

InDret

Revista para el análisis del derecho

3.23

-
Julio de 2023

Sumario 3.23

Editoriales

- ***¿Hasta qué punto son conductas neutras los servicios de Google, Facebook o Twitter?***
Jesús-María Silva-Sánchez i-iii
- ***¿Tienen género las garantías del proceso penal?***
Elena Larrauri iv-viii
- ***Vino viejo en odres nuevos***
Carlos Ignacio Gómez Ligüerre ix-xv
-

Derecho privado

- ***Problemas no resueltos de los consejeros independientes en España: El caso Indra y el sometimiento de los independientes***
María Gutiérrez Urtiaga y Maribel Sáez Lacave 1-54
- ***Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial***
Miquel Martín Casals 55-100
- ***La venta de unidad productiva de la empresa en crisis***
Especial referencia al mecanismo de prepack concursal
Juan Flaquer Riutort 101-167
- ***Efectos de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de sincronización audiovisual de fonogramas***
Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19), caso «Atresmedia»
Rafael Sánchez Aristi 168-216
- ***Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad***
El alcance de la interpretación de las disposiciones mortis causa con cláusulas favorecedoras de los cuidados
Antonia Nieto Alonso 217-272
- ***Sentencia firme e indignidad para suceder***
Clara Gago Simarro 273-296

-

***Marco obligacional de los prestadores de servicios
básicos de intermediación***

***Regulación asimétrica de la DMA para las grandes
plataformas digitales***

297-328

Juan Francisco Rodríguez Ayuso

-

Algorithmic Pricing

***The Current State of Affairs from a Law and Economics
Perspective***

329-395

Adrianus van Heusden

-

***Fundamento de la legítima. De la solidaridad
patrimonial a la solidaridad en los cuidados
personales***

396-429

Sonia Martín Santisteban

-

Derecho Penal

-

Agresión sexual por engaño

***Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del
consentimiento sexual***

430-466

Ivó Coca Vila

-

***«Ojos que no ven, corazón que no siente»: los
llamados «casos puros»***

467-518

Alejandro Turienzo Fernández

-

***Unidad de conducta y resultados múltiples como
concurso «real».***

***Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno
del Tribunal Supremo de 2015***

519-553

Nicolás Cantard

-

Criminología

-

***La naturaleza genocida de la represión franquista
en España***

Leanid Kazyrytski

554-584

-

¿Qué es la criminología visual?

Eric Cano Cobano

585-615

-

Derecho público y regulatorio

-

***Algunas cuestiones sobre el derecho de
información del investigado***

Julio Muerza Esparza

616-643

-

Actualidad

-

***Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea de 15 de junio de 2023 (Bank
M.): nulidad total del contrato por causa de
abusividad de una cláusula y restricciones a las
pretensiones del prestamista que exceden de la
reintegración del nominal prestado***

644-663

Fernando Gómez Pomar y Sheila Canudas Perarnau

-

***Recursos governatius. Doctrina de la Direcció
General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació
(abril-maig 2023)***

664-676

*Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret,
Entitats Jurídiques i Mediació JUS/1375/2022, de 19 d'abril,
JUS/1377/2023, de 17 d'abril, JUS/1378/2023, de 13 d'abril, i
JUS/1562/2023, de 5 de maig*

Miriam Anderson

-

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés

677-724

-

Recensiones

-

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

725-744

-

¿Hasta qué punto son conductas neutras los servicios de Google, Facebook o Twitter?

-

Es común afirmar que las conductas denominadas neutras –mejor, neutras– o «comportamientos estándar» no constituyen un riesgo penalmente desaprobado. Cuestión distinta es que exista acuerdo acerca de cuándo una conducta es «neutra». En todo caso, uno diría que el concepto de neutralidad de las conductas de intervención es un producto de la academia jurídico-penal alemana. En concreto, ha sido común fijar su *leading case* en la sentencia del Tribunal del Imperio alemán de 14 de junio de 1906 («caso del burdel»)¹. Curiosamente, la investigación histórico-jurídica acaba de poner de relieve que, ya en 1840, la obra de un juez del imperio austrohúngaro –Joseph Kitka– había planteado el problema y sus alternativas de solución.² En concreto, a propósito del caso del vendedor que despacha una daga a un cliente, con la que éste después mata a un tercero.

Sea como fuere, lo cierto es que la cuestión reapareció, aunque de un modo que ha pasado bastante desapercibido, en el marco de los juicios de Núremberg, tras la II Guerra Mundial, a propósito del enjuiciamiento de las empresas alemanas que favorecieron los crímenes del nacionalsocialismo.³ Por su parte, la discusión doctrinal actual –que desde luego no enlazó con este último precedente– se reinició en el último cuarto del siglo XX, de la mano de la obra de JAKOBS,⁴ y prosigue hasta nuestros días.

¹ En esta se concluyó que proveer de pan y carne a un burdel no era constitutivo de favorecimiento de la prostitución, pero sí lo era suministrar vino, en la medida en que excita las bajas pasiones.

² KITKA, *Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*, 1840. Además, luego esa misma idea fue acogida, de algún modo, en el § 34 Nr. 2 del Código penal para los estados Prusianos de 1851. Las referencias son de JAHN/ZIEMANN, «Das Problem des wirtschaftstypischen neutralen Handlung», en BRUNHÖBER *et al.* (eds.), *Strafrecht als Risiko. FS Prittwitz*, 2023, pp. 239 ss.

³ Por ejemplo, IG Farben –del sector químico–, por la venta del gas Zyklon b o Krupp –del siderometalúrgico– por el suministro de acero.

⁴ JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 1983, nm. 24/13.

En realidad, es fácil observar que en la tradición jurídica general, y no sólo en la jurídico-penal, existe la suposición más o menos clara de que la realización de conductas que favorecen hechos lesivos de terceros no siempre genera responsabilidad. Además, a ello no obsta que el agente sea consciente de ese efecto favorecedor que posee su conducta, siempre que se trate de entregar bienes o de prestar servicios susceptibles de un uso lícito. Así, por ejemplo, en el Derecho norteamericano de la propiedad industrial se exime de responsabilidad al proveedor de bienes que sabe que, siendo aptos para usos no infractores, también pueden facilitar la infracción de derechos legalmente protegidos. En cambio, si conoce que tales bienes están adaptados para un uso infractor, aquél incurre en responsabilidad.⁵ De forma bastante notoria, el problema se ha planteado con especial intensidad para los proveedores de servicios de internet, sobre todo si se tiene presente el frecuente escenario de la vulneración de los derechos de autor. Pero la cuestión relativa a los contenidos vinculados con el «lenguaje del odio» es también omnipresente.

En dos sentencias del pasado 21 de mayo de 2023, el Tribunal Supremo norteamericano ha abordado el tema de la neutralidad de las conductas de los proveedores de servicios de internet.⁶ Ahora bien, lo ha hecho a propósito de la responsabilidad por atentados terroristas, desde una perspectiva de Derecho de daños, aplicable *a fortiori* al Derecho penal. El supuesto fáctico es el siguiente: (i) Una persona es asesinada en un atentado terrorista del Ejército Islámico. Entonces, (ii) sus familiares demandan a Twitter, Facebook y Google (propietaria de Youtube), en su condición de presuntos partícipes en aquel atentado, por haber cooperado («*aiding and abetting*») en las actividades del mencionado ISIS (*Islamic State of Iraq and Syria*). En particular, (iii) por haber aceptado las cuentas del grupo terrorista, a través de las que este difunde sus comunicados y videos. Además, se afirma, estos han llegado de modo singularizado a usuarios especialmente predispuestos mediante los algoritmos de recomendación. De este modo, las empresas de internet habrían favorecido el reclutamiento, la financiación y la propaganda del ISIS, beneficiándose de los anuncios publicitarios asociados a la difusión de los videos.

El Tribunal Supremo norteamericano –de modo extenso en la sentencia del caso «*Twitter, Inc. c. Taamneh et al.*»– se muestra desde el principio escéptico frente a la línea de argumentación de los demandantes. En particular, se advierte su sensibilidad ante el hecho de que, de aceptar la acción, se establecería la responsabilidad de aquellas empresas por cualquier atentado terrorista que se produjera en cualquier lugar del mundo. Ciertamente, admite que la cooperación logística con una organización criminal puede dar lugar a responsabilidad por un hecho concreto cometido por aquélla, aun cuando este no haya sido favorecido de modo directo. Sin embargo, exige que se trate de una cooperación sistemática e intensa, que entiende que no se da en el caso.

