con privilegio general, la clase de acreedores ordinarios y la clase de acreedores subordinados. A nuestro juicio, en el caso de que resultara conveniente para cada caso concreto, también podría afinarse todavía más y subdividir los créditos dentro de cada rango crediticio en función de la prelación legal interna que pueda existir (por ejemplo, si bien todos los acreedores ordinarios tienen el mismo rango crediticio, no ocurre lo mismo con los créditos subordinados, ya que existe una prelación interna dentro de la propia categoría, art. 281 TRLC).

⁴ Esto no es ninguna novedad en la legislación española: en efecto, hasta ahora, el derecho preconcursal distinguía entre categorías de acreedores, teniendo en cuenta dos únicas variables (su carácter financiero y la existencia de una garantía real).

⁵ A ella está dedicado el capítulo III del título III del libro II (arts. 622 a 626 TRLC).

Adicionalmente, la ley permite que créditos del mismo rango se separen por clases en atención a las circunstancias concurrentes y «cuando haya razones suficientes que lo justifiquen» (art. 623.3 TRLC). A título ejemplificativo, la ley menciona su naturaleza financiera o no financiera; la existencia de conflictos de intereses que puedan tener los acreedores que formen parte de distintas clases; la manera en que los créditos vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración; o, en fin, que sus titulares sean pequeñas o medianas empresas y el plan de reestructuración suponga para ellas un sacrificio superior al 50 % del importe. En cualquier caso, la agrupación de créditos para formar las distintas clases deberá responder a criterios *objetivos y suficientemente justificados*⁶. Así pues, en lo que aquí interesa, los créditos financieros podrán subdividirse en subclases específicas dentro de cada clase-rango concursal (*v. gr.* créditos financieros con privilegio general, créditos financieros ordinarios y créditos financieros subordinados)⁷.

2.2. El concepto de acreedor financiero a efectos de la formación de clases

De manera ciertamente análoga a cuanto hacía la versión anterior de la norma⁸, la reforma incluye una definición de los «créditos financieros», precisando que la misma únicamente se realiza a efectos de la formación de clases. Nos encontramos, por lo tanto, ante un concepto autónomo, no solo específicamente concursal, sino inherentemente propio de la formación de clases de cara a la aprobación de un plan de reestructuración. Se zanja así el debate, existente bajo la regulación anterior, entre quienes entendían que la categoría de pasivos financieros era autónoma (*interpretación extensiva*)⁹ y quienes entendían, por el

⁶ Aunque normalmente la formación de clases se controlará *ex post* (en la fase de homologación), como novedad se concede la opción a las partes interesadas de solicitar una confirmación judicial previa ante la autoridad judicial competente.

⁷ Obsérvese que, en atención a esos criterios objetivos suficientemente justificados, nada parece impedir la existencia de una clase compuesta únicamente por un acreedor.

⁸ Originariamente, la disposición adicional 4.^a, apartado 1, inciso III, establecía que «a los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público». Posteriormente, con mínimos matices, el artículo 606.2 del texto refundido de la Ley concursal reza: «A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, se consideran créditos financieros los procedentes de cualquier endeudamiento financiero por parte del deudor, con independencia de que los titulares de esos créditos estén o no sometidos a supervisión financiera. En ningún caso tendrán la consideración de créditos financieros los créditos de derecho público, los créditos laborales y los acreedores por operaciones comerciales, aunque cualquiera de ellos tuviera aplazada la exigibilidad del crédito».

⁹ A favor de una interpretación extensiva del concepto «pasivo financiero» a cualquier clase de endeudamiento financiero, encontramos al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, en su Sentencia de 23 de julio de 2015 (Grupo Eroski), así como la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de

contrario, que era preferible recurrir a la definición de pasivo financiero ya existente en el ordenamiento jurídico (*interpretación técnico-contable*)¹⁰.

fecha 29 de julio de 2014. Esta postura venía respaldada además por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, que, en su respuesta a la primera consulta contenida en el Boletín 102/2015, expresaba lo siguiente: «Pues bien, considerando que el literal de la norma hace referencia a los titulares "de cualquier endeudamiento financiero", para luego aclarar que determinados acreedores (comerciales, laborales y de derecho público) quedan excluidos de tal concepto, cabría concluir que a los efectos que nos ocupan el concepto "titular de cualquier endeudamiento financiero" es una categoría autónoma, claramente identificable, cualquier acreedor que ha suministrado financiación a la empresa en su significado más intuitivo, es decir, que ha suministrado fondos o efectivo a la misma, y distinta a las restantes categorías de acreedores contenidas en el artículo 94.2. En consecuencia, esta categoría debe incluir a los acreedores como las entidades de crédito, con independencia del instrumento con el que se haya formalizado la financiación y en su caso de las garantías exigidas, así como otras personas, entidades o intermediarios ya sean sometidos o no a supervisión financiera y que hayan financiado a la empresa mediante los mercados de capitales (bonos, pagarés, etcétera) o de forma bilateral o multilateral (préstamos sindicados, etcétera). La categoría de pasivos financieros excluye, por lo tanto, a los acreedores laborales, a los acreedores de derecho público, a los acreedores por operaciones comerciales, así como a otros acreedores cuya financiación otorgada no responda a los criterios anteriores previstos para los acreedores financieros».

¹⁰ Por esta opción se decanta el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, Sentencia 507/2016, de 24 de octubre de 2016, rec. núm. 553/2016, que considera preferible recurrir a conceptos tales como el que, en materia contable, ofrece la norma 9.^a del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que expresa que «los instrumentos financieros emitidos, incurridos o asumidos se clasificarán como pasivos financieros, en su totalidad o en una de sus partes, siempre que de acuerdo con su realidad económica supongan para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero [...]» y que se completa con la enumeración contenida en la citada norma 9.^a, que considera como pasivos financieros: «Débitos por operaciones comerciales: proveedores y acreedores varios; Deudas con entidades de crédito; Obligaciones y otros valores negociables emitidos: tales como bonos y pagarés; Derivados con valoración desfavorable para la empresa: entre ellos, futuros, opciones, permutas financieras y compraventa de moneda extranjera a plazo; Deudas con características especiales, y Otros pasivos financieros: deudas con terceros, tales como los préstamos y créditos financieros recibidos de personas o empresas que no sean entidades de crédito, incluidos los surgidos en la compra de activos no corrientes, fianzas y depósitos recibidos y desembolsos exigidos por terceros sobre participaciones». Se argumenta, en este sentido, que dicha definición puede igualmente encontrarse en la norma internacional de contabilidad número 32 incluida en el Reglamento (CE) número 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad, de conformidad con el Reglamento (CE) número 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece que «un pasivo financiero es cualquier pasivo que presente una de las siguientes formas: (a) Una obligación contractual: (i) de entregar efectivo u otro activo financiero a otra entidad; o (ii) de intercambiar activos financieros o pasivos financieros con otra entidad, en condiciones que sean potencialmente desfavorables para la entidad; o (b) Un contrato que sea o pueda ser liquidado utilizando los instrumentos de patrimonio propio de la entidad, y sea: (i) un instrumento no derivado, según el cual la entidad estuviese o pudiese estar obligada a entregar una cantidad variable de instrumentos de patrimonio propio; o (ii) un instrumento derivado que fuese o pudiese ser liquidado mediante una forma distinta al intercambio de una cantidad fija de efectivo, o de otro activo financiero, por una cantidad fija de los instrumentos de patrimonio propio de la entidad. Para este propósito, no se incluirán entre los instrumentos de patrimonio propio de la entidad aquellos que sean, en sí mismos, contratos para la futura recepción o entrega de instrumentos de patrimonio propio de la entidad».

A diferencia del derecho derogado (que incluía una definición y, quizá de modo tautológico, consideraba créditos financieros los procedentes de «cualquier endeudamiento financiero por parte del deudor»), la reforma ha introducido una enumeración (art. 623.4 TRLC) de los créditos que deben considerarse financieros.

Como cuestión previa, nos corresponde dilucidar si se trata de una lista *numerus clausus* o *numerus apertus*. En este sentido, si bien la literalidad del precepto permite concluir que nos encontramos ante una lista cerrada, lo cierto es que la lista está redactada en términos muy amplios (incluye, como veremos, una referencia a la analogía), de forma que la categoría de créditos financieros comprende ahora todos aquellos créditos cuya finalidad o función económica sea la financiación, con independencia de que el acreedor sea o no una entidad sujeta a supervisión por una autoridad pública. La intención es obvia: incluir dentro de la categoría de acreedores por pasivos financieros a cualquier persona física o jurídica que, aun no siendo entidad de crédito, sea acreedora en virtud de cualquier contrato de financiación.

La norma contempla tres categorías que, como veremos, pueden llegar a superponerse.

- La primera de ellas acota los créditos financieros desde un punto de vista *objetivo*, en atención al *contrato del cual deriva el crédito*. Así, establece que se consideran créditos financieros «los derivados de contratos de crédito o préstamo, con independencia de la condición de su titular» (art. 623.4-1.º TRLC). La inclusión en esta categoría no se somete a ningún requisito formal, más allá de los que procedan de la normativa aplicable a cada contrato. Llamativamente, se configura esta categoría con independencia de la contraparte contractual, esto es, serán créditos financieros los derivados de contratos de crédito o préstamo, al margen de que el acreditante o el prestamista sean personas físicas o jurídicas, que se trate de un préstamo mercantil o no, etc.
- La segunda categoría acota los créditos financieros desde un punto de vista *subjetivo*, en atención a la identidad de la contraparte *in bonis*. Y, así, incluye dentro de los créditos financieros a aquellos que sean «titularidad de *entidades financieras*, estén o no sujetas a supervisión prudencial, y con independencia del cuál sea el origen del crédito, incluyendo entre esas entidades, en su caso, a las aseguradoras respecto al seguro de crédito o al seguro de caución» (art. 623.4-2.º TRLC). Obsérvese que la norma alude a «entidades financieras», y no al concepto (más restringido) de «entidades de crédito» (arts. 1 y 6 de la Ley 10/2014)¹¹. Así las cosas, entran dentro de la categoría de créditos financieros no solo aquellos que sean titularidad de bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, sino

¹¹ Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. La competencia para la autorización de las entidades de crédito corresponde al Banco de España.

también los que sean titularidad de establecimientos financieros de crédito (regulados por el Real Decreto 309/2020) e incluso las plataformas de financiación participativa (reguladas en los arts. 49 a 52 de la Ley 5/2015).

- La tercera categoría constituye una suerte de *cláusula de cierre*, pues está referida a los créditos «derivados de contratos de naturaleza análoga» (art. 623.4-3.º TRLC). A efectos ilustrativos, se incluyen una serie de ejemplos («como los»): arrendamientos financieros, operaciones de financiación de bienes vendidos con reserva de dominio, aval o contraaval, *factoring* y *confirming*. Este cajón de sastre permite incluir también otros créditos de naturaleza financiera, si bien, en la mayoría de las ocasiones, los mismos serán igualmente subsumibles en alguna de las categorías anteriores (por ejemplo, al ser la contraparte contractual una entidad financiera).

La configuración de la categoría de créditos financieros está realizada de modo tan amplio que es perfectamente posible que un determinado crédito se considere financiero no por uno, sino por varios de sus rasgos identificativos (por ejemplo, un crédito derivado de un contrato de préstamo bancario será financiero por partida doble, pues en tal caso nos encontraríamos simultáneamente en la primera y en la segunda categoría).

Por otra parte, la norma también acota la categoría de créditos financieros desde un punto de vista negativo, ya que aclara que no se consideran como tales los «derivados de operaciones comerciales, aunque tuvieran aplazada su exigibilidad, salvo que hayan sido cedidos a una entidad financiera»¹². Obsérvese que el legislador ha optado por excluir de la categoría de los créditos financieros aquellos que se deriven de contratos cuya causa pueda reputarse financiera, aunque su naturaleza no lo sea (*v. gr.* el crédito derivado de una compraventa a plazos será comercial, por mucho que el contrato tenga funcionalidad financiera y la operación proporcione al deudor una suerte de «financiación encubierta»)¹³. Al respecto, deben realizarse dos comentarios: en primer lugar, la referencia a la analogía contenida en la tercera categoría de los créditos financieros (art. 623.4-3.º TRLC) pierde buena parte de su virtualidad, ya que no permitirá incluir dentro de la categoría de créditos financieros

¹² Llama la atención el contraste con el derecho derogado, que precisaba que en ningún caso tendrían «la consideración de créditos financieros los créditos de derecho público, los créditos laborales y los acreedores por operaciones comerciales, aunque cualquiera de ellos tuviera aplazada la exigibilidad del crédito» (art. 606.2 TRLC, en la redacción anterior a la reforma). La referencia a los créditos de derecho público y a los laborales ha desaparecido de la exclusión, si bien en relación con los primeros la reforma aclara que constituirán una clase única (art. 624 bis TRLC).

¹³ En este sentido, la STS de 22 de junio de 2021 (NCJ065609) mantiene la calificación como subordinado del crédito del vendedor (persona especialmente relacionada con el deudor) en un contrato de compraventa a plazos, por tener su origen en un acto de análoga finalidad a un préstamo (si bien no parece que pueda extraerse de la sentencia que, a efectos de subordinación concursal, toda venta a plazos de bienes muebles sea asimilada a un préstamo. Así las cosas, será necesario analizar en cada supuesto si en la operación de compraventa concurre o no «financiación encubierta» (Rodríguez Ruiz de Villa, 2022).

a aquellos que se deriven de contratos con causa financiera pero que revistan naturaleza comercial (es el caso, nuevamente, de las compraventas a plazos y demás contratos comerciales que tengan aplazada su exigibilidad). Esto resulta, cuando menos, discutible, ya que entre unos y otros puede existir un «interés común» que justificaría la pertenencia a la misma clase de créditos (art. 623.1 TRLC). Y, en segundo lugar, existe en este punto una cierta incongruencia entre el régimen concursal y el régimen preconcursal, ya que, dentro del concurso, los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado se asimilan a los contratos de financiación a efectos de su eventual rehabilitación (arts. 166 y 167 TRLC), mientras que, en el ámbito preconcursal, los créditos dimanantes de estos contratos se excluyen expresamente de la categoría de financieros a efectos de la formación de clases.

Por otra parte, el inciso final de la exclusión (conforme a la cual sí serían créditos financieros los créditos comerciales con exigibilidad aplazada que hayan sido cedidos a una entidad financiera) resulta perfectamente prescindible, en el bien entendido de que, si los créditos comerciales aplazados han sido cedidos a una entidad financiera, entonces son titularidad de esta y, por consiguiente, créditos financieros de pleno derecho (con arreglo al art. 623.4-2.º TRLC).

Mención especial merece la clasificación de los créditos por avales públicos concedidos a los empresarios para hacer frente a los efectos de la pandemia¹⁴. Si bien podría pensarse intuitivamente que se trata de créditos públicos (en la medida en que la entidad avalista es el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por mucho que la gestión de los avales corresponda al Instituto de Crédito Oficial), la disposición adicional octava de la Ley 16/2022 establece de forma inequívoca que los créditos por avales públicos son créditos financieros «a todos los efectos previstos en la Ley concursal». En consecuencia, no son créditos públicos que tengan necesariamente que ser incluidos en la misma clase de cara a la formación de clases (art. 624 bis TRLC).

Finalmente, nada obsta a que un mismo acreedor sea simultáneamente titular de créditos pertenecientes a distintas clases de créditos (*v. gr.* un crédito comercial por el suministro de bienes y un crédito financiero derivado de un préstamo).

A modo de conclusión, puede afirmarse que, si bien se ha perfilado más la categoría de los créditos financieros, la misma sigue configurada en los términos más amplios posi-

¹⁴ Las líneas de avales fueron aprobadas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 y por el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo. Posteriormente, el Gobierno lanzó una nueva línea de avales mediante el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. Todos ellos se rigen, a efectos concursales, por la disposición adicional octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal.

bles. Del análisis realizado en los párrafos que anteceden puede colegirse que los créditos subsumibles dentro de la categoría de financieros son esencialmente los mismos que antes de la reforma¹⁵.

2.3. La(s) clase(s) de acreedores financieros

Como hemos visto anteriormente, el criterio principal para la formación de clases es el rango crediticio (art. 623.2 TRLC), permitiéndose además ulteriores subdivisiones en distintas clases «cuando haya razones suficientes que lo justifiquen» (art. 623.3 TRLC). Que la naturaleza financiera o no financiera de un crédito constituye razón suficiente para la formación de clases separadas es algo que queda fuera de toda duda, habida cuenta de la mención expresa que realiza la norma (pues precisa que «se podrá atender, en particular, a la naturaleza financiera o no financiera del crédito»).

La segunda pieza clave de cara a las clases de acreedores financieros es la obligatoriedad de que los créditos con garantía real constituyan una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases (art. 624 TRLC). La literalidad de la reforma parece imponer la existencia de *una* clase de créditos con garantía real con independencia de su naturaleza, de forma que, dentro de la misma, podrán coexistir no solo créditos financieros, sino también comerciales, laborales o de derecho público, si se diera el caso. Esto parece impedir que se forme una clase específica de créditos financieros con garantía real, sin que parezca posible, *a priori*, salvar esta dificultad, ya que la ley señala que lo único que podría justificar la creación de varias clases de créditos con garantía real es que *los bienes o derechos gravados* sean heterogéneos (y así separar, por ejemplo, créditos garantizados mediante hipoteca inmobiliaria y créditos garantizados mediante prenda de acciones o participaciones)¹⁶. Sin embargo, la heterogénea *naturaleza de los créditos* con garantía real (financiera, comercial, etc.) no parece justificar la formación de subclases distintas dentro de la clase de créditos con garantía real. Esto no resulta, a nuestro juicio, razonable (por mucho que compartamos la plausible explica-

¹⁵ Siguen siendo plenamente aplicables, en este sentido, las reflexiones del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, Sentencia 17/2021, de 17 de enero, procedimiento 168/2020: «El endeudamiento financiero es aquel que se deriva de la entrada, por cualquier medio o en virtud de cualquier negocio jurídico, de fondos, capital o activos en la empresa, con la finalidad de apoyar la realización de las actividades que constituyen su objeto. Ello implica que solamente aquellos fondos que entran en una sociedad destinados a sostener su actividad, y que de algún modo implican la obligación de dicha sociedad de devolverlos a quien los aportó (normalmente junto con unos intereses remuneratorios), dan lugar a la existencia de pasivos financieros».

¹⁶ Señala Garcimartín (2021): «Un elemento importante para apreciar esta heterogeneidad es la correlación entre el valor de los bienes gravados, *i. e.* que el valor de unos dependa de su vinculación funcional a los otros, y por consiguiente, la separación de unos créditos garantizados para formar su propia clase pueda afectar negativamente al valor de la garantía de los demás».

ción –i. e., la necesidad de reagrupar o de reducir las clases que, en atención al criterio del «interés común», pueden resultar cuasi infinitas y difíciles de acotar–).

En conclusión, la respuesta a la pregunta de si pueden incluirse en una misma clase todos los acreedores financieros, con independencia de su rango crediticio, es negativa: así, entendemos que deberán subclasificarse en función del rango que tenga cada crédito (créditos financieros con privilegio general, créditos financieros ordinarios, créditos financieros subordinados). En cuanto a la posibilidad de una clase de créditos financieros con privilegio especial, nos remitimos a lo señalado en el párrafo anterior y a las dudas que suscita la redacción de la norma.

En cualquier caso, recuérdese que la reforma contempla la posibilidad de solicitar facultativamente la confirmación judicial *ex ante* de las clases de acreedores (arts. 625 y 626 TRLC). La legitimación activa corresponde al deudor y a los acreedores que representen más del 50 % del pasivo afectado. Si bien el porcentaje de pasivo que se exige a los acreedores es bastante elevado (seguramente con la finalidad de acelerar la tramitación del plan, evitando en la medida de lo posible la necesidad de que se confirme judicialmente la corrección de la formación de clases), no consideramos que ello restrinja desproporcionadamente los derechos de los acreedores, dado que, aun cuando no reúnan el porcentaje de pasivo necesario para solicitar la confirmación judicial de la formación de clases, podrían impugnar la homologación del plan con carácter *ex post*. Además, el porcentaje de pasivo exigido puede ser heterogéneo y pertenecer a clases distintas, lo cual facilita evidentemente su alcance.

Téngase en cuenta, en todo caso, que el recurso al procedimiento de confirmación judicial de las clases excluye la posterior impugnación del plan o la oposición a su homologación con base en la incorrecta formación de estas. En efecto, este motivo de impugnación u oposición solamente puede emplearse cuando la formación de clases no haya sido objeto de una previa confirmación judicial.

2.4. El cómputo de los créditos financieros a los efectos del voto de un plan de reestructuración

La reforma ha previsto ciertas reglas para computar el valor de los créditos a los efectos de votar un plan de reestructuración (art. 617 TRLC). Si bien algunas de estas reglas resultan novedosas, otras vienen heredadas de la versión anterior de la norma (*v. gr.* la valoración de los créditos con garantía real). Seguidamente, nos referiremos brevemente a estas reglas de cómputo, en la medida en que las mismas son susceptibles de tener un impacto considerable sobre los créditos financieros.

La regla general es que cada crédito debe computarse por el principal más los recargos e intereses vencidos hasta la fecha de formalización del plan en instrumento públi-

co (art. 617.1 TRLC)¹⁷. En los contratos de crédito, solo se computará la parte del crédito dispuesta en el momento de la formalización del plan en instrumento público (art. 617.2 TRLC). Esta norma especial es perfectamente razonable, en la medida en que solamente la parte dispuesta del crédito constituye propiamente una deuda del acreditado frente al acreditante. Por otra parte, los créditos expresados en otra moneda se computarán en euros según el tipo de cambio oficial en la fecha del instrumento público en que se hubiese formalizado el plan (art. 617.3 TRLC). Esta regla plantea, a nuestro juicio, ciertos problemas prácticos, ya que no permitirá conocer el tipo de cambio aplicable hasta el día de la formalización en instrumento público.

En cuanto a los créditos contingentes, litigiosos o sometidos a condición suspensiva, los mismos se computarán por su importe máximo, salvo que en el plan de reestructuración se hubieran incluido por una cantidad inferior. Si finalmente se materializan, solo se verán afectados por la cuantía correspondiente al importe incluido en el plan (art. 617.4 TRLC).

Finalmente, respecto de los créditos (sean o no de naturaleza financiera) garantizados con garantía real, se prevén dos reglas distintas (art. 617.5 TRLC). En primer lugar, cuando el valor de la garantía sea inferior al de la obligación garantizada, el crédito por el exceso será tratado como no garantizado. La parte del crédito cubierta por el valor de la garantía se considerará como crédito garantizado¹⁸. En segundo lugar, también se contempla una regla específica para determinar el valor de la garantía, por remisión a lo establecido en el título V del libro primero del texto refundido. En este sentido, el valor de la garantía conlleva un recorte del 10 % sobre el valor razonable del bien o derecho gravado (arts. 272 y 275 TRLC), lo que supone que, en el contexto de la aprobación de un plan de reestructuración, el valor del crédito garantizado es como máximo el 90 % del valor razonable del activo gravado¹⁹.

2.5. La extensión de efectos a acreedores disidentes

Análogamente a lo previsto en la normativa derogada, se contempla la homologación tanto de planes *consensuales* (los aprobados por todas las clases de acreedores, art. 638 TRLC) como de planes *no consensuales* (los que no han sido aprobados por todas las clases de acreedores, art. 639 TRLC). La homologación es necesaria siempre que se pretenda extender los efectos del plan de reestructuración a acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan o a los socios del deudor persona jurídica (art. 635.1.º TRLC).

La extensión de efectos puede operar en tres planos o niveles distintos: por un lado, la extensión de efectos a los acreedores disidentes dentro de una clase adherente o favora-

¹⁷ Esta regla resulta igualmente de aplicación a los créditos sometidos a condición resolutoria.

¹⁸ Se produce así lo que Garcimartín (2021) ha denominado como una «bifurcación» en el crédito.

¹⁹ Véase, a título ejemplificativo, el supuesto que enuncia Garcimartín (2021).

ble (*arrastre horizontal o intraclase*); por otro lado, la extensión de efectos a clases enteras de acreedores disidentes (*arrastre vertical, interclases o cross-class cramdown*); por último, la extensión de efectos a los socios²⁰.

Así las cosas, es posible que los acreedores financieros disidentes se vean arrastrados en dos planos diferentes:

- En primer lugar, el arrastre puede producirse *dentro* de la clase de acreedores financieros. Esta posibilidad ya venía recogida en el derecho derogado (en los acuerdos de refinanciación homologados). Con la reforma, para que los acreedores financieros disidentes se vean arrastrados por la mayoría dentro de su propia clase, se exige (art. 638 TRLC): (a) que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual y que el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo; (b) que el plan cumpla con los requisitos de contenido y de forma exigidos (destacadamente, que las clases se hayan formado correctamente); (c) que haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, entendiéndose que una clase ha aprobado el plan cuando voten a favor más de los dos tercios (66 %) del importe del pasivo correspondiente a esa clase (art. 629.1 TRLC); excepto si la clase está formada por créditos con garantía real, en cuyo caso el plan de reestructuración se considera aprobado con el voto a favor de los tres cuartos (75 %) del importe del pasivo correspondiente a esa clase (art. 629.2 TRLC); (d) que los créditos dentro de una misma clase sean tratados de forma paritaria y (e) que el plan haya sido comunicado a todos los acreedores afectados según establece la ley.
- En segundo lugar (y aquí radica la novedad), es posible que la *clase entera* de acreedores financieros se vea arrastrada (art. 639 TRLC). Para ello, además de los requisitos anteriores, se exige alternativamente: (a) que el plan haya sido aprobado por una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general; o, en su defecto, (b) que el plan haya sido aprobado por al menos una clase que, de acuerdo con los rangos crediticios concursales, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento²¹.

²⁰ Dado que este trabajo se ciñe a analizar el impacto de la reforma sobre los acreedores financieros, no nos detendremos en analizar el arrastre de los socios por los planes de reestructuración. Sobre este particular, nos remitimos a los respectivos análisis de Cohen Benchetrit (2021b), Díaz Moreno (2019), Fernández Larrea (2019), Iribarren Blanco (2019), Melero Bosch (2019) y Thery Martí (2019).

²¹ Esto es, una clase que este «dentro del dinero», es decir, cuyo crédito tenga algún valor económico. En ese caso, la homologación del plan requerirá que la solicitud vaya acompañada de un informe del experto en la reestructuración sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento.

Así las cosas, resulta perfectamente posible que se extiendan los efectos de un plan a la clase de acreedores financieros a pesar de que *todos* los acreedores financieros hayan votado en contra (algo impensable bajo el derecho derogado). Para ello bastará: (a) o bien con que hayan votado a favor la mayoría simple de las demás clases, siempre y cuando entre las mismas esté una clase de acreedores con privilegio general o especial; (b) o bien que el plan haya sido aprobado por al menos una clase que acreedores que presumiblemente hubieran recibido algún pago en caso de liquidación.

En idéntico sentido, obsérvese que el crédito hipotecario resulta claramente debilitado, al poderse imponer un plan de reestructuración (que puede suponer incluso la cancelación de la garantía) con el voto en contra de todos los acreedores con privilegio especial²². Basta para ello, por ejemplo, que vote a favor la mayoría de las clases, incluida una clase de acreedores con privilegio general (Martín Martín, 31 de enero de 2022). Este debilitamiento del crédito con privilegio especial parece la línea de meta de un proceso que se inició con la introducción del sistema de valoración de las garantías (primero en el ámbito preconcursal y posteriormente también en el ámbito concursal)²³, ya que por esa vía el acreedor, sin perder su garantía, podía perder su condición privilegiada dentro del procedimiento. En cualquier caso, como veremos en la sección siguiente, la reforma ha procurado una serie de medidas especiales de protección de los acreedores con garantía real, con la finalidad última (se presume) de no mermar la posición jurídica de estos últimos y, a la vez, facilitar la aprobación de planes de reestructuración que permitan el salvamento de empresas viables.

3. Los acreedores financieros como titulares de garantías reales

3.1. Consideraciones generales

Las especialidades que se detallan a continuación no se refieren en exclusiva a los acreedores financieros con garantías reales, sino que se proyectan sobre cualesquiera titulares de garantías reales, con independencia de la naturaleza (financiera o no) de su crédito. Sin embargo, dada la marcada prevalencia de este tipo de garantías entre los créditos financieros, nos referiremos a las medidas especiales que la reforma ha previsto para los titulares de garantías reales. Recuérdese, en todo caso, que los créditos con garantía real forman una clase propia, distinta o separada de los créditos no garantizados (art. 624 TRLC).

²² Para un ejemplo numérico nos remitimos a Garcimartín (2021).

²³ Originariamente, la valoración de las garantías se limitaba a los efectos de la homologación de los acuerdos de refinanciación (en la antigua disposición adicional 4.ª de la Ley concursal). Posteriormente, la valoración de la garantía se trasladó también al concurso propiamente dicho (actuales arts. 272 y 275 TRLC).

Por un lado, analizaremos los efectos que la comunicación de las negociaciones con acreedores puede tener sobre las ejecuciones de garantías reales (art. 603 TRLC). Por otro lado, analizaremos el impacto que los planes de reestructuración pueden tener sobre dichas ejecuciones. Al respecto podemos adelantar que, si bien es cierto que, *prima facie*, los acreedores con garantía real han visto debilitada su posición (pues han pasado de únicamente poder ser arrastrados por una mayoría cualificada a poder ser arrastrados incluso con todos sus votos en contra, véase *supra*), la reforma establece una serie de medidas especiales de protección de los titulares de derechos de garantía real (art. 651 TRLC) para ponderar dicho debilitamiento.

3.2. Efectos de la comunicación de apertura de negociaciones sobre las ejecuciones de garantías reales

La regla general es la prohibición de iniciación de ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor hasta que transcurran tres meses desde la presentación de la comunicación (art. 600 TRLC) y la suspensión de las ejecuciones en tramitación durante el mismo plazo (art. 601 TRLC)²⁴. También se prevé la posibilidad de que el deudor solicite la extensión de la prohibición de iniciación o de la suspensión de ejecuciones a bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, cuando ello resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones (art. 602 TRLC).

Sin embargo, se contempla (como en el derecho derogado) una excepción relativa a la ejecución de garantías reales (art. 603.1 TRLC). En efecto, no obstante la comunicación, los titulares de derechos reales de garantía podrán iniciar ejecuciones sobre los bienes o derechos gravados. La excepción abarca también a las garantías reales por deuda ajena cuando el deudor de esta sea una sociedad del mismo grupo que la sociedad que haya hecho la comunicación. Ahora bien, de forma exactamente análoga a lo previsto en el derecho derogado, si la garantía real recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación.

En realidad, por mucho que la norma articule los efectos de la comunicación de negociaciones como una regla general que establece la prohibición de iniciar ejecuciones o la suspensión de las ya iniciadas, y una excepción relativa a las ejecuciones de garantías reales, en realidad (visto el contenido de las normas), todo puede reconducirse a que, con carácter general, se prohíben las ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para la actividad

²⁴ Existe la posibilidad de solicitar una prórroga de los efectos de la comunicación por un periodo de hasta otros tres meses sucesivos (art. 607 TRLC).

empresarial o profesional del deudor, ya sean de garantías reales o no. A partir de esa regla general, las excepciones son dos:

- Por un lado, existe la posibilidad de extender la paralización de ejecuciones a los bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, cuando ello resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones (art. 602 TRLC).
- Por otro lado, si se trata de una ejecución de garantía real sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad, técnicamente se permite su inicio, seguido inmediatamente por la suspensión del procedimiento (art. 603.1 TRLC).

Así las cosas, con arreglo a esta última excepción, a pesar de la presentación de la comunicación de negociaciones, podrá iniciarse la ejecución de garantías reales aunque las mismas recaigan sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, si bien el procedimiento de ejecución deberá suspenderse inmediatamente después de su inicio. Ello lleva a plantearnos el sentido que podría tener entonces iniciarlo.

Por otra parte, la comunicación no impedirá la ejecución de la garantía financiera sujeta al Real Decreto-Ley 5/2005, ni afectará a la facultad de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas, por la parte cubierta por esa garantía financiera (art. 603.2 TRLC).

3.3. Efectos del plan de reestructuración sobre las ejecuciones de garantías reales

La reforma contempla una serie de salvaguardas (o medidas de protección) para los titulares de garantías reales, ante el excesivo sacrificio que para los mismos puede suponer su arrastre. Estas salvaguardas pretenden ofrecer una solución ponderada entre, por un lado, la necesidad de asegurar la continuidad de empresas viables con problemas de liquidez, y, por otro lado, la conveniencia de proteger el derecho de los acreedores con garantía real a realizar el valor del bien gravado en el momento de vencimiento del crédito (Garcimartín, 22 de diciembre de 2021).

3.3.1. Destinatarios de las medidas de protección

Los destinatarios de estas medidas son los acreedores titulares de derechos de garantía real que hayan votado en contra del plan y pertenezcan a una clase en la que el voto favorable haya sido inferior al voto disidente (art. 651 TRLC)²⁵. Es decir, acreedores disidentes

²⁵ No es suficiente con que no se hayan alcanzado las mayorías para entender aprobado el plan en la clase de créditos garantizados (el 75 %), sino que se exige un voto disidente mayoritario. Esto es, que

pertenecientes a una clase disidente. Como vemos, estas medidas de protección no cubren a los acreedores disidentes que pertenezcan a una clase que haya aprobado el plan. En tal caso, los titulares de garantías reales quedan sujetos al principio mayoritario y no cuentan con ningún tipo de prerrogativa.

3.3.2. El derecho a instar la realización de los bienes o derechos gravados

A estos acreedores se les reconoce el derecho a instar la realización de los bienes o derechos gravados en el plazo de un mes a contar desde la publicación del auto de homologación en el Registro público concursal (art. 651.1 TRLC)²⁶. Es decir, se les reconoce el derecho a cobrar preferentemente sobre el producto de la realización del bien o derecho gravado por la garantía real. Lo anterior constituye un verdadero «derecho de salida de la reestructuración» reconocido a los créditos con garantía real (siempre y cuando sean titularidad de acreedores disidentes pertenecientes a una clase disidente)²⁷. De este modo, se respeta el valor *ex ante* de sus créditos y, una vez que han manifestado su voluntad de no participar en la reestructuración, se permite a sus titulares que realicen el bien dado en garantía para satisfacerlos. La exigencia de que la ejecución se inicie dentro del mes siguiente a la publicación del auto de homologación se establece con una doble finalidad: por un lado, prevenir que el acreedor garantizado especule con el valor del activo; por otro, despejar lo antes posible la incertidumbre sobre si va a acogerse a ese derecho de ejecución o no (Garcimartín, 2021).

A salvo queda, como inmediatamente veremos, la posibilidad de que se prevea en el plan el pago en efectivo de la parte del crédito cubierta por la garantía (Bermejo, 2022). El ejercicio de este derecho produce el vencimiento anticipado del crédito originario garantizado.

3.3.3. La sustitución de la ejecución por el cobro en efectivo

En el caso de que la realización de los bienes o derechos gravados no convenga a los intereses de la reestructuración (*v. gr.* por tratarse de activos estratégicamente valiosos), el plan puede prever la sustitución de este derecho por la opción de cobrar en efectivo la

la mayoría realmente piense que el plan de reestructuración es perjudicial para las clases de créditos garantizados. Nos remitimos a Garcimartín (22 de diciembre de 2021).

²⁶ La ejecución podrá iniciarse sin testimonio del auto de homologación, pero deberá aportarse al procedimiento en cuanto se le facilite.

²⁷ Como señala Garcimartín (2021), la ratio económica puede resumirse de manera sencilla: si los acreedores no garantizados (los nuevos acreedores residuales o «dueños financieros») piensan sinceramente que hay valor en el deudor como empresa en funcionamiento, lo que deben hacer es pagar a los acreedores con garantía real y refinanciarse ahora con los activos libres de cargas. Dicho coloquialmente, «han de poner el dinero donde ponen las palabras».

parte del crédito cubierta por el valor de la garantía (art. 651.2 TRLC)²⁸. De ser así, el acreedor debe recibir el pago en un plazo no superior a 120 días²⁹. El *dies a quo* será, en buena lógica, la fecha de publicación del auto de homologación en el Registro público concursal, por analogía con lo previsto en el apartado anterior. La fijación de este límite temporal imperativo (sin dejar margen a la libertad de las partes en la configuración del plan) ha de entenderse hecha en protección de los titulares de las garantías reales, para evitar que se vean bloqueados (sin poder ejecutar la garantía y sin cobrar) durante un lapso de tiempo excesivo. En este sentido, el plazo fijado (de aproximadamente cuatro meses) parece razonable.

Como es evidente, la posibilidad de exigir el cobro en efectivo únicamente abarca la parte del crédito cubierta por el valor de la garantía³⁰. La parte del crédito no cubierta por el valor de la garantía queda sujeta a las reglas generales y no goza de ningún tipo de prerrogativa en este sentido.

En caso de falta de pago del crédito, se reconoce al acreedor el derecho a ejecutar la garantía y cobrarse con el producto de la realización del bien o derecho gravado. Evidentemente, se trata de una mera facultad, de modo que el titular de la garantía real bien podrá optar por exigir el pago en efectivo a pesar de la demora. Surge la duda de si el mero hecho de traspasar el umbral de los 120 días habilita al titular de la garantía real a ejecutarla (*interpretación estricta*), o si se requiere que el retraso sea significativo (*interpretación amplia*). Se trata, aquí, de dilucidar los efectos de la colisión entre el interés de los titulares de las garantías reales y el interés de la reestructuración, de modo que existen poderosos argumentos a favor de una y otra postura. Así, a favor de una interpretación estricta puede argumentarse que se trata de un plazo muy breve (fijado en días, no en meses, como también se podría haber hecho) y que, además, está referido a la restricción de los derechos de los titulares de garantías reales, de modo que no procede una interpretación generosa. Por el contrario, a favor de una interpretación amplia de la norma (que nos conduciría a pensar que es necesario que el retraso sea significativo) pueden traerse a colación tanto las normas civiles, que exigen que el incumplimiento sea esencial, como la conveniencia de favorecer, en la medida de lo posible, la reestructuración. Aun reconociendo que se trata de una cuestión incierta (pues existen argumentos poderosos en apoyo de una y de otra postura), nos inclinamos por entender que cualquier retraso, por nimio que sea, facultará al acreedor financiero titular de la garantía real para ejecutarla.

²⁸ Esta opción la tienen los acreedores favorables al plan y les permitirá liberar las garantías y utilizarlas eventualmente para obtener nueva financiación con la que pagar a los acreedores garantizados disidentes. En palabras de Garcimartín (2021), se permite que los acreedores no garantizados favorables al plan «compre» a los acreedores garantizados su derecho de ejecución separada.

²⁹ Se deja cierto margen temporal para proceder al pago en efectivo (120 días) con el fin de facilitar la obtención de liquidez.

³⁰ El texto del proyecto afirma que «el valor de la garantía deberá determinarse conforme a lo establecido en el título V del libro II» (art. 651.2 TRLC). Sin embargo, parece tratarse de un error, dado que dicho título regula un régimen especial que nada tiene que ver con la valoración de garantías.

3.3.4. El destino de la cantidad obtenida con la realización de los activos gravados

La norma establece una serie de reglas relativas al destino de las sumas obtenidas con la realización de los bienes o derechos afectos a la garantía. Para ello, pone en relación tres magnitudes: el valor de realización de los bienes o derechos (VR), el valor de la deuda garantizada (VD) y el valor de la garantía recogido en el plan de reestructuración (VG)³¹. La finalidad de estas reglas es imponer al acreedor que se acoge a ese derecho las consecuencias de su decisión (Garcimartín, 2021).

Si la cantidad obtenida en la realización de los bienes o derechos gravados fuese menor que la deuda garantizada ($VR < VD$), se contemplan dos escenarios en función de la relación entre el valor de realización y el valor de la garantía:

- Si el valor de realización es mayor que el valor de la garantía recogido en el plan de reestructuración ($VR > VG$), el ejecutante hará suya toda la cantidad resultante de la ejecución. La diferencia entre el valor de realización y el valor de la garantía ($VR - VG$) se deducirá de lo que, en su caso, hubiese recibido o deba recibir conforme al plan de reestructuración por la parte del crédito no garantizada.
- Si la cantidad obtenida en la realización de los bienes o derechos gravados fuese inferior al valor de la garantía ($VR < VG$), el acreedor hará suya toda la cantidad resultante de la ejecución y la parte remanente quedará insatisfecha³².

Aunque la norma no regula este supuesto, si el valor de realización es mayor que el valor de la deuda garantizada ($VR > VD$), entonces, en buena lógica, la diferencia se integrará en el patrimonio del deudor. La solución parece pues idéntica a la que rige en el concurso, donde el acreedor tiene derecho a recibir el resultante de la realización del bien «en cantidad que no exceda de la deuda originaria» (si bien allí se precisa «cualquiera que sea el valor de la garantía recogido en el inventario», art. 213 TRLC).

4. Los acreedores financieros como titulares de garantías frente a terceros

Como regla general, la ley establece que los acreedores afectados que no hubieran votado a favor del plan de reestructuración mantendrán sus derechos frente a terceros que

³¹ Por remisión a lo establecido en el libro primero, el valor de la garantía es el 90 % del valor razonable del activo (arts. 272 y 275 TRLC).

³² Para un ejemplo numérico, nos remitimos a Garcimartín (2021).

hayan constituido garantía personal o real para la satisfacción de su crédito (art. 652.1 TRLC). En otras palabras, el mantenimiento de los derechos de garantía frente a terceros depende de que el acreedor afectado no haya votado a favor del plan. Respecto de los acreedores que hayan votado a favor del plan, el mantenimiento de sus derechos frente a los terceros obligados dependerá de lo que hubiesen acordado en la respectiva relación jurídica y, en su defecto, de las normas aplicables a esta.

Como excepción a la anterior regla general, los efectos del plan de reestructuración de una sociedad de un grupo se pueden extender también, en las condiciones previstas en este, a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan de reestructuración, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora (art. 652.2 TRLC).

5. Los acreedores financieros como proveedores de financiación interina o de nueva financiación

La reforma contempla un régimen específico para la financiación otorgada o comprometida en el contexto de un plan de reestructuración en caso de posterior concurso. La aplicación de este régimen especial, claramente tuitivo, exige en todo caso la homologación del plan de reestructuración (art. 635.3.º TRLC)³³.

Se trata de previsiones relevantes para las instituciones financieras, en tanto que principales proveedoras de financiación. Al igual que la directiva, la ley distingue entre la financiación interina y la nueva financiación, y establece distintos mecanismos de protección con la finalidad de incentivar esa financiación en un momento en el que su concesión resulta más arriesgada. De esa forma, contribuye a reducir sus costes.

En ambos casos, el proveedor de financiación puede ser tanto quien no fuera acreedor como quien fuera acreedor preexistente, lo cual abre la puerta a que las instituciones financieras presten financiación interina o nueva financiación tanto a quienes sean previamente sus deudores como a quienes no lo sean.

5.1. La financiación interina

La financiación interina se caracteriza por el momento en el que se concede y por la finalidad para la que se concede (art. 665 TRLC). *Temporalmente*, es aquella financiación

³³ Ciertamente, la homologación es necesaria «cuando se pretenda proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan, así como los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente a acciones rescisorias» y también para «reconocer a esa financiación las preferencias de cobro» previstas en la ley.

que se concede durante las negociaciones del plan de reestructuración con los acreedores (esto es, desde el inicio de las negociaciones y hasta la aprobación del plan). *Teleológicamente*, la financiación interina puede tender: (a) o bien asegurar la continuidad total o parcial de la actividad empresarial o profesional del deudor durante las negociaciones con los acreedores hasta la homologación del plan; (b) o bien para preservar o mejorar el valor que tuvieran a la fecha de inicio de esas negociaciones el conjunto de la empresa o una o varias unidades productivas. A ello se añaden dos requisitos materiales: que, en el momento de la concesión, sea *razonable y necesaria inmediatamente*. Ello veta de la consideración de financiación interina a las provisiones de fondos que sean desorbitadas en cuanto al principal, que contengan términos y condiciones desmesurados (*v. gr.* en cuanto a los intereses o a las condiciones a las cuales se sujeta) o que pudieran postergarse a un momento posterior (y que no fuesen, en consecuencia, «inmediatamente» necesarias).

5.2. La nueva financiación

La nueva financiación es aquella que, estando prevista en el plan de reestructuración, resulta necesaria para el cumplimiento de ese plan (art. 666 TRLC). No basta con que los fondos sean necesarios para el cumplimiento del plan, sino que se exige que los mismos estén expresamente previstos en el plan de reestructuración. Surge la duda respecto al detalle necesario de esta constancia, esto es, si puede figurar en términos generales (simplemente la cuantía aproximada de financiación necesaria) o si, por el contrario, son necesarios más detalles (como la entidad financiadora, los términos y condiciones de la misma, etc.). La falta de precisión normativa (que se limita a exigir que la financiación esté «prevista» en el plan) hace que nos inclinemos por la primera opción, de forma que bastará, a nuestro juicio, con que el plan haga una alusión a la necesidad de contar con ciertos fondos (cuya cuantía sí deberá indicarse de forma aproximada) para el correcto cumplimiento del plan. Aunque la ley no lo exige, resulta recomendable que en el plan se indique someramente el destino de esa nueva financiación y la justificación de la misma.

5.3. La protección frente a acciones rescisorias

La reforma contempla un régimen especial de protección de la financiación interina y de la nueva financiación frente al ejecución de acciones rescisorias en caso de concurso posterior (art. 667.1-2.º TRLC). La protección frente a las acciones rescisorias no es absoluta, dado que no cubre –como es evidente– los actos realizados en fraude de acreedores (art. 667.1 *in fine* TRLC).

La concesión de la protección se condiciona a un doble requisito: por un lado, es necesario que el plan de reestructuración haya sido homologado; por otro lado, se exige la concurrencia de determinada proporción de créditos afectados respecto del pasivo total (el

51 % del pasivo total, art. 667.1 TRLC). Esa proporción se incrementa notablemente (hasta el 60 % del pasivo total) cuando la financiación interina o la nueva financiación hayan sido concedidas por personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 668 TRLC).

En el caso de que la proporción de créditos afectados por el plan de reestructuración no alcancen los umbrales anteriores, la financiación interina y la nueva financiación serán concursualmente rescindibles con arreglo a las normas generales, con la salvedad de que, cuando la financiación provenga de una persona no especialmente relacionada, no resultarán aplicables las presunciones relativas de perjuicio para la masa activa (art. 667.3 TRLC). Evidentemente, las presunciones absolutas sí serán aplicables. Si la financiación proviene de una persona especialmente relacionada, no se contempla salvedad alguna (art. 668.2 TRLC).

5.4. La preferencia en el cobro

El régimen especial para la financiación interina y la nueva financiación se completa otorgando a la misma una preferencia en el cobro en caso de posterior concurso (arts. 242 y 280 TRLC), para así incentivar la concesión de la financiación necesaria para sacar adelante los planes de reestructuración. La preferencia consiste en que el 50 % de su importe tendrá la consideración de crédito contra la masa (art. 242.1-17.º TRLC) y el 50 % restante tendrá la consideración de crédito privilegiado general (art. 280.6.º TRLC)³⁴. Los requisitos que deben concurrir son idénticos a los exigidos para la protección frente a acciones rescisorias. Así, el plan de reestructuración deberá ser homologado judicialmente y los créditos afectados por el plan deberán representar al menos el 51 % por ciento del pasivo total.

Una novedad de la reforma es que extiende la preferencia en el cobro también a la financiación interina y a la nueva financiación concedida por personas especialmente relacionadas con el deudor³⁵. Esta novedad, que debe ser bienvenida, eleva sin embargo el umbral de pasivo afectado necesario, que deberá ser, al menos, del 60 % del pasivo total, con deducción de los créditos de aquellas personas para calcular la mayoría³⁶.

³⁴ En relación con las dudas que suscita este incentivo, véase Bermejo González (2022, p. 14).

³⁵ En la versión anterior de la norma, cuando la inyección de dinero provenía de una persona especialmente relacionada con el deudor (por ejemplo, en lo que ahora nos interesa, otra sociedad del grupo), entonces el privilegio del dinero nuevo no se aplicaba. Esta exclusión no quedó exenta de críticas, que apuntaban que la Ley concursal desanimaba las refinanciaciones internas, cuando, en la práctica, son precisamente los socios quienes más motivaciones tienen para financiar la empresa que consideran viable –máxime cuando el clima es de práctica imposibilidad de acceso a recursos financieros externos–. Por ejemplo, Aznar Giner (2015, p. 276), Buil Aldana (2016, p. 403), Díaz Echegaray (2015, pp. 165 y ss.), Díaz Moreno (2014, p. 170) y Pulgar (2016, pp. 671 y ss.).

³⁶ Este enfoque es coherente con lo que señala la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que recomienda que se dé algún tipo de prioridad a la financiación proveniente de

Por último, téngase en cuenta que, para proteger adecuadamente los intereses de los acreedores que, de forma directa o mediata, se puedan ver afectados por la protección frente a las acciones rescisorias o por las preferencias de cobro de la financiación interina o de la nueva financiación, la ley amplía a cualquier acreedor la legitimación para oponerse al plan por ciertos motivos (art. 670 TRLC), a saber: (a) la falta de concurrencia de las mayorías necesarias para la protección de la financiación interina o de la nueva financiación; (b) la falta de cumplimiento de los requisitos legales para la financiación interina o la nueva financiación; y (c) el perjuicio injusto (que no injustificado) por la financiación interina o la nueva financiación de los intereses de los acreedores.

6. Los acreedores financieros como contraparte contractual

La nueva norma regula los efectos sobre los contratos en dos momentos distintos: por un lado, se ocupa de los efectos que, sobre los contratos, tiene (o puede tener) la comunicación de negociaciones (arts. 597 a 599 TRLC). Por otro lado, regula los efectos que, sobre los contratos, tienen (o pueden tener) los planes de reestructuración (arts. 618 a 621 TRLC). Esta bipartición no resulta criticable *a priori*, en el bien entendido de que se trata de hitos distintos e independientes: en efecto, una comunicación de negociaciones no tiene por qué desembocar en la aprobación u homologación de un plan de reestructuración y, viceversa, la aprobación u homologación de un plan de reestructuración no requiere necesariamente pasar por el trámite previo de la comunicación de negociaciones con los acreedores. Sin embargo, sí plantea ciertas dificultades interpretativas la descoordinación entre ambos regímenes, que puede conducir a conductas oportunistas por parte del deudor o de los acreedores y (anticipamos) a problemas en la aplicación de la nueva normativa. Sin embargo, para analizar estas cuestiones deberemos previamente detenernos en describir, siquiera someramente, los efectos que, sobre los contratos, son susceptibles de tener, por un lado, la comunicación de negociaciones con los acreedores, y, por otro, los planes de reestructuración.

6.1. Los efectos de la comunicación de negociaciones sobre los contratos financieros

6.1.1. El principio general de vigencia de los contratos

El principio general es la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 597 TRLC), de forma que la comunicación, «por sí sola», no les afec-

personas especialmente relacionadas. Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, parte III, capítulo II, ordinales 70 y 71.

tará. En consecuencia, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por el «mero motivo» de (a) la presentación de la comunicación o su admisión a trámite; (b) la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos; (c) cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores. La desactivación de estas cláusulas es consecuencia del principio de continuidad de la actividad del deudor.

Obsérvese que, a pesar de que la rúbrica del precepto se refiere a los «contratos» en general, sin más precisiones, el artículo se refiere exclusivamente a los contratos con «obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento». Por lo tanto, en los contratos que no revistan tales características (v. gr. contratos unilaterales) sí parecen resultar admisibles las cláusulas que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada por el «mero motivo» de la presentación de la comunicación, su admisión a trámite, la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos, etc. Por otra parte, la norma alude a contratos que tengan obligaciones recíprocas «pendientes de cumplimiento», sin exigir que sean ambas partes quienes tengan obligaciones pendientes de cumplir. Por lo tanto, a nuestro juicio entrarían en esta categoría también los contratos bilaterales que hayan sido íntegramente cumplidos por una de las partes.

Las dudas se plantean en torno al valor que haya de darse a la expresión «por sí sola» a la que alude el precepto. Consideramos que poco aporta al contenido de la norma y que, por consiguiente, debería ser suprimida.

6.1.2. La resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento

La comunicación (aquí ya no se indica «por sí sola») no afectará a la facultad de suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por *circunstancias distintas* a las anteriores (i. e., la presentación de la comunicación, su admisión a trámite, la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos o cualquier circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores). Evidentemente, la norma se refiere a la facultad de dejar en suspenso la prestación (*excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso*), y a la posibilidad de rescindir el contrato (*resolución por incumplimiento*).

Existe, sin embargo, una *excepción*, que se circunscribe a los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor³⁷. En tales casos, las facultades de suspender el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte o de modi-

³⁷ En relación con las previsiones de la directiva sobre reestructuración e insolvencia, véase el trabajo de Sánchez Paredes (2018, p. 153).

ficar, resolver o terminar anticipadamente el contrato por incumplimientos *anteriores* a la comunicación no podrán ejercitarse mientras se mantengan los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos (art. 598.2 TRLC)³⁸. Evidentemente, esta limitación de los derechos de la contraparte no se extiende a los contratos que no sean necesarios para la continuidad de la actividad del deudor; y tampoco a aquellos casos en los que, aun tratándose de contratos necesarios para dicha actividad, los incumplimientos del deudor sean posteriores a la comunicación.

La pieza clave, como puede observarse, es la determinación de qué contratos resultan necesarios para la continuidad del deudor. Por ese motivo, se impone al deudor el deber de hacer constar en la comunicación al juzgado qué contratos considera necesarios para la continuidad de la actividad (art. 586.1-7.º TRLC). La comunicación de negociaciones no es objeto de un control de fondo por parte del juez, sino que será el letrado de la Administración de Justicia quien compruebe que el juzgado es competente con arreglo a las normas sobre competencia internacional o territorial y que la comunicación no presenta defectos formales, a efectos de tenerla por efectuada por medio de decreto (art. 588.1 TRLC). La contraparte afectada podrá interponer recurso de revisión si considera que su contrato no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 598.2 *in fine* TRLC).

Llama la atención que la reforma proyectada prevea la ampliación de la paralización de ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios para la continuidad de la actividad cuando ello resulte necesario para asegurar el «buen fin de las negociaciones» (art. 602 TRLC) y que, sin embargo, no se contemple una norma semejante para asegurar la continuidad de los contratos no necesarios para la actividad del deudor, en el bien entendido de que ciertos contratos pueden constituir activos de gran importancia en determinadas empresas (agencias, concesiones, franquicias, etc.) y, en relación con los mismos, únicamente se suspenden las facultades contractuales de la parte *in bonis* cuando el contrato sea necesario para la actividad, el incumplimiento sea anterior a la comunicación de negociaciones y por el tiempo que duren estas últimas (tres meses prorrogables por otros tres).

6.1.3. Las especialidades para determinados acuerdos de compensación contractual

La comunicación no afectará a la facultad de vencimiento anticipado, resolución o terminación de los acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-Ley 5/2005 (art. 599.1 TRLC). Sin embargo, a pesar de dejar a salvo la facultad de las contrapartes

³⁸ En principio, esta duración está limitada a tres meses, si bien es posible prorrogar los efectos por otro plazo idéntico (art. 607 TRLC).

para resolver, terminar o declarar anticipadamente vencido un acuerdo de compensación contractual, la norma prevé (art. 599.2 TLC) que el saldo resultante de la aplicación de una cláusula de vencimiento anticipado a los acuerdos de compensación contractual sí quedará afectado por la comunicación de negociaciones en cuanto a la (im)posibilidad de iniciar ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del deudor hasta que transcurran tres meses a contar desde la presentación de la misma (art. 600 TRLC). También resulta de aplicación la posibilidad de extender la prohibición de ejecución a bienes o derechos que no sean necesarios para la continuidad de la actividad del deudor cuando ello resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones (art. 602.1 TRLC). E igualmente son aplicables las normas específicas para la ejecución de garantías reales (art. 603 TRLC, véase el breve análisis realizado *supra*).

6.1.4. Las especialidades para ciertos contratos de suministro necesarios para la continuidad de la actividad del deudor

Para terminar, se contempla una norma especial para determinados contratos de suministro necesarios para la continuidad de la actividad (art. 599.3 TRLC). Así, si se dan ciertas circunstancias, a pesar de tratarse de contratos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, quedarán incólumes las facultades de la contraparte para resolver, terminar o declarar anticipadamente vencidos los contratos en cuestión, ya sea por incumplimiento, ya sea a resultas de la presentación de la comunicación, su admisión a trámite, la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos, o cualquier otra circunstancia análoga.

El sentido económico del precepto debemos buscarlo en la conveniencia de proteger a la contraparte *in bonis* en aquellos casos en los que, dada la fungibilidad del servicio que presta, resulta presumiblemente sencillo para el deudor buscar en el mercado un prestador sustituto de estos servicios. En tales casos, la excesiva restricción de las facultades de «salida» del contrato de la contraparte *in bonis* puede resultar desproporcionadamente gravosa, incluso cuando esas restricciones pretendan salvaguardar la viabilidad de la empresa durante las negociaciones.

El ámbito de aplicación de la norma está configurado, quizá, en términos más amplios de los deseables. En efecto, pueden someterse a esta especialidad cualesquiera contratos de suministro de bienes, servicios o energía (es decir, virtualmente todos los contratos de suministro imaginables), siempre y cuando hayan sido «negociados en mercados organizados de modo que puedan ser sustituidos en cualquier momento a su valor de mercado». La amplitud de la configuración del ámbito objetivo de aplicación de la norma hace que puedan subsumirse en la misma también los contratos de prestación de servicios financieros, como por ejemplo los servicios de pago (ingreso y retirada de efectivo en una cuenta de pago, transferencias de fondos, ejecución de adeudos domiciliados, etc.), cuyo carácter necesario para la continuidad de la actividad del deudor parece difícilmente discutible.

La referencia los «mercados organizados», sin ulteriores precisiones, permite entender incluidos en esa categoría cualesquiera mercados oficiales y reconocidos que estén regulados y supervisados, por contraposición a los mercados OTC (*over the counter*), donde la negociación se realiza directamente entre las partes interesadas. Aquí entrarían, sin ningún género de dudas, los mercados energéticos, pero también (a nuestro modo de ver) los mercados financieros³⁹.

La duda surge a la hora de determinar si, para que un determinado contrato de suministro pueda entenderse comprendido en la excepción, es necesario acreditar no solo que haya sido negociado en un mercado organizado, sino también que «pueda ser sustituido en cualquier momento a su valor de mercado». Y es que la norma parece anudar necesariamente la primera circunstancia (*i. e.*, el hecho de haber sido negociado en un mercado organizado) a la segunda (*i. e.*, el poder ser sustituido en cualquier momento a su valor de mercado). Así lo revela la propia redacción del precepto, que alude a contratos negociados en mercados organizados «de modo que» puedan ser sustituidos en cualquier momento a su valor de mercado. Sin embargo, a nuestro juicio, no se trata de dos circunstancias que necesariamente hayan de ir de la mano, máxime cuando el deudor se encontrará en dificultades financieras (de ahí la presentación de la comunicación de negociaciones con los acreedores) y, en consecuencia, la sustitución del contrato de suministro en cualquier momento y a su valor de mercado puede no ser posible o, cuando menos, sencilla.

Por otra parte, el propio contenido de la norma (que permite a la contraparte, recordémoslo, resolver un contrato de suministro que sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor en caso de presentación o admisión a trámite de la comunicación de negociaciones con acreedores) invita a una interpretación restrictiva, pues lo contrario podría llevar a obstaculizar significativamente la actividad del deudor hasta el punto de interrumpirla, lo cual sería –a nuestro juicio– contrario al espíritu de la norma.

6.2. Los efectos de los planes de reestructuración sobre los contratos financieros

De forma autónoma e independiente de los efectos de la comunicación de negociaciones sobre los contratos, la reforma regula los efectos que los planes de reestructuración son susceptibles de tener sobre los mismos. Como hemos señalado anteriormente, la separación de los efectos (de la comunicación de negociaciones por un lado y del plan de reestructuración por otro) debe ser bienvenida, en la medida en que ambas instituciones

³⁹ De hecho, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* relaciona directamente los mercados organizados con los mercados financieros, pues define al mercado organizado como aquel «mercado financiero autorizado por el Gobierno cuyo intercambio de activos se regula por unas normas concretas, estando estandarizados sus contratos y contando con una cámara de compensación».

no tienen que ir necesariamente de la mano y son imaginables comunicaciones de negociaciones que no culminen con un plan de reestructuración y viceversa, planes de reestructuración para cuya tramitación y aprobación no se haya recurrido previamente a la comunicación de negociaciones.

Los elementos centrales de ambas regulaciones coinciden con mínimos matices: así, se establece un principio general de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 618.1 TRLC), con especialidades para los acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-Ley 5/2005 (art. 619.1 TRLC) y para determinados contratos de suministro (art. 619.3 TRLC).

Sin embargo, existen tres diferencias que merecen nuestra atención. En primer lugar, se regula la posibilidad de resolver contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración (art. 620 TRLC)⁴⁰. En segundo lugar, en caso de incumplimiento por parte del deudor, y ante el silencio de la norma, entendemos que siguen a disposición del otro contratante todos los remedios generales. Ante el incumplimiento de la contraparte deudora, el contratante *in bonis* puede resolver el contrato, sea o no necesario para la continuidad de la actividad empresarial, o suspender su propia prestación en tanto no reciba el cumplimiento íntegro de la contraparte. Eso puede hacer que el acreedor en cuestión se coloque en mejor posición que el resto de acreedores y mejore, en consecuencia, su situación en la negociación⁴¹. En tercer lugar, se contempla expresamente la prohibición de que los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor se suspendan, modifiquen, resuelvan o terminen anticipadamente por el mero hecho de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor (art. 618.2 TRLC). Nos referiremos a todo ello a lo largo de las páginas que siguen.

6.2.1. El principio general de vigencia de los contratos

Al igual que ocurría con la comunicación de negociaciones con los acreedores, el principio general es que la homologación de un plan de reestructuración, por sí sola, no afecta a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, en aras de asegurar la continuidad del contrato (art. 618 TRLC). Ello determina que, como regla general, se desactiven («se tengan por no puestas») las cláusulas contractuales que establezcan la facultad de la otra parte (normalmente, un acreedor financiero) de suspender o de modificar

⁴⁰ En la versión anterior de la norma no se contemplaban las consecuencias derivadas de la apertura de los expedientes concursales sobre los contratos concluidos por el deudor y pendientes de cumplimiento. Al respecto, véase Sánchez Paredes (2018, p. 139 y ss.).

⁴¹ Como afirma Sánchez Paredes (2018, p. 158), el hecho de que el acreedor trate de mejorar su posición negociadora en la reestructuración no resulta ilegítimo, pero no podrá admitirse cuando actúe en contra de la buena fe u ocasiones un perjuicio al deudor y a los demás acreedores al condicionar la viabilidad, obstaculizar la negociación o impedir la reestructuración.

las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por el mero motivo de la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, la homologación judicial del plan o cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores (art. 618.1 TRLC).

La norma anuda la prohibición de afectación de los contratos con obligaciones recíprocas a ciertos aspectos procedimentales del plan de reestructuración, como son la presentación de la solicitud de homologación, su admisión a trámite, la homologación judicial o cualquier circunstancia «análoga o relacionada». Dado que todos los aspectos referidos en el precepto pivotan en torno a la homologación judicial del acuerdo, no parecen quedar vetados los efectos desencadenados por la aprobación de un plan de reestructuración que no sea homologado judicialmente. En consecuencia, nada parece obstar a la efectividad de cláusulas que afecten a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en función de la mera aprobación de un plan de reestructuración o de ciertos contenidos sustantivos (modificaciones estructurales, cambios de control, reorganizaciones operativas, expedientes de regulación de empleo, etc.).

En apoyo de esta interpretación puede traerse a colación la precisión establecida en relación con los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 618.2 TRLC), que no podrán suspenderse, modificarse, resolverse o terminarse anticipadamente por el mero hecho de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor. Efectivamente, si los contratos *necesarios* para la continuidad de la actividad *no* pueden quedar afectados por el mero hecho de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor, entonces, *sensu contrario*, los contratos que *no* sean necesarios para dicha continuidad *sí* podrían verse afectados por tal circunstancia. En relación con esta última cuestión, dado que la norma únicamente veta que los contratos necesarios para la continuidad de la actividad del deudor se ven afectados por «el mero hecho» de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor⁴², podría entenderse que la afectación (suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada) sí puede producirse por la conjunción de dicho cambio de control con otras circunstancias.

A diferencia de lo previsto en relación con la comunicación de negociaciones, no se prevé que el deudor precise, en la solicitud de homologación del plan, qué contratos reputa necesarios para la continuación de su actividad (art. 643 TRLC). Únicamente se requiere

⁴² Consideramos que la referencia al cambio de control debe ser integrada por remisión al artículo 42 del Código de Comercio, que define la existencia de control cuando una sociedad (a) posee la mayoría de los derechos de voto; (b) tiene la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; (c) puede disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; y (d) ha designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

que el propio plan detalle los contratos cuya resolución en interés de la reestructuración se contempla (art. 633.6.^a TRLC). Así pues, parece que la información relativa a qué contratos se consideran necesarios para la continuación de la actividad únicamente constará si, para la aprobación del plan, ha sido preciso presentar previamente una comunicación de negociaciones con los acreedores. Anticipamos que esta opacidad en cuanto al eventual carácter necesario de los contratos (siquiera desde el punto de vista del deudor) ocasionará no pocos conflictos en la práctica. En todo caso, dado que el presente trabajo se centra en los acreedores financieros, debemos aclarar que, a nuestro juicio, resulta perfectamente posible que los contratos de naturaleza financiera (por ejemplo, una línea de crédito, una línea de avales, etc.) se consideren «necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor». Sin embargo, la necesidad deberá valorarse caso por caso y en atención a las circunstancias efectivamente concurrentes.

6.2.2. Los acuerdos de compensación contractual y las garantías financieras

Por excepción a la regla general, los acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-Ley 5/2005 pueden ser suspendidos, modificados, resueltos o anticipadamente terminados como consecuencia de la homologación de un plan de reestructuración (art. 619.1 TRLC). En concreto, resultan perfectamente admisibles las cláusulas de vencimiento anticipado en caso de homologación de un plan de reestructuración. De igual modo, las garantías financieras sujetas al Real Decreto-Ley 5/2005 necesariamente deben quedar indemnes frente a un plan de reestructuración, así como la facultad de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas, por la parte cubierta por la garantía (art. 619.2 TRLC).

6.2.3. Los contratos de suministro de bienes, servicios o energía

Con una técnica normativa mejorable (pues la excepción se contiene en el artículo relativo a otro tipo de contratos y se realiza por doble remisión), también se admiten las cláusulas que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de ciertos contratos de suministro de bienes, servicios o energía en caso de homologación de un plan de reestructuración (art. 619.3 TRLC). Dado que se trata de una norma idéntica a la prevista en caso de comunicación de negociaciones, nos remitimos al análisis realizado anteriormente (véase *supra*).

6.2.4. La resolución en interés de la reestructuración

Al margen de lo anterior, se establecen algunas reglas adicionales en relación con los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En primer lugar, existe una especialidad relativa al tratamiento de estos contratos durante la negociación de un

plan de reestructuración (art. 620.1 TRLC): el deudor podrá solicitar a la contraparte la *modificación o resolución* de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, siempre y cuando esa modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y para prevenir el concurso. La condición parece doble (esto es, que la medida sea (a) necesaria para el buen fin de la reestructuración y (b) necesaria para prevenir el concurso). Sin embargo, habida cuenta de que toda reestructuración tiene, por definición, la finalidad de evitar el concurso, en realidad la condición es única.

En segundo lugar, si las partes no llegan a un acuerdo sobre los términos de la modificación o sobre las consecuencias de la resolución, el plan de reestructuración puede prever la resolución del contrato en cuestión (art. 620.2 TRLC). Se trataría, en este caso, de una resolución «forzosa». Al respecto, son tres las cuestiones que merecen algún comentario: en primer lugar, en caso de desacuerdo, parece que el plan de reestructuración únicamente podrá prever la resolución del contrato, mas no su novación modificativa. En segundo lugar, en caso de resolución «forzosa», el saldo resultante de la liquidación también podrá quedar afectado por el plan. En tercer lugar, para resolver en interés de la reestructuración es necesaria la homologación del plan de reestructuración (art. 635.2 TRLC).