Aquí sólo querría subrayar tres ideas que siguen siendo esenciales para la doctrina de las conductas neutras y que son perfectamente identificadas por el Tribunal, aunque no en el modo –llamémosle sistemático– en que las expongo ahora. En primer lugar, la aportación de los demandados al hecho es análoga a la que llevan a cabo quienes venden teléfonos móviles o cuentas de correo electrónico o, en general, prestan servicios de internet. En concreto, transmitir

⁵ Así, la Sección 271(c) del Título 35 del Código de los Estados Unidos (Derecho de patentes). Con todo, el alcance de las responsabilidades del proveedor puede verse modificado siempre por la imposición de deberes especiales de control o la exigencia de sometimiento a un régimen de autorización. Esto lo que sucede, en particular, en el caso de los productos de doble uso civil y militar, que se pueden desviar a grupos terroristas o ser alcanzados por embargos internacionales.

⁶ Se trata de los casos «Reynaldo González et al. c. Google LLC» y «Twitter, Inc. c. Taamneh et al.».

información que manejan miles de millones de usuarios. En segundo lugar, ciertamente puede haber situaciones en las que el proveedor de servicios estandarizados («*routine services*») lo haga de una forma inusual o impropia, en cuyo caso puede responder del hecho lesivo posterior. En tercer lugar, si el poder legislativo quiere, en cualquier momento puede imponer a los proveedores de servicios de internet deberes de actuar, algo de lo que ya tenemos experiencia. En concreto, les puede imponer deberes de remoción de contenidos. Ahora bien, incluso aunque existiera tal deber de remoción de contenidos, su infracción no habría dado lugar a que la «distante inacción» de los demandados se hubiera convertido en una conducta de «*aiding and abetting*» a un hecho terrorista. Como se advierte, la doctrina de las conductas neutras de intervención es un patrimonio que trasciende a la cultura alemana y al Derecho penal. Sería interesante una discusión intercultural e interdisciplinaria al respecto.

Jesús-María Silva Sánchez

¿Tienen género las garantías del proceso penal?

-

La entrada de la ‘perspectiva de género’ en el análisis del derecho a finales de la década de los ochenta llevó a detectar algunas diferencias y desigualdades en las normas penales y, en segundo lugar, algunos vacíos en la protección de intereses o bienes jurídicos de las mujeres.

Una vez conseguida la protección igualitaria en el ámbito normativo, la atención se dirigió a su aplicación judicial. La crítica feminista a la aplicación judicial se centró en dos aspectos. Por un lado, la existencia de razonamientos estereotipados, y por otro, lo que se denominó ‘*attrition rates*’ en los delitos de agresiones sexuales (tasas de desistimiento), esto es, por qué existiendo altas tasas de denuncia, el porcentaje de condenas es muy bajo o disminuye incluso a pesar de aumentar el número de denuncias.¹ Si se destaca este dato no es porque se pretenda que todas las denuncias finalicen en una condena, pero se convendrá que resulta extraño que en un delito en el cual acostumbra a existir un autor conocido las tasas de condena sean tan inferiores al resto de delitos.²

Como es conocido, en el ámbito del derecho penal no es extraño encontrar sesgos cognitivos en las decisiones judiciales.³ Para hacer frente al problema de los razonamientos estereotipados, se acudió a la necesidad de incorporar una perspectiva de género, la cual presumiblemente debía ayudar a eliminar los sesgos más frecuentes referidos a cómo debe comportarse la víctima ideal.⁴ De este modo, se ha destacado la necesidad de eliminar los sesgos en la valoración de la prueba, produciéndose un debate acerca de si ello se puede considerar un ejemplo de la ‘introducción de la perspectiva de género en la valoración de la prueba’, o si el énfasis debe situarse en la valoración ‘racional’ de la prueba, la cual debería llevar por sí a eliminar todo tipo de sesgo.⁵

¹ KELLY/LOVETT, «*Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases in eleven countries*» *European briefing*. Proyecto Daphne, 2009.

² Así por ejemplo en el delito de lesiones en 2021 las condenas representan aproximadamente un 73,5% de los ‘hechos conocidos’, en tanto en las agresiones sexuales las condenas son un 21,2%. Es de destacar que el porcentaje de condenas en las agresiones sexuales disminuye a pesar de que el número de hechos conocidos ha aumentado desde 2016. Datos suministrados por Steven Kemp.

³ MUÑOZ ARANGUREN, “El peso de los estereotipos de género en las decisiones judiciales: una aproximación desde la psicología jurídica”, en VV.AA., *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género*, Cuadernos Penales José María Lidón n.º 16, Universidad de Deusto, 2020, pp. 37-79.

⁴ GARCÍA PORRES/SUBIJANA ZUNZUNEGUI, El enjuiciamiento penal con perspectiva de género, SEPIN, SP/DOCT/75846, 2018, pp. 1-13.

⁵ FERRER, La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género, 2019. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>

Para hacer frente al segundo problema, las altas tasas de desistimiento, la lupa se puso en los jueces y se criticó la ‘falta de credibilidad’ que mostraban hacia las mujeres. Expresión de este malestar es probablemente el surgimiento del lema feminista ‘yo sí te creo hermana’. La aparición de este slogan fue suficiente para que, al igual que había sucedido con el Movimiento MeToo, se alertase de las ‘tendencias antigarantistas’ del movimiento feminista y de socavar la presunción de inocencia (tendencias de las que nadie ha acusado por el momento al movimiento de adultos que ahora declaran haber sido víctimas de la Iglesia católica).

He señalado en ocasiones, e insistiré más adelante en ello, que a mi juicio el auténtico problema no son las tasas de desistimiento de las mujeres que acuden al sistema penal, sino cómo conseguir prestar atención al colectivo mayoritario de mujeres que decide no acudir. De todos modos, no quiero tampoco evadir la discusión del proceso penal y de la aplicación judicial.

Una respuesta frecuente al problema del alto número de sobreseimientos o absoluciones en las agresiones sexuales apunta a que ‘el problema es la instrucción de la causa’. Ciertamente se puede mejorar mucho en la instrucción, en la recolección de pruebas como los mensajes de WhatsApp, las imágenes de Facebook, o la presencia de otros testigos. Una adecuada instrucción tiene precisamente el objetivo de evitar que la responsabilidad de la prueba en el juicio descansa exclusivamente en el interrogatorio y testimonio de la mujer que ha sido víctima de la agresión, y se ve obligada a realizar una ‘declaración perfecta’.

Sin duda, se debe poner el acento en un ‘atestado de calidad’, en cómo la policía conduce las investigaciones, y cómo el juez de instrucción prepara el juicio para que la instrucción permita un correcto enjuiciamiento. Pero, cuando la instrucción es deficiente, ¿debe ser la única salida la absolución?

No es infrecuente escuchar que el tribunal se vio obligado a absolver porque la instrucción era muy deficiente (lo cual también ha originado otro eslogan tan sintético como el anterior ‘yo sí te creo, pero no lo has demostrado’). No obstante, podría discutirse si la absolución es la única salida para el tribunal enjuiciador ante una instrucción defectuosa. En efecto, de acuerdo con el artículo 238.3º LOPJ:

Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

En estos casos, de ausencia notoria de una buena instrucción, habría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa (que también protege al acusador particular). Aunque puede sonar extraño, cabe hablar perfectamente del ‘derecho de defensa de la acusación particular’, como hace, por ejemplo, la sentencia de la AP de Barcelona.⁶

Y la consecuencia, según el artículo 240.2 LOPJ

(...) el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

⁶ AAP B 1064/2017 -ECLI:ES:APB:2017:1064^a.

En estos supuestos, el tribunal puede optar libremente por cualquiera de las dos fórmulas para dar audiencia a las partes: o convocar una "vistilla", o darles un plazo común para que hagan alegaciones por escrito. Y la consecuencia debería ser la retroacción de actuaciones, para que se lleve a cabo de nuevo la instrucción con respeto de todas las garantías vulneradas.

Sin embargo, la opción de que el juez penal considere que la instrucción es tan defectuosa que le impide juzgar con todas las garantías 'podría emitir el mensaje de que la instrucción debiera continuar hasta que se alcancen pruebas de la culpabilidad de la persona imputada, y con ello cuestionar la imparcialidad del juzgador'. Por ello, de *lege ferenda*, se considera una alternativa más adecuada la necesidad de introducir una fase intermedia en la que un juez ajeno a la instrucción considere que el caso está en condiciones de ser llevado a juicio. Hasta que esta reforma se produzca, se puede sugerir pequeños pasos como por ejemplo que la policía deba cumplir con un protocolo para realizar un atestado completo y que el Fiscal que presente la acusación en el juicio sea el mismo que ha intervenido en la instrucción del caso (por lo menos en las agresiones sexuales) (Magistrado José Luis Ramírez, comunicación personal).

De todos modos, la posibilidad de que el tribunal declare la nulidad de la instrucción cuando se han vulnerado las normas esenciales del procedimiento no se sugiere ni tiene como único fin alcanzar la culpabilidad, pues esta infracción puede perfectamente comprometer la inocencia de la persona acusada. Piénsese por ejemplo el supuesto de una agresión sexual en la que en instrucción no se ha practicado la prueba de análisis del ADN de las muestras de semen encontradas en la vagina de la víctima. Esa prueba puede ser inculpatoria o absolutoria para el acusado, pero es indudable que debería ser practicada. Y en el caso en que no lo sea, se plantea precisamente la posibilidad de que el juicio sea suspendido por el Tribunal.