En este último caso (esto es, cuando en el auto de homologación del plan se hubiera acordado la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento), la contraparte afectada puede impugnar esa resolución por dos motivos específicos (art. 657 TRLC): (a) la falta de necesidad de la resolución del contrato para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso; y (b) la inadecuación de la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato.

6.2.5. La resolución por incumplimiento

En caso de incumplimiento por parte del deudor, y ante el silencio de la norma, entendemos que siguen a disposición de la contraparte contractual todos los remedios generales. Por lo tanto, ante el incumplimiento de la contraparte deudora, el contratante *in bonis* puede resolver el contrato, sea o necesario para la continuidad de la actividad empresarial, o suspender su propia prestación en tanto no reciba el cumplimiento íntegro de la contraparte.

Esta asimetría con lo previsto en caso de comunicación de negociaciones con los acreedores (en cuyo caso, recuérdese, la parte *in bonis* de los contratos necesarios para la continuidad de la actividad no puede recurrir a los remedios generales cuando los incumplimientos sean anteriores a la comunicación mientras duren los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos, art. 598.2 TRLC) es susceptible de producir algunas disfunciones indeseables. En efecto, para los deudores resultará preferible pasar por el trámite de la comunicación de negociaciones cuando hayan incumplido previamente contratos necesarios para la actividad, para así mermar las facultades resolutorias de las contrapartes afectadas.

6.2.6. Los contratos de derivados

La reforma ha introducido un precepto específico en relación con los contratos de derivados (art. 620.3 TRLC). La particularidad se realiza sin ulteriores precisiones, de modo que tendrán cabida en la misma cualesquiera contratos de derivados (futuros, opciones, *warrants*, etc.) sin más requisitos (*v. gr.* no es necesario que existan obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes).

Conforme a este precepto, estos contratos pueden terminarse o cancelarse anticipadamente cuando ello resulte necesario para el buen fin de la reestructuración y para prevenir el concurso. El saldo resultante de la liquidación podrá quedar afectado por el plan. Como puede observarse, la norma comentada simplemente reitera lo previsto en el régimen general para los demás contratos. En otras palabras, no se contempla especificidad alguna en relación con los contratos de derivados. Nos aventuramos a sugerir que la mención específica esté simplemente encaminada a neutralizar el riesgo de que no se consideren «contratos con obligaciones recíprocas» y así evitar litigiosidad en la práctica.

7. Los pactos de sindicación

También pueden resultar de trascendencia para los acreedores financieros las previsiones relativas al tratamiento de los pactos de sindicación, en el bien entendido de que, normalmente, serán entidades financieras las vinculadas por pactos semejantes (*v. gr.* en tanto que acreedoras por préstamos o créditos sindicados).

Al respecto, se contempla en primer lugar una especialidad relativa a la *comunicación de la propuesta* de plan de reestructuración, ya que la misma estará preferentemente sujeta a las reglas contractuales sobre comunicación del deudor con los acreedores (si las hubiera), en lugar de las reglas generales (art. 627.3 TRLC).

En segundo lugar, en la tramitación del plan, también deberán respetarse los pactos contractuales sobre procedimiento y ejercicio del derecho de voto. Las mayorías aplicables para la aprobación del plan serán las ordinarias (siendo necesario el voto a favor de dos tercios de cada clase, excepto si se trata de créditos con garantía real, ya que en tal caso será necesario el voto a favor de tres cuartos del importe del pasivo correspondiente a esa clase, art. 629 TRLC), salvo que el propio pacto de sindicación prevea una mayoría inferior para aprobar esos efectos (art. 630.1 TRLC). Esta especialidad tiene como finalidad facilitar la aprobación del plan entre los créditos vinculados por un pacto de sindicación, pues permite rebajar el umbral de votos a favor necesarios si contractualmente se hubiesen previsto unas mayorías inferiores a las legales.

Al margen de la mayoría que se aplique (la contractual o la legal), si vota a favor del plan la mayoría necesaria, se entenderá que aceptan el plan de reestructuración la totalidad de

los créditos sindicados (esto es, se produce un arrastre horizontal dentro los créditos sujetos al pacto de sindicación). Por el contrario, si no se obtiene la mayoría necesaria, se computarán los votos individualmente, salvo que los créditos sindicados formen una única clase, en cuyo caso se considerará que el plan de reestructuración no ha sido aprobado por esa clase (art. 630.2 TRLC). En otras palabras, si dentro de los créditos sujetos al pacto de sindicación no se aprueba el plan (con la mayoría legal o con la contractual, la que resulte inferior), los créditos sujetos a dicho pacto se computarán de forma individual (*i. e.*, como si no estuvieran sujetos al mismo), nuevamente con la finalidad de intentar favorecer la aprobación del plan. Lo que ocurre es que, dentro del pacto de sindicación, se produce el arrastre de los disidentes cuando la mayoría vota a favor del plan, pero no se produce dicho arrastre cuando la mayoría vota en contra (excepto si los créditos sujetos al pacto de sindicación forman una clase única: en tal caso, el plan se entiende rechazado por dicha clase).

Por último, se prevé una regla especial para la oposición o impugnación del plan por los acreedores que no hayan votado a favor del mismo (art. 630.3 TRLC). Concretamente, se condiciona la posibilidad de oponerse o impugnar el plan a que los acreedores sindicados disidentes no hayan quedado afectados en virtud de las cláusulas contractuales del propio pacto de sindicación. Es decir, si el arrastre de los disidentes se ha producido porque votó a favor del plan la mayoría contractualmente necesaria, estos disidentes pierden el derecho a oponerse o a impugnar el plan. Por el contrario, si el arrastre se produce por aplicación de las mayorías legales, la facultad de oponerse o de impugnar el plan se mantendría incólume.

Referencias bibliográficas

- Aznar Giner, E. (2014). *Refinanciaci3nes de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch.
- Bermejo González, N. (2022). Observaciones sobre el proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley concursal. En *Comentarios al proyecto de reforma concursal* [Fedea Policy Paper 2022/03] (pp. 4-19). <https://bit.ly/37xACP8>
- Buil Aldana, I. (2016). El privilegio del dinero nuevo: una asignatura (aún) pendiente del sistema concursal español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 24, 399-408.
- Cohen Benchetrit, A. (2021a). El papel del juez en la reestructuración de empresas en el Anteproyecto de reforma concursal. *Práctica de Tribunales*, 152.
- Cohen Benchetrit, A. (2021b). La posición del socio ante la reestructuración en el Anteproyecto de reforma concursal. *La Ley mercantil*, 86.
- Díaz Echegaray, J. L. (2015). *Los acuerdos de refinanciación*. Civitas-Thomson Reuters.
- Díaz Moreno, A. (2014). Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos. *Anuario de Derecho Concursal*, 33, 167-179.

- Díaz Moreno, A. (2019). Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia. En N. Bermejo Gutiérrez, A. Martínez Flórez y A. J. Recalde Castells (Dirs.), *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis* (pp. 233-310). Civitas.
- Fernández Larrea, I. (2019). La responsabilidad del socio ante el acuerdo de refinanciación con capitalización de deuda. En N. Bermejo Gutiérrez, A. Martínez Flórez y A. J. Recalde Castells (Dirs.), *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis* (pp. 312-344). Civitas.
- Garcimartín, F. (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.
- Garcimartín, F. (22 de diciembre de 2021). Los créditos con garantía real en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal [entrada de blog]. *Almacén de Derecho*. <https://bit.ly/3Mpo6je>
- Iribarren Blanco, M. (2019). El papel de los socios y la tutela de sus intereses en la reestructuración de las sociedades en dificultades financieras. En N. Bermejo Gutiérrez, A. Martínez Flórez y A. J. Recalde Castells (Dirs.), *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis* (pp. 137-178). Civitas.
- Martín Martín, A. J. (31 de enero de 2022). El acreedor hipotecario en la reforma concursal. *Notarios y Registradores*. <https://bit.ly/30tSDhE>
- Melero Bosch, L. (2019). Algunas reflexiones en torno al deber de fidelidad del socio en la reestructuración preventiva de las sociedades de capital. En N. Bermejo Gutiérrez, A. Martínez Flórez y A. J. Recalde Castells (Dirs.), *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis* (pp. 207-232). Civitas.
- Murillo Piquer, I. (2021). Los acuerdos de refinanciación y sus acreedores determinantes. Breve análisis en materia preconcursal del anteproyecto de Ley de reforma del TRLC y de la Directiva de la UE 2019/1023. *Diario La Ley*, 9957.
- Pulgar, J. (2016). *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos* (2.ª ed.). La Ley-Wolters Kluwer.
- Rodríguez Ruiz de Villa, D. (2022). La compraventa con precio aplazado como acto de análoga finalidad a un préstamo a efectos de subordinación concursal ex artículo 281.2-3.º del texto refundido de la Ley Concursal. *Anuario de Derecho Concursal*, 55, 269-296.
- Sánchez Paredes, M. L. (2018). Los efectos para los contratos pendientes de ejecución en el derecho concursal español y en la propuesta de directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva. *Anuario de Derecho Concursal*, 45, 133-160.
- Thery Martí, A. (2017). Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016 (I). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 27, 513-548.
- Thery Martí, A. (2018). Los marcos de reestructuración preventiva en la propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 (y II). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 28, 345-372.
- Thery Martí, A. (2019). Directiva de reestructuraciones, capitalización de créditos y gobierno corporativo. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 55-96.

Acciones colectivas sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores

Comentario al ATS de 29 de junio de 2022

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

La cuestión prejudicial que plantea el Tribunal Supremo en este auto del Pleno del 29 de junio de 2022, rec. núm. 2251/2019, obliga a instruir, si quiera someramente, sobre el procedimiento o su razón de ser.

En nuestro caso, dicha cuestión deriva del planteamiento de una acción colectiva contra varias entidades bancarias, relativa al control de transparencia de una condición general de la contratación inserta en préstamos hipotecarios con cláusulas suelo limitativas de la variación de los tipos de interés, acumulando, a su vez, otra restitutoria de las cantidades pagadas de más como consecuencia de dicha cláusula. Se distingue, a estos efectos, entre una acción individual de un consumidor contra el banco respecto de dicha cláusula y otra colectiva; porque en aquella, al tratarse de una sola persona, no se da el supuesto de la diversidad, entendida de la siguiente manera: ¿es posible que una acción colectiva pueda realizar el control de transparencia en cuanto a la cláusula de varias entidades o dirigida contra todo el sistema bancario? La definición del consumidor medio, a la hora de valorar la información o la transparencia de la negociación, resulta más compleja en una acción colectiva con múltiples consumidores y múltiples cláusulas suelo similares que en una simple o individual. Conviene, por consiguiente, no perder la perspectiva del planteamiento de la cuestión prejudicial, pues no puede versar sobre algo que ya ha sido objeto de resolución ante por el Tribunal de Justicia europeo. La prejudicialidad es un sistema judicial de control de aplicación del derecho de la Unión Europea, confrontado con el derecho nacional. Está regulada en el artículo 267 del TFUE, y sirve, no solo como mecanismo de interpretación del derecho europeo, sino también de validez de los actos adoptados por las instituciones y órganos de la Unión Europea, o de los tratados. Dice la norma: «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal». Aquí estamos ante un asunto pendiente de resolver por el Tribunal Supremo sin ulterior recurso. Al plantearse la posibilidad de oír a las partes sobre esta cuestión, la asociación se opuso porque entendió que la cuestión ya estaba resuelta por los tribunales de justicia de la Unión.

Pues bien, visto el planteamiento, ahora corresponde comentar la sentencia.

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

En primera instancia, algunas de las entidades demandadas son condenadas a eliminar de las «cláusulas suelo» la falta de transparencia. O lo que es lo mismo: visto que dichas cláusulas, insertas en las condiciones generales de contratación, al afectar claramente al precio y nos ser posible el control sobre el precio salvo que la oscuridad de las mismas afecta al entendimiento del consumidor por las variaciones o fluctuaciones futuras del mercado, se eliminan, y por ello la sentencia dice literalmente: «Las condenó a eliminar las citadas cláusulas de los contratos y a cesar en la utilización de las mismas de forma no transparente». Es más la falta de transparencia, como consecuencia de la información defectuosa, que la cláusula en sí; porque el banco es un conocedor del mercado y tiene más información sobre la evolución de las finanzas que el consumidor medio, el cual está protegido por la normativa europea e interna; singularmente por la Directiva Comunitaria 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Baste recordar, a estos efectos, que el sentido de la regulación protectora se fundamenta en que la «armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes». El marco normativo único busca definir «conceptos jurídicos» claros para todo contrato entre el banco y el consumidor cliente. Cuando no existe armonización normativa y no existe tampoco claridad en la interpretación de los contratos de préstamos bancarios –en nuestro caso, de las cláusulas suelo–, surgen los problemas de la falta de transparencia, o de la información defectuosa, que dejan a la parte más débil de la negociación de un préstamo bancario en una situación de inferioridad. Y de ahí que la razón de ser fundamental de la normativa y de la interpretación de los tribunales de justicia de esa regulación nacional y europea venga perfectamente indicada en la directiva con esta expresión: «Esos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión».

De otro lado, es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la más adecuada a este caso. Sí se infiere de algunos de sus considerandos iniciales:

Considerando que, en particular, las legislaciones de los Estados miembros que regulan las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores presentan diferencias considerables. Considerando que corresponde a los Estados miembros velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Considerando que generalmente los consumidores no conocen las normas que regulan los contratos de venta de bienes o de prestación de servicios en los Estados miembros distintos del suyo. Considerando que para facilitar el establecimiento de un mercado único y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos.

Pues, como veremos después, una de las razones que mueve al Tribunal Supremo a plantear la prejudicialidad europea radica precisamente en evitar las diferencias de los tribunales de otros países con legislación diferente; porque lo procedente es que las normas sobre las cláusulas abusivas sean uniformes y que sean aplicables «a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor». La uniformidad produce seguridad jurídica y la claridad del clausulado bancario evita la interpretación del sentido del mismo por la oscuridad, deliberada o no, de la verdadera intención del vendedor.

Ahora bien, la interpretación del contrato, de las cláusulas suelo, debe hacerse de manera integradora, y como dice la sentencia, con el propósito del análisis de cada caso en concreto, distinguiendo entre la acción individual y la colectiva. Llegó a la interesante conclusión de que se difuminó en el contrato el verdadero sentido o la verdadera importancia de esa cláusula suelo, al insertarla dentro de las condiciones generales de la contratación como una más en el conjunto del contrato, sin distinguirla o destacarla. Esa inmersión en el todo contractual la hizo más oscura. Su inclusión dentro de un párrafo, después de otros que regulaban también la variación del tipo de interés, sin resalte y sin la relevancia adecuada, hizo que el consumidor distrajera su atención entre tanto pacto.

No olvidemos que el artículo 4 bis de la Ley 6/1981(LOPJ) dispone:

1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.

Por ello, se debate la conveniencia o no de plantear esa cuestión prejudicial. Si los tribunales españoles tienen que aplicar el derecho de la Unión y si la jurisprudencia de los tribunales de justicia de la Unión es vinculante, es doctrina generada que debe aplicarse en España, la decisión corresponde a los tribunales de justicia de España, pero tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La cuestión controvertida radica –como insinúa el Tribunal Supremo– en determinar «si una acción colectiva de cesación, que solo permite un control en abstracto, es adecuada para realizar el control de transparencia». Pues debe tenerse en cuenta que si la acción es individual, el control es concreto: sobre un consumidor y sobre una cláusula. Sucede, además, –ya se ha apuntado– que la acción se dirige contra varias entidades bancarias, y sucede que resulta problemático definir al consumidor medio por la existencia de muchas cláusulas, muchos consumidores, el largo tiempo transcurrido, etc.

Esa cuestión prejudicial no es forzada (art. 4 bis LOPJ) cuando lo piden las partes y no vincula al tribunal; sin embargo el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que sí procede el planteamiento de la misma porque concurren tres presupuestos; a saber: la pregunta es

relevante, el tribunal no ha resuelto una cuestión parecida y la necesidad de que se pronuncie el tribunal europeo para aclarar la legislación comunitaria, sin duda alguna; y se podría añadir: para que podamos saber si nuestra legislación interna se opone a la normativa comunitaria, pues ya se ha advertido sobre la necesidad de armonizar legislaciones internas e internacionales. Porque no se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el sentido de la normativa europea sobre la pertinencia o no de acciones colectivas que afectan a una pluralidad de consumidores en materia de préstamos hipotecarios con variación del tipo de interés con cláusula suelo, y en la medida en que los distintos estados de la Unión pueden regular de modo diferente esta cuestión y sus tribunales resolver de manera no uniforme. ¡Esta es la cuestión relevante que se sometería a consideración!

El Supremo compara la normativa comunitaria, al de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con la Ley 7/1988, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación y con los de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) atinentes a esta materia, sobre acumulación de acciones (art. 72) y las demandas de las asociaciones (los artículos correspondientes se pueden leer) y sobre las sentencia dictadas en el ejercicio de dichas acciones, bien para la determinación de los múltiples consumidores o para sentar las bases de su identificación cuando no sea posible en la misma y la condena sea dineraria (procede la lectura del articulado para la comprensión y con el fin de evitar su mera transcripción, que se considera innecesaria).

Es en el fundamento sexto de la sentencia que estamos comentando donde el Tribunal Supremo razona la conveniencia del planteamiento de la cuestión prejudicial.

Cuando se interpone una acción colectiva, el control sobre el clausulado sobre el que recae es abstracto. No es un particular que recurre una cláusula sobre un contrato negociado con él, sino que es la colectividad que cuestiona preventivamente, y la acción de esta naturaleza va dirigida al presente y al futuro contractual, pues no solo se cuestiona lo existente, sino que se cesa para el futuro la posibilidad de elaboración de pactos no negociados con vocación de generalidad para todo contrato similar de cualquier entidad bancaria. De ahí su importancia y su carácter abstracto y preventivo. Lo cual conecta con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE:

En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

Porque la interpretación no es igual cuando se trata de un consumidor individual o una colectividad amparada por la acción de cesación. Cuando repasa el Tribunal Supremo la jurisprudencia sobre las acciones de cesación interpuestas por asociaciones –léase la sentencia–, llega a la conclusión de que, y para este caso, la singularidad radica en que ahora se trata de una acción colectiva contra «prácticamente todas las entidades financieras que en España utilizan o ha utilizado la mencionada cláusula», resultando difícil precisar el con-

cepto de consumidor medio; además, estén previstas desde tiempo remoto. La información precontractual está ampliamente tratada en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, advirtiéndose la difícil conciliación entre el artículo 4 de la directiva («el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa»), que exige una interpretación del posible abuso según las circunstancias concretas y particulares de cada consumidor, con la acción colectiva y preventiva de control en abstracto. Y la cosa se complica más al reclamarse la restitución para obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación del «suelo» hipotecario pactado.

Dado el concepto de consumidor medio, como una persona informada, atenta y perspicaz, capaz de entender la información que el banco le facilita para tomar una decisión consciente, la oscuridad de la cláusula provoca confusión, o despiste, pues, como vimos, el contrato difumina la variación del tipo de interés por el suelo establecido, tanto al alza como a la baja; dada esta definición, aun cuando la directiva pretende protegerlo y desee beneficiar a todos, recalca el tribunal Supremo, como un elemento justificativo del planteamiento de la cuestión prejudicial, «no quiere decir que, para el enjuiciamiento de la abusividad de una cláusula en una acción colectiva, no deba utilizarse como estándar el concepto de consumidor medio». O sea, la conceptualización sigue siendo importante y problemática cuando se proyecta sobre un colectivo, incluso indeterminado de personas, pues sucede que el consumidor medio cambia según las circunstancias culturales, sociales o lingüísticas, la publicidad..., y, en tal caso, ¿cómo generalizar ese concepto sobre la colectividad de personas que reclaman contra la colectividad de entidades bancarias y sobre unos «suelos contractuales» semejantes?

Finalmente, la sentencia nos advierte sobre la acumulación de una acción colectiva a la restitución de cantidades, porque el artículo 22.1.1 de la LEC dispone la determinación o no de los afectados a los efectos de poder establecer los datos o bases de reclamación económica. ¿Cómo hacer una reflexión de aquellas personas afectadas que por su cualificación o formación personal o profesional no debieran estar incluidas en la «bolsa» de los consumidores afectados por esa falta de transparencia y por su consideración de informadas, atentas y perspicaces, capaces de entender la información que el banco les facilita?

En definitiva, expuestos sucintamente los motivos, el Tribunal Supremo decide formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión siguiente: interpretación de los artículos 4 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, para saber:

- a) ¿Está amparado por el art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, cuando se remite a las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, y por el art. 7.3 de la misma Directiva, cuando se refiere a cláusulas similares, el enjuiciamiento abstracto, a efectos del control de transparencia en el marco de una acción colectiva,

de cláusulas utilizadas por más de un centenar de entidades financieras, en millones de contratos bancarios, sin tener en cuenta el nivel de información precontractual ofrecido sobre la carga jurídica y económica de la cláusula, ni el resto de las circunstancias concurrentes en cada caso, en el momento de la contratación?

b) ¿Resulta compatible con los arts. 4.2 y 7.3 de la Directiva 93/13/CEE, que pueda hacerse un control abstracto de transparencia desde la perspectiva del consumidor medio cuando varias de las ofertas de contratos están dirigidas a diferentes grupos específicos de consumidores, o cuando son múltiples las entidades predisponentes con ámbitos de negocio económica y geográficamente muy diferentes, durante un periodo de tiempo muy largo en que el conocimiento público sobre tales cláusulas fue evolucionando?

Al final, la compatibilidad entre nuestra legislación y la europea es trascendental. El tiempo y las circunstancias cambian y la materia de los consumidores evoluciona, y los problemas que genera la contratación colectiva o indeterminada conlleva la necesidad de cambios legislativos o de interpretaciones integradoras. No puede olvidarse que estos contratos son complejos; que la multiplicidad de cláusulas los convierte –muchas veces– en ininteligibles para un sector importante de la población. El préstamo hipotecario es un recurso habitual en una sociedad como la nuestra, donde la única forma de conseguir una vivienda es por medio del endeudamiento, y por un tiempo largo, muy largo. Cuando la obligación generada supone estar buena parte de la vida devolviendo un préstamo, la obligación institucional jurídica requiere implementar un sistema contractual coherente, homogéneo y protector de la parte más débil de la negociación. La transparencia del clausulado, la información, son dos elementos connaturales a la vinculación contractual, y claves del consentimiento del prestatario. El control de la abusividad es la consecuencia de la oscuridad y el compromiso de los Estados miembros de construir un sistema financiero lo más uniforme y justo posible. El Tribunal Supremo, en esta línea de conocimiento, se dirige al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque considera que millones de personas, en su relación con decenas de entidades bancarias, tiene el derecho de saber y conocer si la legislación ampara sus pretensiones o si las normas contemplan el supuesto indiferenciado de hipotecas con cláusulas de variación de tipos de interés aplicables a la generalidad, de la misma forma que no se cuestiona su aplicación individualizada, bien por acciones individuales, bien –como sucede en este supuesto– en las acciones colectivas; pues estamos refiriéndonos a procesos en los que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación (art. 15 LEC), en los que los consumidores vienen siendo considerado personas vulnerables

que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad (Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).



El derecho se vuelve visual: el creciente uso de imágenes en un entorno hiperregulado

Teresa González Ercoreca

Asesora jurídica de empresa.

Especializada en propiedad intelectual y derecho de nuevas tecnologías.

eresagercoreca@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-2811-9412>

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito y Domingo, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

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

Extracto

La evolución tecnológica, pareja a cada una de las eras del hombre, ha ido condicionando la forma en que el Derecho se ha comunicado con la sociedad. Las civilizaciones más antiguas dieron fe de sus normas a través de la iconografía en soportes como la piedra. Los egipcios y los fenicios emplearon el papiro. Y la imprenta de Gutenberg multiplicó las posibilidades de comunicación social de las normas, con la escritura como expresión visual y abstracta del mensaje.

Ahora bien, si los medios técnicos permitieron que el Derecho quedase fijado en soportes duraderos (confiriéndole unidad y permanencia), al mismo tiempo favorecieron su reproductibilidad, lo que trajo la promulgación de una multiplicidad de normas. Esta furia normativa ha resultado, con el tiempo, en una regulación fragmentada en la que cualquier aspecto de nuestra cotidianeidad se encuentra sujeto a la aplicación de una variedad de normas.

Los reguladores, conscientes de los problemas asociados con el exceso regulatorio, desde diferentes instancias vienen acometiendo reformas legislativas y políticas públicas que tienden a una simplificación normativa. En este contexto, el uso de la imagen y de los símbolos gráficos se presenta como un recurso atractivo para lograr la cercanía de la norma y favorecer su entendimiento.

Palabras clave: derecho visual; simplificación normativa; *legal design*.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Cómo citar: González Ercoreca, T. (2022). El derecho se vuelve visual: el creciente uso de imágenes en un entorno hiperregulado. *Revista CEFLegal*, 262, 77-100.



Law turns visual. The increasing use of images in a hyperregulated environment

Teresa González Ercoreca

Abstract

The evolution of technology, which has gone through side-by-side with the development of each of the human eras, has conditioned the way in which the Law has communicated with society. The most ancient civilizations attested their norms through the iconography engraved in physical supports such as stones. Egyptians and Phoenicians used the papyrus. And Gutenberg's printing press multiplied the means of social communication of the norms, with writing as the abstract and visual expression of the message.

However, if technology means made possible for the Law to be fixed in durable supports (adding unity and continuity), such means also favoured reproducibility, which brought the promulgation of numerous statutes. This regulatory fury has resulted, over time, in fragmented regulations where every aspect of our daily life is made subject to the application of a multiplicity of norms.

Regulators are aware of the challenges linked to the regulatory excesses and, through various instances, have been undertaking statutory reforms and promoting public policies which look for Law simplification. It is in this context that the use of the image and of graphic symbols appears as an attractive resource to accomplish closeness of the Law and to favour its understanding.

Keywords: visual law; law simplification; legal design.

Citation: González Ercoreca, T. (2022). El derecho se vuelve visual: el creciente uso de imágenes en un entorno hiperregulado. *Revista CEFLegal*, 262, 77-100.



Sumario

1. Un paseo itinerante por el uso de la imagen en la expresión de la norma
 2. La saturación normativa y los llamamientos a la simplificación
 3. Algunos ejemplos prácticos de visualización de la norma
 - 3.1. Las señales de tráfico y su función prescriptora
 - 3.2. Los indicativos digitales: la labor de normalización de agencias y consorcios
 - 3.3. Los términos de licencia traducidos a pictogramas: el caso de Creative Commons
 - 3.4. El reto marcado por el RGPD: la traducción visual del tratamiento de datos personales
 - 3.5. Los indicativos gráficos sobre productos de consumo como exigencia regulatoria
 - 3.6. Gráficos y semáforos para entender los productos financieros
 4. Una ¿nueva? corriente de innovación jurídica: el *legal design*
 5. La labor jurisprudencial en la interpretación de los signos
 6. Conclusiones: hacia una mayor claridad en la práctica del Derecho
- Referencias bibliográficas

Para hacer escuchar lo que decimos, es necesario ponerse en el lugar de aquellos a quienes uno se dirige.

Jean-Jacques Rousseau (1712 -1778)

1. Un paseo itinerante por el uso de la imagen en la expresión de la norma

La historia de la humanidad produce paradojas que en ocasiones hacen sonreír. En pleno siglo XXI, con la digitalización desplegando lo que se ha venido en llamar la nueva revolución industrial¹, el regulador y los operadores económicos han recuperado la forma más tradicional de comunicación con la sociedad: la imagen. Se retorna así a la más primigenia técnica normativa, que nació con las civilizaciones antiguas, y, como caso específico, en regiones como Mesopotamia.

En el Museo del Louvre de París se expone el icónico *Código de Hammurabi*, que data del siglo XVIII a.C., y que es considerado el código de leyes conservado más importante del antiguo Oriente. Se talló en escritura cuneiforme sobre una estela de basalto, en la que se recogieron varios precedentes judiciales, coronados por la imagen del propio rey. La escritura cuneiforme tallada en esta estela se caracterizó por el uso de pictogramas que representaban objetos y palabras, y hoy se distingue como una de las formas de escritura más antigua. Lo relevante aquí es el propósito de comunicar (en forma de imágenes reconocibles, talladas sobre la estela), el compendio jurisprudencial que aplicaría en el reino.

Casi todas las sociedades han hecho uso de la imagen y del signo para acompañar las normas. La historia del arte, como paradigma, no puede entenderse durante milenios sin su vinculación con el poder político y religioso. Las diferentes manifestaciones artísticas han perpetuado las reglas sociales de las civilizaciones y los pueblos que las gestaron. Iglesias, templos, edificios funerarios, arquitectura civil... conservan el testimonio de las normas sociales de su época.

En paralelo a este tipo de expresión artística y, en concreto, a medida que las estructuras sociales fueron evolucionando y asentándose, surgieron los primeros ejercicios de promulgación y compilación de normas. El objetivo de estos fue incentivar la claridad y la uniformidad normativa. Entre los hitos de la codificación están los códigos escritos en latín bajo el auspicio del Imperio romano entre los siglos III y VI después de Cristo, y, siglos más

¹ En abril del año 2012, el periódico *The Economist* bautizó la digitalización en las cadenas de producción como la tercera revolución industrial. Más recientemente, con la llegada del internet de las cosas, se viene hablando ya de la cuarta revolución industrial.

tarde, el Código Civil de Napoleón, promulgado el 21 de marzo de 1804, en francés, y bajo el nombre de *Código Civil de los franceses*. El ideal ilustrado propició el impulso codificador y su influencia se extendió por la Europa continental entre los siglos XVIII y XIX. No se trataba solo de compilar el número creciente de normas para dotar a la sociedad de un marco normativo seguro, sino de fomentar su claridad entre los sujetos de derecho, sus destinatarios².

En este sencillo recorrido histórico se aprecia cómo la evolución tecnológica, pareja a cada una de las eras del hombre, ha ido condicionando la forma en que el Derecho se ha comunicado con la sociedad. Las civilizaciones más antiguas dieron fe de sus normas a través de la iconografía en soportes como la piedra. Los egipcios y los fenicios emplearon el papiro. Y la imprenta de Gutenberg multiplicó las posibilidades de comunicación social de las normas, con la escritura como expresión visual y abstracta del mensaje.

Ahora bien, si los medios técnicos permitieron que el Derecho quedase fijado en soportes duraderos (confiriéndole unidad y permanencia), al mismo tiempo favorecieron su reproducibilidad, lo que trajo la promulgación de una multiplicidad de normas. Esta furia normativa ha resultado, con el tiempo, en una regulación fragmentada en la que cualquier aspecto de nuestra cotidianeidad se encuentra sujeto a la aplicación de una variedad de normas.

En este contexto de hiperregulación y de sobrexposición audiovisual, propiciados, los dos, por las nuevas tecnologías, vienen desarrollándose iniciativas de muy diverso calado tendentes a fomentar la comprensión de la norma a través de imágenes. A partir, muy especialmente, de la segunda mitad del siglo XX, el ciudadano adquiere un nuevo estatus social, el de consumidor, categoría que se suma a su condición de «administrado» y de sujeto de derecho. Como tal, es el destinatario último de toda una serie de normas de difícil digestión y comprensión y de las cuales, siguiendo la máxima de nuestro Código Civil, no puede escapar («la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»)³. Ahora bien, cabe preguntarse hasta qué punto es exigible este principio en un entorno sobrerregulado, en el que la complejidad y la futilidad de las normas hacen casi imposible la digestión de las leyes por parte de cualquier ciudadano.

El uso de la imagen como herramienta para la comprensión de la norma ha ido permeando iniciativas de muy diverso calado. En la cúspide de las aspiraciones está la conversión de la imagen en norma directamente aplicable, con capacidad de desplegar efectos jurídicos. Esta meta presenta retos de difícil solución. La imagen no solo debe adoptar los predicamentos de cualquier forma de comunicación (el receptor debe comprender el sentido y el significado atribuido por el emisor), sino que además debe cumplir con las exigencias

² Como recuerda Santiago Muñoz Machado (Muñoz Machado *et al.*, 2017, presentación), el ideal ilustrado se orientó no solo a la ordenación de lo legislado, sino también al paradigma lingüístico propugnado por Montesquieu en el libro XXIX de *L'Esprit des Lois*: «Es esencial que las palabras susciten a los hombres las mismas ideas».

³ Nuestro Código Civil, en su artículo sexto, recogió uno de los principios clásicos del Derecho, que dice: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» (*ignorantia juris non excusat*, en su máxima romana).

del lenguaje jurídico que busca la precisión y la univocidad⁴. Esta función normativa de la imagen se consiguió con la aprobación de las señales de tráfico, que incluyen un mandato claro para los conductores y viandantes, pero no tiene sentido pensar que cualquier norma puede aspirar a tener una proyección visual.

En un escalón inferior, pero más alcanzable, está el uso de la imagen como complemento para facilitar la comprensión de una norma. Es el caso de diagramas, flujos y pictogramas que se publican para explicar un determinado proceso judicial o administrativo. Muchas Administraciones están comenzando a publicar cuadros visuales explicativos sobre procesos recurrentes, como es el pago de impuestos o la interposición de recursos en procesos administrativos recurrentes.

En materia de consumo, la imagen ha irrumpido como mecanismo de información hacia el consumidor, muchas veces por exigencia de los poderes públicos y las Administraciones. La inclusión de cierto etiquetado es la plasmación visual del cumplimiento de una obligación de homologación hacia el fabricante. Este mecanismo se viene extendiendo al sector de los servicios, en especial en el ámbito financiero, en el que la complejidad de los productos ha llevado a muchos ciudadanos a realizar inversiones a costa del ahorro en productos financieros de diseño complejo. Detrás de todos estos ejemplos hay una vocación por hacer comprensible al consumidor las características de un determinado producto. La imagen (en forma de etiquetado, advertencia, semáforo de colores o similar) es objeto de homologación y se convierte en el signo visible de las cualidades de un determinado producto o servicio.