Una segunda posibilidad que puede debatirse y que ha sido presentada por la Fiscal de Sala Coordinadora de la Unidad de Violencia sobre la Mujer, Teresa Peramato⁷ y avalada por el fiscal José M. Mena⁸, personas no sospechosas de querer vulnerar las garantías del acusado, consiste en admitir la prueba preconstituida en los delitos de agresión sexual.

La prueba preconstituida, esto es, que la declaración de la víctima-testigo realizada ante el juez de instrucción, asesorada jurídicamente, con el respeto al principio de contradicción, y debidamente grabada, no sea de obligatoria repetición en el juicio oral, ha sido prevista en la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, para las personas menores de catorce años o con discapacidad necesitadas de especial protección.

Lo que se trata de discutir es si esta declaración realizada ante el juez de instrucción no es suficiente también en el caso de mujeres adultas víctima de una agresión sexual. La posibilidad de admitirla conlleva que la mujer no deba repetir su narrativa en el juicio quizás años después del suceso y habiéndolo ya explicado a la policía, al juez de instrucción y a otros posibles agentes médicos o sociales y puede contribuir a evitar su victimización secundaria.

Se objeta que en los casos de mujeres adultas no puede admitirse prueba preconstituida porque ello equivaldría a vulnerar el principio de inmediación. No obstante, debe considerarse que, en

⁷ EL PAÍS, 30 de julio, 2022.

⁸ EL PAÍS, 30 de abril, 2023.

la primera declaración, que puede grabarse en video, ya han intervenido e interrogado todas las partes del proceso y de hecho esta prueba ya se admite en el Reino Unido (Varona, comunicación personal).

Por último, deberíamos discutir el arduo problema de la ‘prueba’ del consentimiento. El consentimiento es un elemento interno, intelectual, no se ve. En consecuencia, ‘se infiere y a partir de ahí, se imputa’ como el dolo.⁹

En algunas sentencias en las que se aprecia por ejemplo un alto consumo de alcohol, el tribunal debe decidir si la víctima estaba en condiciones de consentir, y el acusado se percibió de ello. En estas ocasiones, el tribunal debe concluir si la persona se representó (o existió una alta probabilidad de que se hubiera representado) que la mujer no estaba en condiciones de consentir. A las personas estudiosas del derecho penal nos resulta extraño las dificultades de admitir y atribuir el ‘dolo eventual’ en estos casos, y que no parecen haber sido tan extraordinarias en el resto de los delitos.

Sin perjuicio de que estoy de acuerdo además en discutir la necesidad de introducir la posibilidad de inculpar las agresiones sexuales en los casos de error en el consentimiento por imprudencia (lo cual daría origen a la fórmula de que ‘el acusado debió representarse la imposibilidad de prestar el consentimiento’) en un futuro cambio legal.

En conclusión ‘las garantías no tienen género’, pero parece evidente que un análisis con perspectiva de género ayuda a iluminar aspectos del proceso penal que deberían ser objeto de discusión: ¿quién debe cargar con el peso de una instrucción defectuosa?; ¿cómo evitar la revictimización en el juicio?; y por último, ¿cómo crear una ‘dogmática del consentimiento’ que permita la discusión de qué criterios permiten imputarlo?¹⁰

Para concluir, he manifestado en ocasiones que el auténtico problema no son las tasas de desistimiento de las mujeres que acuden al sistema penal, sino cómo ayudar a todo el colectivo que no acude. Así por ejemplo es ilustrativo el reciente estudio realizado por BERTOMEU *ET AL.*¹¹ que muestra que, en la ciudad de Barcelona los años 2011 y 2012, de las 200 mujeres que acuden al servicio de urgencias hospitalario por agresión sexual y fueron atendidas por la unidad médico-forense de guardia, solo un 11% dio lugar a un juicio (de los que hubo un 5,5% de condenas).

Las víctimas presentan necesidades de protección inmediata, de búsqueda de ayuda y recursos, no limitándose a la denuncia.¹² Se ha constatado que sus anhelos consisten en validar su historia, ser asesorada y reparada.¹³ Como conseguir cubrir estas tres necesidades al margen del, o con, el sistema penal, es a mi juicio el gran reto pendiente.

⁹ HRUSCHKA, cit. por IÑIGO, El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción que consiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXV, 2022.

¹⁰ IÑIGO, El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción que consiente. *ADPCP*, vol. LXXV, 2022.

¹¹ BERTOMEU *et al.*, *Taxa de condemna en delictes d'agressió sexual*, CEJFE, Generalitat de Catalunya, 2017.

¹² BLAY, ‘Voy o No Voy’: el recurso a la policía en el caso de la violencia de género. Perspectivas de las víctimas. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 369-400.

¹³ CARROLL, Reinvestigating the Sexual Violence ‘Justice Gap’ in the Swedish Criminal Justice System: Victim-Centered Alternatives to the Criminal Trial, *Feminist Criminology*, vol. 18 (1), 2023, pp. 45-64.

Elena Larrauri

Bibliografia

BERTOMEU, Antonia/PEÑACOBÀ, María *et al.*, Taxa de condemna en delictes d'agressió sexual, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2017.

BLAY, Ester, 'Voy o No Voy': el recurso a la policía en el caso e la violencia de género. Perspectivas de las víctimas. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 369-400.

CARROLL, Caitlin P., Reinvestigating the Sexual Violence 'Justice Gap' in the Swedish Criminal Justice System: Victim-Centered Alternatives to the Criminal Trial, *Feminist Criminology*, vol. 18 (1), 2023, pp. 45-64.

FERRER, Jordi, La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género, 2019. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>

IÑIGO, Elena, El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción que consiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXV, 2022.

KELLY, Liz/LOVETT, Joanne «Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases in eleven countries» *European briefing*. Proyecto Daphne, 2009.

GARCÍA PORRES, Izaskun/SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio, El enjuiciamiento penal con perspectiva de género, SEPIN, SP/DOCT/75846, 2018, pp. 1-13

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, "El peso de los estereotipos de género en las decisiones judiciales: una aproximación desde la psicología jurídica", en VV.AA. *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género*, Cuadernos Penales José María Lidón n.º 16, Universidad de Deusto, 2020, pp. 37-79.

Vino viejo en odres nuevos

-

El pasado 15 de junio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea publicó su decisión en el asunto C-520/21, *Bank M* (ECLI:EU:C:2023:478). Es una más de las muchas (acaso, demasiadas) decisiones en las que el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones prejudiciales que le plantea un tribunal nacional –en este caso, polaco– sobre la compatibilidad entre su derecho nacional de contratos y la regulación europea que proscribe el uso de cláusulas abusivas en los contratos de consumo. Como en la mayor parte de los casos que han servido al Tribunal para elaborar su doctrina sobre la interpretación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, llega al Tribunal un debate que se suscita con motivo de un préstamo con garantía hipotecaria.

En el caso, el contrato controvertido era una hipoteca en divisa extranjera. En la sección de Actualidad de este número de InDret, sus lectores encontrarán un extenso análisis del caso de referencia y en el número anterior de esta misma revista, un interesante e informado estudio sobre las razones y riesgos de este tipo de contratos de financiación, que tuvieron en algunas economías europeas un uso más intenso que en la nuestra, donde, sin embargo, no fueron exóticos. Así lo evidencia el número de decisiones que la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo ha adoptado sobre ese tipo de préstamos.

En esta ocasión, el préstamo, aunque concedido en la moneda de curso legal en Polonia, se asoció a la conversión de esa moneda con el franco suizo. Las cuotas mensuales debían pagarse en moneda polaca, aunque años después la pareja prestataria acordó con el banco el pago de las cuotas en francos suizos. En todo caso, la conversión entre las dos divisas debía calcularse cada mes según el tipo de venta del franco suizo aplicado por el banco prestamista.

Un préstamo referido a una moneda extranjera estable y fiable puede reducir la variabilidad del importe de las cuotas mensuales. Esto puede suponer ventajas para el consumidor (así como para cualquier otro prestatario). El problema de este tipo de préstamos, desde la perspectiva de la Directiva 93/13 es que, en casos como el del *Bank M*, la entidad calculaba el importe a reembolsar por el prestatario en función del índice de compra de la divisa extranjera, pero calculaba el importe de las cuotas mensuales en función del índice de conversión

aplicable a la venta de esa divisa. En la práctica bancaria habitual, los índices de compra son inferiores a los de venta, por lo que el banco obtiene un beneficio puramente financiero a costa del prestatario. Además, la cláusula de conversión, en este caso, como en el de muchos otros que han llegado al Tribunal de Justicia, no se negoció individualmente.

Desde las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, C-260/18 (ECLI:EU:C:2019:819), de 2 de septiembre de 2021, *OTP Jelzálogbank*, C-932/19 (ECLI:EU:C:2021:673), y de 25 de noviembre de 2020, *Banco B*, C-269/19 (ECLI:EU:C:2020:954) (texto modificado por Orden de 20 de enero de 2021), no hay dudas de que ese tipo de cláusulas son abusivas. Merecen, por tanto, el reproche previsto por la Directiva 93/13, cuyo artículo 6.1 declara que tales cláusulas «no vincularán al consumidor». Así, conforme a la interpretación que el Tribunal de Justicia ha impuesto sobre las consecuencias de esa ausencia de vinculación, el tribunal nacional remitente dio por hecha la nulidad de la cláusula abusiva y, con ella, la de todo el contrato, incapaz de subsistir sin esa cláusula de conversión. Todo ello conforme a los estrechos –y muy discutibles– márgenes de reacción frente a la ineficacia que el Tribunal de Justicia ha impuesto a los tribunales y legisladores nacionales (por lo menos desde su sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349), entre otras, y sin que la doctrina que anunció en la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler*, C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282), haya tenido ulteriores desarrollos significativos por parte del Tribunal).

El interés de la sentencia del caso *Bank M* no deriva de esa nulidad, sino del análisis de sus consecuencias, sobre las que el tribunal nacional inquiere a la corte europea. En el asunto del que trae causa la sentencia, las partes se enzarzaron en sus derechos respectivos a exigir una compensación por los beneficios obtenidos por prestamista y prestatario por las cantidades de dinero que, respectivamente, prestaron y reembolsaron durante el tiempo en que el contrato de préstamos estuvo en vigor. El debate que llega al Tribunal de Justicia plantea ante esa corte si es incompatible con el derecho europeo de los contratos de consumo, que se deduzca de la restitución de cantidades que sigue a la nulidad del contrato lo que cada una de las partes obtuvo durante el tiempo en que disfrutó de las cantidades que ahora debe restituir. Es decir, qué pasa con los frutos de la cosa durante el tiempo en que fueron poseídos por las partes contratantes.

Así planteada, la cuestión evoca una de las más problemáticas en todos y cada uno de los derechos de contratos (al menos, en nuestra tradición legal) y que discurre entre el derecho de obligaciones y el régimen legal de la propiedad, su transmisión y la protección de la posesión. Cuestiones, todas ellas, en las que la idiosincrasia de cada ordenamiento es relevante, y que son difíciles de evaluar sin entender el funcionamiento de cada derecho nacional de daños (contractuales y, en especial, extracontractuales).

De entre muchas y muy buenas referencias, la de Phillip HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Mohr Siebeck, 2004, es una de las más destacables de entre las recientes y comparatistas de un fenómeno de muy difícil tratamiento unitario. Para una visión más extensa, con abundantes referencias a los derechos europeos, Peter SCHLECHTRIEM, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Mohr Siebeck, 2000. También Hein KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, pp. 158-190 y Konrad ZWIEGERT, Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition, Oxford, 1998, pp. 537-594, para tener una idea de la complejidad del remedio restitutorio.

Por ello, algunos pensamos que el Tribunal no seguiría las conclusiones de 16 de febrero de 2023 que el Abogado General preparó para el caso (ECLI:EU:C:2023:120) y que la corte deferiría una cuestión tan espinosa al criterio de los tribunales nacionales. Fuimos ingenuos. El Tribunal, con la misma ligereza que el Abogado General, decidió que:

«En el contexto de la anulación en su totalidad de un contrato de préstamo hipotecario debido a que este no puede subsistir tras la supresión de unas cláusulas abusivas, los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que,

- no se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a reclamar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad, y

- se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual la entidad de crédito tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento.»

Es decir, que los efectos restitutorios de la nulidad no son simétricos. Algo que el Tribunal justifica de manera muy controvertible en el efecto disuasorio o preventivo que ha de tener la aplicación de la normativa europea de protección de consumidores frente al uso de cláusulas abusivas. Un efecto que el Tribunal ha construido con los escasos mimbres que le da el artículo 7.1 de la Directiva 93/13, cuya lectura –parece claro, aunque el Tribunal no lo entienda así– interpela a las autoridades legislativas y administrativas nacionales y en ningún caso a los jueces (tampoco a los del Tribunal de Justicia).

En todo caso, lo más llamativo desde la perspectiva del derecho privado es que la asimetría en los efectos restitutorios de la nulidad se fundamenta, tanto en la sentencia como en las conclusiones del Abogado General, en el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Un principio (así lo califica el Tribunal) de muchas y variadas expresiones y manifestaciones que supondrían en este caso que el causante de la nulidad (el banco prestamista) no puede beneficiarse de los efectos de la nulidad que causó. Por tanto, que está obligado a retribuir el uso que hizo de un capital que ha resultado ser ajeno tras la nulidad del contrato, pero que no tiene derecho a reclamar lo propio al consumidor, que cumple con la restitución de la cantidad recibida, sin necesidad de compensar los beneficios (financieros) que obtuvo o pudo obtener entre el momento de su recepción y el de la obligación de restitución. Tal y como lo refiere el propio Tribunal:

«A este respecto, en primer lugar, de conformidad con el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (no se escuche a quien alega su propia torpeza), no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se le indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento.

En el caso de autos, como señaló, en esencia, el Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, la posible anulación del contrato de préstamo hipotecario es una consecuencia del uso de cláusulas abusivas por parte de Bank M. Por tanto, esta última entidad no puede ser indemnizada por la pérdida de un beneficio análogo al que esperaba obtener de dicho contrato.» (párrafos 81 y 82)

Habrà que ver el impacto que la decisión tendrá en el derecho europeo de las compraventas de consumo. En general y en todas ellas, pues la decisión del Tribunal, aunque se formula con motivo de un contrato de financiación de perfiles muy concretos, se enuncia con carácter general y como una consecuencia –otra más– de una Directiva, la 93/13, que –ya se puede afirmar a estas alturas– no previó la mayor parte de consecuencias que el Tribunal extrae de sus escasas y parcas disposiciones.

En todo caso, el Tribunal da un paso más en su doctrina sobre las consecuencias de abusividad. Hasta ahora –de manera errónea– había entendido que la manera de devolver al consumidor a la situación previa a la abusividad pasaba por la eliminación del contrato (entre otras, sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980)). Falso, pues la manera de enmendar la abusividad consiste en convertir el «abuso» en «uso» y reformular el contrato que el consumidor quiso concluir en uno que no se aproveche de su estructural debilidad negociadora. Tras abundar en esa doctrina, el Tribunal parece haber descubierto lo que la mejor doctrina civil afirma desde hace décadas: la idea conforme a la cual un contrato nulo no produce efecto alguno es equivocada (Werner FLUME, *El negocio jurídico*, Fundación cultural del Notariado, 1998, pp. 643-649, traducción de la cuarta edición alemana de *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, 1992). La nulidad del contrato supone el fracaso del acuerdo, de la reglamentación acordada entre las partes, pero mientras esta no se declare, el contrato nulo despliega sus efectos y puede producir consecuencias que el derecho no puede obviar. Y cuando el Tribunal ha tenido que enfrentarse a esas consecuencias, lo ha hecho como se indica en el asunto del *Bank M*.

Ciertamente, la idea conforme a la cual nadie puede enriquecerse de una ilegalidad se corresponde con una intuición muy elemental de justicia. A pesar de que se exprese habitualmente en latín, el «principio» *nemo auditur* es una construcción relativamente reciente. Max KASER y Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 17. Auflage, Beck, 2003, §9.1, lo disocian de la tradición romana que, afirman, apenas elaboró el régimen de la nulidad del contrato. Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. The Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon, 1996, pp. 865-868, lo vincula a desarrollos posteriores, de orígenes difusos, que compartían el común intento de sancionar contratos contrarios a las buenas costumbres y, en especial, reprimir y castigar la usura. El artículo 3 de nuestra Ley de Represión de la Usura es un buen ejemplo práctico de ese desarrollo. Se trataba de evitar que el usurero pudiera exigir el cumplimiento del contrato de préstamo y obtener el beneficio de su usura. Una lectura que explica la redundancia de la cuestión en los artículos 1305 y 1306 CC, cuyas previsiones no pueden disociarse de las consecuencias que merecen los contratos con causa ilícita (artículo 1275 CC). Unas consecuencias que conviene no extender a contratos que, a pesar de ser contrarios a normas imperativas, no merezcan ser calificados como «ilícitos» o «inmorales». La ilicitud o la inmoralidad no agotan el ámbito de aplicación de la nulidad.

Esa intuición tan básica, sin embargo, pierde fuerza cuando se cae en la cuenta de que también contradice a una intuición muy elemental de la justicia que alguien, en este caso el prestatario, se beneficie de esa ilegalidad más allá de las consecuencias negativas que le haya provocado.