La autorregulación en el ámbito de la iniciativa privada ha sido también un terreno en el que el recurso a la imagen ha servido para alertar o prescribir determinadas restricciones en campos diversos. O incluso para hacer más amigables los términos y condiciones de uso de determinados productos digitales. En materia de protección de datos las autoridades europeas han mirado con buenos ojos este tipo de aproximaciones, recomendando en instrumentos recientes la adopción de signos que sirvan al usuario a entender, de forma sencilla, el destino de uso de sus datos personales.

En el año 2013 surgió en la Universidad de Standford, en los Estados Unidos, un centro de innovación jurídica, el Legal Design Lab⁵, que viene trabajando en la última década en simplificar la aplicación del Derecho a la ciudadanía mediante una aproximación interdisciplinar que se nutre de la tecnología y del diseño, y que presume de colocar al individuo en el centro de sus desarrollos. Entre sus proyectos, este laboratorio jurídico ha desarrollado planos explicativos y visuales sobre los trámites en caso de impago de multas de tráfico o los pasos más habituales en procesos de evicción y lanzamiento de viviendas.

⁴ Muñoz Machado (Muñoz Machado *et al.*, 2017): «La ciencia jurídica posee su propio tecnoleto, dotado de una terminología específica, propia de su ámbito. El mantenimiento de la precisión y el respeto a la univocidad de los términos jurídicos es de enorme importancia para el buen funcionamiento del derecho y de sus aplicaciones (p. 3)».

⁵ Legal Design Lab: <https://www.legaltechdesign.com>

Ahora bien, el recurso a la imagen como vehículo para una mejor comprensión de la norma plantea interrogantes. Salvo en reducidos casos en los que la imagen adquiere en sí misma un valor prescriptor de obligado cumplimiento (por ejemplo, con las señales de tráfico), la función de la imagen suele ser complementaria a la norma. En el uso de diagramas, logos, códigos y advertencias visuales, hemos de exigir las mismas cualidades que pedimos a las normas. El clásico principio del derecho romano, *leges intellegi ab omnibus debent* («las leyes deben ser comprensibles por todos»)⁶, debe aplicarse también al uso de grafismos. La imagen no debe introducir mayor confusión, ni presentar problemas adicionales de interpretación. De ahí que su aplicación práctica tenga más probabilidades de éxito cuando su diseño sea el resultado de un esfuerzo interdisciplinar que incluya un trabajo serio de homologación.

Al final de la cadena, en la aplicación de las leyes, se encuentran los organismos judiciales, cuyo cometido es interpretar la norma en el caso concreto. Para recalcar la importancia de un correcto diseño, se hará aquí referencia a la labor jurisprudencial reciente en la interpretación del uso de la imagen en los negocios jurídicos.

Este trabajo aborda la complejidad normativa que encara nuestro entorno y los recientes llamamientos hacia una simplificación normativa. Ofrece además un breve repaso a ejemplos en los que la imagen ha venido a socorrer a la norma, en un intento de ofrecer mayor claridad en el reconocimiento de derechos o en la imposición de obligaciones. Y plantea los retos a los que se enfrentan los operadores jurídicos en la continua adopción de soluciones innovadoras para lograr hacer del Derecho un objeto útil a la sociedad.

2. La saturación normativa y los llamamientos a la simplificación

El economista norteamericano y Premio Nobel Milton Friedman (1912-2006), fue conocido por su liberalismo acérrimo y por su enorme capacidad comunicadora. En 1980 publicó un libro *Free to Choose*, que vino acompañado de un programa televisivo de carácter divulgativo en el que criticó de forma ferviente el exceso regulador por parte de la Administración americana. Friedman, un combativo defensor del mercado como fuerza correctora frente al intervencionismo estatal, afirmaba que la regulación desincentiva la innovación. Bajo el pretexto de defensa del consumidor (comenta Friedman en *Free to Choose*), la Administración americana se embarcó en la creación de numerosas agencias, cuyo loable propósito resultó en un incremento sustancial del gasto público y en la aprobación de una ingente cantidad de normas. Como hábil comunicador, Friedman fundamenta su teoría con una poderosa ilustración. Apilados en semicírculo en el lustroso recibidor de la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, en Washington D.C., Miller colocó los volúmenes legislativos (simila-

⁶ Libro de la Justicia (p. 13).

res a los tomos Aranzadi) entre el año 1936 y el año 1977⁷. Si el primer año se editaron tres volúmenes con el compendio de leyes, el crecimiento exponencial de la actividad legislativa llevó, a finales de los setenta, a un número de volúmenes superior a los veinte tomos.

Esta explosión regulatoria que Friedman observó en los Estados Unidos se ha replicado evidentemente en nuestro entorno más cercano. Las estadísticas de la Unión Europea ofrecen un buen ejemplo de la complejidad normativa actual. Solo en el año 2021 se adoptaron, por el proceso legislativo, 473 actos con valor normativo en la Unión Europea. Ahora bien, si tomamos el conjunto de normas «blandas», es decir, recomendaciones, comunicaciones, etc., tendríamos la friolera de 1.880 actos y decisiones, según los datos oficiales que ofrece EUR-Lex⁸.

En un reciente estudio que sirve de base como documento de trabajo para el Banco de España, los economistas Mora-Sanguinetti y Pérez Valls (2020) analizaron la base de datos de regulación en España desde los años setenta, concluyendo que tanto el volumen de producción normativa como su fragmentación (resultante en divergencias entre normativas locales), podrían aparejar discontinuidades en el mercado, reduciendo su tamaño y limitando las ganancias por economías de escala de las empresas. El marco regulatorio español es complejo, ambiguo, excesivo y conduce a asimetrías normativas. En su análisis, los economistas no se muestran contrarios a la regulación. La norma puede solucionar o mitigar fallos de mercado o reducir costes de transacción. Es, por el contrario, el diseño deficiente de la norma lo que puede tener efectos contrarios y distorsionar el mercado.

El estudio para el Banco de España analiza, sobre la base de datos del directorio Aranzadi, la producción normativa en un periodo de aproximadamente 40 años. Si en 1979 se habían aprobado 3.012 normas, la cifra en el año 2018 es cuatro veces superior, con 11.737 normas aprobadas. En esta horquilla temporal (1979-2018) se ha publicado un total de 364.267 normas. Además, el Estado de las autonomías habría invertido el centro de producción normativa, recayendo el peso de la gestación de normas en las autonomías, con un 71,8 % de la producción en el año 2018, frente al 14,7 % del Estado (Mora Sanguinetti, 2020). La cuestión que ponen de relieve estos economistas es que este torrente normativo está teniendo un impacto negativo sobre el tejido empresarial. El estudio económico concluye que el incremento de regulación se traduce en una reducción en el número de empresas⁹.

Los reguladores de las distintas Administraciones no son ajenos a esta problemática. A nivel europeo, la Comisión Europea ha lanzado el Programa de Mejora de la Legislación¹⁰,

⁷ En el episodio séptimo de la serie *Free to Choose*, puede verse la imagen de los directorios legislativos apilados en el suelo de mármol de la biblioteca del Congreso: <https://www.freetochoosenetwork.org/>

⁸ EUR-Lex – Estadísticas de actos legislativos: <https://eur-lex.europa.eu/statistics/2021/legislative-acts-statistics.html>

⁹ «Un incremento de un 1% en el volumen de regulación se relaciona con un 0,05% menos de empresas» (Mora Sanguinetti, 2020).

¹⁰ Comisión Europea. Programa de Mejora de la Legislación. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_es

que, entre sus objetivos, pretende simplificar y mejorar la legislación de la Unión Europea e implicar a la ciudadanía, las empresas y a las partes interesadas en el proceso de formulación de políticas. El alcance de lo que significa el concepto de *better regulation* lo definió la Comisión en un documento orientativo de 2017: *Better Regulation Guidelines*. La mejora en la legislación se plantea como un proceso de trabajo tendente a garantizar que las decisiones políticas se preparen en un entorno abierto y transparente, sobre un trabajo de evidencias y datos, y con el apoyo y la participación de los interesados¹¹.

En nuestro ámbito administrativo, la producción normativa reciente ha estado inspirada en los principios de regulación inteligente. En el año 2012 el gobierno constituía la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (conocida como COFA), cuyo trabajo fue la evaluación del funcionamiento de la Administración. Como era de prever, COFA puso el foco en el estado de la regulación existente, y recomendó dotar de la máxima claridad y coherencia al marco normativo que regula la organización del sector público en España. A partir de ahí se inició una reforma administrativa de calado que resultó, entre otros, en la aprobación en 2015 de dos pilares legislativos que reformulasen la regulación del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público¹². En la exposición de motivos de la primera, se plasmó la nueva filosofía en la labor de producción normativa, buscando la participación de ciudadanos y empresas como sujetos sobre los que recae el cumplimiento de las leyes.

Diez años después del trabajo de COFA, el esfuerzo de simplificación normativa sigue siendo un clamor en cualquier ámbito de la Administración. La eclosión del mundo digital requiere una relación absolutamente diferente con las empresas y la ciudadanía, y la necesidad de allanar el lenguaje surge como exigencia constante. Uno de los proyectos con mayor ambición es la reforma de la Justicia, auspiciada por la llegada de los fondos económicos de la Unión Europea Next Generation EU¹³. El programa Justicia 2030¹⁴ tiene como misión transformar el servicio público de Justicia para hacerlo más accesible, eficiente y contribuir al esfuerzo común de cohesión y sostenibilidad. No es casualidad que el programa en sí se haya diseñado de una forma visualmente más atractiva. Cuenta con una página web propia y la explicación sobre sus ejes y objetivos se presenta plagada de diagramas e imágenes. Uno de los programas modulares de Justicia 2030 es la accesibilidad a la Justicia y cuenta con un proyecto específico dedicado a trabajar sobre lenguaje accesible, es decir, en la claridad de la norma y su aplicación.

¹¹ Commission Staff Working Document. Better Regulation Guidelines (7th July 2017). «*“Better regulation” means designing EU policies and laws so that they achieve their objectives at minimum cost. Better regulation is not about regulating or deregulating. It is a way of working to ensure that political decisions are prepared in an open, transparent manner, informed by the best available evidence and backed by the comprehensive involvement of stakeholders*».

¹² Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y Ley 40/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

¹³ Next Generation Europe. <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/FondosEuropeos/Fondos-relacionados-COVID/Next-Generation.aspx>

¹⁴ Justicia 2030. <https://www.justicia2030.es>

Los trabajos de Justicia 2030 con la sociedad civil no han hecho más que empezar, pero será interesante seguir su evolución y ver si integran iniciativas de diseño gráfico en esa búsqueda por la accesibilidad de ciudadanos y empresas. En los Estados Unidos, por ejemplo, se vienen desarrollando pilotos en tribunales locales mediante el diseño de mapas y guías visuales explicativas de procesos habituales, como contenciosos de tráfico o de vivienda¹⁵.

En la formulación de políticas públicas de simplificación normativa se vislumbran distintas líneas de acción. Por un lado, un cambio en el proceso de elaboración de leyes más participativo con la ciudadanía y basado en opciones informadas (es decir, sobre la base de datos e informes). También la refundición de normas y la simplificación en su redacción. La claridad hacia el destinatario de la norma es un elemento que se repite en todas estas iniciativas. Aunque no aparece expresamente mencionado, parece evidente que esa claridad no solo se traduce en el uso de un lenguaje más llano y comprensible, sino en el recurso a elementos de comunicación visual que permitan hacer los procesos jurisdiccionales y administrativos más accesibles.

3. Algunos ejemplos prácticos de visualización de la norma

Lo que últimamente se viene llamando, sobre todo en entornos anglosajones, como Derecho visual incluye un abanico amplio de supuestos. La imagen asociada a la norma (pública o privada) puede cumplir diferentes funciones. La más compleja de conseguir, sin duda, es la identificación entre norma e imagen, porque esta finalidad requiere una universalización en el entendimiento de la imagen. El diseñador Alberto Corazón (1942-2021), punta de lanza del diseño gráfico español, supo explicar el motivo. El pictograma, como tal, no es necesariamente obvio de lo que está indicando. Las personas necesitan aprenderse los pictogramas¹⁶. Llevado al mundo jurídico significa que cualquier norma que pretenda trasladarse al mundo gráfico requiere de un trabajo interdisciplinar entre diseñadores, tecnólogos, lingüistas y profesionales del derecho para alcanzar un signo que pueda evocar la norma y hacerlo de forma unívoca y precisa.

En el ámbito del consumo es donde el recurso a elementos visuales ha ido alcanzando un mayor desarrollo. La imagen sirve para informar sobre las características de un producto o un servicio y cada vez más el regulador interviene sobre el mercado económico para que los operadores informen, más y mejor, a los consumidores sobre sus productos y servicios. El mundo virtual está siendo el ecosistema más propicio para el desarrollo de signos e imágenes que orienten sobre condiciones de servicio.

¹⁵ El laboratorio Legal Design Lab de la Universidad de Stanford ha desarrollado guías visuales y FAQ (preguntas frecuentes) de aplicación en los tribunales de Alameda o Michigan. <https://law.stanford.edu/organizations/pages/legal-design-lab/>

¹⁶ Alberto Corazón, en charla con el periodista Antonio San José para la Fundación Juan March en 2019, compartió sus reflexiones sobre el diseño: <https://www.march.es/es/madrid/conferencia/alberto-corazon>

A continuación, se incluyen iniciativas en las que la imagen ha adoptado un rol relevante en la aplicación de la norma o en la formación de relaciones jurídicas, casi siempre con una función de complemento o soporte.

3.1. Las señales de tráfico y su función prescriptora

Las señales de tráfico son, sin género de duda, el ejemplo más representativo de reglamentación de tipo visual. En el caso del tráfico rodado se conocen signos y señales desde época de los romanos. La regulación a través de imágenes vino impuesta no solo por la inmediatez visual requerida por quien circula, sino también por la necesidad de contar con un lenguaje homogéneo comprensible por personas de distintos orígenes que, en sus viajes rodados, traspasan fronteras.

En el año 1931, y bajo el auspicio de la Sociedad de Naciones, una serie de países del entorno europeo firmaron la *Convención para la unificación de la señalización en carretera*, comprometiéndose a adoptar las señales homologadas como anexo al convenio y reemplazar las ya existentes en cada país en un período transitorio de cinco años¹⁷. En 1968, y en el marco de una conferencia de las Naciones Unidas, se extendió el compromiso internacional con la adopción de la *Convención sobre la señalización vial*, firmada el 8 de noviembre de ese año, y que hoy cuenta con una larga lista de Estados firmantes¹⁸. Este convenio internacional, hoy vigente, regula una serie de compromisos comunes respecto a la utilización de señales, símbolos o marcas viales que sirven para comunicar un precepto o para dar una información a los usuarios. Respecto a la señalización de carácter normativo, se definió un conjunto de señales de reglamentación, cuyo objeto es indicar al usuario de la vía las obligaciones, limitaciones o prohibiciones que debe observar, distinguiendo entre señales de prioridad, señales de prohibición o de restricción, señales de obligación y normas especiales.

3.2. Los indicativos digitales: la labor de normalización de agencias y consorcios

Algo parecido ha ocurrido con la llegada de otro tipo de autopistas, las de la información, que fomentaron la construcción de un mundo virtual (al que se ha cosificado como *Internet*), en el que la información borbotea a través de todo tipo de plataformas y portales web. En este entorno dinámico pronto comenzaron las conversaciones para la uniformización de caracteres que permitiesen el tratamiento y la visualización de imágenes y textos en múltiples lenguajes. De esta forma surgió, bajo iniciativa privada, el consorcio Unicode.

¹⁷ *Convention sur l'unification de la signalisation routiere, avec annexe*. Firmado el 30 de marzo de 1931. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20150/v150.pdf>

¹⁸ *Convención de Viena sobre la señalización vial de 8 de noviembre de 1968*, disponible en: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/conventn/Conv_road_signs_2006v_SP.pdf

Sus inicios están asociados a la colaboración entre ingenieros de Xerox y Apple, un proyecto que trajo el diseño de la arquitectura de este estándar.

Básicamente, Unicode define cada carácter o símbolo mediante un nombre e identificador numérico, de forma que se logren los tres objetivos básicos de este estándar: la universalidad, la uniformidad y la unicidad. La importancia de Unicode es la relevancia que ha adquirido en la internacionalización y la adaptación local del *software* informático y de sus lenguajes más usados. En la actualidad son partícipes del consorcio entidades como Adobe, Apple, Netflix, Oracle, SAP, Yahoo o la Universidad de Berkeley¹⁹.

De manera simplista se podría decir que Unicode ha permitido la traducción visual de ceros y unos en un entorno virtual con lenguajes de programación fragmentados. Existe, por tanto, una dependencia hacia la homologación de Unicode de los pictogramas que circulan en la web. No es de extrañar, en este entorno, que la colaboración entre el consorcio Unicode y el organismo de estandarización ISO surgiese desde los inicios.

La Organización Internacional para la Estandarización o ISO²⁰ (derivación de la palabra griega *isos*, que significa «igual»), se formó finalizada la Segunda Guerra Mundial entre delegados de 25 países con el propósito de unificar estándares industriales. En la actualidad son 162 organismos nacionales de estandarización los que conforman a esta entidad independiente, que se define como no gubernamental. La ISO ha definido y publicado 22.396 estándares sobre una variedad casi infinita de materias (telecomunicaciones, agricultura, metalurgia...). Como parte de esta homologación, la ISO ha establecido un catálogo de unos 4.000 símbolos gráficos sobre información pública, equipamiento, gestión de residuos, etc. Es decir, la labor de normalización que realiza este organismo se ve acompañada de una representación visual, fácilmente comprensible para el usuario y que, a su vez, encuentra una traducción en lenguaje Unicode para su publicación en páginas web.

El contraste entre las señales de tráfico y las normas ISO muestra un trasvase de la labor regulatoria por parte de los gobiernos a entidades no gubernamentales. A principios del siglo XX los Estados nacionales pactaron la normalización de los signos viales a través de tratados internacionales, mientras que hoy en día son organismos especializados y de tipo técnico los que se encargan de esta labor amparados, eso sí, por la Organización Mundial del Comercio o la Unión Europea. La normalización, si tomamos la definición dada por las instituciones europeas, tiene como objetivo «la definición de especificaciones técnicas o cualitativas voluntarias con las que pueden ser conformes actuales o futuros productos, procesos de producción o servicios»²¹. Pese a su aparente carácter voluntario, la normalización

¹⁹ Unicode: <https://unicode.org/>

²⁰ International Organization for Standardization: www.iso.org

²¹ Cfr. considerando 1 del Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L.2012.316.01.0012.01.SPA>

ha adquirido un peso fundamental, desempeñando una función cada vez más importante para el comercio internacional. El requerimiento de certificaciones por parte de consumidores y empresas para los productos y servicios que acceden al mercado han hecho que determinadas normas adquieran un peso reforzado y casi obligatorio para el desarrollo de la actividad comercial en ciertos sectores.

3.3. Los términos de licencia traducidos a pictogramas: el caso de Creative Commons

Siguiendo con el uso de elementos visuales para la traducción de términos jurídicos, es interesante girar al ámbito del derecho privado y, en particular, al de la contratación. Uno de los proyectos más rompedores en la forma de entender el sistema jurídico de *copyright* fue el desarrollado por Creative Commons (Geere, 2011). El germen fue la causa común contra la sucesiva extensión del plazo de derechos de *copyright* en el sistema jurídico norteamericano, que unió a dos ingenieros, Eric Eldred y Hal Abelson, con Lawrence Lessig, abogado y profesor en la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

El posicionamiento de Creative Commons partía de que el abanico de derechos sobre obras musicales, audiovisuales, literarias, etc. estaba generando un monopolio que, a la postre, ponía en peligro el acceso a la cultura. Frente al «todos los derechos reservados», ellos plantearon el fomento de una comunidad de creadores que licenciase de forma gratuita y amplia sus obras, modulando el tipo de derechos que se confiriesen al usuario.

El toque distintivo fue la publicación de una serie de botones e iconos asociados a las licencias diseñadas por Creative Commons. Estos pictogramas ofrecieron desde el inicio una fórmula gráfica y sencilla de informar al potencial usuario de la obra. Con la inclusión del icono junto a la obra a licenciar, se refundían y compilaban los (hasta ese momento) farragosos términos y condiciones que habitualmente acompañan a un contrato de licencia.

La inclusión de un círculo con un hombre se asocia al reconocimiento de autoría (*attribution*), de tal forma que se permite el uso de la obra siempre que se incluya un crédito al autor. Una flecha en círculo exige al que tome la obra originaria a que use la derivada en la misma forma abierta con la que se pone a disposición la obra que se quiere usar (*ShareAlike*). Un signo de igual significa que la obra no puede ser transformada por quien la use (*NoDerivs*). Y el símbolo del dólar o euro tachado significa que la obra se licencia con fines no comerciales (*NonCommercial*). Además, los botones diseñados por Creative Commons permitían establecer una modulación de la licencia, de tal forma que las permutaciones de unos con otros extendían los términos de uso, confiriéndoles uno u otro significado²².

²² Para conocer más sobre las licencias Creative Commons: <https://creativecommons.org/policies>

Realmente Creative Commons no revolucionó el sistema jurídico de *copyright* o de derecho de autor, sino que basó en él. El espíritu de difusión de la cultura que enarbolaron fue recibido con entusiasmo en una comunidad abierta como es Internet. Detrás de las míticas seis licencias de Creative Commons había un profundo conocimiento jurídico de los sistemas de licenciamiento y una intuición absoluta. Los usuarios quieren explotar y difundir las obras y quieren hacerlo de una forma directa y fácilmente comprensible. Sin el diseño de los míticos botones de Creative Commons (que son, por cierto, marcas comerciales), probablemente no se hubiera extendido, como se hizo, el uso de obras bajo este esquema de licenciamiento. Por supuesto, las brillantes aportaciones de Lessig confirieron a estos comunes el nutriente filosófico que requería²³.

3.4. El reto marcado por el RGPD: la traducción visual del tratamiento de datos personales

La inquietud de las autoridades europeas por hacer comprensible al interesado las políticas de tratamiento de datos personales se retrotrae al 2004, año en el que el Grupo de Trabajo del artículo 29 publicó una opinión en la que dio directrices claras para lograr una armonización en la forma en que deben publicarse las políticas de privacidad²⁴. Se propusieron distintos modelos en formato corto, medio y largo, e incluso se apuntó la información que debe mostrarse junto a los sellos de privacidad.

Con la aprobación del Reglamento de general de protección de datos (RGPD) se incluye ya una referencia explícita al uso de iconos normalizados dirigidos al interesado cuando el tratamiento incluya la elaboración de perfiles²⁵. En el considerando 60, el RGPD prevé expresamente que la información sobre el tratamiento podrá «transmitirse en combinación con unos iconos normalizados que ofrezcan, de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible, una adecuada visión del conjunto del tratamiento previsto». Y añade: «Los iconos que se presentan en formato electrónico deben ser legibles mecánicamente».

Hasta hoy no se ha publicado aún una propuesta paneuropea armonizada de iconos, ni por parte de las autoridades de protección de datos, ni a iniciativa privada. Existen varios ejemplos de iconos de privacidad, pero todavía no se ha logrado un estándar de uso

²³ Sobre Laurence Lessig: <http://www.lessig.org/>

²⁴ Article 29 Data Working Party. Opinion 10/2004 on More Harmonised Information Provisions. Disponible en: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2004/wp100en.pdf>

²⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>

extendido. Como bien señala Marit Hansen (Holtz *et al.*, 2011), experta en computación e investigadora de este tema, un uso extendido de estos pictogramas requerirá un lenguaje de iconos que explique la sintaxis y la semántica en su uso. Se precisará la elaboración de una gramática específica y la participación de diseñadores gráficos profesionales.

En España la iniciativa más divulgada es la de Consent Commons²⁶, un sistema de iconos que resume de un vistazo la información legal que recoge el consentimiento cuando se recaban datos de personas físicas en entornos *online* y aplicaciones. El conjunto de iconos replica la propuesta desarrollada en el ámbito del *copyright* por Creative Commons. Los grafismos adquieren distinto significado según la permutación de sus elementos y recogen tanto el ejercicio de derechos como la legitimación, la cesión a terceros o las transferencias internacionales. Su uso se ofrece con carácter gratuito y parte de un hecho ya constatado por las autoridades de protección de datos: las políticas de privacidad son tan largas y farragosas que la mayoría simplemente pulsamos el botón de aceptación sin leerlas.

3.5. Los indicativos gráficos sobre productos de consumo como exigencia regulatoria

En la sociedad de consumo, el interés del legislador ha sido el de educar al ciudadano, no solo en sus obligaciones, sino también en sus derechos, principalmente como destinatario de productos y servicios. En torno a esta figura de consumidor la norma ha impuesto a los productores y prestadores de servicios una amplia normativa dirigida a informar sobre las características de los productos. La autorregulación también ha fomentado el desarrollo de indicativos gráficos para dar respuesta a las inquietudes de la Administración.

La Unión Europea ha aprobado una normativa extensa para el etiquetado y la identificación de productos. Se consideran marcas de calidad cuya labor es conferir ciertos estándares dentro del mercado europeo. La regulación se expande a distintos sectores, como el de la energía, la comida o la industria química. Algunos de los sellos más notorios son los de fabricación de origen CE, los energéticos (Ecolabel) o los que aplican a alimentos²⁷. Se presentan de forma gráfica, combinando letras con formas y colores para lograr su representatividad.

Otro de los sectores que tradicionalmente ha establecido indicativos de imagen para diferenciar el público potencial al que se dirige es el audiovisual. El sistema de clasificación por edades alerta sobre contenidos explícitos de tipo violento o sexual, y se ha establecido en distintos países, optando cada régimen local por identificativos gráficos fácilmente re-

²⁶ Consent Commons: <https://consentcommons.com>

²⁷ El sistema de etiquetado sobre productos se puede consultar en: <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/eu-labels>

conocibles. En España, el uso mítico de uno o dos rombos fue instituido por el Comité de Censura en los años sesenta para la emisión de contenidos en la televisión pública. Esta clasificación fue reemplazada, años después, por una más detallada modulación aprobada en España por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia²⁸.

A nivel europeo, la *Directiva de servicios de comunicación audiovisual*²⁹ vino a establecer coto a la programación y a la emisión de contenidos audiovisuales. La directiva trajo la imposición de informar a los espectadores sobre la existencia de emplazamiento de producto (una forma de publicidad que se inserta en el contenido de los programas), tanto al principio como al final del programa, así como el reinicio durante las pausas de emisión publicitaria. En España el emplazamiento publicitario se identifica con el símbolo gráfico amarillo que aparece con las siglas EP, mientras que en el Reino Unido el organismo regulador aprobó dos letras P continuas, PP (*product placement*), para señalar esta forma de publicidad³⁰.

En el año 2018, la Motion Picture Association of America (MPAA), en los Estados Unidos, celebró 50 años del sistema de clasificación por edades que instauró para películas. En un estudio encargado a la consultora Nielsen, los padres confirmaron estar familiarizados con el catálogo de iconos, lo que demuestra para la MPAA la efectividad de la señalización establecida por este organismo³¹.

Un catálogo parecido al audiovisual fue el aprobado por una organización privada con base empresarial, la Pan European Game Information, conocida como PEGI. En 2003 se publicó la clasificación sustitutiva que se aplica en 35 países europeos. El sistema cuenta con el respaldo de los fabricantes de consolas Sony, Nintendo y Microsoft, y de las editoriales del sector de videojuegos. PEGI dispone de un listado de etiquetas de varios colores (verde, naranja y rojo) con numeración por edades. Además, PEGI ha desarrollado un grupo de grafismos que sirven para diferenciar el contenido: un puño para destacar si el videojuego es de carácter violento, una araña si puede producir miedo, o una inyección si hay referencias a drogas³².

²⁸ Criterios de clarificación de contenidos audiovisuales aprobados por la CNMC: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/audiovisual/control-de-contenidos>

²⁹ Cfr. artículo 11.3 d) de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32010L0013>

³⁰ La «mosca» aprobada por Ofcom (el regulador británico) para el *product placement* es sustancialmente diferente a la española: <https://www.ofcom.org.uk/tv-radio-and-on-demand/advice-for-consumers/television/product-placement-on-tv>

³¹ El sistema de clasificación por edades de la MPAA está disponible en el siguiente enlace: https://filmratings.com/Content/Downloads/mpaa_ratings-poster-qr.pdf

³² En la página web de PEGI están publicados los que se llaman como «descriptores de contenido»: <https://pegi.info>

3.6. Gráficos y semáforos para entender los productos financieros

Uno de los objetivos transversales y prioritarios en la regulación de los mercados financieros ha sido, precisamente, el de garantizar que los clientes de servicios financieros dispongan de toda la información necesaria para formarse un juicio de valor sobre los servicios de inversión ofrecidos y para comprender los riesgos asociados a ellos.

La Directiva 2014/65/EU MiFID II relativa a los mercados de instrumentos financieros³³ (conocida como MiFID II) es otro ejemplo claro de las obligaciones impuestas por el regulador a los mercados con el fin de reforzar la protección al inversor. Con el firme propósito de que los clientes puedan leer y comprender la información antes de tomar una decisión de inversión, el regulador europeo ha sido especialmente exhaustivo en la imposición de obligaciones hacia las entidades financieras. Como resultado, se está unificando la información que se dirige al mercado de inversores.

Siguiendo esta corriente de transparencia, y sobre la base de trabajos previos de la Comisión Nacional del Mercado Valores, en 2015 se aprobaba una orden ministerial³⁴ en la que se establecían determinados requerimientos de información a incluir en documentos precontractuales y publicitarios de determinados instrumentos financieros (depósitos bancarios, pensiones, etc.). Con ello se buscó facilitar al cliente la comprensión del producto o servicio ofrecido. Como elemento de uniformización se incluyó un semáforo de colores a seis escalas con indicación gradual del nivel de riesgo del tipo de producto financiero.

La orden ministerial excluyó de su aplicación ciertos productos de inversión, que a su vez acababan de ser objeto de reciente regulación a nivel europeo con un fin parecido: homogeneizar la información precontractual sobre las características y riesgos de estos vehículos financieros. Se trata del Reglamento núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros (PRIIP, por sus siglas en inglés *packaged retail insurance-based investment products*), que ha venido a exigir a entidades financieras mucha mayor claridad en

³³ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. <https://www.boe.es/doue/2014/173/L00349-00496.pdf>

³⁴ Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros. En su exposición de motivos detalla la falta de claridad de la información financiera facilitada a los inversores: «En muchas ocasiones, la información se facilita en la práctica sin un formato homogéneo, en un lenguaje excesivamente técnico o que los documentos precontractuales y publicitarios contienen demasiada información y que están redactados y presentados de tal forma que es difícil distinguir en ellos la información más relevante. Todo ello merma la eficacia y utilidad de dicha información, en la medida en que al cliente le resulta complicado comprender adecuadamente el producto o servicio ofrecido».

la comercialización de estos productos. Para ello estableció la obligación hacia las entidades financieras de poner a disposición de sus clientes minoristas el documento de datos fundamentales (KID, por sus siglas en inglés *key information document*), con el fin de que el inversor conozca de forma previa la información relevante sobre el producto de interés (como sus características, riesgos inherentes y costes).

Esta regulación ha sido sucesivamente complementada³⁵, existiendo en la actualidad un conjunto de normas detalladas con requisitos informativos para estos PRIIP, productos de inversión minorista empaquetados. El foco se ha puesto, por tanto, en clarificar el alcance de los PRIIP en fase precontractual, imponiendo el regulador la elaboración de materiales promocionales más asequibles en su información para el pequeño inversor. Son medidas correctoras diseñadas por poderes públicos para corregir los excesos producidos en un mercado financiero incrementalmente complejo.

4. Una ¿nueva? corriente de innovación jurídica: el *legal design*

En el actual entorno volátil, marcado por guerras, pandemia y tecnología, cabe repetir aquello que entonó en 1928 el poeta y filósofo francés Paul Valéry³⁶. En 2022, ni la materia, ni el espacio, ni el tiempo son, desde hace 20 años, lo que han venido siendo desde siempre. Este contexto explica que, al margen de políticas públicas que abogan por la simplificación y la claridad del Derecho, haya surgido además una escuela de pensamiento propia bajo el nombre de *legal design*. Este movimiento naciente busca que el sistema jurídico funcione mejor para la ciudadanía.

Al margen de etiquetas, se puede afirmar que todas las iniciativas apuntadas hasta ahora comparten con el *legal design* esa voluntad de acercamiento de la norma al sujeto receptor. Los manuales de estilo de los grandes despachos de abogados son un ejemplo de cómo se quiere instruir a los abogados en ejercicio a comunicarse de una manera más precisa y clara. Aurelio Menéndez Menéndez (1927-2018), socio fundador de Uría y Menéndez, lo explicó certeramente en el manual de estilo del despacho: «De poco sirve un documento – por muy preciso que sea en el uso de terminología especializada – si sus destinatarios no lo comprenden por falta de claridad y por un empleo inadecuado de la lengua»³⁷. El manual no incorpora

³⁵ Por ejemplo, por el Reglamento Delegado (UE) 2017/653 de la Comisión, de 8 de marzo de 2017, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación respecto a la presentación, el contenido, el examen y la revisión de los documentos de datos fundamentales y las condiciones para cumplir el requisito de suministro de dichos documentos.

³⁶ Paul Valéry, en *La conquête de l'ubiquité* (1928): «Ni la matière, ni l'espace, ni le temps ne sont depuis vingt ans ce qu'ils étaient depuis toujours».

³⁷ Manual de estilo de Uría y Menéndez. Presentación por Aureliano Menéndez.

referencias al uso de imágenes, pero sí tiene como misión orientar el asesoramiento jurídico hacia un uso llano y comprensible del lenguaje en la labor de comunicación del abogado.

En Derecho inglés hay un caso insignia de los años setenta (*Thornton v. Shoe Lane Parking*) sobre condiciones abusivas en contratos con consumidores³⁸. Un músico dejó su coche en un parking. El tique del parking (expedido a través de máquina automática) incluía en su reverso una exoneración amplia de responsabilidad en caso de daños y accidentes. Al recoger el vehículo, el conductor sufrió un accidente en el parking y reclamó contra el dueño, que a su vez apuntó al acuerdo, en forma de tique, suscrito con el usuario del parking. El tribunal de apelación resolvió a favor del músico conductor, indicando que la mención del reverso del tique no podía ser considerada como una cláusula del contrato. Al ser tan restrictiva de derechos, el dueño del parking tendría que haber visibilizado más la exoneración de responsabilidad, haciendo más llamativa la cláusula. Y aquí es donde viene lo interesante: el Tribunal llega a sugerir que, para que esta cláusula hubiera podido surtir efectos jurídicos, tendría que haber incluido una *mano dibujada en rojo* señalando hacia la propia cláusula para resaltarla.