El Tribunal sale al paso de esa objeción de peso de forma poco airada. Resuelve el problema, que es central en la determinación del alcance de la restitución con una vaga e imprecisa referencia al principio de proporcionalidad, cuyo contenido concreto en este ámbito deberá ser determinado por cada tribunal nacional:

«De ello se deduce que, en el contexto de la anulación de un contrato de préstamo hipotecario en su totalidad debido a que este no puede subsistir tras la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en él, la Directiva 93/13 no se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a solicitar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad.» (párrafo 74)

La decisión puede provocar un nuevo episodio de desconcierto. Para empezar, el *nemo auditur* es un principio menos general de lo que el Tribunal parece asumir. A los ordenamientos que, correctamente, lo restringen a los supuestos más graves de inmoralidad, se suman los que no lo codificaron (como Francia, aunque la jurisprudencia de ese país lo aplica), los que lo excluyen expresamente de su régimen de la ineficacia (como el caso del artículo 6:211 del Código civil holandés) y los que han optado por añadir excepciones a su aplicación. Además, entre estos últimos, el ordenamiento inglés que, desde *Patel v Mirza* ([2016] UKSC 42) ha limitado la exclusión de efectos restitutorios tras la nulidad de contratos ilegales; y aunque el Reino Unido ya no sea miembro de la Unión, su derecho de contratos no puede ser obviado. Puede consultarse un análisis de las referencias indicadas en Sonja MEIER, “Art 15:104: Restitution”, en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (editors), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2017, pp. 1921-1927. Para la evolución del derecho inglés, GOFF & JONES, *The Law of Restitution*, 7th edition, Sweet & Maxwell, 2007, 24-001 a 24-020.

Y para continuar, la decisión desconoce los desarrollos en materia de restitución y, en general, de las pretensiones derivadas del enriquecimiento injusto de las últimas décadas. La decisión del Tribunal está plagada de expresiones que evocan un entendimiento muy impreciso de la tutela frente al enriquecimiento injusto, entendido como un régimen general que veta las ganancias obtenidas en detrimento de otra persona y a sus expensas. Esa visión, general o unitaria del fenómeno, puede entenderse superada por otra que limita el remedio a supuestos o circunstancias consideradas como especialmente injustas (*unjust factors*). En ese debate, entre la tipología y la cláusula general, se mueve la literatura especializada desde hace tiempo. Así, de nuevo entre muchos otros, Reinhard ZIMMERMANN, “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, *Oxford Journal of Legal Studies* 15-3, 1995, 403; Reinhard ZIMMERMANN, „Bereicherungsrecht in Europa: Eine Einführung“, in Reinhard Zimmermann (editor), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrecht*, Mohr Siebeck, 2005, pp. 17-45; Ernst VON CAEMMERER, „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, *Gesammelte Schriften*, 1, Tübingen, 1968, pp. 209-278; Peter BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Press, 1985;

Peter BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005; Andrew BURROWS, *The Law of Restitution*, 3rd edition, Oxford University Press, 2011.

Unos desarrollos que el Tribunal desconoce, para su descrédito propio y el perjuicio de todos. También desconoce una distinción que ayuda a entender la complejidad de los remedios asociados a la transmisión injusta, ilegal o sin causa de activos que han de ser restituidos. Consiste en la distinción entre los supuestos en que la restitución se debe a la existencia de enriquecimientos y sus empobrecimientos correspondientes que carecen de causa o justificación legal y de supuestos en los que el enriquecimiento a evitar tiene su origen en una actuación ilegal o en una dañosa. La distinción entre *unjust enrichment* y *restitution of wrongs*, que el Tribunal esconde tras la rúbrica general (y genérica) del *nemo auditur*. Mientras las primeras situaciones se corresponden con la restitución tal y como se ha entendido tradicionalmente, las segundas son cercanas a las soluciones propias del derecho de daños, exigen un perjuicio, que puede no tener reflejo contable, a la víctima y acuden a los beneficios obtenidos por el infractor como una medida de cuantificación del daño que causó. Entre nosotros, varios trabajos de Xabier BASOZABAL ARRUE, en especial su *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, 1998, explican bien la proximidad entre las nociones de prohibición de un enriquecimiento injustificado y de causación de un daño y ayudan a entender los contornos de los remedios basados en la expropiación de ganancias ilícitas, *disgorgement* o *accounting of profits*. Nada de eso parece haber estado en la discusión del Tribunal. No hay, en todo caso, rastro de esos debates –centrales y muy relevantes– en la decisión del caso *Bank M*.

Por último, aunque es de temer que el tema dará para mucho en los tiempos que vienen, es sorprendente, una vez más, que un Tribunal que ha elaborado su doctrina sobre cláusulas abusivas con motivo de cuestiones prejudiciales planteadas en asuntos en que se litigaba sobre contratos de préstamo, habitualmente con garantía hipotecaria, formule afirmaciones generales, aplicables a todo tipo de contrato de intercambio de bienes o servicios, sin percatarse de las especialidades de los contratos de financiación. En ellos, las partes no intercambian cosas, que pueden ser fructíferas y cuya restitución plantea la difícil cuestión sobre la liquidación de los rendimientos generados u obtenidos; ni siquiera intercambian un servicio por un precio, con la dificultad que supone la restitución por parte de quien se benefició de la actividad ajena. En un contrato de préstamo, las partes intercambian valores, en el sentido contable del término. La restitución consiste, entonces, en la devolución del valor, que puede exceder del capital en que nominalmente se acordó la cuantía del contrato.

Ese valor depende, sin embargo, de los usos posibles del dinero, que es el bien más potencialmente fructífero de los imaginables. Quizá por ese motivo, todos los ordenamientos conocidos han resuelto hace tiempo el problema que ahora descubre el Tribunal asociando a la restitución del dinero su incremento conforme al interés legal. La solución puede pecar por exceso o por defecto, pero ahorra muchos problemas de prueba y reduce la litigación en relación con la medida del valor de la inmensa mayoría de los intercambios en una economía de mercado. No es una mala solución. Sobre el tema, recientemente, Johannes UNGERER, *Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz*, Duncker&Humblot, 2022, pp. 59-71. Esa cantidad podría agotar lo que las partes de un contrato de préstamo nulo pueden reclamarse mutuamente con carácter adicional a las cantidades prestadas y pagadas. Reconocer al consumidor la posibilidad de reclamar una compensación adicional al reembolso de las cuotas mensuales, los intereses moratorios y los gastos en que incurrió es añadir una complejidad excesiva, en beneficio

exclusivo del consumidor que reclame y en perjuicio del resto. Y todo ello, con la vaga e imprecisa justificación del *nemo allegans*. A ver qué sucede. Por lo pronto, ya sabemos desde hace siglos lo que puede pasar cuando se emplean odres viejos para almacenar vino nuevo.

Carlos Gómez Ligüerre

Problemas no resueltos de los consejeros independientes en España: El caso Indra y el sometimiento de los independientes

María Gutiérrez Urtiaga
Universidad Carlos III de Madrid
y ECGI

Maribel Sáez Lacave
Universidad Autónoma de
Madrid y ECGI

Sumario

-
En la Junta Ordinaria de Accionistas de Indra en el año 2022 se acordó por mayoría, fuera del orden del día, el cese de cuatro consejeros independientes. Los ceses se impusieron con los votos de los accionistas significativos de la empresa. Lo ocurrido sirve para ilustrar el riesgo de captura o sometimiento de los consejeros independientes en España. Los independientes son una pieza clave del buen gobierno y de la protección de los accionistas externos, pero su nombramiento, cese y reelección dependen esencialmente de la voluntad -casi irrestricta- de los socios significativos. En este trabajo tratamos de argumentar que el régimen jurídico de este tipo de consejeros no está suficientemente aquilatado en nuestro Derecho de sociedades. Ello lastra su efectividad como herramienta para progresar hacia un gobierno corporativo que proteja más a los inversores externos. Analizamos en detalle los problemas del sistema de nombramiento, cese y reelección de los consejeros independientes en las sociedades cotizadas españolas y proponemos ciertas posibles mejoras.

Abstract

-
At Indra's 2022 Ordinary Shareholders' Meeting four independent directors were dismissed after one of the company's significant shareholders requested a vote outside the agenda. The dismissals passed with the votes of the group of significant shareholders of the company. What happened serves to illustrate the risk of capture or subjugation of independent directors in Spain. Independents are a key element of good governance for the protection of outside investors, but, in Spain, their appointment, dismissal and re-election depend essentially on the designs of the company's significant shareholders. In this paper, we argue that there are important flaws in the legal regime that regulates independent directors in Spanish company law, which hinder the effectiveness of independent directors and the protection of outside investors. We analyse in detail the problems of the system of appointment, dismissal and re-election of independent directors in Spanish listed companies and make a proposal for its improvement.

Title: *Unresolved problems of independent directors in Spain: The Indra case and the submission of independents*

-
Palabras clave: Consejo de Administración, Consejeros independientes, Gobierno corporativo, Indra.

Keywords: Board of Directors, Independent directors, Corporate Governance, Indra.

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.01

Índice

-

1. Introducción

2. El papel central de los independientes en la supervisión y su regulación básica

- 2.1. Condiciones personales y profesionales
- 2.2. Competencias de los independientes en materia de conflictos de interés

3. Los problemas conceptuales de la figura del consejero independiente en España

- 3.1. Confusión entre consejeros independientes y dominicales
- 3.2. Confusión respecto al papel de los independientes en entornos con propiedad concentrada
- 3.3. Confusión respecto a la noción de independencia: independencia formal, independencia estructural y deber de actuar con independencia
 - a. Independencia formal vs. independencia estructural
 - b. Independencia objetiva vs. independencia subjetiva

4. Problemas que afectan al sistema de elección

- 4.1. El sistema electoral no favorece el activismo accionarial
- 4.2. El sistema de elección en buena medida impide la modernización de los consejos de administración
 - a. El sistema de elección no diferencia según el tipo de consejero
 - b. El sistema de elección da (todo) el poder a la mayoría
- 4.3. Conveniencia de reformar el sistema de elección

5. Problemas de incentivos

- 5.1. Incentivos perversos por riesgo de captura
- 5.2. Falta de incentivos reputacionales por rendición de cuentas ante los socios externos

6. Mecanismos alternativos para el nombramiento, cese y reelección de independientes

- 6.1. Mandato mínimo de los consejeros independientes
- 6.2. Derechos exclusivos de la minoría
- 6.3. Derechos de veto de la minoría
 - a. Veto de la minoría en relación con el nombramiento
 - b. Veto de la minoría en relación con el cese
 - c. Veto de la minoría en relación con la renovación

7. Propuesta de cambios e implementación de los mismos en nuestro ordenamiento

- 7.1. Propuesta de cambio
- 7.2. Implementación
- 7.3. Algunas potenciales objeciones al cambio de normativa
 - a. La voz de la minoría como mecanismo de extorsión
 - b. La voz de la minoría y la “mayorización de la minoría”

8. Conclusiones

9. Bibliografía

10. Apéndice

-

1. Introducción*

El 23 de junio de 2022, Indra celebró su Junta General Ordinaria en Madrid. En ese momento, el consejo de Indra se componía de 13 miembros, con una mayoría de independientes: 8 de los 13. El orden del día de la Junta incluía un punto relativo a la votación para la reelección de 5 de ellos y la elección de un nuevo consejero dominical.

La Junta votó a favor de la reelección del CEO, Luis Abril (99,69% de votos favorables), de los dos consejeros dominicales Antonio Cuevas y Miguel Sebastián (ambos con un 97% de votos favorables) y del independiente Francisco Javier García Sanz (este con un 94,4% a favor). También se produjeron otras dos votaciones con menos consenso. La junta no votó a favor de la reelección de la independiente Isabel Torremocha (52,35% de votos en contra) pero sí del nombramiento de Jokin Aperribay como dominical (53,6% de votos favorables).

La gran sorpresa saltó cuando el representante de Amber Capital¹ (accionista significativo con un 4,2% del capital) asistente a esa Junta, se levantó y pidió, fuera del orden del día, que se votase el cese de los consejeros independientes Alberto Terol, Enrique de Leyva, Ana de Pro y Carmen Aquerreta. La votación resultó en el cese, con una mayoría del 53,06% de votos favorables.

La cotización de Indra cayó un 14,7% al día siguiente de la celebración de la Junta en cuestión. El día 27 de junio los independientes Silvia Iranzo (con efectos inmediatos) e Ignacio Martín San Vicente (con efectos desde el 30 de octubre), anunciaron su dimisión. Quedaba como único independiente estable el reelegido en la celebrada Junta, Francisco Javier García Sanz.

Los consejeros independientes cesados en la Junta hicieron llegar al Consejo de Administración de Indra y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) varias cartas en las que cuestionaban la actuación de Amber Capital y defendían su desempeño como garantes de los derechos de los accionistas minoritarios frente a los accionistas significativos y sus consejeros dominicales.

Poco después se conoció que los consejeros independientes cesados, que formaban parte de la Comisión de Nombramientos, Retribuciones y Gobierno Corporativo, se habían opuesto a la propuesta de nombramiento de consejero dominical nominado por la compañía industrial vasca SAPA Placencia, accionista significativo de Indra con un 5% del capital. La citada Comisión había considerado que el candidato propuesto, Jokin Aperribay, hijo del fundador de SAPA Placencia, carecía de la cualificación necesaria para ocupar el cargo. SAPA Placencia no tenía derecho automático a nombrar a un dominical, pues la participación mínima necesaria para ello en Indra es del 7,69% del accionariado de la sociedad. En todo caso, SAPA Placencia solicitó incluir en el

* Autora de contacto: Maribel Sáez Lacave (maribel.saez@uam.es). Las autoras agradecen a Eudald Canadell Casanova y a Fernando Gómez Pomar sus comentarios y las sugerencias hechas sobre versiones previas de este trabajo. Todos los errores son responsabilidad exclusiva de las autoras. María Gutiérrez agradece la financiación recibida de la Comunidad de Madrid (Programa Excelencia para el Profesorado Universitario, convenio con Universidad Carlos III de Madrid, V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica, EPUC3M12) y de la Agencia Estatal de Investigación a través del proyecto “Gobierno Corporativo e Inversores Institucionales”.

¹ Amber Capital es un fondo de inversión que además es el máximo accionista de la empresa de comunicación Prisa.

orden del día de la junta el nombramiento de Jokin Aperribay como consejero dominical, sabiendo que contaría con el apoyo de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), principal accionista de Indra con un 25,2% (según la participación comunicada)².

A la vista de lo acontecido en la Junta, un grupo de accionistas minoritarios de Indra anunció el inicio de acciones judiciales en defensa de sus “legítimos intereses”, con reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por estos hechos.

Ante el escándalo provocado por los ceses de independientes por la conjunción del voto de distintos accionistas significativos, la CNMV anunció que analizaría lo ocurrido en la Junta de Indra e investigaría si se hubiera producido una acción concertada entre los accionistas significativos para controlar las decisiones de la compañía sin haber sido comunicada a la CNMV. En conjunto, la SEPI, SAPA Placencia y AMBER Capital parecerían estar controlando las decisiones de Indra con un porcentaje del capital del 34,4% (o 37,2% si consideramos el incremento en la participación hasta el 28% que realizó la SEPI justo antes de la celebración de la Junta). Si la actuación se considerase una acción concertada de control, estos accionistas se verían obligados a lanzar una oferta por el total del capital de la compañía, en cumplimiento de la normativa sobre OPAs.

Por su parte, Indra comunicó a la CNMV que reformaría su consejo para cumplir “escrupulosamente” con los estándares de buen gobierno corporativo, buscando nuevos independientes para sustituir a los cesados y devolviendo la mayoría del consejo a los consejeros independientes. Mientras tanto, para cumplir la normativa vigente sobre composición de comisiones del consejo, se remodelaron la Comisión de Nombramientos, Retribuciones y Gobierno Corporativo y la Comisión de Auditoría y Cumplimiento, incluyendo en ambas a los dos independientes que todavía estaban en el órgano de administración de Indra.

La investigación de la CNMV concluyó con la Comunicación de 23 de diciembre de 2022. En ella se descartaba la existencia de acción concertada para el control de la gestión de Indra y, por tanto, también la obligación de lanzar OPA. Y se añadía, «...la compañía ha concluido a finales del mes de octubre un proceso de designación de nuevos consejeros independientes que, por los datos que se tienen en este momento, supone que el peso en el consejo y los perfiles y características de dichos consejeros independientes no ha variado sustancialmente, más allá de la renovación de las personas concretas que ocupan dichos cargos». En cambio, la CNMV destacó la inobservancia de las recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (CBG) para las mejores prácticas de gobierno corporativo. En este sentido, según reza la comunicación, «...la CNMV propondrá medidas legislativas y abordará modificaciones en las recomendaciones de gobierno corporativo para evitar que la repetición de episodios similares pueda socavar la solidez del gobierno corporativo de las cotizadas españolas».

Hasta aquí la exposición de los hechos. ¿Qué lecciones podemos extraer de este caso? La CNMV lo ha analizado en cuanto a la acción concertada, investigando si lo ocurrido demuestra la existencia de un acuerdo sobre el control que, en caso de existir, debería lanzar una OPA obligatoria. Con esta estrategia de supervisión, se ha intentado esclarecer si en Indra hay o no

² El grupo de accionistas significativos (accionistas con más de un 3% del capital) de Indra contaba, además de los ya mencionados SEPI (25,2%), SAPA Placencia (5%) y Amber Capital (4,2%), con los inversores internacionales Fidelity Management Research (9,9%), Norges Bank (3,6%) y T. Rowe Price (3,5%).

control fuerte. Pero no se ha cuestionado a fondo la significación de los ceses de independientes realizados con los votos de los accionistas significativos, cuya legalidad hoy en día no está en cuestión. En nuestra opinión, lo más importante y preocupante de lo sucedido en Indra es precisamente que ilustra con crudeza, pero más allá de las circunstancias concretas de personas y de compañía, la aptitud y voluntad de los socios significativos de cesar a los consejeros independientes que disienten de sus posiciones y deseos, justamente cuando es la capacidad para disentir en situaciones conflictivas lo que explica y justifica la presencia de independientes en los consejos de las sociedades.