En este caso, el tribunal sentó jurisprudencia sobre la necesidad de llamar la atención sobre términos contractuales restrictivos en determinadas circunstancias, y lo hizo, nada más ni nada menos, que apuntando hacia el uso de la imagen como un mecanismo válido para que los consumidores puedan formar su voluntad antes de suscribir un contrato.

Este planteamiento jurisprudencial, la voluntad de poderes públicos de simplificar la regulación o la convicción de insignes abogados sobre la necesidad de clarificar el uso del lenguaje, forman parte de esa inquietud finalista por hacer que el Derecho se entienda por aquellos a quienes va dirigido.

El *legal design* es relativamente reciente y ha crecido al auspicio de la implementación de nuevas tecnologías en el ámbito del Derecho y de la adopción de nuevas formas de trabajo. Su planteamiento teórico es relativamente sencillo, pero su plasmación práctica es mucho más compleja. El *legal design* aspira a mejorar el sistema jurídico en distintos frentes, desde diseñando mejores productos legales (contratos, reglas procesales, diagramas explicativos...), a formulando políticas públicas más accesibles a los ciudadanos³⁹. Realmente no tiene un epicentro propio, si bien ha recibido un importante sustrato intelectual desde centros de investigación (como la facultad de Derecho de la Universidad de Stanford)⁴⁰. Su base de

³⁸ En *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* (1971), lord Denning (Master of Rolls) estableció la regla de la mano roja: «*I do not pause to inquire whether the exempting condition is void for unreasonableness. All I say is that it is so wide and so destructive of rights that the Court should not hold any man bound by it unless it is drawn to his attention in the most explicit way. It is an instance of what I had in mind in Spurling v. Bradshaw. 1956, 1 W.L.R. at page 466. In order to give sufficient notice, it would need to be printed in red ink with a red hand pointing to it - or something equally startling*». <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1970/2.html>

³⁹ La Legal Design Alliance publicó en 2018 el *Legal Design Manifesto*. En: www.legaldesignalliance.org

⁴⁰ El Legal Design Lab de la Universidad de Stanford en los Estados Unidos es uno de los epicentros de esta nueva marea de innovación en el campo jurídico: <https://law.stanford.edu/organizations/pages/legal-design-lab>

trabajo parte de una metodología en fase de pruebas e interdisciplinar. El Derecho (en sus postulados) debe abandonar ese reducto gremial en el que cómodamente ha crecido para comprensión casi exclusiva de los profesionales jurídicos. Si existe una voluntad de hacer la norma más transparente, es preciso invitar a profesionales de otras disciplinas (diseñadores gráficos, programadores, lingüistas, expertos en ciencias del comportamiento...) para que ayuden a conformar propuestas que sean útiles y comprensibles.

En la actualidad, el *legal design* se ha orientado en dos vertientes. Por un lado, en la conformación de políticas públicas (es decir, en el ámbito regulatorio y de aplicación de las leyes) y, por otro, en el día a día de los operadores jurídicos. Por tanto, y aun estando estrechamente vinculado al ámbito universitario, el *legal design* se viene desarrollando en estrecha colaboración con reguladores y el mundo empresarial y, muy especialmente, con la práctica profesional del Derecho.

Junto con formulaciones teóricas que abogan por la simplificación del Derecho, el *legal design* pretende ir más allá. No se trata solo de usar un lenguaje más llano, sino que es preciso además incorporar la imagen (en todas sus variantes: grafismos, iconos, tablas, esquemas, diagramas...) para facilitar la comunicación.

Lo interesante de los postulados del *legal design* es su carácter experimental y por proyectos. Se abordan iniciativas locales o sectoriales muy concretas para tratar de aportar una solución en formato, muchas veces, de proyecto piloto. No existe una voluntad de crear un nuevo lenguaje universal (como las señales de tráfico), sino de aplicar una visión práctica a soluciones individuales. Los académicos coinciden en que el uso de grafismos como sustento a la norma no puede dar lugar a mayores dificultades, como pueden ser problemas de interpretación. La imagen debe ser neutra y no condicionar la toma de decisiones por parte del receptor de la norma⁴¹.

5. La labor jurisprudencial en la interpretación de los signos

Hasta ahora se ha analizado la imagen en un entorno de aplicación de la norma o de formación de la voluntad en la contratación. Para comprender bien la complejidad que plantea el diseño de un grafismo apropiado desde un punto de vista semántico y jurídico, resulta interesante ver lo que ocurre al final del ciclo de vida de la norma, que es su interpretación por los órganos jurisdiccionales.

Los académicos que defienden un uso sucesivo de imágenes en productos jurídicos como un contrato, apuntan al mismo tiempo las complejidades que presenta en la práctica. La interpretación del contenido de un contrato es una de las causas más habituales

⁴¹ En *The Limits of Visual Law*, la doctora en Derecho Eliza Mik (24 de febrero de 2020) (Melbourne Law School) analiza las limitaciones del Derecho visual. No todo es susceptible de traslación al lenguaje gráfico.

que surgen en los contenciosos comerciales. Paradójicamente los contratos, herramientas imprescindibles en el comercio mercantil, son objetos farragosos de usar y entender por empresarios. Ahora bien, si se introducen imágenes, diagramas, etc. en el contrato, estas pasan automáticamente a formar parte de las cuatro esquinas del documento, y quedan abiertas, por tanto, a interpretación jurisdiccional⁴². Por supuesto, el propio contrato puede modular su primacía en el contrato, confirmando un carácter subsidiario frente al texto, pero lo cierto es que la inclusión de imágenes en un contrato no cuenta con diccionarios jurídicos, ni bases de datos al uso, que puedan ayudar a jueces y tribunales a dotarles de un sentido claro. Menos aún para contratos de comercio internacional.

La jurisprudencia, por supuesto, no está desarrollada para interpretar documentos pre-contractuales o normas blandas con incorporación de grafismos, pero sí empieza a haber algún precedente sobre cómo están encarando los jueces la interpretación de un tipo de imágenes que, sin haber sido creadas por los profesionales del derecho, sí están empezando a generar un interesante debate. Se trata del uso de los emoticonos que se han asentado como una forma más de comunicación social.

En un estudio interesantísimo sobre la relación entre los emojis y el Derecho, el profesor Eric Goldman (2018), de la Universidad de Santa Clara, analiza los desafíos jurídicos que plantean los emoticonos. Estos caracteres pictográficos (en forma de carita sonriente, mano con dedo levantado o bailarina andaluza), han invadido la forma de comunicación social. Su contenido entra dentro de un creciente número de categorías, e incluye: deportes, meteorología, animales, plantas, emociones, vehículos, etc.

En el sistema judicial americano se están dictando ya sentencias sobre la interpretación de estos pictogramas. Este es el reto principal que el uso de emoticonos está planteando a los jueces: su interpretación contextual en el caso que se somete a juicio. Como cualquier símbolo, el emoticono puede desplegar distintas funciones, y tiene la capacidad de impactar directamente sobre las relaciones jurídicas que puedan surgir entre el emisor y el receptor del mensaje. Por ejemplo, en un contexto de análisis sobre la prestación del consentimiento, el envío de una mano con el dedo pulgar hacia arriba y una cara sonriente podría considerarse como aceptación de una oferta.

Este tipo de casos, que empiezan a ser objeto de jurisprudencia en países como los Estados Unidos, no son de fácil resolución. Para empezar porque los caracteres de emoticonos no son universales ni han sido objeto de normalización. Su publicación a través de sistemas operativos móviles muestra diferencias significativas, al no estar estandarizados por el lenguaje Unicode. Por ejemplo, la cara sonriente de Apple es distinta a la de Google

⁴² El profesor de Derecho Jay A. Mitchell, de la Universidad de Stanford, trata el asunto en un estudio sobre el uso de imágenes en contratos. Hay un aspecto claro: «*A visual included in the contract is part of the contract and evaluated under contract interpretation principles*».

o Microsoft, lo que se traduce en que la imagen que envía un usuario del iOS es diferente a la que pueda ver el receptor del mensaje a través de Android⁴³.

La otra gran dificultad es el significado que podamos darle a cada expresión que, sin una fuente reputada, como es un diccionario, o cuando no se aplique un código de normalización (como el de Unicode), variará caso a caso. De ahí que uno de los mayores retos en la conformación de imágenes en el ámbito de aplicación del Derecho sea el trabajo concienzudo e interdisciplinar en el diseño de materiales gráficos que aporten utilidad y luz, así como el seguimiento de sus resultados.

6. Conclusiones: hacia una mayor claridad en la práctica del Derecho

En el año 2002 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó como proposición no de ley, el texto de la *Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia*⁴⁴, que establece un catálogo de derechos de los usuarios de la Justicia. Entre los derechos reconocidos, se estableció el del acceso a una justicia comprensible, en virtud del cual el ciudadano tendrá derecho a que: las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos contengan términos sencillos y comprensibles; a que en las vistas y comparecencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho; a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. El testigo de este compromiso se ha incorporado a las líneas de acción de Justicia 2030, que vuelve a insistir sobre la necesidad de claridad en la aplicación de la justicia. Se trata de esquivar los demonios burocráticos que el novelista Franz Kafka (1883-1924)⁴⁵ dibujó en su afamada novela *El proceso*.

Esta labor de acercamiento del Derecho a los ciudadanos va a llevar a que cada vez sean más frecuentes los mensajes sencillos y directos, de forma que el sujeto de derecho pueda entender de manera directa los preceptos que le aplican.

⁴³ En el artículo citado dice Eric Goldman: «*One particularly troublesome interpretative challenge arises from the different ways platforms depict emojis that are nominally standardized through the Unicode Consortium. These differences can unexpectedly create misunderstandings. The diversity of emoji depictions is not technologically required, nor does it necessarily benefit users. Instead, it likely reflects platforms' concerns about intellectual property protection for emojis, which forces them to introduce unnecessary variations that create avoidable confusion*».

⁴⁴ *Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia*. https://sedejudicial.justicia.es/sje/publico/sjepublico/conozca_sede/carta_derechos_ciudadano/ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOLdLVyM-PPy9DbwM3lJMDBY9_dyMXU1MDAwMzPQLsh0VAXXUS/

⁴⁵ Franz Kafka, en su novela *El Proceso* (1925), fue demoledor con la burocracia procesal y normativa: «Es propio de este tipo de justicia que uno sea condenado no solo inocente, sino también ignorante».

La forma en que se homogeneicen estos signos será (a diferencia del siglo XX, en que el mecanismo imperante fueron los convenios internacionales) una mezcla entre técnica legislativa, mecanismos de normalización e iniciativa privada (autorregulación y códigos de conducta).

Al igual que el legislador deberá diseñar mecanismos para hacer que la norma se entienda, respete y cumpla, se viene imponiendo al sector privado que simplifique su llegada al mercado respecto a consumidores. La normativa financiera o la protección de datos personales son buenas muestras de la necesidad de fomentar el consumo de productos y servicios con especificaciones claras.

La entrada de lo visual afectará también a otros ámbitos del derecho privado, como puede ser la contratación mercantil. Los iconos forman ya parte de los términos de licencia de *software* y otros contenidos audiovisuales. Además, siendo los pictogramas una nueva forma de comunicación, su contexto y su uso condicionarán las relaciones sociales (incluidas las jurídicas).

Por supuesto, el simple uso de imágenes para explicar unas reglas procesales o para simplificar un requerimiento ante un ayuntamiento no es la única solución para un entorno regulatorio sobrecongestionado. Es necesario que las políticas públicas se orienten, cada vez más, a la sociedad civil. No hay que olvidar que uno de los pilares básicos de la Unión Europea es su funcionamiento bajo la luz de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en materias que no sean de su competencia exclusiva. Es decir, la maquinaria europea solo debe actuar hasta el punto estrictamente necesario y siempre que cualquier acción previa se presente como insuficiente. Sin necesidad de llegar a los postulados liberales de Milton Friedman, sí podemos exigir a nuestros poderes públicos que contengan la erupción normativa si queremos fomentar la innovación empresarial. Una solución pueden ser los llamados, por su terminología en inglés, *sandboxes*⁴⁶, pilotos normativos que tratan de hacer frente a realidades en continua creación y desarrollo.

El viejo y querido paradigma de nuestro Código Civil (*ignorantia juris non excusat*, en su máxima romana) no puede ser, desde luego, la coartada bajo la cual el ciudadano quede acogotado e indefenso ante un número apabullante de normas.

La utilización de imágenes en la explicación y la conformación de las normas y de relaciones jurídicas no ofrece una solución única al problema del exceso regulatorio, pero en algunos casos puede servir como muleta para una mejor comprensión del marco jurídico. Citando de nuevo al que ha sido uno de los grandes diseñadores gráficos de nuestro país, Alberto Corazón, «el diseño es una herramienta para mejorar nuestra relación con lo que nos rodea», predicamento que puede aplicarse de igual forma al Derecho. La combinación inteligente entre imagen y texto, en campos bien identificados, puede contribuir a encon-

⁴⁶ Los *sandboxes* se vienen desarrollando en el mundo de las finanzas y de la tecnología (Fintech). <https://www.bbva.com/es/que-es-un-sandbox-regulatorio/>

trar esa utilidad con la que las personas nos hemos comprometido a relacionarnos en sociedad. Al fin y al cabo, el éxito de una norma se mide por la eficacia en su cumplimiento.

En conclusión, este artículo pretende fomentar los trabajos de modernización de técnica normativa, de forma que además se incorporen proyectos piloto para el desarrollo de productos visuales vinculados a la aplicación de la norma. Si, como se ha visto, el motor regulatorio en nuestro país no está centralizado sino más bien fragmentado, habrá que pedir a los poderes públicos una mayor labor integradora, tendente a desarrollar y compartir buenas prácticas. En este aspecto, se propone el desarrollo de laboratorios de técnica legislativa integrados por personal de la Administración y por juristas procedentes del mundo académico y de la empresa, y de especialistas en muy diversas materias (lingüistas, diseñadores gráficos, especialistas en comunicación y programadores, entre otros). Se trata, en definitiva, de dar un giro a la forma en que el Derecho se comunica con la sociedad, poniendo el foco de nuevo en aquellos a quien se dirige, parafraseando la cita del ilustrado francés, Jean Jacques Rousseau.

Referencias bibliográficas

- Geere, D. (13 de diciembre de 2011). *The history of Creative Commons*. Wired. <https://www.wired.co.uk/article/history-of-creative-commons>
- Goldman, E. (2018). *Emojis and the Law*. Santa Clara Law Digital Commons. <https://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/948/>
- Goldman, E. y Ziccarelli, G. (2018). Los emojis y el derecho de propiedad intelectual. *Revista OMPI*. https://www.wipo.int/wipo_magazine/
- Holtz, L.-E., Nocun, K. y Hansen, M. (2010). Towards displaying privacy information with icons. 6th International Summer School (ISS), Helsingborg, Sweden (pp. 338-348). *Privacy and Identity Management for Life*. <https://hal.inria.fr/hal-01559458/document>
- Mik, E. (24 de febrero de 2020). The Limits of Visual Law. *Journal of Open Access to Law*, 8(1). Edición especial Visual Law. <https://ssrn.com/abstract=3543730>
- Mitchell, J. A. (2018). Whiteboard and Black – Letter. Visual Communication in Commercial Contracts. *University of Pennsylvania. Journal of Business Law*. <https://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol20/iss4/2>
- Mora Sanguinetti, J. (2020). El volumen de regulación en España y sus consecuencias económicas. *HayDerecho*.
- Mora Sanguinetti, J. S. y Pérez Valls, R. (2020). *¿Cómo afecta la complejidad de la regulación a la demografía empresarial? Evidencia para España*. Banco de España. <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSerias/DocumentosTrabajo/20/Fich/dt2002.pdf>
- Muñoz Machado, S. (Dir.), Gutiérrez Ordóñez, S. y Lesmes Serrano, C. (2017). *Libro de estilo de la Justicia*. Real Academia Española. Espasa.



Euroorden y certidumbre judicial europea

Valle Gómez Herrera

Magistrada-juez de lo Penal

Juez decana de Jaén

ve.gomez@poderjudicial.es | <https://orcid.org/0000-0002-5470-555>

José Ángel Marín Gámez

Profesor de Derecho Constitucional.

Universidad de Jaén

jamarin@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8132-1786>

Extracto

El asunto que tratamos atañe al proceso de construcción europea y versa sobre una circunstancia concreta que atenaza la colaboración directa entre autoridades judiciales europeas, en concreto, sobre la euroorden cursada por el juez instructor del Tribunal Supremo español en el conocido como «caso Puigdemont» y sus aristas. Se dedican estas líneas a la –digamos– azarosa deriva del caso citado en el actual contexto jurídico de la Unión Europea. Sin entrar en los pormenores, adelantamos que este asunto y sus concomitancias ha interferido considerablemente en la dinámica del poder judicial español, al pronunciarse los jueces receptores de las euroórdenes aludidas sobre resultancias fácticas, probatorias y argumentales de las que hay dudas de que puedan disponer o conocer, impidiendo al juez instructor español culminar la instrucción y al Tribunal Supremo ejercer su plena función jurisdiccional. La euroorden es instrumento de importancia en las relaciones entre Estados de la Unión, y cuya vigencia podría quedar en entredicho, tanto como los principios que lo informan y sus derivadas en la integración jurídica europea.

Palabras clave: euroorden; cooperación judicial; reconocimiento mutuo; integración europea; tutela de derechos.

Fecha de entrada: 07-10-2022 / Fecha de aceptación: 14-10-2022

Cómo citar: Gómez Herrera, V. y Marín Gámez, J. Á. (2022). Euroorden y certidumbre judicial europea. *Revista CEFLegal*, 262, 101-120.



The European arrest warrant and the European judicial certitude

Valle Gómez Herrera

José Ángel Marín Gámez

Abstract

The matter we are dealing with concerns the process of European construction and deals with a specific circumstance that hinders direct collaboration between European judicial authorities, specifically, with regard to the European arrest warrant (EAW) issued by the investigating judge of the Spanish Supreme Court in the so-called «Puigdemont case» and its edges. These lines are dedicated to the –let's say– random drift of the case cited in the current legal context of the European Union. Without going into the details, we anticipate that this matter and its concomitance has interfered considerably in the dynamics of the Spanish judiciary, when the judges receiving the aforementioned EAW pronounced on factual, evidentiary and argumentative results of which there are doubts they may have or know, preventing the Spanish investigating judge from completing the investigation and the Supreme Court from exercising its full jurisdictional function. The EAW is an important instrument in relations between States of the Union, and whose validity could be questioned as much as the principles that inform it and its derivatives in European legal integration.

Keywords: European arrest warrant (EAW); judicial cooperation; mutual recognition; European integration; protection of rights.

Citation: Gómez Herrera, V. y Marín Gámez, J. Á. (2022). Euroorden y certidumbre judicial europea. *Revista CEFLegal*, 262, 101-120.



Sumario

1. Introducción
2. Contexto de reconocimiento mutuo
3. Quiebra del sistema judicial europeo
4. Conclusión

Referencias bibliográficas

1. Introducción

Europa no atraviesa su mejor momento. Los riesgos acechan y últimamente se acumulan en diversos frentes. Baste citar la crisis de defensa con Rusia y las derivadas geoestratégicas de la guerra de Ucrania, la gestión de impactos de la covid-19 y los coletazos de la pandemia, así como la problemática derivada del suministro energético y los movimientos migratorios. Cuestiones todas ellas que configuran una procelosa geopolítica en la que la democracia europea está obligada a encontrar su lugar. Pero quizá no convenga rasgarse las vestiduras, ni optar por el dramatismo o las soluciones del radicalismo populista, pues si de otras –quizá peores– ha salido airosa Europa, por qué no de esta.

Sin embargo, lo que comentaremos a continuación no versa sobre la coyuntura general europea, sino sobre una circunstancia concreta que atenaza la colaboración directa entre autoridades judiciales europeas, en concreto, dedicaremos unos párrafos a la euroorden cursada por el juez instructor del Tribunal Supremo (TS) español en el conocido caso Puigdemont, que, por cierto, no queda a él circunscrito. Así, dedicaremos estas líneas a la –digamos– azarosa deriva del caso citado en el actual contexto jurídico de la Unión Europea (UE). Sin entrar todavía en pormenores, se nos antoja que este asunto y sus concomitancias ha interferido considerablemente en la dinámica del poder judicial español, al pronunciarse los jueces receptores de las euroórdenes aludidas sobre unas resultancias fácticas, probatorias y argumentales de las que no disponen ni pueden conocer, impidiendo al juez instructor español culminar la instrucción y al TS ejercer su plena función jurisdiccional.

Como ha señalado el profesor Ángel Sánchez Legido (2007), el asunto que abordamos atañe al proyecto europeísta y tiene sus antecedentes en el

proceso de construcción europea, como mínimo, desde la constitución del llamado Grupo de Trevi a mediados de los setenta. Recordemos que es desde 1997 cuando la vieja idea del espacio judicial europeo en el ámbito penal comienza a adquirir la condición de prioridad política de primer orden en el seno de la UE.

Y en esta lógica se aprovecha el acervo integrado por el sistema de Schengen (1985-1990), así como las experiencias –no siempre positivas– de la Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior diseñada en Maastricht (1992), que, no obstante, junto con las políticas de inmigración y asilo, demostró su utilidad en el impulso de la cooperación policial y judicial en materia penal¹

¹ Castillo Garcia (2006, pp. 25 y ss.), en la cita del autor anterior. Sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia aludido por el citado conviene reparar en lo que indica la doctora Armenta Deu (2013), en concreto cuando señala que la «conocida estructura de los "tres pilares" sostendría la Unión: el primer pilar, el pi-

desde finales de aquellos años 90, y cuya relevancia normativa dio lugar al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que encontró plasmación en el Tratado de Ámsterdam como idea rectora que serviría de referente para la integración en el ámbito preferentemente económico (Mercado Interior o Unión Económica y Monetaria), y que a la postre se erigió como nuevo objetivo de la UE, es decir, que consagra la aspiración de un espacio sin fronteras interiores exigido por la libre circulación de personas, anhelo europeísta que había de verse acompañado por «medidas compensatorias del déficit de seguridad que de ello deriva, sin que las mismas acaben afectando a los estándares de derechos y garantías proclamados como valores esenciales de la filosofía política sobre la que se asienta la UE» (Sánchez Legido, 2007)².

Conviene reseñar que en su momento el Tratado de Lisboa³ marcó un hito en el proceso de construcción de un Espacio de Justicia propiamente europeo. Como indica la profesora Faggiani (2012), en él se garantizaba «de forma plena y efectiva el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, introduciendo elementos "materialmente constitucionales" de carácter tanto sustantivo como procesal» (pp. 261 y 262), que entonces suponían una incorporación novedosa dentro el marco jurídico de la UE e iban a propiciar que el itinerario de armonización de los distintos sistemas europeos de justicia penal fuera algo más que una simple expectativa. De modo que aquellos elementos «materialmente constitucionales» (en terminología de la profesora Faggiani) iban a contribuir a la mayor seguridad jurídica en el ámbito europeo, además de reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros de la UE, al tiempo que eliminarían o –al menos– reducirían las diferencias tradiciones constitucionales de los Estados miembros, y atenuarían la diversidad entre los distintos sistemas judiciales existentes en la UE, con el consiguiente favorecimiento del

lar integrado, formado por las CE y su derecho, el derecho comunitario. El segundo, el Título V del TUE, constituido por las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común y, el tercero, el Título VI, que inicialmente incluía las disposiciones relativas a la justicia y los asuntos de interior, pero que hoy (Tratado de Ámsterdam) se refiere exclusivamente a la cooperación policial y a la cooperación judicial en materia penal, que es solo una parte del nuevo objetivo de convertir la Unión en un "Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia", puesto que los visados, el asilo, la inmigración y la cooperación judicial en materia civil fueron "comunitarizados", es decir, transferidos al primer pilar. El 1.º pilar es supranacional; en él los instrumentos legislativos se adoptan por el procedimiento de codecisión, correspondiendo la iniciativa a la Comisión. Respecto al mismo, el TJCE ejerce la competencia plena de control de la legalidad de los actos comunitarios y garantiza la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario. La UE la constituyen en realidad el 2.º y el 3.º pilar, es decir, un sistema puramente intergubernamental en el que el Consejo de Ministros decide por unanimidad a propuesta de la Comisión o de cualquier Estado miembro. El Parlamento Europeo y el TJCE solo aparecen en materia de cooperación policial y judicial penal, esto es, lo relativo al título VI, pero limitado al estrecho marco de competencias que le reconoce el art. 35 TUE».

² También Calderón Cuadrado (2013, p. 125); y con anterioridad, de la misma autora, Calderón Cuadrado (2007).

³ El Tratado de Lisboa, con su importante paquete de medidas competenciales y modificativas de los dos tratados que forman la base constitucional de la UE, se firmó por los Estados miembros el día 13 de diciembre de 2007, y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Fecha relevante a considerar en la efectiva vigencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

proceso de armonización legislativa y jurisprudencial de los derechos humanos y del necesario diálogo entre jueces europeos. De modo que la edificación del «Espacio Europeo de Justicia que ampare los derechos que la UE otorga a los justiciables dependerá por lo tanto de la recíproca interacción entre los mencionados "elementos materialmente constitucionales" en materia de Justicia, reconocidos en el Tratado de Lisboa» (Faggiani, 2012), para lo que se hacía precisa cierta voluntad política entre los Estados miembros de la UE para transitar por un sendero integrador, de confianza y reconocimiento. Aunque como anota la autora anteriormente citada, el Tratado de Lisboa, a pesar de su carácter innovador y de su relevancia en el proceso de integración europea, recoge algunos aspectos –diríamos– controvertidos que, sin llegar a ser contradictorios de inicio, podrían erigirse en auténticos valladares, que llegado el momento podrían paralizar la creación de un verdadero espacio común de justicia; y ello debido a la concesión que hubo de hacerse en pos del consenso, dado que algunos Estados presentaban objeciones al ejercicio del *ius puniendi*, que histórica y tradicionalmente ha pertenecido al meollo de la soberanía nacional respectiva, y que a partir de Lisboa ya no sería una competencia exclusiva de los Estados.

Así pues, la primera vez que se habló de euroorden en el ámbito del derecho penal de la UE fue en la Decisión Marco 2002/584/JAI, como procedimiento de entrega entre Estados miembros mediante un proceso de entrega rápido y con seguridad jurídica. Esta norma fue inmediatamente incorporada al derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega. Más tarde, el 11 de diciembre de 2014, y a la luz de la experiencia acumulada en esta materia, entró en vigor la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, norma cuyo título II se dedica al instrumento conocido como orden europea de detención y entrega (OEDE), poniendo al día la euroorden según la estela legislativa marcada por antecesora, la Ley 3/2003.

Hablamos entonces de un instrumento integrador en el campo de las obligaciones normativas europeas. Una herramienta que adquiere sentido mediante un trámite judicial simplificado y transfronterizo de entrega a efectos de enjuiciamiento o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad. Es decir, se trata de una figura que responde al compromiso de mejorar la cooperación judicial penal en la UE y luchar contra la criminalidad, garantizando la seguridad y los derechos de los ciudadanos (Sánchez Legido, 2007). Así, la norma vigente, la Ley 23/2014, introduce criterios de proporcionalidad y perfecciona el procedimiento que permite a cualquier autoridad judicial española solicitar la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta, así como proceder a la entrega cuando haya recibido una OEDE procedente de la autoridad judicial de otro Estado miembro. De manera que con la Ley 23/2014 se da por amortizada la técnica de la incorporación individual de cada decisión marco o directiva europea en una ley ordinaria y su correspondiente ley orgánica complementaria, y se presenta como un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y la directiva aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Incluye tanto las ya transpuestas a nuestro derecho como las que están pendientes, evitando la señalada dispersión normativa y facilitando su conocimiento y

manejo por los profesionales del derecho⁴. Pero, como indicábamos al inicio, desde la Ley 3/2003 conocemos de euroórdenes en España⁵; baste recordar que la finalidad de la euroorden no es otra que acelerar la entrega de personas que son detenidas en países de la UE, y vaya por delante lo obvio, pues con ella se pone de manifiesto la confianza mutua entre los integrantes de la UE, ya que –insistimos– dicha confianza es clave de bóveda de los principios fundamentales y elementos comunes reflejados en los actos de derecho derivado adoptados en el seno de la UE, del que la euroorden es emblema como concreción del principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en materia penal. No en vano la profesora Valentina Faggiani (2016) incide en la elaboración de una construcción dogmática de este principio, que permitirá individualizar la función, los puntos de fuerza y los límites de esta técnica de armonización de los derechos fundamentales en el desarrollo de un sistema común de garantías jurídicas sustantivas y jurisdiccionales. Lo que, en opinión de la profesora Faggiani, es consecuencia de que la UE ha tomado finalmente conciencia de que

la efectividad del derecho de acceso a la justicia y a un proceso con todas las garantías depende de la existencia de estándares mínimos comunes. El plan de trabajo para reforzar los derechos de los sospechosos y acusados implicados en procesos penales en la UE, incorporado posteriormente al Programa de Estocolmo, ha supuesto un avance en este sentido, puesto que ha procedido a una sistematización bien articulada de los derechos fundamentales de los justiciables, sentando las bases para la progresiva adopción de Directivas europeas en tales ámbitos (Garrido Carrillo y Faggiani, 2013, p. 8).

Luego no se debe perder de vista la normativa comunitaria destilada al efecto, toda vez que, por su importancia en el proceso de construcción de un modelo de justicia europeo, contribuye a generar confianza y seguridad en material procesal penal dentro del espacio europeo.

Nadie duda hoy día de la tirantez que recorre la relación entre la seguridad y los derechos fundamentales, de ahí que las instancias europeas y, en concreto, la Comisión recuerde perma-

⁴ Así, la norma vigente, la Ley 23/2014, introduce criterios de proporcionalidad y perfecciona el procedimiento que permite a cualquier autoridad judicial española solicitar la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta, así como proceder a la entrega cuando haya recibido una OEDE procedente de la autoridad judicial de otro Estado miembro. Con la Ley 23/2014 se da por amortizada la técnica de la incorporación individual de cada decisión marco o directiva europea en una ley ordinaria y su correspondiente ley orgánica complementaria, y se presenta como un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y la directiva aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Incluye tanto las ya transpuestas a nuestro derecho como las que están pendientes, evitando la señalada dispersión normativa y facilitando su conocimiento y manejo por los profesionales del derecho.

⁵ Se activó en junio de 2002 al adoptar el Consejo de Ministros de Justicia e Interior la Decisión Marco relativa a la misma (DOCE L 190/1, de 18 de julio de 2002), como primer instrumento jurídico de la UE en que se aplica el principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

nementemente la necesidad de que la UE «deba oponerse a tratar de forma aislada la seguridad, la justicia y los derechos fundamentales», pues se trata de ámbitos que discurren paralelos en el marco de un planteamiento coherente que pretende resolver los actuales desafíos y los futuros. Es esta una idea recurrente en la Agenda Europea de Seguridad (2015-2020), cuando afirma que la «seguridad y el respeto de los derechos fundamentales no son objetivos contradictorios, sino objetivos políticos coherentes y complementarios». Aunque lo cierto es que las medidas adoptadas en este último tiempo no se compadecen del todo con tales asertos. En ello incide la profesora Teresa Aguado-Correa (2020, p. 42) al poner de manifiesto que el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la Agenda Europea de Seguridad, de 9 de julio de 2015, no olvida que el objetivo de seguridad es compatible con la garantía de derechos y, por tanto, son ambos objetivos que no se pueden perseguir de forma aislada, sino que

la libertad, la seguridad y la justicia son objetivos que deben perseguirse en paralelo; que, para alcanzar la libertad y la justicia, las medidas de seguridad deben, por lo tanto, respetar siempre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, y deben estar sujetas al control democrático y la rendición de cuentas debidos; que la dimensión de la justicia no está suficientemente cubierta en la Agenda Europea de Seguridad.

2. Contexto de reconocimiento mutuo

Con carácter previo hemos aludido al Tratado de Lisboa, a la constitucionalización de derechos básicos y a la consolidación común de una serie de principios, sin los cuales la UE no es posible. En ese sentido fue un avance la entrada en vigor –junto con el Tratado de Lisboa– de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en tanto que documento en el que se recogen todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos, y donde se destaca la compatibilidad de la aplicación del principio de confianza mutua y –su corolario– el principio de reconocimiento mutuo con los derechos básicos. Principios que se han desarrollado exponencialmente desde 2009 gracias a la implicación de la cooperación judicial que comporta el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia antes referido, que, en definitiva, es cimiento de la UE y clave singular de su ordenamiento, siendo precisamente el principio de confianza mutua el que se invoca por las instituciones de la UE como un elemento clave de la integración en materia penal ante la diversidad normativa de los distintos sistemas nacionales⁶. De manera que, en lugar de establecer un derecho penal uniforme o completamente armonizado para todo

⁶ Cfr. Cortés Martín (2020), en particular cuando en la página 61, en la primera nota al pie, alude a las conclusiones del abogado general, Pedro Cruz Villalón, en el asunto que dio lugar a la STJUE de 21 de octubre de 2010, I.B., C-306/09, EU:C:2010:404; en las que manifestó que «la necesidad de interpretar la Decisión marco a la luz de los derechos fundamentales se ha vuelto más imperiosa tras la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales» (punto 44).

el territorio de la UE, se ha optado por un alto nivel de integración en este ámbito, sobre la base de un sistema que permite la cooperación interestatal mediante la interacción fluida de los sistemas nacionales de justicia penal, que es consecuencia del principio de confianza mutua. De modo que a criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de la Comisión, la existencia de esta confianza entre miembros de la UE es equiparable al concepto de equivalencia de normas, y la jurisprudencia del TJUE transmite la idea de que los distintos sistemas de justicia penal son intercambiables a los efectos de lograr en materia penal los objetivos de la integración europea.