Además, el caso Indra desvela algunas deficiencias del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas en España. No tanto por lo que expresa, sino por lo que deja traslucir. En efecto, lo ocurrido apunta al riesgo de captura y sometimiento de los consejeros independientes en nuestro país. Pone en evidencia que, si los independientes se enfrentan a los accionistas de control, a los que están llamados a vigilar, pueden acabar más pronto que tarde, y con suma facilidad, fuera del Consejo. La sospecha de que la permanencia de los consejeros independientes en el Consejo depende de su alineamiento con quienes los han nombrado (es decir, con los socios significativos a través de la regla de mayoría) sobrevuela nuestro mercado de capitales tras el caso Indra de manera aún más acentuada. Dicho de otro modo, ¿cuán “independientes” se les deja, de facto, ser a unos consejeros independientes que saben que pueden ser cesados por los socios significativos cuando sus decisiones no sean del agrado de éstos?

De hecho, si ampliamos nuestra perspectiva, estudiando los datos empíricos agregados sobre consejeros independientes en España, observamos indicios relevantes que indicarían que el cese y la no renovación de independientes incómodos para los socios significativos puede estar ocurriendo, aunque de forma mucho menos escandalosa que en Indra, en otras compañías cotizadas de nuestro país. En particular, Gutiérrez Urtiaga y Sáez Lacave (2023) analizan los datos contenidos en los Informes Anuales de Remuneración de los consejeros, que las compañías cotizadas han de remitir a la CNMV. Los resultados muestran un incremento neto de 240 consejeros independientes desde 2013 a 2020 pero también indican una fuerte rotación de independientes. El incremento de 240 independientes se corresponde con el alta de 528 y la baja de 288 consejeros de esta categoría durante el mismo periodo. Además, aunque la antigüedad media de los consejeros independientes en el momento de su salida era de 7 años, más del 25% de las bajas se produjeron antes de cumplirse 3 años en el cargo. Adicionalmente, los resultados del estudio indican que los consejeros tienen una alta probabilidad de ser reemplazados tras la llegada de un nuevo CEO a la sociedad en la que desempeñan su cargo.

A la vista de esta evidencia empírica y otros datos y constataciones que arroja el análisis comparado con otros sistemas jurídicos, el propósito de este trabajo es reflexionar sobre los problemas y posibles mejoras en el sistema de nombramiento, cese y reelección de los consejeros independientes en las sociedades cotizadas españolas. Esto es materia de importancia, porque los independientes son una pieza clave del buen gobierno y de la protección de los accionistas externos. Su credibilidad es condición necesaria para el acceso al capital en los mercados de valores de las sociedades con accionistas significativos, que en España son muchas. Si los independientes -guardianes de los intereses de los accionistas de mercado que no participan en el control- pueden ser cesados a voluntad por los accionistas significativos cuando surge una discrepancia, es posible que los accionistas de mercado prefieran dirigir sus inversiones a otros lugares donde se protejan mejor sus intereses.

Adicionalmente, las deficiencias del sistema de elección y cese de los independientes abonan la tesis de que el régimen jurídico de este tipo de consejeros no está correctamente dibujado en nuestro Derecho de sociedades. Es conveniente, por ello, reconsiderar su régimen jurídico a la luz de la función que desempeñan. A este respecto, existe un amplio consenso internacional sobre el carácter primordialmente supervisor de los consejos de las sociedades cotizadas y, dentro de los consejos, sobre el papel clave que desempeñan los independientes en la vigilancia de los conflictos de interés de los ejecutivos y socios de control en aras a la protección de los inversores externos o de mercado.

El rasgo más representativo del régimen jurídico de los independientes, que lo distingue y separa respecto del resto de los administradores, es que responde a una estrategia regulatoria dirigida a remover de raíz los conflictos de interés ex ante, frente a la estrategia tradicional de resolución ex post del conflicto. En nuestro ordenamiento, al igual que en otras jurisdicciones que han introducido la figura, la inclusión de los independientes en los consejos se lleva a cabo como una medida de carácter estructural y profiláctico. Se definen ex ante las características que han de reunir los consejeros de esta categoría, las cuales giran en torno a la garantía y preservación de su independencia, entendida como ausencia estructural y continuada de vínculos con el control. Con ello se persigue que su actuación como supervisores esté en línea con parámetros de imparcialidad y libertad de criterio a la hora de realizar sus tareas.

Esta manera de proceder en la aproximación a la cuestión se separa abiertamente del modelo legal tradicional de fiscalización de la conducta de los administradores, personalizado y ex post a través de la sujeción y exigencia de deberes de lealtad. Así, los independientes se distinguen del resto de administradores en que el ordenamiento dispone de un plan de actuación diseñado específicamente para promover que su conducta como supervisores es la debida o la deseable de manera estructural. El legislador, quizás guiado por la convicción de que la independencia -la característica más destacable de estos consejeros- no es fácil de adquirir y preservar, descarta residenciar en exclusiva en los deberes de lealtad y en la revisión judicial de cada caso a posteriori el mecanismo dirigido a alcanzar el resultado buscado en cuanto a la continuidad del status y la misión de los independientes. En cambio, los sistemas jurídicos (también el nuestro, aunque no siempre con la energía deseable) confían en medidas estructurales y de incidencia duradera respecto de las características personales de estos consejeros para prevenir que, eventualmente, puedan caer bajo la influencia de aquellos a los que los independientes están esencialmente llamados a supervisar. Esto no es cosa sencilla, porque los socios de control, al ostentar el poder interno en la sociedad, pueden resultar muy persuasivos para lograr sus fines.

Partiendo de esta base, no resulta extraño que en las sociedades con socios significativos y de control se generen tentaciones para contrarrestar la eficacia de los independientes como supervisores y desnaturalizar sus características distintivas. Esta tendencia se observa fácilmente en las jurisdicciones en las que hay numerosas sociedades controladas, como sucede en España. Este riesgo de domesticación de los independientes para que sean más sensibles y afines al control se puede denominar incluso “dominicalización” de los independientes. Sería un caso más de la paradoja lampedusiana: ya que es inevitable que todo cambie en cuanto al gobierno corporativo al calor de las tendencias internacionales, tratemos de que, en lo posible, todo siga igual en la práctica. En otras palabras, que los detalles del régimen legal de gobierno corporativo se construyan o se interpreten en modo “protector” del ámbito de poder de los socios de control. En sistemas legales como el nuestro, con una propensión marcadamente pro-socio mayoritario observable en la mayoría de la doctrina, se corre el riesgo de que los cambios operados en los

consejos para mejorar el gobierno corporativo -independientes, comisiones, etc.- se vean rebajados en la operativa real de nuestras sociedades cotizadas y su entorno jurídico a meras formalidades cosméticas. Por eso, creemos que conviene estar alerta y disponer las medidas necesarias para fortalecer la figura de los independientes de modo que los socios significativos y de control, que dominan los resortes internos de las sociedades no puedan desvirtuar su carácter y su cometido.

El resto del trabajo está organizado como sigue. En la Sección 2 se explica el importante papel de los consejeros independientes en la supervisión de la gestión y se presentan algunas normas básicas que regulan esta figura. En las siguientes tres secciones se discuten los problemas conceptuales (Sección 3), los problemas del sistema de elección (Sección 4) y los de incentivos (Sección 5) que lastran la efectividad de los independientes en España. A continuación, en la Sección 6, presentamos los mecanismos alternativos que podrían introducirse en nuestro derecho para mejorar la selección y sustitución de los independientes. En la Sección 7 realizamos una propuesta concreta de reforma y discutimos su implementación y potenciales objeciones a la misma. Por último, la Sección 8 ofrece unas breves conclusiones.

2. El papel central de los independientes en la supervisión y su regulación básica

La figura de los consejeros independientes cobra peso a partir del Código Cadbury en el Reino Unido (1992) y después ha estado presente en casi todos los códigos de buen gobierno de las economías desarrolladas como mecanismo para fortalecer la función supervisora del consejo de administración³. El propósito de introducir consejeros carentes de vínculos con la sociedad, con los administradores y con los socios de control es dar voz al capital flotante en el seno del consejo. En cuanto mecanismo de buen gobierno corporativo, la presencia de los independientes se concibe como una garantía para los inversores externos de que la gestión de la sociedad se encaminara a maximizar el valor de sus inversiones. Ello, a su vez, en un círculo virtuoso, debe repercutir en una mayor facilidad de obtener financiación para la sociedad en los mercados de capitales.