No obstante, no dejan de surgir voces discrepantes que blanden máximas del garantismo jurídico en contraposición a lo que acabamos de exponer, y quizá el caso Puigdemont en Bélgica es sintomático y beneficiario de ello, pues, como veremos más adelante, uno de los alegatos de los jueces belgas destinatarios de la euroorden gira en torno a las reticencias de lo expresado en el párrafo anterior y al sacrificio –según criterio belga– en la protección de los derechos fundamentales. Resulta evidente que tal postulado es adverso a la progresión de la cooperación judicial que venimos propugnando. Sin embargo, no ocultaremos que los planteamientos que se muestran recelosos con el principio de confianza mutua, a diferencia del reconocimiento mutuo, no está consagrado en los tratados y, por tanto, su alcance y límites no están nítidamente identificados. Aunque consideramos que ello no impide ni desvirtúa en ninguna medida que la confianza mutua continúe siendo un principio de la integración cuya existencia se presume, por más que no se imponga imperativamente. De modo que –compartimos la idea– no cabe su exclusión *ad limine*, salvo que se acrediten las circunstancias precisas que determinan desconfianza entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, que, a la postre, desembocarían en un rechazo al reconocimiento mutuo⁷.

Cierto que en tiempos procelosos la confianza se resiente, y así lo señala sucesivamente el profesor Cortés Martín, quien lo cifra en el actual contexto de crisis porosa, que se extiende desde lo económico a los principios y valores que hacen reconocible la cultura europea. De manera que aquello indiscutible en términos de integración y de todo cuanto –durante décadas– gozó de extraordinaria consideración en el proyecto europeo, se encuentra hoy día sumido en cierto síncope, debido a la actual coyuntura crítica generalizada⁸.

Es por ello que incidimos aquí en que el sistema europeo no puede prescindir de sus principios cimentadores, ya que el proyecto de construcción europeo depende, en buena medida, de los principios de confianza y del reconocimiento mutuo. Principios esenciales

⁷ En sintonía con lo expresado por Cortés Martín (2020, p. 62 y ss.).

⁸ La punta del iceberg se identifica con las dificultades económicas que, desde luego, afecta a los Estados miembros de la UE, pero que cuenta con otros vectores asociados como son, por ejemplo, el déficit democrático y las dudas de legitimidad institucional –con la consiguiente quiebra de los fundamentos del Estado de derecho, las diferencias norte-sur dentro del territorio europeo, la convulsión por la salida de la UE del Reino Unido (el llamado *Brexit*), las irredentas cuestiones migratorias, la deriva secesionista de los nacionalismos en algunos Estados miembros, entre otras.

que en nuestro campo son particularmente relevantes en relación con las decisiones judiciales intracomunitarias, donde –insistimos– la confianza y el reconocimiento mutuos no son meras presunciones, sino que la confianza entre los socios europeos es real y, precisamente, ha de reforzarse cuando la coyuntura es crítica.

Es sabido que los clásicos procedimientos de extradición⁹ no solo resultan arcaizantes, sino que tienen tendencia a eternizarse, y para evitar ese pernicioso efecto en el ámbito de la UE se creó la euroorden. Con la OEDE se establece esa ansiada comunidad de derecho en la que asegurar la tutela jurídica efectiva de los derechos ciudadanos en el marco del sistema judicial sin fronteras de la UE. De modo que los tradicionales mecanismos de cooperación judicial quedaron desplazados, desde 2002, por esta «nueva» manera de entender las relaciones entre ordenamientos basada en la confianza. De ahí que insista en que el reconocimiento mutuo es la clave para interpretar cualquier cuestión relativa a la euroorden. Ello permite –o debería– la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de cualquiera de los Estados miembros.

Por tanto, la base jurídica de la euroorden está, pues, en la *fiducia* y en el principio de reconocimiento mutuo. Ello determina que, una vez recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, aquella produce efectos de forma automática, sin necesidad de que la autoridad judicial receptora que ha de ejecutar la orden deba realizar nuevo examen de la solicitud, ni verificar la conformidad de la misma con su ordenamiento jurídico interno. Lo cual determina la desaparición de los motivos de denegación que tan habituales son en los legendarios procedimientos extradicionales, y, del mismo modo, desaparecen los motivos relativos a la no entrega de nacionales o aquellos concernientes a la consideración de las infracciones como delitos políticos. Únicamente cabe negarse a la ejecución de la euroorden por los motivos tasados, formales y objetivos contenidos en la propia norma, siendo las causas de oposición propiamente dichas tanto la incompetencia del juez emisor de la euroorden como que sean hechos que ya han sido juzgados o la vulneración de derechos fundamentales. Fuera de tales supuestos, el tribunal desatenderá cualquier otra alegación relativa al fondo del asunto; no en vano la euroorden se cimienta en la confianza y mutuo reconocimiento de los Estados miembros de la UE. De manera que denegar la entrega por cualquier otro motivo equivale a romper dichos principios.

Este instrumento de cooperación judicial entre tribunales de la UE acelera de manera significativa la entrega de personas que son detenidas en su ámbito. Así, los plazos del procedimiento para la entrega oscilan entre 10 días (si el detenido consiente ser entregado) y 60 días (si no consiente); plazo que excepcionalmente se podría prorrogar hasta 90 días. De modo que una vez constatados los requisitos formales que marca la norma comunitaria y la nacional propia del país receptor, se ha de proceder con la euroorden. No cabe, pues, examinar

⁹ Sobre las innovaciones y diferencias de la euroorden con respecto al tratamiento de los casos en la extradición clásica, el trabajo de Gómez Campelo (2011, pp. 46 y ss.).

cuestiones de fondo sobre los hechos, ni tampoco indiciarias, es decir, el órgano judicial receptor de la euroorden procederá a la entrega de la persona detenida que le es solicitada. La cooperación judicial directa que implica la euroorden implica una operatividad, eficacia y rapidez, antes inusitada, que va de suyo entre Estados con valores constitucionales compartidos y cuyos ordenamientos jurídicos se basan en el respeto de los derechos fundamentales y en los principios democráticos. Sobre los plazos anotados, reiteramos el carácter de urgencia que tiene la figura, pues en las euroórdenes entra en juego lo dispuesto en el artículo 17 de la decisión marco, según la cual podemos distinguir las dos categorías de plazos que dejamos reseñadas, siempre en función de que exista o no consentimiento por parte de la persona objeto de la OEDE en cuanto a su entrega al Estado que lo reclame. La revocabilidad de esta decisión queda en el lado del derecho interno de cada Estado, si bien supletoriamente el régimen general aboga por evitar la retractación¹⁰. Ahora bien, si por la legislación nacional se posibilitara dicha rectificación, los plazos también serán modificados, sin tomar en ningún caso consideración el intervalo temporal en el que existió la primera comunicación. En cualquier caso, en cada supuesto para las cuestiones procedimentales en la sustanciación de las euroórdenes se cuenta con el auxilio de Eurojust, propiciando una comunicación fluida entre las autoridades judiciales y los agentes policiales¹¹ intervinientes. De manera que, en los aspectos relativos a la intendencia burocrática, la euroorden supone un hito en cuanto articula un método puramente comunitario que avanza en la tramitación de la detención y entrega, haciendo que el proceso en sí se haya simplificado notablemente en comparación con los instrumentos existentes antes de que fuera aprobada la aprobación de la decisión marco.

Hemos dejado para el final de este segundo apartado otro aspecto destacable de la euroorden, como es el que incorpora y configura un procedimiento de detención y entrega de naturaleza puramente judicial, sin apenas intervención gubernamental. Ello creo que viene a incidir en la idea antes apuntada del principio de reconocimiento mutuo y la confianza recíproca en términos jurídicos. Lo cual redundará en otra ventaja, como es la relativa a la agilidad del procedimiento. La orden europea es remitida directamente por la autoridad judicial, que la emite a la autoridad que ha de proceder a su ejecución, sin necesidad de que intervenga el poder político. Lo novedoso, pues, de la euroorden reside en que articula un procedimiento teóricamente eficaz en torno a un modelo de resolución judicial unificado en la UE, que ha sido efectivo en la práctica hasta el llamado caso Puigdemont.

¹⁰ En atención a la comunicación de la Comisión Europea según el Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas, (2017/C 335/01), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, Bruselas, 6 de octubre de 2017.

¹¹ Cfr. Consejo de la Unión Europea: «Sistema de Información de Schengen: el Consejo adopta nuevas normas para reforzar la seguridad en la UE», de fecha 19 de noviembre de 2018. Recuperado de <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/11/19/schengeninformati-on-system-council-adopts-new-rules-to-strengthen-security-in-the-eu/>; European Commission. Migration and Home Affairs, «SIRENE cooperation». Recuperado de https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengeninformati-on-system/sirene-cooperation_en; European Union Homepage. «Oficina Europea de Policía (EUROPOL)». Recuperado de https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/europol_es

3. Quiebra del sistema judicial europeo

Pocas dudas había hasta el asunto de marras sobre el refuerzo que la euroorden supone para la cooperación judicial en la UE; y así lo auguraban sus tres principios básicos (confianza, reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y armonización legislativa). Sin embargo, el caso Puigdemont ha trastocado el reto de integración europea que en materia penal plantea la euroorden. Sobre todo cuando, a propósito del asunto en cuestión, la justicia belga alegó riesgo de vulneración de derechos fundamentales de los políticos catalanes reclamados por la justicia española¹². Es notorio que lo acontecido con algunos líderes del secesionismo catalán puso en el punto de mira la consistencia de la OEDE, instrumento que adquirió una relevancia inusual, tanto en los medios de comunicación como en las conversaciones cotidianas del ciudadano medio. Y, si bien hemos dejado constancia de que se trata de un instrumento de gran importancia en las relaciones entre los Estados de la UE, y con una vigencia cercana a los 20 años, la euroorden –como figura jurídica– puede no estar atravesando sus mejores momentos.

Esta deriva dio lugar a la cuestión prejudicial que planteó ante el TJUE el juez español del TS Pablo Llarena¹³ como principal escollo para resolver el laberinto judicial europeo desencadenado por las diversas interpretaciones del delito de sedición por el que fueron condenados algunos líderes del *procés*. De modo que el magistrado Llarena vierte hasta siete preguntas al TJUE sobre la interpretación que realizan los jueces belgas de la normativa que regula las euroórdenes. Es ahora el TJUE el que debe pronunciarse sobre el alcance de una OEDE y sobre las razones para su denegación, una vez que las autoridades de ejecución de Bélgica han rechazado las entregas requeridas. Con la respuesta del TJUE, el magistrado español decidirá si mantiene, retira o emite nuevas euroórdenes respecto a Puig, Puigdemont, Comín, Ponsatí y Marta Rovira, contra quienes se sigue procedimiento por delitos de sedición, malversación de caudales públicos o desobediencia¹⁴.

Inicialmente los jueces belgas denegaron la entrega de Puig al TS porque entienden que el órgano competente para instruir la causa no es el TS, sino un tribunal catalán, y porque

¹² El primer caso planteado fue el de Lluís Puig, dado que las euroórdenes contra Puigdemont, Comín y Ponsatí quedaron paralizadas tras ocupar escaños como eurodiputados a comienzos de 2020. En este extremo conviene traer a colación la elaboración doctrinal de la doctora González Monje (2016), donde ofrece un análisis de la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, cuya finalidad consiste en reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciendo unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y los derechos conexos, así como al derecho a estar presente en el juicio, dados los diferentes niveles de protección que los derechos de los sospechosos y acusados presentan en las legislaciones de los distintos Estados miembros.

¹³ Auto de 3 de marzo de 2021; Causa Especial 20907/2017 del TS.

¹⁴ Aclaremos que la situación de Marta Rovira y de Anna Gabriel es diferente, ya que residían en Suiza, territorio no perteneciente a la UE, y, por tanto, las euroórdenes no rigen allí y dependen del tradicional proceso de extradición bilateral.

–dicen– su entrega pondría en peligro derechos fundamentales del reclamado. De ahí que una de las principales dudas que ello genera al instructor Llarena sea la relativa a si el órgano de ejecución belga tiene la facultad, conforme al derecho de la UE, de controlar la competencia del órgano de emisión, en este caso el TS español. El auto citado del juez Llarena indica que la no ejecución de una OEDE es «excepcional y se debe interpretar de manera restrictiva», y añade que «no hay una norma del derecho de la UE que reconozca una facultad a favor de la autoridad de ejecución de una OEDE que le permita valorar y fiscalizar si el órgano de emisión es competente para hacerlo». Y tampoco cabe, a juicio de Llarena, una interpretación que sea compatible con la asunción de esa facultad por parte del órgano de ejecución.

La polémica está servida desde el momento en que el Estado encargado de ejecutar la euroorden pone en solfa –según su derecho interno– la competencia del Estado emisor. Surgen así evidentes dudas sobre cuáles son los elementos que el órgano de ejecución debería tener en cuenta para realizar ese control sobre competencia. Más aún cuando la antes aludida Decisión Marco de 2002, de la que trae causa la euroorden, establece que solo el estado de emisión determina las autoridades competentes y lo hace conforme a su propia normativa. De ahí que Llarena acierte al afirmar que

el órgano de ejecución no puede aplicar ni interpretar el Derecho interno español, además de que tampoco lo ha hecho adecuadamente y que ha obtenido sus conclusiones sobre la competencia (o, mejor dicho, sobre la ausencia de la misma) interpretando y poniendo el énfasis en otros elementos distintos.

En este asunto causa también extrañeza que el órgano de ejecución acuda a la Constitución y legislación belgas, mostrando cierta displicencia hacia la estructura jurisdiccional española, pues los jueces belgas se permiten decidir sobre la competencia del TS en un litigio de alcance nacional ya resuelto en el transcurso del procedimiento interno. Ello resulta más sorprendente cuando la autoridad judicial belga no ha reclamado información complementaria sobre cuál es el soporte normativo del que deriva la competencia del TS. Más aún cuando la decisión sobre la competencia por parte de los órganos del Estado de ejecución se ha adoptado obviando el intenso debate –planteado en España desde 2017 con ocasión de este litigio– sobre la competencia del TS (discusión suscitada por las defensas, que dio lugar a 3 autos de la sala de admisión, 13 autos del instructor, 6 autos de la sala de apelación, 2 autos del tribunal sentenciador, así como una sentencia y un auto del Tribunal Constitucional, que también ha validado la competencia del TS).

Mención aparte merece el postulado belga sobre el riesgo de violación de derechos básicos. Concluir, como hace la sentencia de la sala de acusación del tribunal de apelación de Bruselas, que existen motivos fundados para denegar la entrega de Puig, por apreciarse un riesgo grave, real, concreto e individual de violación de los derechos fundamentales a ser enjuiciado por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, es –desde nuestro punto de vista– ir demasiado lejos con asertos gratuitos cuando se trata de Estados miembros de la UE. Hablar alegremente de detenciones arbitrarias de los incursores en el

pleito del *procés*, si no es temerario, causa estupor, y es como mínimo hostil hacia un socio de la UE. De hecho, el juez Llarena pregunta al TJUE si se puede denegar la entrega de la persona reclamada por apreciar que exista un riesgo de violación de sus derechos fundamentales en el Estado emisor, partiendo de un informe de un grupo de trabajo que presenta el propio reclamado ante la autoridad belga de ejecución de la euroorden.

En fin, dado el cúmulo de despropósitos, el juez Llarena solicitó del TJUE que la tramitación de la cuestión prejudicial planteada se ventile por el procedimiento acelerado previsto en los artículos 105 y 106 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia¹⁵.

¹⁵ Estas son las siete preguntas formuladas por el magistrado Llarena al TJUE:

1. ¿Posibilita la Decisión Marco 2002/584/JAI que la autoridad judicial de ejecución rechace la entrega de la persona reclamada a través de una ODE, sobre la base de causas de denegación previstas en su Derecho nacional, pero no contempladas como tales en la Decisión Marco?
2. Si la respuesta a la pregunta anterior fuese positiva y a los efectos de garantizar la viabilidad de una ODE y acudir adecuadamente al recurso ofrecido en el artículo 15.3 de la Decisión Marco 2002/584/JAI: ¿Debe la autoridad judicial de emisión indagar y analizar los distintos Derechos de los Estados a fin de tener en consideración las eventuales causas de denegación de una OED no contempladas en la Decisión Marco 2002/584/JAI?
3. A la vista de las respuestas a las preguntas anteriores, teniendo en consideración que, a tenor del artículo 6.1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, la competencia de la autoridad judicial emisora para dictar una ODE se establece en virtud del Derecho del Estado de emisión: ¿Debe interpretarse dicho precepto en el sentido de que la autoridad judicial de ejecución puede cuestionar la competencia que la autoridad judicial de emisión tiene para actuar en la causa penal concreta y rechazar la entrega por entender que no es competente para emitirla?
4. Con relación a la eventual posibilidad de control por parte de la autoridad judicial de ejecución del respeto de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el Estado emisor:
 - 4.1. ¿Posibilita la Decisión Marco 2002/584/JAI que la autoridad judicial de ejecución deniegue la entrega de la persona reclamada por apreciar que existe un riesgo de violación de sus derechos fundamentales en el Estado miembro de emisión, a partir del informe de un Grupo de Trabajo presentado ante la autoridad nacional de ejecución por la propia persona reclamada?
 - 4.2. A los efectos de la pregunta anterior, ¿constituye tal informe un elemento objetivo, fiable, preciso y debidamente actualizado para justificar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la denegación de la entrega de la persona reclamada sobre la base de un riesgo serio de vulneración de sus derechos fundamentales?
 - 4.3. En caso de respuesta afirmativa a la pregunta anterior, ¿qué elementos exige el Derecho de la Unión para que un Estado miembro pueda concluir que en el Estado miembro de emisión existe el riesgo de violación de derechos fundamentales que aduce la persona reclamada y que justifique el rechazo de la OED?
5. ¿Las respuestas a las anteriores preguntas se ven condicionadas por la circunstancia de que la persona cuya entrega se solicita haya podido defender ante los órganos jurisdiccionales del Estado de emisión, incluso en un doble grado, la falta de competencia de la autoridad judicial de emisión, su orden de detención y la garantía de sus derechos fundamentales?
6. ¿Las respuestas a las anteriores preguntas se ven condicionadas cuando la autoridad judicial de ejecución rechaza una ODE por causas no expresamente previstas en la referida Decisión Marco 2002/584/JAI, en particular, por apreciar la falta de competencia de la autoridad judicial de emisión y el riesgo grave

Pero la cosa no acaba ahí, pues a ello se suma el reciente dictamen del abogado general del TJUE, que da la razón a Llarena y abre el camino para la entrega de Puigdemont y el resto de políticos catalanes residentes en Bélgica y encausados por el TS por el referéndum secesionista del 1-O. De manera que el abogado general considera que los jueces belgas no pueden rechazar la entrega de los encausados por el *procés*, y avala también que se pueda pedir de nuevo la extradición de Lluís Puig, a quien la justicia belga ya se negó a entregar.

Cierto que la opinión del abogado general no es vinculante, pero sus dictámenes suelen ser secundados por el TJUE, lo que supone un claro contratiempo para las defensas de los separatistas. Del criterio del abogado general del TJUE destaca su conclusión de que los tribunales belgas no pueden denegar la ejecución de las euroórdenes emitidas por el TS español contra los encausados por el *procés*, so pretexto de que se violen sus derechos fundamentales, sobre todo si no se demuestran deficiencias sistémicas y generalizadas en España. Concluye también que no cabe poner en duda las competencias del TS como autoridad para emitir estas órdenes. Es decir, el abogado general repara el desaguado, da la razón a Llarena frente a Bélgica y abre el camino para la entrega a las autoridades judiciales españolas de Puigdemont y los demás reseñados. O sea, Bélgica no puede rechazar la euroorden presumiendo vulneración de derechos fundamentales en el Estado español. Más aún si no demuestra deficiencias democráticas generalizadas que avalen esta tesis. Habría que probar –indica el abogado general– «deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del estado miembro emisor», en este caso del Estado español. Luego, sin datos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que demuestren que existe un riesgo real de vulneración del derecho fundamental a un proceso equitativo, no cabe la negativa belga. Y añade que el rechazo de la euroorden sin una comprobación en profundidad, por parte de la autoridad judicial de la ejecución –Bélgica–, de la existencia de un riesgo de vulneración del derecho fundamental a un proceso equitativo cuando no existen deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial de estado miembro emisor –España–, no sería otra cosa que la expresión de una desconfianza hacia los tribunales de ese país.

De esta forma se ha pronunciado Richard de la Tour, destacada figura jurídica de la justicia europea, sobre las prejudiciales del TS relativas a las euroórdenes contra los políticos catalanes reclamados por la justicia española que residen en Bélgica. El abogado general también especifica que la regulación que rige en las euroórdenes no permite decidir a la justicia belga –ni a cualquiera otra de la UE que tenga que gestionar una petición de entrega de otro Estado

de vulneración de derechos fundamentales en el Estado de emisión, y lo hace sin solicitar, de la autoridad judicial de emisión, la información complementaria específica que condicione esa decisión?

7. Si de las respuestas a las preguntas anteriores resulta que, en las circunstancias del caso, la Decisión Marco 2002/584/JAI se opone al rechazo de la entrega de una persona sobre la base de las expresadas causas de denegación, a los efectos de las ODE remitidas y resueltas o remitidas y pendientes de resolución: ¿Se opondría la Decisión Marco 2002/584/JAI a que este Tribunal remitente emita una nueva ODE contra la misma persona y ante el mismo Estado miembro?

miembro— si la autoridad judicial que la emite es competente. Finalmente, De la Tour especifica que el juez Llarena puede volver a emitir una nueva euroorden contra la misma persona, en este caso Lluís Puig, y en el mismo país, Bélgica, a pesar de que la petición ya fue rechazada.

El dictamen del abogado general supone un revés para los equipos jurídicos de los políticos catalanes encausados por el TS por el referéndum del 1-O. Aunque cuando¹⁶ llegue la sentencia definitiva del TJUE, si sigue los pasos del abogado general, tendría una consecuencia relativa y centrada en Puig, ya que, a pesar de que Llarena pueda emitir las euroórdenes, Puigdemont y los otros dos eurodiputados demandados mantienen —por ahora— la inmunidad como europarlamentarios.

Antes de periclitarse este apartado quizá convenga subrayar el papel que el TJUE viene desempeñando en la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al que aludimos al inicio de este trabajo, y,

en concreto en materia de cooperación judicial penal, con el objetivo de cuestionar —como indica la profesora Lorena Bachmaier Winter (2016)— cuál es el camino que debería seguir en el futuro. Al hilo de la reciente jurisprudencia sobre la orden de detención y entrega, se valorará si el TJUE ha mantenido un adecuado equilibrio entre su función de garante del derecho europeo, por un lado, y la efectiva protección de los derechos fundamentales por otro. A través de la interpretación que ha realizado el TJUE al resolver cuestiones prejudiciales se percibe como el TJUE hasta ahora ha apostado decididamente por reforzar el principio de reconocimiento mutuo. Sin embargo, a diferencia del área del mercado común, en materia de justicia penal, su enfoque quizás debería ser algo más matizado, para asumir también su función de garante de los derechos fundamentales, función que también le corresponde (Bachmaier Winter, 2016).

4. Conclusión

La euroorden es un hito jurídico en la historia constitucional de la Europa contemporánea. Pocos dudaban de las virtudes del modelo de cooperación judicial incorporado con la euroorden, pues supuso un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la UE. La euroorden supone un indiscutible avance, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre órganos judiciales, al suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predefinido de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación.

¹⁶ Aproximadamente para finales de 2022.

Sin embargo, la negativa de Bélgica a entregar a los encausados por el referéndum del 1-O que Larena reclamaba en sus euroórdenes ha puesto las cosas patas arriba, y ante este escenario, la euroorden queda en mal lugar, pues no ha funcionado como estaba previsto y como, por cierto, lo venía haciendo¹⁷. Es obvio que caben mejoras en su aplicación. Posiblemente no sean suficientes las 32 categorías delictivas recogidas en la euroorden, en las que no se comprueba que el acto es delito en ambos países y en las que la euroorden se considera de aplicación inmediata. Aunque nos permitimos apuntar una más concluyente: la homologación directa de los tipos delictivos de los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros.

Por el momento, el asunto está en el tejado de los jueces de Luxemburgo. Asunto que es relevante no solo en el proceso judicial del caso Puigdemont, sino que tiene mayor alcance. El TJUE ha de considerar que la euroorden no es solo un logro que agiliza y simplifica los tradicionales procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales. La respuesta que los Estados de ejecución den a la euroorden redonda en la necesidad de profundizar en el sistema europeo de persecución transfronteriza de personas sospechosas de la comisión de delitos o condenadas. Mediante la unificación de los postulados de admisión y rechazo se facilita el diálogo decisorial de tribunales presidido por la idea de reciprocidad integradora. Quizá en este punto podríamos acudir a un principio jurisprudencial sentado por el propio TJUE, y que no es otro que el fijado en algunas sentencias recientes. Nos referimos a la doctrina del «acto claro» acrisolada por el TJUE, en el sentido de que concurre dicha doctrina, dada la convicción de un órgano jurisdiccional nacional de que no alberga duda acerca de la interpretación o la validez de un acto jurídico de la UE que ha de aplicar en el litigio que conoce, debido a que la correcta aplicación de dicho acto se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable. Así, el TJUE ha dado un paso importante en la interpretación de la doctrina del acto claro. Esta jurisprudencia parece indicar un cambio de tendencia en el equilibrio entre la necesidad de adoptar una posición estricta hacia los jueces nacionales que no plantean cuestiones prejudiciales y el mantenimiento de una relación cooperativa con los mismos¹⁸.

Visto el caso en cuestión, del principio de confianza hemos pasado al de desconfianza, pues el Estado de ejecución (Bélgica) se confiere a sí mismo la facultad de fiscalizar la competencia del órgano de emisión para dictar la euroorden (España). Y la consecuencia es del todo perniciosa para el sistema jurídico de la UE en relación con este notable instrumento de

¹⁷ No se dispone de datos de todos los países; no obstante, los datos sobre las ODE emitidas correspondientes a 2015, 2016 y 2017 están completos. Véase https://e-justice.europa.eu/90/ES/european_arrest_warrant:

	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Emitidas	14.948	16.144	16.636	17.491	17.471	20.226
Ejecutadas	5.535	5.304	5.812	6.317	6.976	5.665

¹⁸ Sobre la doctrina del «acto claro» es ilustrativo el trabajo de la profesora Ruiz Cairó (2016).

cooperación judicial entre Estados, ya que transmuta en recelos los principios básicos que dan sentido a la OEDE, que hasta ahora ha sido operante. La desconfianza evidenciada con el examen de competencia sobre la euroorden hace quebrar principios esenciales de la UE, siembra cizaña en el sistema penal y procesal intraeuropeo, y daña considerablemente la cooperación recíproca entre socios. No obstante, el criterio de un destacado miembro de la curia europea, como el abogado general aludido, nos hace seguir albergando esperanzas sobre el futuro de la integración también en materia jurídica, la promoción del sistema democrático y la defensa de los valores del Estado de derecho que son propios del modelo europeo¹⁹. La pérdida de confianza a la que hemos referido supone una limitación solapada del reconocimiento mutuo, la cual no solo socavaría la efectividad de la cooperación judicial en la UE, sino que constituiría también una seria amenaza para la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia²⁰.

La justicia europea está en el escaparate, y sin el vigor de la euroorden retornamos al eufemístico (y disparatado) «diálogo de tribunales», que tantos descalabros causa a la credibilidad del proyecto común. Una UE privada de tribunales estables, sólidos y –sobre todo– coordinados, fractura el imperio de la ley y la seguridad jurídica dentro de su ámbito. La credibilidad de un país y, desde luego, de la UE, no depende tanto de los pasajeros líderes, sino de las instituciones, de su solvencia como garantes del orden constitucional compartido²¹. De ello pende la democracia occidental y los retos de integración de la UE. En ese sentido, la euroorden ha

¹⁹ En la obra dirigida por Beneyto Pérez (2014), en tanto que aborda el contexto cambiante y cada día más global en que opera la UE, con sus aportaciones al sistema de gobernanza europeo desde la experiencia institucional atesorada hasta el momento, y que quizá podría exportarse a la escena internacional paulatinamente, partiendo de las técnicas de construcción del consenso que vienen siendo pauta en el modelo occidental, teniendo presente el papel del TJUE, las distintas políticas europeas y la experiencia del mercado interior.

²⁰ Cfr. Cortés Martín (2020, p. 63).

²¹ Consideramos que a ello obedece que el TJUE venga considerando y que, recientemente, haya extendido la condicionalidad de la confianza mutua al respeto de otros valores fundamentales relacionados con el Estado de derecho, en particular, el respeto de la separación de poderes. Y así lo reseña el profesor Cortés Martín en la primera nota del trabajo antes citado, cuando indica que el TJUE ha dictaminado que la confianza mutua también se socava cuando no se respeta el principio de separación de poderes; y ese es el caso cuando un Estado miembro de la UE ha otorgado a la policía o al Ministerio de Justicia el poder de emitir una OEDE. Dichas autoridades no pueden considerarse autoridades judiciales para la aplicación de la Decisión Marco: Sts. TJUE de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, y de 10 de noviembre de 2016, *Kovalkovas*, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861. Sobre las dificultades de interpretación, aplicación y ejecución de la normativa de la UE por parte de los Estados miembros, consideramos reveladora la decisión del Tribunal Constitucional alemán contenida en su Sentencia *BVerfG*, de 23 de enero de 2017; resolución dictada atendiendo a la distinta autoridad de quien emite la euroorden y el Estado ejecutor de la misma. En dicho pronunciamiento la Corte de Karlsruhe resaltó que uno de los escollos que tiene que superar el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito comunitario es la «igualación por abajo» en relación con las garantías relativas a los sujetos incurso penalmente en cualquiera de los Estados de la UE, puesto que dicho principio tal y como está hoy en día configurado supone una aceptación acrítica de todas y cada una de las decisiones judiciales dictadas por jueces y tribunales de cualquiera de los Estados de la UE.

venido –hasta ahora– contribuyendo a la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el respeto del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

Europa sigue en construcción, y todo lo que no sea avanzar en esa dirección es retroceder. De ahí que hayamos insistido a lo largo de estas páginas en la necesidad de preservar la cooperación en materia judicial, y, sobre todo, en aspectos tan cruciales para la credibilidad del proyecto europeísta como son todas aquellas cuestiones relativas a la cooperación en términos penales. No somos ajenos a las presentes circunstancias, y quizá convenga apostar por el posibilismo, por el camino del medio, con la intención de recuperar credibilidad tanto a nivel interno como a nivel internacional²².

La OEDE constituye uno de los pilares del Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia de la UE. De ahí la necesidad de que la llamada euroorden siga siendo derecho europeo legislado y plenamente vinculante para los Estados miembros, desde su base en la confianza recíproca y el reconocimiento mutuo. Si se quiere evitar la impunidad de personas huidas, superar las dilaciones y complejidad de los procedimientos clásicos de extradición, y si se quieren soslayar las interferencias políticas en tales supuestos, hay que apostar por la euroorden y evitar las grietas por las que siempre se ha roto Europa.

Referencias bibliográficas

- Aguado Correa, T. (2020). Programa de Estocolmo: Entre la eficacia de la respuesta penal y la garantía de los derechos fundamentales en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, 11(1).
- Armenta Deu, T. (2013). Europeización del proceso penal y Derechos Fundamentales: Guía y condicionante. En J. Martín Ostos y F. Gutiérrez-Alviz y Conradi (Coords.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al cate-*
- drático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* (pp. 67 a 81). Atelier. <https://www.researchgate.net/publication/292735685>
- Bachmaier Winter, L. (2016). Quo vadis - El TJUE y su papel en materia de cooperación penal al hilo de la reciente jurisprudencia sobre la orden de detención y entrega. *Revista General de Derecho Europeo*, 38.
- Barbé Izuel, E. (2016). La estrategia global de la Unión Europea: El camino del medio. *Revista General de Derecho Europeo*, 40.

²² Como ha indicado la profesora Barbé Izuel (2016). Y dentro de ese ejercicio de posibilismo que propugnamos, el trabajo de Aguado Correa (2020), pues como indica la autora, «no se trata de conculcar garantías con el fin de lograr una mayor eficacia sino de encontrar el equilibrio adecuado entre eficacia y garantías, equilibrio al que no se puede renunciar a pesar de lo difícil que puede resultar lograrlo» (p. 67).

- Beneyto Pérez, J. M.^a (2014). *El modelo europeo: Contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*. Instituto Universitario de Estudios Europeos-Universidad San Pablo.
- Castillo García, J. F. (2006). La comunitarización del tercer pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo. *Revista General de Derecho Europeo*, 11. <https://www.researchgate.net/publication/292735685>
- Comisión Europea. (6 de octubre de 2017). Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas, (2017/C 335/01). *Diario Oficial de la Unión Europea*.
- Calderón Cuadrado, M.^a P. (2007). Hacia la uniformidad y mayor visibilidad de las garantías procesales penales en la Unión Europea. En A. de la Oliva Santos, T. Armenta Deu y M. P. Calderón Cuadrado (Coords.), *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo* (pp. 17-40). Colex.
- Calderón Cuadrado, M.^a P. (2013). ¿Hacia una europeización del proceso? En *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*. J. M. Ostos, F. Gutiérrez-Alviz y Conradi (Coords.). Atelier.
- Cortés Martín, J. M. (2020). Sobre los límites a la confianza mutua y la equivalencia intersistémica de la orden europea de detención. En *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*. J. M. Cortés Martín y F. G. Ruiz Yamuza (Coords.). Dykinson.
- Faggiani, V. (2012). ¿Hacia la «constitucionalización» de un espacio europeo de justicia penal? aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa. En *Estudios de Deusto-Revista de Derecho Público*, 60(2). (Ejemplar dedicado a Constitución y globalización: la constitucionalización de espacios supranacionales. María Salvador Martínez [Coord.]).
- Faggiani, V. (2016). El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal. Elementos para una construcción dogmática. *Revista General de Derecho Europeo*, 38.
- Garrido Carrillo, F.^o J. y Faggiani, V. (2013). La armonización de los derechos procesales en la UE. *Revista General de Derecho Constitucional*, 16.
- Gómez Campelo, E. (2011). Orden de Detención Europea y Extradición. En M. Jimeno Bulnes (Coord.), *Justicia «versus» seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*. Tirant lo Blanch.
- González Monje, A. (2016). La presunción de inocencia en la Unión Europea. Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. *Revista General de Derecho Europeo*, 39.
- Nasarre, E. y Aldecoa Luzárraga, F. (2015). *Treinta años de España en la Unión Europea: el camino de un proyecto histórico*. Marcial Pons.
- Ruiz Cairó, E. (2016). La revisión de la doctrina del acto claro por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: casos X y Ferreira da Silva. *Revista General de Derecho Europeo*, 38.
- Sánchez Legido, Á. (2007). La Euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 14. <https://www.reei.org/>

Responsabilidad civil profesional sindical

Adelaida Medrano Aranguren

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

Enunciado

Por la representación procesal de Dña. Fidela se presentó demanda de reclamación de una indemnización de daños y perjuicios frente a un sindicato. La parte demandante había encargado al sindicato su defensa jurídica para reclamar a su empresa su condición de trabajadora fija. Durante la tramitación de la demanda, la empresa de la demandante extinguió la relación laboral al vencimiento del último de los contratos suscritos entre las partes, el 12 de diciembre de 2018. Dado que la demandante pretendía que se declarara que, en realidad, era una trabajadora indefinida y la empresa había extinguido la relación laboral, era preciso interponer una demanda de despido para hacer valer su condición de trabajadora fija y evitar la consolidación de la finalización de la relación laboral. Sin embargo, el sindicato no interpuso la demanda, Dña. Fidela perdió su trabajo y la posibilidad de reclamar una indemnización por la indebida extinción laboral. Por ello, interpuso una demanda exigiendo responsabilidad contractual por negligencia al sindicato.

A la hora de determinar el comportamiento negligente, la actora afirma que comunicó a la demandada el hecho de la extinción de su contrato de trabajo y que, pese a ello, el sindicato no interpuso la demanda de despido.

¿Es defendible la responsabilidad del sindicato por su pasividad procesal?

Cuestiones planteadas:

- La representación y defensa del trabajador afiliado en los procedimientos.
- Legitimación activa del sindicato en el proceso civil.
- Responsabilidad civil profesional del sindicato en las acciones no interpuestas por sus trabajadores afiliados.

Solución

El contexto de las relaciones habidas entre las partes se corresponde con un contrato de asesoramiento y defensa jurídica asumida por el sindicato.

La jurisprudencia ha encuadrado este tipo de prestación de servicios en el ámbito de un contrato de gestión con elementos propios del arrendamiento de servicios y del mandato. Tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil (falta de diligencia en la prestación profesional, nexo de causalidad, existencia del daño y alcance de este) corresponde a la parte que reclama la indemnización (STS 50/2020, de 22 de enero [NCJ064707]).

En particular, la jurisprudencia niega la imputación de responsabilidad al abogado cuando concurre una conducta omisiva por parte del cliente que esté causalmente conectada con el daño reclamado (STS 742/2008, de 18 de julio [NCJ046691]). También ha señalado la jurisprudencia que el demandante tiene el deber de configurar la causa de pedir mediante la concreta determinación del comportamiento negligente, sin que pueda acudir a otros hechos diferentes de los recogidos en la demanda, so pena de incurrir en incongruencia por alteración de la causa de pedir. Así lo ha apreciado en STS 333/2008, de 14 de mayo, en un supuesto en el que se reclamaba la negligencia profesional de un notario por no haber tramitado la inscripción de una hipoteca y, en consecuencia, no podía entrarse en el análisis de una eventual responsabilidad por deficiente asesoramiento inherente al ejercicio de la función pública notarial. Se trata del vicio de desviación del objeto procesal causante de incongruencia.

La causa de pedir de la demanda consistía en imputar responsabilidad profesional al sindicato por no haber interpuesto demanda de despido, a pesar de que la demandante había comunicado la extinción de su relación laboral. Esta comunicación constituye un hecho nuclear de la causa de pedir de la demanda, puesto que se erige en el presupuesto fáctico del comportamiento negligente que la demandante imputa al sindicato demandado. Es a partir de dicha comunicación cuando la demandante justifica la negligencia del sindicato por no haber interpuesto la demanda de despido.

Existe una evidente conexión entre el procedimiento en el que la demandante solicitaba la declaración de fijeza de su relación laboral y el procedimiento de despido, en cuanto este era el instrumento procesal necesario para evitar que la extinción de la relación laboral resultara inatacable. La cuestión es si la demandante puso en conocimiento del sindicato que la empresa le había extinguido el contrato para que este interpusiera la demanda de despido.

La trabajadora le entregó al sindicato el último contrato de trabajo que había firmado con la empresa, y que el mismo finalizaba el 12 de diciembre de 2018. También señaló que informó a la demandante de la posibilidad de que, ante la demanda de fijeza, la empresa no le renovara el contrato y que, por tanto, debía comunicar este hecho al sindicato para interponer la demanda de despido, basada, entre otras causas, en que la auténtica naturaleza de la relación laboral era indefinida y que la extinción de la relación de trabajo obedecía a una represalia de la empresa por la demanda de fijeza (garantía de indemnidad). De ello, deducimos que la demandante era consciente de la importancia del hecho relativo a la extinción del contrato de trabajo y que el sindicato sabía que el contrato de trabajo de la demandante acababa el 12 de diciembre de 2018.

El lógico suceder de los acontecimientos hace impensable que la trabajadora no hiciera tal comunicación. Para ello, nos basamos en una consideración de especial significación: si la demandante, que había iniciado el procedimiento judicial para conseguir que su relación laboral dejara de ser temporal para alcanzar la fijeza, obtuvo como primer resultado material de dicha iniciativa que la empresa no le renovara el contrato de trabajo tras 10 años de constantes renovaciones, tuvo que comunicar este resultado adverso al sindicato. Si analizamos la misma cuestión desde la perspectiva contraria, podemos afirmar que la demandante no tenía ningún incentivo para no comunicar un hecho tan relevante y que podía frustrar su demanda de fijeza. No existe ninguna razón para que la demandante, consciente de su importancia, no pusiera en conocimiento del sindicato que la empresa no le había renovado sabiendo, como hemos declarado que sabía, que ello daría al traste con su petición de fijeza.

El sindicato afirma que una demanda de despido habría tenido pocas posibilidades de éxito. Para fundamentar su argumento, ataca la viabilidad de la pretensión de fijeza que el propio sindicato defendió exitosamente ante el juzgado de lo social, con sentencia estimatoria. Defiende que la empresa no recurrió la sentencia porque sabía que, al no haber demandado por despido, la declaración de fijeza no tendría efectos prácticos; y, que, de haber recurrido, la sentencia podría haber sido revocada por no cumplir los requisitos para convertir la contratación temporal en indefinida, de conformidad con las reglas del artículo 15.5 del ET y su derecho transitorio.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria, el sindicato defiende que corresponde indemnizar por pérdida de oportunidad, sin que nunca pueda llegarse al importe de la indemnización que hubiera correspondido en caso de éxito de la demanda de despido. El motivo no puede ser admitido porque, acreditado el daño, el sindicato no determina cuál sería el *quantum*

correspondiente a la pérdida de oportunidad. Por otro lado, la equiparación entre la indemnización reconocida por la negligencia del sindicato con la que hubiera correspondido en el proceso de despido tiene su fundamento en la doctrina jurisprudencial (STS 373/2013, de 5 de junio [NCJ058094]; STS 313/2020, de 17 de junio) en atención a las probabilidades de éxito de la acción no ejercitada.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una indemnización de daños materiales por pérdida de oportunidad derivada de la frustración de acción judicial, la demanda de despido. Con dicha acción, la trabajadora habría podido combatir la finalización de su relación laboral por transcurso del plazo de duración del contrato de trabajo del año 2018, defendiendo que su relación laboral era indefinida y, por tanto, no sometida a plazo. Circunstancias que hubieran justificado que se considerara la extinción de la relación laboral como un despido sin causa, abriendo la puerta a la correspondiente indemnización. Como hemos concluido la absoluta viabilidad de la demanda de fijeza, que fue estimada en la jurisdicción laboral, consideramos que la probabilidad de éxito de la demanda de despido era del 100 %, porque no se puede extinguir el contrato de trabajo por transcurso del tiempo de contratación a un trabajador fijo. Procede reconocer la totalidad de la indemnización a la que habría tenido derecho la demandante en tal procedimiento.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Real Decreto legislativo 2/2015 (ET), art. 15.5.
- SSTS, Sala 1.ª, 373/2013, de 5 de junio (NCJ058094); 50/2020, de 22 de enero (NCJ064707), y 313/2020, de 17 de junio.

La guarda y custodia de los menores de nacionalidad española que residen en el extranjero y su solicitud por los abuelos en España

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Los menores María, José y Carlos, de 8, 5 y 3 años, residen en un país extranjero, concretamente en Siria, que no pertenece a la Unión Europea, en el que existe un conflicto bélico, donde conviven con su madre española, en un centro para refugiados, no permitiéndoseles la salida del mencionado territorio. Del padre de la nacionalidad de ese país se desconoce su paradero. Les consta a los abuelos maternos, D. Francisco y D.^a Pilar, el nacimiento en España de la mayor de sus nietos, María, pudiendo obtener, en su caso, la certificación de nacimiento que se produjo en España, y solo sabe que los otros dos nacieron fuera de España, desconociendo sus datos de filiación y dónde están registrados. La situación que se vive en ese país ha llevado a los abuelos maternos, que residen en España, a tomar la decisión de presentar una demanda de guarda y custodia de sus tres nietos, ante las dificultades que tiene en los aspectos personal, familiar, alimenticio, en el ámbito de la salud y del resto de sus derechos, y poder garantizar el ejercicio de sus derechos.

Los padres no pueden ponerse en contacto con su hija, y pese los intentos realizados por su parte y de las solicitudes para que fuera el Gobierno de España o las instituciones comunitarias, no han conseguido resultados tendentes a recuperar a sus nietos. Han contactado con un gabinete jurídico para interponer una demanda, solicitando su guarda y custodia, pidiendo medidas cautelares sin audiencia de la madre.

Cuestiones planteadas:

1. La guarda y custodia de menores que residen en países en conflicto bélico como el mencionado.
2. El interés superior de los menores y la guarda y custodia de la madre.
3. Conclusión.

Solución

1. El caso que se propone podría presentarse en situaciones que actualmente se producen en muchas partes del mundo, en donde, además de la situación bélica, pueden residir personas de nacionalidad española en malas condiciones de todo tipo, como las que se describen en el caso, y sin posibilidad de ayuda de los gobiernos correspondientes, entre ellos el de España, o bien de las instituciones comunitarias.

Estas situaciones, y la falta de soluciones, puede suponer que parientes de personas españolas que allí residan no solo pidan ayuda a los organismos públicos correspondientes para que en el ámbito político puedan intentar resolver esas situaciones, sino que, ante la imposibilidad de conseguir soluciones, recurran a los tribunales para remediar esas situaciones.

Este es el supuesto que se describe en el caso, pero debemos preguntarnos si esa pretensión de los abuelos de los menores tiene posibilidades de prosperar, dirigiéndose a la autoridad judicial competente, cuando al más alto nivel nada se consigue.

Qué normativa sería aplicable a esa solicitud de los abuelos de los menores, teniendo en consideración que se trata de Siria.

Pudiera pensarse que los abuelos recurrieran al Reglamento de Bruselas 2201/2003 (Bruselas II), que está pensado para menores que se encuentren en territorio español, por lo que no se aplicaría al presente caso, de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento referido a la competencia general:

1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

En segundo lugar, podrían recurrir al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996; en el caso de que Siria fuera un país que fuera parte del convenio, sería de aplicación el artículo 5 del mismo, que dispone que

a los efectos del presente Convenio: a) el «derecho de custodia» comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el «derecho de visita» comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual,

que tampoco resulta aplicable.

Por tanto, los tribunales españoles no tendrían competencia en cuanto a las medidas relativas a responsabilidad parental, al tener los menores su residencia actual fuera de España.

La única posibilidad sería acudir al artículo 22 quáter de la LOPJ, que establece que

Los tribunales españoles serán competentes [...] d) en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.

En primer lugar, los demandantes residen en España, por lo que podría dar lugar a considerar que los tribunales españoles serían competentes, sin embargo no puede dejar de tenerse en cuenta que, respecto de la solicitud de una guarda y custodia de los menores, no consta nada más que el nacimiento de uno de ellos en España, María, lo que impediría poder determinar la filiación de los otros dos, ya que nacieron fuera de España, concretamente en el país donde se encuentran, según refieren los abuelos y de acuerdo con las manifestaciones de su hija. La solicitud determinaría su repatriación a los efectos de la guarda y custodia referida y para evitar la posibilidad de que la madre se oponga a dicha repatriación.

2. Es importante en el presente caso examinar el interés de los menores, que recoge la Convención de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, que forma parte del ordenamiento jurídico español, y que en la Ley orgánica de protección jurídica del menor 1/1996, de 15 de enero, establece que el interés superior del menor constituye el principio inspirador de todo lo relacionado con el mismo, y vincula a los juzgados, a los poderes públicos y a los padres, de manera que las decisiones que se adopten en relación con los menores han de ser siempre las más beneficiosas. Así, en el artículo 2 dispone que

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legis-

lativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Debe tenerse en consideración las medidas respecto de dos de los menores, que han nacido fuera de España y residen fuera del territorio nacional, residentes en Siria con su madre, que ostenta la patria potestad sobre sus hijos, sin que conste lo contrario, sin que existan más datos que permitan adoptar una medida que respete su interés superior, y además no se puede practicar la preceptiva exploración a fin de garantizar su derecho a ser oídos, al menos algunos de ellos, por que por su edad no sería pertinente, de acuerdo con el artículo 770.4.^a, a efectos de garantizar el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, según el artículo 9 de Ley Orgánica 1/1996 mencionada.

Es importante hacer constar que la madre ostenta la patria potestad, y demás se carece de más datos acerca de la situación de los menores para decidir cuál es su interés, de los menores, y que así deba prevalecer frente a cualquier otro interés legítimo. Para ello sería necesario, por un lado, la exploración de los menores, al ser necesario para tomar cualquier decisión que incida en su situación personal, familiar y social, como así establece el mencionado artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menores, y así lo recoge de manera reiterada la jurisprudencia.

Además, de acuerdo con el artículo 103, cualquier decisión que afecte a la guarda y custodia de los menores debe adoptarse, como dice el precepto, de manera excepcional en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio. La atribución de la guarda y custodia pretendida, cuando la patria potestad, les corresponde, de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil (CC), a los padres; en este caso la madre, no pueden solicitarla, salvo que se iniciara una acción tendente a su privación, de acuerdo con el artículo 170 del CC.

Por tanto, los abuelos carecerían de legitimación activa para realizar la acción pretendida, y sería inadmitida la demanda.

Se puede mencionar la SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 21 de febrero de 2013, que señala que la medida interesada por la madre respecto de la guarda y custodia del menor, que actualmente se encuentra viviendo con su abuela en Bolivia, no es viable. Tal guarda no es ejercida por ninguno de los progenitores, dado que ambos estuvieron de acuerdo en dejar a su hija en Bolivia, y en particular la madre la dejó a cargo de la abuela paterna. Serán los tribunales del lugar donde reside la menor los que, con la inmediatez que requiere el caso, hayan de resolver, a falta de acuerdo, en beneficio de la menor, cuyo interés primordialmente es el que ha de ser protegido.

También la SAP de Madrid, sección 24.^a, de 14 de mayo de 2022 dispone que la abuela del menor,

carece de legitimación activa para ejercitar la acción pretendida, que no es sino el establecimiento de medidas paterno-filiales respecto de su nieto (guarda y custodia, patria potestad, visitas y pensión), amparando su derecho en el tenor literal del art. 103 CC, pero obviando que dicho precepto se limita a contemplar una medida excepcional dentro del seno de un procedimiento instado y seguido entre los progenitores, únicos legitimados para ello, al tratarse de medidas derivadas de la nulidad, separación o divorcio, y como se desprende igualmente del art. 748.4 LEC que habla de controversias entre progenitores, no siendo por tanto esta la vía para obtener el pronunciamiento pretendido, sobre todo cuando pretende que se le atribuya la patria potestad sobre un menor, ejercicio que tan solo puede corresponder a sus progenitores, a tenor del art. 154 CC, sin perjuicio de los supuestos contemplados en el art. 170 del CC, que no es la acción instada en la presente demanda. A ello debe añadirse que las sentencias citadas en la demanda en apoyo de su derecho se fundan bien en la institución de la guarda de hecho del art. 225.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, bien se adopta dentro del seno de una demanda de privación de la patria potestad.

Se estaría en presencia de un posible juicio verbal respecto de unos menores que residen con su madre en el extranjero, concretamente en Siria, que ostenta la patria potestad.

Los abuelos instan la guarda y custodia de los nietos, para lo que carecen de legitimación; no puede solicitarse al margen de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, y solo excepcionalmente podría serles atribuida de manera excepcional, de acuerdo con los preceptos invocados.

Se desconoce la situación real de los menores, por la imposibilidad de ser oídos, por lo que habría que valorar el interés de los nietos de los apelantes y asimismo oír a la madre que ostenta la patria potestad, que tampoco puede ser emplazada por desconocer su paradero.

3. En conclusión, la demanda presentada estaría abocada al fracaso, y sería desestimada por falta de legitimación, además de ser de imposible realización, ante las dificultades de valorar el interés de los menores, no pudiendo ser oídos, y tampoco poder oír a la madre, que ostenta la patria potestad y podría oponerse sin más a la solicitud, sin existir dato alguno que pueda determinar la estimación de la demanda que se interpusiera, de ser admitida, que por falta de legitimación activa estaría abocada a la inadmisión de la misma.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 103, 154 y 170.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 22 quáter.
- Ley Orgánica 1/1996 (LOPJM), arts. 2 y 9.

- Ley 1/2000 (LEC), art. 748.4 y 770.4.^a.
- Reglamento de Bruselas 2201/2003 (Bruselas II), art. 8.
- Convención de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, art. 5.
- SSAP de Madrid, Sección 24.^a, de 21 de febrero de 2013 y 14 de mayo de 2022.

Contratos administrativos y contratos privados de la Administración

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

En un ayuntamiento de 2.550 habitantes, donde los recursos ordinarios del presupuesto se elevan a la cantidad de un millón de euros, en el mes de febrero del año XXX, se ha decidido contratar directamente a un letrado para que acuda a la vía jurisdiccional, a fin de que ejerza la pretensión de desahucio contra el que había venido siendo el inquilino de una vivienda perteneciente al ayuntamiento, toda vez que llevaba varios meses sin abonar las rentas debida. El abogado cobró 7.000 euros por sus servicios.

En el mismo año, el ayuntamiento se decide a contratar, otra vez, directamente, los servicios del mismo letrado, por importe de 4.000 euros, para que le defienda en un procedimiento contencioso-administrativo interpuesto contra la corporación por un vecino que, como consecuencia de una caída en una acera, por la existencia de un bache sin señalizar, debido a unas obras de acondicionamiento que se estaban llevando a cabo en la vía pública, le había producido la rotura de un reloj Rolex que no eran posible reparar. El importe del reloj y la reclamación se eleva a la cantidad de 13.000 euros. La reclamación va dirigida al alcalde directamente.

Por otra parte, el ayuntamiento es propietario de un local que arrendó directamente a una empresa, SA, siendo utilizado como cochera para guardar los camiones que utiliza en el cumplimiento de su objeto social, que es el de las mudanzas. En un momento dado, realiza el alcalde, previo el oportuno procedimiento, la venta directa del local a la misma sociedad por un importe de 130.000 euros. Esta sociedad está participada, en un 60 % del capital social, por un concejal del ayuntamiento, con dedicación exclusiva y que forma parte de la junta de gobierno local.

Además, el ayuntamiento pretende alterar el itinerario de un camino que va a discurrir por terrenos diferentes a los que actualmente discurre. Desea poder permutar los terrenos antiguos por los nuevos.

El alcalde pregunta al secretario si es posible tramitar en un único expediente la desahucio de unos terrenos y a la vez su permuta y, en todo caso, los trámites precisos para hacer realidad lo que pretende.

Finalmente, el alcalde pregunta al secretario sobre:

1. Las consecuencias de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de la ordenanza municipal.
2. Un vecino ha solicitado que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle, ¿se han de entregar?

Cuestiones planteadas:

1. ¿Resulta ajustado a derecho las contrataciones directas del letrado? Con independencia de la respuesta a esta cuestión, determine otras alternativas posibles para la adjudicación de los contratos.
2. ¿En qué sentido se resolverá la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial? ¿Es el alcalde el competente para resolver esta reclamación?
3. Comente, de forma razonada, las posibles ilegalidades existentes en el arrendamiento y en la venta del local perteneciente al ayuntamiento.
4. ¿Es posible tramitar en un único expediente la desafectación de unos terrenos y a la vez su permuta? ¿Se precisa proyecto para realizar un nuevo trazado de un camino?
5. Efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de ordenanza municipal.
6. Si un vecino solicita que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle, ¿se han de entregar?

Solución

1. ¿Resulta ajustado a derecho las contrataciones directas del Letrado? Con independencia de la respuesta a esta cuestión, determine otras alternativas posibles para la adjudicación de los contratos.

Según el artículo 17 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP), se trataría de dos contratos de servicios que son aquellos contratos de servicios cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. Está regulado en los artículos 308 y siguientes de la LCSP.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de la Ley 9/2017 establezcan.

Los contratos menores han sido sometidos, en las últimas reformas legislativas en materia de contratación del sector público, a un cerco en cuanto a su ámbito de aplicación; lo que se ha visto consumado en la LCSP, reduciendo las cuantías y los tipos de contratos en los que se puede utilizar esta figura y suprimiéndose una limitación subjetiva de adjudicaciones mediante contrato menor que establecía el artículo 118.3, consistente en que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cantidad de 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios (art. 118.3). La modificación y eliminación de este límite se produjo por la disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Por tanto, se puede utilizar el contrato menor para un segundo o sucesivo encargo al mismo letrado a través de un contrato de servicios.

Es cierto que el artículo 99.2 de la LCSP señala que «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». Pero no estamos ante este supuesto, porque el objeto de cada contrato es diferente, los motivos son distintos y no existe esa unidad funcional exigible para impedir su fraccionamiento. El primero fue para ejercitar una acción de desahucio y, el segundo, para asumir la defensa del ayuntamiento en un proceso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución de aquel, ostentando, por tanto, la condición de demandado.

Otros procedimientos posibles a utilizar se determinarán entre los regulados en la ley y aplicables a este caso. A saber: abiertos, donde se ha creado una variante abreviada; restringidos; y objeto de negociación, coincidentes con los anteriormente denominados negociados, donde ha desaparecido el negociado por razón de la cuantía.

Descartando los dos últimos, respecto al procedimiento negociado, al desaparecer la posibilidad de su recurso por razón de la cuantía, resulta necesario acreditar la concurrencia de alguna de las circunstancias referidas en los artículos 167 y 168, sin que ninguna de ellas tenga cabida en este específico.

Ahora bien, el artículo 167 c) permite el procedimiento con negociación cuando «el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la pres-

tación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma». Por tanto, podrían tener cabida en esta modalidad los dos contratos de servicios, aunque habría que justificarlo en el expediente de contratación.

Podría considerarse la posibilidad de acudir al negociado sin publicidad, al amparo del artículo 168 b) 1.º:

Una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119

—sobre todo, en el segundo contrato en el que el ayuntamiento es el demandado—, o bien la del 168 d), cuando el objeto del contrato consista

en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial, que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y que no hayan transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial;

pero la previa adjudicación de un contrato menor excluye este supuesto por la falta de previa publicación del correspondiente anuncio de licitación en el contrato menor.

En el procedimiento abierto sería posible recurrir al de carácter simplificado en los supuestos del artículo 159.1 de la LCSP, que, en referencia al importe, lo permite para los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o inferior a 100.000 euros.

Pero, además, el artículo 159.6 regula un procedimiento que está siendo acuñado por la doctrina como supersimplificado o simplificado sumarisimo, aplicable a los contratos de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

La disposición adicional 41.^a de la LCSP reconoce las prestaciones de carácter intelectual en los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Este precepto no realiza una lista tasada de servicios. Por ello, otros contratos pueden ser considerados de esta misma manera y contener prestaciones de carácter intelectual como, por ejemplo, la impartición de formación, los servicios jurídicos, tecnológicos, de consultoría y, en general, científicos (particularmente en sus fases de I+D).

Pero es discutible porque son contrataciones aisladas que no tienen el carácter de continuidad que parece exigir el contrato de «servicios jurídicos» y, por parte de la doctrina y jurisprudencia se ha admitido este procedimiento en algunos supuestos.

De llevarse a cabo este procedimiento, que es el más adecuado, respecto a su rapidez en la adjudicación, son sus principales notas características:

- a) El plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a diez días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. No obstante lo anterior, cuando se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles.
 - b) Se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.
 - c) La oferta se entregará en un único sobre o archivo electrónico y se evaluará, en todo caso, con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.
 - d) La valoración de las ofertas se podrá efectuar automáticamente mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación.
- Se garantizará, mediante un dispositivo electrónico, que la apertura de las proposiciones no se realiza hasta que haya finalizado el plazo para su presentación, por lo que no se celebrará acto público de apertura de las mismas.
- e) Las ofertas presentadas y la documentación relativa a la valoración de las mismas serán accesibles de forma abierta por medios informáticos sin restricción alguna desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato.
 - f) No se requerirá la constitución de garantía definitiva.
 - g) La formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

En todo lo no previsto en este apartado se aplicará la regulación general del procedimiento abierto simplificado prevista en este artículo.

2. ¿En qué sentido se resolverá la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial? ¿Es el alcalde el competente para resolver esta reclamación?

La respuesta dependerá de varias circunstancias.

- a) Que se reclame en el plazo de un año computado desde que ocurrió el hecho, puesto que se trata de daños exclusivamente.

- b) Que no haya existido culpa de la víctima, de un tercero o fuerza mayor, que rompen el nexo de culpabilidad.
- c) Que fuera responsable la Administración, porque gestionara directamente el servicio de limpieza que es una competencia suya. Pero si hubiera existido un contrato de concesión de servicios o de servicios, en principio, a tenor del artículo 196 de la LCSP, sería responsable la concesionaria, que, en principio, responde de todos los daños causados durante la ejecución del contrato, salvo que hubiere existido negligencia en la actuación municipal, al controlar la ejecución del contrato (porque, por ejemplo, la existencia del bache sin señalar desde hacía bastante tiempo, lo conociera y no hubiera exigido la limpieza de la acera).
- d) Que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, o sea, daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado, antijurídico –que no se tenga el deber de soportar– y que exista relación de causalidad entre la actuación o no de la Administración y el daño, sin existencia, como se ha dicho con anterioridad, de causa alguna que rompa aquella (culpa de la víctima o de un tercero).

Respecto a la competencia para resolver, el artículo 21.2 s) de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, señala que son de competencia del alcalde «las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales» (llamada cláusula residual de competencia).

Si observamos el artículo 22, que se refiere a las competencias del pleno, no contempla la de resolver cuestiones referentes a la responsabilidad patrimonial de la Administración, de forma expresa.

Por otra parte, el artículo 41.17 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales señala como competencia del alcalde «disponer gastos dentro de los límites de su competencia y los expresamente previstos en las bases de ejecución del Presupuesto, ordenar todos los pagos que se efectúen con fondos municipales y autorizar los documentos que impliquen formalización de ingresos en Depositaria».

En conclusión, en principio es competencia del alcalde.

3. Comente, de forma razonada, las posibles ilegalidades existentes en el arrendamiento y en la venta del local perteneciente al ayuntamiento.

A) Respecto a la forma directa de adjudicación del arrendamiento, como es sabido, los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles quedan excluidos del ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.2

de la LCSP. Teniendo carácter y naturaleza de contratos privados y que van a regirse por la legislación patrimonial.

Sin embargo, si acudimos al Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, no vemos regulación alguna sobre el arrendamiento de un bien inmueble cuando la entidad local es arrendataria. Pues su artículo 92 regula exclusivamente el supuesto en el que la entidad local es arrendadora.

Por ello, entendemos que, pese a no tener consideración de legislación básica, puede aplicarse supletoriamente lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 33/2003, del patrimonio de las Administraciones públicas, en donde se contienen una serie de criterios que pueden resultar aplicables.

En lo que a nosotros aquí interesa, el artículo 124 establece el procedimiento para llevar a cabo ese arrendamiento, disponiendo que:

Los arrendamientos se concertarán mediante concurso público o mediante el procedimiento de licitación restringida regulado en el apartado 4 de la disposición adicional decimoquinta, salvo que, de forma justificada y por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la contratación debida a acontecimientos imprevisibles, o la especial idoneidad del bien, se considere necesario o conveniente concertarlos de modo directo.

Las propuestas de arrendamiento, así como las de novación y prórroga, serán sometidas a informe técnico, que recogerá el correspondiente estudio de mercado, y de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado.

De dicho precepto podemos extraer las siguientes consecuencias, en relación con el arrendamiento de inmuebles por parte de las entidades locales:

- Cuando existan varios inmuebles que puedan cumplir con los requisitos que debe reunir el local a juicio de la corporación (número de metros cuadrados, accesibilidad, situación, etc.), se solicitará oferta a todos los posibles arrendadores. Esto puede realizarse bien por un procedimiento abierto mediante anuncio de convocatoria o bien, si la oferta es limitada, mediante invitación para que presenten la oferta.
- Sin embargo, cuando se justifique en el expediente que solo un inmueble cumple los requisitos exigidos, podrá procederse a concertarlo de forma directa.

En cualquier caso, sería necesario un informe jurídico del secretario y un informe técnico en el que se recoja el correspondiente estudio de mercado, que tiene por objeto constatar que el precio que solicita el arrendador no está por encima del precio del mercado.

B) Respecto a que la venta la haya celebrado y acordado el alcalde, no es ajustado a derecho, porque, según la disposición adicional segunda, punto 9, de la LCSP, si la cantidad excede del 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto, la competencia es del pleno. Por tanto, se trata de un acto nulo de pleno derecho por incompetencia material, a tenor del artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común.

Ahora bien, al no estar prohibida la delegación por el artículo 22. 4, si el pleno delegó en el alcalde, no existiría vicio alguno.

C) Respecto a la venta directa del inmueble, el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales, en su artículo 112.2 exige la subasta, salvo permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 % del que lo tenga mayor.

Pero el artículo 137 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, que no tienen la consideración de legislación básica, pero que podría aplicarse como legislación supletoria, señala que se podrá acordar la adjudicación directa, entre otros, en los siguientes supuestos:

d) Cuando fuera declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación o estos resultasen fallidos como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de los mismos. En este caso, las condiciones de la enajenación no podrán ser inferiores de las anunciadas previamente o de aquellas en que se hubiese producido la adjudicación.

h) Cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal.

i) Cuando por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble.

Por tanto, si se acreditara algunos de estos supuestos, podría ser legal la venta directa.

D) La sociedad está participada, en un 60 % del capital social, por un concejal del ayuntamiento, con dedicación exclusiva.

El artículo 178.2 d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, señala que están incurso en incompatibilidad los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes. Es obvio que en el caso que analizamos no hay financiación del ayuntamiento, sino que el Ayuntamiento va a ingresar con la venta. Por tanto, en principio no hay causa de incompatibilidad.

Ahora bien, es claro que en la decisión de la venta que, como vimos con anterioridad, no correspondía al alcalde sino al pleno, deberá abstenerse por tener interés en el asunto y, si no lo hace, aparte de la recusación que puede ser planteada por cualquier otro interesado en la adquisición del bien cometerá una infracción grave contemplada en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno contemplada en el artículo 29.2 b), consistente en la intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas.

4. ¿Es posible tramitar en un único expediente la desafectación de unos terrenos y a la vez su permuta? ¿Se precisa proyecto para realizar un nuevo trazado de un camino?

Si lo que se pretende es un cambio de trazado de un camino, ello va a originar la necesidad de adquirir los terrenos por los que discurra el nuevo itinerario, así como enajenar los sobrantes por los que hasta ahora venía discurriendo su trayecto, a no ser que se pretenda dejarlos sin uso.

Para la obtención de los terrenos precisos para el nuevo recorrido se podría acudir a la expropiación; en donde cabría el pago en metálico o incluso en especie con los terrenos del camino que quedan en desuso. También sería posible la permuta, como parece ser la solución buscada para el presente supuesto.

En cualquiera de los casos, lo cierto es que se precisaría la alteración de la calificación jurídica del suelo que antes venía siendo destinado a ese camino. Exigiendo, ello, el correspondiente expediente de desafectación en el que se acredite la conveniencia, oportunidad y legalidad de dicha alteración, conforme el procedimiento previsto en el Real Decreto 1372/1986, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales, y según lo expuesto en el artículo 81.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

En cuanto a la posibilidad de tramitar, en un único expediente, la desafectación de los terrenos del camino fuera de uso y, a la vez, su permuta, debemos dar una respuesta negativa.

En primer lugar, no debemos olvidar que la permuta es una forma de enajenación directa de los bienes, solo pudiendo hacerse con respecto a los calificados como patrimoniales. De esta forma, solo una vez desafectados los terrenos, habiendo perdido su condición de dominio público, sería posible su enajenación o permuta.

En este sentido, incluso la normativa que regula las haciendas locales apoya la tramitación previa del expediente de desafectación al de permuta. Así, el artículo 3.4 del Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, que, al definir lo que se entiende como ingresos de derecho privado, recoge el importe obtenido en la enajenación de bienes integrantes del patrimonio de las entidades locales como consecuencia de su desafectación como bienes de dominio público y posterior venta.

A su vez, es claro la nulidad de la permuta de unos terrenos en relación con un camino perteneciente al dominio público y con uso público, al no observar la exigencia legal de que la alteración de la calificación jurídica de sus bienes fuera hecha previo expediente acreditativo de su oportunidad, necesidad y conforme a la legislación vigente.

En cuanto al procedimiento para alterar el trazado de este camino, consideramos que pasa por la redacción de un proyecto técnico que deberá ser aprobado inicialmente por el pleno, y tras su exposición al público, aprobarse de una forma definitiva.

A este respecto, debemos tener en cuenta que, conforme el artículo 8.4 a), hay determinados supuestos en que la alteración de la calificación jurídica se produce automáticamente, como con la aprobación definitiva de planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios. Ello quiere decir que si el nuevo trazado del camino es fruto de un proyecto legalmente aprobado, no sería necesario tramitar expediente de desafectación, sino que esta se produciría de una forma tácita. Así, tras la aprobación del proyecto del nuevo trazado se podría tramitar directamente el correspondiente expediente de permuta.

5. Efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de ordenanza municipal.

De partida consideramos oportuno subrayar que las medidas de participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos son aplicables al proceso de aprobación de las ordenanzas municipales, cuyo procedimiento administrativo se regula en el artículo 49 de la Ley 7/1985, LRBRL. Este procedimiento incluye las siguientes actuaciones:

a) Aprobación inicial por el Pleno; b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias; c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno. En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado durante el acuerdo hasta entonces provisional.

Con base en la previsión del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), vendría ahora a adicionarse una previa consulta pública, incardinada en el seno de las medidas implementadas dentro de la denominada «regulación inteligente» o «*better regulation*».

Por tanto, con el objetivo final de mejorar la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas, encontramos tres trámites de pública intervención: consulta previa, audiencia e información pública. Con la particularidad de que la consulta se articulará a través del portal web (no sede electrónica, en principio), con el objetivo de recabar aportaciones adicionales por las personas, esto es, físicas o jurídicas.

Se indica en el precepto, y en lo que interesa especialmente a la consulta, que:

Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Es de destacar que se emplea por el artículo 133 de la LPAC la expresión recabarán, y no la optativa de que podrán recabar u otra forma análoga; lo que confiere a la actuación una naturaleza imperativa y no potestativa para la Administración, salvo que se justifique de modo motivado (art. 35 LPAC), que se trata de algunas de las excepciones contempladas en el precepto.

No es baladí al caso el destacar que la norma hace referencia al sometimiento a consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, tendente con ello a obtener una participación eficaz y real sobre el futuro texto, en el entendimiento de que el mismo aún no ha sido elaborado. Nos atrevemos a manifestar que, en caso contrario, muy probablemente se limitarían seriamente posibles modificaciones o alteraciones al mismo.

Estamos, por tanto, ante un trámite de especial relevancia, el cual debe ser previo al sometimiento del propio borrador de ordenanza, a los efectos de audiencia, cabe entender, consejo sectorial correspondiente, en su caso; dado que son destinatarios privilegiados de la consulta «los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente».

Repárese que el párrafo primero del referido artículo 133 de la LPAC se refiere a los destinatarios de la consulta, y lo hace desde dos concepciones. En primer lugar, una referencia amplia (y muy indeterminada), pues por sujetos debiera o pudiera entenderse, según el Diccionario de la Real Academia Española, aquellos expuestos a la norma, o bien parte obligada (desde una concepción centrada en la cualidad o condición de sujeto pasivo de la misma); y, en segundo término, una más singularizada, pues se centra ya en las organizaciones más representativas desde el punto de vista de la futura normativa (a mero título de ejemplo piénsese en asociaciones de consumidores, o en su caso determinados colectivos, y por qué no las representaciones sindicales).

Ciertamente, la finalidad teleológica del momento temporal donde se inserta la consulta previa denota su clara voluntad de conseguir que los potenciales destinatarios de la norma

y de aquellos que deseen formular opinión puedan manifestarse con carácter previo a que se confeccione el propio borrador o proyecto. Y, ello, en el plazo de 20 días hábiles previstos en el artículo 83 de la LPAC, según la valoración del consejo consultivo en su Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana núm. 752/2017, de 21 de noviembre (al ser la opción más garantista para el ciudadano).

Consecuencia de lo adverbado es que el trámite de consulta deberá efectuarse en todo caso (salvo expresa motivación y justificación de las razones que avalan su no sometimiento) y con carácter previo a la audiencia prevista en el apartado segundo del precepto comentado. Lo que implica que en rigor jurídico debamos advertir de los riesgos que se asumen de continuar con el procedimiento administrativo tendente a la aprobación definitiva de la ordenanza sin haber dado cumplimiento a dicha consulta pública, que pudiera viciar las actuaciones sucesivas en el seno del procedimiento.

Analiza la autora el dictamen del Consell, y entre otros interesantes aspectos, la posibilidad de que a juicio del consejo consultivo se prescindiera del trámite de consulta pública en el seno del procedimiento de aprobación/modificación de las ordenanzas fiscales, sobre la base de la disposición adicional primera de la LPAC. Recordemos que esta disposición regula las especialidades por razón de la materia y establece que los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales. Ley especial que, a estos efectos, sería el Real Decreto legislativo 2/2004 (TRLHL), en cuyos artículos 16 y siguientes contempla el procedimiento para la aprobación y modificación de las ordenanzas fiscales.

Defiende el dictamen que a idéntica conclusión habría que llegar en relación con los instrumentos de planeamiento urbanístico, respecto a los que habrá que estar a lo que disponga la normativa sectorial.

Sería, por tanto, una posibilidad el que se analizara si se está en presencia de un procedimiento administrativo regulado en leyes especiales, y que permitiría excepcionar del trámite de consulta previa.

Recordemos que con base en el propio artículo 133 de la LPAC solo cabe prescindir de los supuestos de consulta, audiencia e información pública, en los tasados supuestos contemplados, con carácter excepcional, en la norma. A saber: elaboración de normas presupuestarias, elaboración de disposiciones organizativas de las Administraciones públicas y sus órganos dependientes, y cuando concurren razones de interés general.

Puede prescindirse además cuando concurren una serie de conceptos jurídicos indeterminados, cuales son: que no tenga un impacto significativo en la actividad económica, cuando no imponga obligaciones relevantes a los ciudadanos, o cuando únicamente regule aspectos parciales de una materia.

Recae en el área o departamento a quien compete la elaboración del borrador de la norma la valoración justificada de la concurrencia de tales circunstancias. Debiendo quedar reflejado de modo ilustrativo en la memoria confeccionada; pues es regla general en el ámbito de procesos participativos.

Que sepamos, no existe jurisprudencia respecto de la aplicación del nuevo precepto de una también reciente ley; pero aplicando al supuesto la doctrina del Tribunal Supremo con relación a la ausencia de audiencia (no consulta) en el trámite de aprobación/modificación de una ordenanza municipal, nos parece de interés traer a colación la STS de 28 de marzo de 2007, la cual destacaba el carácter esencial del trámite de información pública en el procedimiento de aprobación o modificación de ordenanzas fiscales. Se indicaba que:

Dicho trámite o requisito de la «exposición», por excesivamente formalista que parezca, no es, dentro de ese marco de garantías en favor del administrado que proclama la Constitución, un elemento procedimental de observancia discrecional, sino de cumplimiento legalmente reglado, pues, cuando se trate de disposiciones, como las de los autos, que excedan del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa y puedan afectar de forma seria e importante a los intereses de los, en este caso, contribuyentes, en el mecanismo complementario de su comunicación general (junto a la publicación en el Boletín Oficial) habrá de estimarse preceptivo. Imperatividad que se confirma, asimismo, atendiendo a otros dos criterios complementarios: el de que la finalidad del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones generales es la de garantizar «la legalidad, el acierto y la oportunidad» de las mismas y, bajo este prisma, la «exposición» cuestionada es un elemento esencial, a la hora de asegurar tales objetivos; y el principio de que la interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución exige, a tenor de su artículo 9.2, la concesión de la posibilidad de la participación ciudadana en la forma y en los supuestos establecidos en el subsiguiente artículo 105 a).

Hemos analizado que la consulta previa (al igual que el trámite de audiencia) tiene naturaleza reglada, y comparte como elemento común con dicho trámite (audiencia), el ser manifestación de la participación ciudadana prevista en la Carta Magna (art. 105 a), sin obviar que la propia LRBRL, en su artículo 69, contempla como deber de las corporaciones locales facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.

En consecuencia, estando en presencia de un requisito esencial y obligatorio (salvo justificación adecuada y motivada de su no aplicación al supuesto, su ausencia provocaría un vicio de nulidad con base en el artículo 47.1 e) de la LPAC.

A pesar de no estar en puridad ante un trámite de audiencia sino de consulta, creemos que la intención del legislador es clara en cuanto a través del mismo se pretende ampliar las posibilidades de participación de la ciudadanía en el seno del procedimiento. Contribuyendo, con ello, a la participación en los asuntos públicos. Lo que implicaría el carácter

invalidante de una actuación municipal que sin la debida justificación y motivación al expediente (art. 70 LPAC) avale el prescindir de un trámite preceptivo con carácter general.

Por tanto, si se ha omitido la meritada transparencia y participación ciudadana que se lograría a través del trámite general y preceptivo de consulta previa a la aprobación de una ordenanza municipal, sería aconsejable, fruto del riesgo de concurrencia de una causa de invalidez en el procedimiento administrativo, que, de interponerse recurso sea estimado y, en consecuencia, se acuerde retrotraer las actuaciones administrativas a la fase del procedimiento previa a la formulación de la consulta pública, permitiendo con ello servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al derecho. En otro caso, procedería la revisión de oficio de la ordenanza a tenor del artículo 106.2 de la LPAC.

Para el caso de estimarse oportuno por la corporación continuar con las actuaciones en el procedimiento, entendemos que deberá quedar suficientemente justificado en el expediente administrativo –especialmente en la memoria, así como a través de los informes pertinentes– la innecesariedad del sometimiento a consulta pública previa, exponiéndose las razones o causas que justificarían tal ausencia.

6. Si un vecino solicita que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle, ¿se han de entregar?

La regulación del acceso de los administrados a los expedientes administrativos pivota sobre una doble variante, según la condición que ostente el solicitante de la información: si se trata de un interesado en el procedimiento de que se trate o si no resulta acreditado interés legítimo. Pero también podemos relacionar esta variante con otra distinta: si el expediente está en tramitación o se encuentra concluido.

La Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, en su artículo 13 d) reconoce el derecho de todos los ciudadanos «al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico». El concepto de «ciudadano» abarca a un segmento poblacional mucho más amplio que el del interesado en el procedimiento, pues solo tendrán este carácter quienes acrediten la concurrencia de alguno de los tres supuestos del artículo 4.1 de la LPAC.

Es evidente que todo interesado es ciudadano a los efectos regulados en la legislación básica de procedimiento administrativo; pero no todo ciudadano es interesado. Y el concepto de interesado no se identifica exclusivamente con ser promotor del procedimiento de que se trate o titular del derecho u obligación que constituya su objeto; de modo que también será interesado quien «sin haber iniciado el procedimiento, tenga derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte» y aquel «cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

Identificado quién puede ostentar la condición de interesado en un procedimiento admitido y que puede tener tal condición un tercero que no sea promotor o no sea titular del derecho u obligación que constituya objeto del procedimiento, debe diferenciarse el ámbito objetivo de la información a la que tengan acceso. El artículo 13 d) de la LPAC, respecto a los ciudadanos, hace referencia a la información pública, archivos y registros; lo que implica que ha de tratarse de expedientes administrativos concluidos, es decir, que no se encuentren en tramitación.

Sin embargo, el artículo 53.1 a) de la LPAC, respecto de los interesados en un procedimiento administrativo, establece que tienen derecho a

conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos; es decir, tienen derecho al acceso de los expedientes en tramitación.

La remisión que el artículo 13 de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, nos lleva a su artículo 12, que dispone que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución, desarrollados por esta Ley». La expresión «todas las personas» es equivalente en este caso con el concepto de ciudadanos de la Ley de procedimiento administrativo. Y el artículo 13, de la misma Ley de transparencia, define la información pública como «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

A partir del régimen jurídico transcrito, podemos mantener que un ciudadano, vecino de una calle, tiene derecho al acceso a la información pública constituida por los expedientes de licencias de obra tramitados y concluidos en su misma calle; sin necesidad de acreditar su condición de interesado a los efectos establecidos en el artículo 53.1 a) de la LPAC, pues no está solicitando información de expedientes en tramitación.

Únicamente serán de aplicación al solicitante los límites de acceso a la información pública en aplicación de los artículos 14 y 15 de la Ley de transparencia; referidos a los datos personales que obren en los expedientes administrativos y los que resulten de la Ley de propiedad intelectual respecto de los proyectos de obra.

El derecho de acceso a la información pública, o publicidad pasiva, no se identifica con la acción pública en materia de urbanismo, regulada esta en el artículo 62 del Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

de suelo y rehabilitación urbana: «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística».

La acción pública constituye una herramienta que atribuye legitimación activa para el reconocimiento y defensa de la legalidad; mientras que la publicidad pasiva constituye solamente derecho al acceso a la información pública.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 9 y 105.
- Ley Orgánica 5/1985 (Régimen electoral general), art. 187.2.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 21.2, 22, 49, 69 y 81.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 123, 124 y 137.
- Ley 19/2013 (Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 12, 13, 14, 15 y 29.2 b).
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4.1, 13, 47.1, 53.1, 70, 83, 106 y 133.
- Ley 40/2015 (LRSP), art. 32.
- Ley 9/2017 (de contratos del sector público), arts. 9.2, 17, 99.2, 118.3, 119, 159, 167, 168, 196, 308, disp. adic. 2.^a y 41.^a.
- Real Decreto legislativo 2/2004 (TRLHL), art. 3.4.
- Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana), art. 62.
- Real Decreto 1372/1986 (Reglamento de bienes de las entidades locales), arts. 8.4, 92 y 112.2.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), art. 41.17.
- STS, Sala 3.^a, de 28 de marzo de 2007, rec. núm. 1913/2002.
- Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana núm. 752/2017, de 21 de noviembre.

Acto de graduación del CEF.- y la UDIMA y reconocimiento a los opositores

Madrid

El Palacio Municipal de IFEMA en Madrid acogió un año más el acto de graduación para poner el broche a otro año académico en el Grupo Educativo CEF.- UDIMA. El tradicional *Veni Creator*, para abrir, y el *Gaudeamus igitur*, para cerrar el acto, escenificaron brevemente el orgullo y esfuerzo de los 3.171 graduados y alumnos de máster del curso 2021-2022. Una jornada de celebración encabezada por los presidentes del Grupo Educativo, Arancha y Arturo de las Heras, así como por la rectora de la UDIMA, Concha Burgos; su secretario general, Eugenio Lanzadera, y el padrino de la promoción, el profesor y periodista Francisco Marhuenda.



Panorámica de la mesa presidencial

Condujeron el acto de graduación el director de Comunicación del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Luis Miguel Belda, y la coordinadora de oposiciones *online* del CEF.- Benilde Álvarez.

Eugenio Lanzadera tomó en primera instancia la palabra para iniciar las felicitaciones a los alumnos y repasar el año académico que se cierra, dijo, con un balance positivo: 4.147 estudiantes de grado, 4.535 de máster y unos 8.000 de títulos propios universitarios no oficiales. El secretario general dio las gracias

a los alumnos titulados y animó a quienes aún no lo han logrado. «Gracias porque sois el músculo de nuestra universidad», señaló, «permitiéndonos que nos desarrollemos como profesionales tanto a nivel docente como investigador».

También dio las gracias a los más de 300 profesores electos y colaboradores que hacen posible este «equilibrio entre la docencia, la investigación y la transferencia del conocimiento». Un binomio, docencia e investigación, que vertebró las posteriores intervenciones. Subrayó el atractivo de la inteligencia y cerró con un sentido homenaje a los estudiantes que desgraciadamente han fallecido a lo largo del curso, y que, afirmó, «son un ejemplo de superación»: «Ángel, estudiante de Historia, Antonio, de Informática, Ricardo, de Criminología, Fede, de Psicología, y nuestra querida compañera Begoña, que también estudiaba el Grado en Criminología».



Eugenio Lanzadera, secretario general de la UDIMA



Concha Burgos, rectora de la UDIMA

En consonancia con la puesta en valor de Lanzadera sobre el talento, que «si no se desarrolla, se pierde», intervino a continuación la rectora de la UDIMA. Concha Burgos acentuó la relevancia de la formación continua ante el futuro incierto que nos dibuja el contexto económico y geopolítico internacional. En esas aguas, aseguró, los alumnos del Grupo CEF.- UDIMA han demostrado su capacidad de resiliencia ante las adversidades que nos deparan. Y añadió: «Además del conocimiento técnico esperamos haber formado no solo buenos profesionales, sino también personas con capacidad crítica, sólidos valores y la determinación para crear un mundo mejor».

La universidad no queda «petrificada»

Alegando el gran honor de intervenir como padrino de los egresados, el doctor en Derecho y periodista Francisco Marhuenda compartió su visión de la educación. Desde pequeño se le inculcó la capacidad que tiene como «ascensor social» y como sentido mismo de un camino de mérito y esfuerzo, y que no termina, sino que se mantiene a lo largo de toda la vida. El director del periódico *La Razón* destacó el papel fundamental que tiene en ese camino la universidad, y cuya función es clave para lograr una sociedad «más dinámica».

Para que nuestro país sea competitivo debe nutrirse de universidades con profesores que no sean ajenos a la realidad que les rodea, continuó. Buena prueba de ello son los países en los que el sistema universitario «piensa en los alumnos»,



El padrino de la promoción, Francisco Marhuenda

pues han afrontado mejor las crisis. Esto se debe a que no solo han apostado por lo que realmente les llena como docentes, sino que han buscado ante todo dar herramientas a sus egresados para que puedan resolver los problemas en el futuro.

Un futuro que no sabe cómo será, pero seguro que «no sin esfuerzo y sacrificio», y donde esa doble labor docente e investigadora, de transmisión del conocimiento, nunca podrá ser sustituida por una máquina. Los tiempos cambian pero la universidad «no queda petrificada», como demuestra la preocupación por temas como el medio ambiente, mucho más ajenos hace unos años. Se adapta y mantiene el papel de servicio público de sus profesores y doctores. Esos que se «preocupan, investigan y atienden a sus alumnos» son los que necesita la sociedad. «Seguid formándoos, os hará mejores personas para seguir adelante».

Ni pandemia, ni crisis: «no tiramos la toalla»

En representación de los estudiantes de grado, y como protagonista de uno de los momentos más emotivos del acto, subió al atril Melody Rodero. La ya criminóloga relató su duro camino, luchando contra una enfermedad neurológica, y poniendo en sus palabras el reconocimiento al esfuerzo de todos los alumnos que, como ella, alcanzaron su objetivo. Muchos compaginándolo con trabajos o labores en el campo, hijos o cargas familiares. Pero ni la pandemia ni la crisis «nos ha hecho tirar la toalla».



En representación de los graduados intervino Melody Rodero

«Casi todos nos hemos sentidos apoyados por nuestra familia y los profesores de la UDIMA. Gracias a todos por el respaldo y la confianza depositados en nosotros», cerró tras dedicar su triunfo a su difunto padre y recibir la sentida ovación de los asistentes.

Tras el paso de los egresados por el escenario, el presidente del CEF.- Centro de Estudios Financieros, Arturo de las Heras, se sumó a las felicitaciones a los estudiantes. Aprovechó para recordar la importante efeméride que coincidía con el acto: el inicio del 45.º aniversario del Grupo CEF.- UDIMA, que desde la primera piedra puesta por Roque de las Heras en 1977 (también presente en el acto), ha construido una institución educativa de referencia «haciendo bien las cosas sin que nadie esté mirando», citó Arturo.



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-

El presidente aplaudió la dupla profesional y docente que desempeñan muchos de los profesores del Grupo Educativo,

y alentó a los titulados a formar parte no solo de los ya más de 600.000 estudiantes de la institución, sino también de los que se hermanan con ella a través de la asociación Alumni+ CEF.- UDIMA de antiguos alumnos.

«Aprenderemos y creceremos»



Por parte de los titulados de máster intervino Monserrat Acebes

Además de celebrar el formato y la fama que la llevaron a elegir la UDIMA, Montserrat Acebes dedicó sus palabras al exigente camino recorrido y la capacidad de superar el que queda. Ya como abogada y en nombre de los compañeros de máster, valoró el apoyo de la familia y los profesores en un formato de estudio donde uno debe ser «muy autoexigente». Y valoró que, si el futuro es incierto, y ahora comienzan nuevas etapas (que «asustan»), ellos deben pensar en el incentivo y ganas de crecimiento que supone, de descubrir nuevos conocimientos. «Por más miedo que tengamos, aprenderemos y creceremos».



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA

Selló el acto la presidenta de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, Arancha de las Heras, dedicando su agradecimiento a todos: «Sin el esfuerzo compartido entre vosotros, el profesorado y el personal de administración y servicios no sería posible celebrar un día como hoy». Asumió que el crecimiento patente de los egresados «debe continuar» en un mundo que exige «que el mañana sea mejor que hoy».



El violinista Pablo Navarro

«Gracias porque con vuestro crecimiento académico y profesional nuestra institución también ha crecido», concluyó antes del cierre final con la sesión musical del violinista Pablo Navarro, acompañado de *DJ*, piano y batería.

Alberto Orellana

(Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA)

Barcelona

Con Javier García Ortells como nuevo director de CEF.- UDIMA en Barcelona, tras 36 años de Enrique Cañizares al frente, la institución académica celebró el solemne acto de graduación de los estudiantes del curso 2021-2022, que fue presidido por Arancha de las Heras, presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, y que contó con Jaime Ozores, socio director de Odgers Berndtson, como padrino de la promoción.

Como es costumbre, se rindió homenaje a los alumnos que cursaron sus estudios de máster en la sede de Barcelona, los de grado y máster de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, que eligieron el centro

de Barcelona para asistir a su graduación, y los opositores que aprobaron su oposición a lo largo del curso académico y que se encuentran en la capital de Cataluña, en representación de todos sus compañeros que están realizando el curso de formación o en sus destinos asignados.



Mesa presidencial del acto



Javier García Ortells, director del CEF.- Barcelona

García Ortells dio la bienvenida a los egresados y a los opositores, sus familiares y amigos, a quienes animó a tomar un papel protagonista en el cambio social y profesional del presente y del futuro próximo, al tiempo que agradeció la confianza depositada en el CEF.- y la UDIMA para su preparación académica, entre ellos, la del jefe de estudios Salvador Rius, quien amplió su currículum con un MBA.

El padrino de la promoción, Jaime Ozores, uno de los más reputados «cazatalentos» en España, cifró en tres las claves de lo que persigue la empresa actual: un aviso para navegantes para que los potenciales empleados puedan desarrollar cada uno lo mejor de sí mismos.

Así, Jaime Ozores habló de la sostenibilidad, en el sentido de la perduración en el tiempo y el legado que vamos a dejar a los que vengan, como algo fundamental; de la diversidad:



El padrino de la promoción, Jaime Ozores

«seréis líderes y gestores de la diversidad», dijo, no solo en alusión a la diversidad de género basada especialmente en reconocer el talento femenino, sino también a la generacional, a cómo gestionar diferentes generaciones dentro de la propia organización, y la que se basa en el liderazgo digital, que no solo consiste en saber manejarse con la nueva tecnología, sino en desarrollar convenientemente las competencias digitales, de comunicación e interacción con los demás. Por último, el padrino de esta nueva promoción aludió al liderazgo de valores, e invitó a los egresados a ser auténticos y, sobre todo, a arriesgar, porque, afirmó, «el mundo es para los valientes».

Pilar Gámez fue la siguiente en intervenir, quien, en su calidad de jefa de estudios de Másteres, nombró uno a uno a los alumnos graduados, los cuales subieron al estrado para ser felicitados por los componentes de la mesa presidencial.



Pilar Gámez, jefa de estudios de másteres



Anna Ayats intervino en nombre de los profesores

A posteriori dio paso a la primera de las ponentes, la profesora Anna Ayats, quien, en nombre de los profesores, reconoció de los estudiantes el sacrificio y la constancia demostradas hasta llegar hasta aquí, especialmente a los opositores, quienes, en su opinión, merecen un reconocimiento especial. La profesora Ayats animó a los alumnos a trabajar en aquello que realmente les guste y puso todos los servicios del CEF.- y la UDIMA en Barcelona a su disposición, animándoles a utilizarlos y contar siempre con el cuadro docente y directivo. Concluía su discurso dedicando unas emotivas palabras hacia Enrique Cañizares, a quien deseó lo mejor en esta nueva etapa,

y también a Fuensanta Cabello, por la labor realizada como nueva jefa de estudios de oposiciones a lo largo de este año.

Tomaba después la palabra, en nombre de los alumnos, Salvi Jacobs, quien agradecía al CEF.- y la UDIMA la preparación recibida, justificada especialmente por el profesorado, ya que «posee la combinación perfecta de conocimiento mezclado con una alta capacidad para la docencia». Concluyó su intervención compartiendo esta reflexión: «El conocimiento adquirido a través de la formación nos llevaba a poder ser dueños de nuestro propio destino».



En representación de los alumnos subió al atril de oradores Salvi Jacobs

En representación de los opositores, tomaba la palabra el recién aprobado opositor a Subinspección de Empleo y



Por los opositores intervino
Javier Haro

actual profesor del CEF.- Javier Haro, quien puso en valor el acompañamiento de los profesores a sus alumnos, especialmente en los malos momentos, adversidades, frustraciones y fracasos en el camino y por haberles enseñado a superarlos. No quiso Haro dejar pasar la oportunidad de reconocer la labor de su preparadora, Carmen Martos, «por la paciencia y el compromiso demostrado».

Por último, se distinguió a Alesander Berzosa, del grupo CaixaBank, por la confianza depositada en el CEF.- y la UDIMA en la Ciudad Condal, en lo referente a la formación continua

de sus empleados. Berzosa agradeció en nombre de la entidad el reconocimiento que se le otorgaba como institución comprometida con la formación y destacó el marco de la formación continua en las organizaciones.



Se distinguió a Alesander Berzosa,
del grupo CaixaBank

En la despedida del solemne acto, la presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Arancha de las Heras, felicitó a profesores, personal de administración y gestión, y, por supuesto, a los alumnos por el éxito conseguido, destacando que esto no era ni mucho menos el final, sino el principio, y animando a todos los presentes a seguir conectados con el CEF.- a través de los servicios que este brinda, como Alumni+ CEF.- UDIMA (la Asociación de Antiguos Alumnos). Por supuesto, también a que se conecten con la Bolsa de Trabajo y Emprendedores, la revista *Conectados* y con los contenidos especializados que difunde el CEF.- y la UDIMA a través de sus distintas publicaciones sectoriales.



Arancha de las Heras, presidenta
del Grupo CEF.- UDIMA



El grupo Violins-trío

Al cierre del evento, los congregados tributaron un aplauso al presidente fundador del grupo educativo, Roque de las Heras, presente en este evento, así como a Enrique Cañizares, quien durante décadas dirigió el centro barcelonés.

Las interpretaciones del grupo Violins-trio, integrado por mujeres violinistas, acompañaron en todo momento el evento, que tuvo lugar en el Auditorio AXA.

Alberto Orellana

(Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA)

Valencia

La importancia de la formación continua sobrevoló la celebración institucional del acto de graduación de los egresados y opositores del CEF.- y la UDIMA en Valencia del Curso 2021-2022, durante el cual directivos, profesores y alumnos pusieron el acento en la oportunidad que representa la adquisición de conocimientos para el desarrollo personal y profesional de cada estudiante.

El solemne acto se celebró el 28 de septiembre en el Hotel Balneario Las Arenas (Valencia), donde, como



Mesa presidencial del acto



Elena Albarrán, jefa de estudios del CEF.- Valencia

es costumbre, se rindió homenaje a los alumnos que cursaron sus estudios de máster en la sede de Valencia, los de grado y máster de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, que eligieron el centro de Valencia para asistir a su graduación, y los opositores que aprobaron su oposición a lo largo del curso académico y que se encuentran en la capital de la Comunidad Valenciana, en representación de todos sus compañeros que están realizando el curso de formación o en sus destinos asignados.

El acto estuvo dirigido por Elena Albarrán, jefa de estudios del CEF.- Centro de Estudios Financieros en Valencia, y presidido por Arturo de las Heras, presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

En esta ocasión, Francisco Javier Quiles, director de Relaciones Externas de Consum Cooperativa Valenciana, ejerció de padrino y, durante su intervención, mencionó la importancia de la formación continua como factor clave de la promoción profesional y de su influencia en el desarrollo de una sociedad mejor y más comprometida.



El padrino del acto, Francisco Javier Quiles

Por su parte, David Benavent, profesor de CEF.- UDIMA Valencia, habló en nombre del resto del profesorado de la escuela de negocios. Lo hizo para compartir aspectos de su vida personal y de su primer contacto con el CEF.-, donde se formó, y de cómo en los primeros años de vida laboral se le abrieron las puertas gracias a dicha formación. Concluyó celebrando que, con el tiempo, se convirtió en un profesor más que comparte su experiencia y conocimientos en las aulas del CEF.- y la UDIMA en Valencia.



En nombre del profesorado intervino David Benavent

Algo en lo que incidió, con carácter general, el director de

Raquel Porcar, jefa de estudios de Oposiciones en Valencia, destacó en su discurso el esfuerzo y dedicación que supone la preparación de una oposición, pero también la gran recompensa que significa obtener la plaza buscada. Algo en lo que incidió, con carácter general, el director de la sede del grupo educativo en Valencia, José Pedro Valero, quien puso en valor la importancia del esfuerzo y el trabajo continuo, ya que el talento, dijo, «por sí solo no es suficiente» para el dominio de cualquier habilidad o capacidad.



Raquel Porcar, jefa de estudios de Oposiciones en Valencia



José Pedro Valero, director del CEF.- Valencia

Los alumnos fueron, en realidad, los auténticos protagonistas de este evento. Así, María Ángeles Félix Orts, alumna del Máster en Dirección y Gestión de Recursos Humanos, quien habló en nombre de todos los alumnos egresados, abordó la importancia de la formación en el desarrollo profesional y en la estabilidad laboral. De igual modo, compartió su experiencia personal en el CEF.- UDIMA valenciano.



En representación de los egresados dio su discurso María Ángeles Félix

a todos los alumnos que habían superado el curso y a los opositores que habían obtenido una plaza, al tiempo que comentó los resultados del Grupo Educativo CEF.- UDIMA en el último curso.

Durante el acto tuvieron lugar distintas intervenciones musicales por parte del grupo Arias Opera di Roma, finalizando el acto con el tradicional y emotivo *Gaudeamus igitur*.

Fernando Moreno, alumno opositor a Secretarios-Interventores de la Administración Local, comentó cómo había sido su etapa de opositor en el CEF.- y su satisfacción por aprobar la oposición deseada.

En su alocución, animó a los asistentes a no conformarse nunca ni temer la asunción de riesgos en el desarrollo profesional. Prueba de ello es su propia experiencia, ya que tras trabajar en diversas multinacionales, decidió preparar una oposición con 45 años, logrando plaza en la última convocatoria.

Cerró el acto Arturo de las Heras, quién rindió homenaje por su esfuerzo y dedicación



Por parte de los opositores, Fernando Moreno



Arturo de las Heras, presidente del Grupo CEF.- UDIMA



El grupo Arias Opera di Roma

Redacción CEF.- Media

Vigo

El Centro de Iniciativas Profesionales CiP celebró el 30 de septiembre en Vigo la XXIX entrega de diplomas de sus másteres en el Círculo de Empresarios de Galicia. Por primera vez, a la ceremonia se sumaron los alumnos del resto de titulaciones de grado y máster que completaron sus estudios *online* a través de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA.

El evento protocolario y académico acogió en Vigo a aquellos estudiantes vecinos de Galicia y comunidades próximas, egresados en el CEF.- y la UDIMA, como alternativa a las tres restantes sedes: Madrid, Barcelona y Valencia, con el fin de que les resultara más cómodo su desplazamiento.

Al acto asistieron el presidente-fundador del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Roque de las Heras; la teniente de alcalde y exministra, Elena Espinosa; la delegada de la Xunta de Galicia, Marta Fernández; el jefe territorial de



Mesa presidencial del acto

de Educación, César Pérez; la jefa territorial de Empleo, Marta Mariño; el presidente de la Confederación de Empresarios de Pontevedra, Jorge Cebreiros, y el presidente del Grupo CiP, Pedro Rey.



Roque de las Heras, presidente fundador del Grupo CEF.- UDIMA

En este acto, los graduados y posgraduados recibieron los diplomas correspondientes a las dobles titulaciones, fruto de los convenios que mantiene el CiP con la Universidad UDIMA y con el CEF.- Centro de Estudios Financieros.

«En su empeño por promover una enseñanza de posgrado de alto nivel y ante la necesidad de profesionales especializados en el ámbito fiscal», explicó a CEF.- Media el presidente del CiP, Pedro Rey, el Máster en Asesoría Fiscal,



El presidente del CiP Pedro Rey



Panorámica de los asistentes al acto

que cumple su 29.^a edición, «ha proporcionado profesionales expertos a los despachos y consultoras más prestigiosos».

El CiP es centro colaborador del CEF.- desde 1991 y posteriormente de la UDIMA. Su oferta formativa especializada se ha convertido, en el transcurso de estas tres décadas, en una de las más reconocidas del norte de España.

Redacción CEF.- Media / Comunicación CiP

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 subepígrafes 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.



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas (*in company*)

Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 14.425

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 342.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Bolsa de Trabajo y Emprendedores



Desde nuestros orígenes, hemos tenido como lema **“formación para el empleo”**, y por ello consideramos este servicio como un pilar fundamental para nuestras acciones formativas, pues todas van dirigidas a buscar empleo a nuestros alumnos o a mejorar el que ya poseen.

Anualmente, se gestionan más de 4.500 ofertas de empleo de distintos perfiles: directivos, técnicos, júnior, becarios, etc. También te ayudamos a hacer tu currículum más atractivo, a preparar tu entrevista o a emprender tu propio proyecto. Es un servicio gratuito tanto para los estudiantes como para las empresas.

Son muchas las ventajas de la Bolsa de Trabajo de las que nuestros alumnos se benefician, entre ellas:



+4.500 convenios con empresas



Jornadas y eventos para mejorar la empleabilidad



Orientaciones laborales individuales



Simulaciones de dinámicas de grupo y entrevistas personales

Algunas de las empresas con las que colaboramos:

BBVA

Sanitas

AVIS

Alcampo

HAYAS MEDIA GROUP

AENOR

aena

ACCOR HOTELS

SACYR

Canon

El Corte Inglés

Deloitte.

CUATRECASAS

CEPSA

endesa

FREMAP

IBERIA



Tu Casa

Nestlé

Santander

NH HOTELS

Microsoft

randstad

PROSEGUR

PARADORES

L'ORÉAL

SIEMENS

YVES ROCHER

SONY

EY

BDO

ManpowerGroup

ATRESMEDIA

BROSETA

KPMG