En España, la primera mención a los consejeros independientes en las sociedades cotizadas se hizo en la Ley del Mercado de Valores de 1988. Desde entonces, el porcentaje de independientes

³ Este tipo de consejeros ha experimentado un crecimiento exponencial en Estados Unidos, por obra de la acción de los tribunales, en particular Delaware, alentando a las sociedades a incluirlos en los consejos, v. GORDON, «The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices», *Stanford Law Review*, 59(6), 2007, pp. 1465 ss. Acerca de su introducción en los diferentes ordenamientos, v. HOPT, «Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation», *American Journal of Comparative Law*, 59(1), 2011, pp. 25 ss. Sobre su función de protección de los inversores externos, v. BEBCHUK, y HAMDANI, «Independent Directors and Controlling Shareholders», *University of Pennsylvania Law Review*, 165(6), 2017, pp. 1271 ss. En España, sin embargo, se ha dudado a veces de que su función deba ser la de proteger los intereses de los inversores externos, en buena medida, nos parece, porque las doctrinas tradicionales sobre el consejo y la figura de los consejeros no casan bien con el modelo de supervisión de los consejos de las sociedades cotizadas, DEL VAL TALENS, «Los Consejeros Independientes ante el Activismo Accionarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 33(136), 2014, pp. 235 ss. Niega con rotundidad tal función de representación del capital flotante MATEU DE ROS, *La independencia de criterio de los consejeros de las sociedades cotizadas*, Aranzadi, 2023, pp. 136 y ss. V. también MEJÍAS LÓPEZ, *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, La Ley, 2012, pp. 179-190.

ha crecido de manera continuada. En la actualidad, alrededor del 42% de los consejeros son independientes, como se puede ver en la Tabla 1.

TABLA 1. Características de los consejeros de las empresas cotizadas españolas según su categoría

Variable	Media 2019							Media 2020						
	Todos	Indep.	Domin.	Otros	Ejec.	Pres.	CEOs	Todos	Indep.	Domin.	Otros	Ejec.	Pres.	CEOs
Antigüedad en el cargo	6,51	3,73	6,65	14,70	5,83	11,63	9,10	7,38	4,10	8,22	13,84	6,45	13,57	10,30
Nombrado antes que el CEO	0,29	0,23	0,34	0,60	0,30	0,49	0,00	0,26	0,19	0,35	0,53	0,28	0,56	0,00
Nombrado antes que el Presidente	0,18	0,16	0,22	0,29	0,20	0,00	0,13	0,13	0,12	0,19	0,17	0,15	0,00	0,09
Extranjero	0,16	0,17	0,21	0,12	0,18	0,11	0,06	0,14	0,16	0,16	0,13	0,16	0,07	0,08
Mujer	0,20	0,35	0,10	0,13	0,24	0,05	0,07	0,21	0,37	0,12	0,15	0,25	0,06	0,08
Nº de consejos simultáneos a los que pertenece	1,31	1,44	1,22	1,23	1,34	1,36	1,15	1,25	1,37	1,17	1,19	1,28	1,30	1,11
Nº de consejos <i>interlocking</i> a los que pertenece	0,14	0,12	0,19	0,08	0,14	0,29	0,16	0,10	0,08	0,14	0,03	0,10	0,22	0,13
Pertenece a alguna comisión importante	0,52	0,80	0,42	0,49	0,63	0,32	0,01	0,58	0,88	0,48	0,60	0,71	0,31	0,01
Preside alguna comisión importante	0,18	0,42	0,00	0,00	0,22	0,06	0,00	0,22	0,50	0,00	0,00	0,27	0,07	0,00
Remuneración total (miles de €)	448	126	92	204	121	1.253	1970	377	127	88	169	117	693	1.360
Observaciones	1.411	598	420	103	1.121	98	99	1125	479	326	75	880	83	80

Fuente: Elaboración propia a partir de los Informes Anuales de Remuneración de los Consejeros (IARC) de 2019 y 2020, remitidos por las empresas cotizadas españolas a la CNMV. Esta tabla muestra los valores medios de las variables indicadas para las empresas incluidas en los informes. La categoría de dominicales no incluye presidentes. La categoría ejecutivos no incluye ni CEOs ni presidentes. Se consideran consejos *interlocking* aquellos en los que dos empresas comparten al menos dos consejeros. Se consideran comisiones importantes las comisiones que son obligatorias por ley (Auditoría, Remuneraciones y Nombramientos). En caso de que exista una única comisión encargada simultáneamente de nombramientos y remuneraciones se considera que un consejero que pertenezca a ella pertenece simultáneamente a la comisión de nombramientos y a la de retribuciones.

La Tabla 1 muestra también los estadísticos descriptivos de los independientes en las empresas cotizadas españolas en relación con los de otros tipos de consejeros. Podemos ver que entre los consejeros independientes hay más extranjeros y más mujeres que en otras categorías, seguramente porque también son los consejeros con menor antigüedad en los consejos. Además, comprobamos que los independientes son activos en los consejos españoles, pues el 80% de los mismos pertenece a alguna comisión importante dentro del consejo (en particular de las encargadas de la auditoría, las remuneraciones y los nombramientos).

La estrategia legal en España a la hora de definir esta categoría de consejeros y distinguirla de otras es de carácter estructural y profiláctico. La regulación de su régimen jurídico se orienta en torno a dos vertientes, una personal y otra funcional. Primero, la ley califica como consejeros independientes a aquellos que son designados en atención a sus condiciones personales y profesionales. Por ello, la norma desgrana las características personales que ha de cumplir el consejero para que se le califique de independiente. Segundo, los independientes se distinguen funcionalmente de los demás consejeros en que la Ley de Sociedades de Capital (LSC) les otorga cierto poder singular de decisión en materia de conflictos de interés. Al igual que ha ocurrido en otros ordenamientos, nuestro Derecho de sociedades ha puesto en buena medida a esta categoría de consejeros en el centro del sistema de vigilancia de los problemas de agencia y los conflictos de interés en el seno de las sociedades cotizadas.

2.1. Condiciones personales y profesionales

Se ha discutido largamente acerca de cuáles debieran ser las condiciones objetivas que han de concurrir para poder calificar a un consejero como genuinamente independiente⁴. Los ordenamientos comparados suelen otorgar la etiqueta de independiente en atención a las características personales y profesionales del consejero, sustanciadas en la ausencia de lazos familiares o financieros con la sociedad, sus ejecutivos y, en su caso, los socios de control⁵. La LSC ha plasmado esta aproximación en el art. 529-duodecies. 4. Tales condiciones objetivas de independencia se concretan en nuestro esquema legal en una lista de requisitos en sentido negativo: no podrá ser consejero independiente quien esté incurso en alguna de las situaciones descritas en la norma (v. art. 529-duodecies. 4, letras a-j). Por ejemplo, no pueden serlo los parientes cercanos de ejecutivos o de socios significativos, o quienes hayan mantenido en el último año, directa o indirectamente, relaciones comerciales con la sociedad. Sin embargo, a pesar de parecer rigurosa, esta aproximación formal e indiciaria a la independencia dista mucho de ser completa y, por lo tanto, plenamente satisfactoria para garantizar la ausencia de sesgos y

⁴ V. RODRIGUES, «The Fetishization of Independence», *Journal of Corporation Law*, 33(2), 2008, pp. 447 ss.

⁵ El ejemplo más relevante en nuestro entorno es el Código de gobierno corporativo del Reino Unido de 2018, publicado por la FCA que en su Provisión 10 dice: «... Circumstances which are likely to impair, or could appear to impair, a non-executive director's independence include, but are not limited to, whether a director: (i) is or has been an employee of the company or group within the last five years; (ii) has, or has had within the last three years, a material business relationship with the company, either directly or as a partner, shareholder, director or senior employee of a body that has such a relationship with the company; (iii) has received or receives additional remuneration from the company apart from a director's fee, participates in the company's share option or a performance-related pay scheme, or is a member of the company's pension scheme; (iv) has close family ties with any of the company's advisers, directors or senior employees; (v) holds cross-directorships or has significant links with other directors through involvement in other companies or bodies; (vi) represents a significant shareholder; or (vii) has served on the board for more than nine years from the date of their first appointment.»

afinidades en el juicio de los consejeros independientes. Un examen más detenido de esta cuestión se realizará más adelante (v. infra. 3.3).

Lo que ahora importa señalar es que nuestra reglamentación legal presenta algunos puntos vulnerables en relación con las características personales y profesionales de los independientes que merecen ser tomadas en consideración. El primero tiene que ver con los cambios de categoría de los consejeros. El segundo, con la promoción de los estándares de profesionalidad deseables.

Respecto de los cambios de categoría, con buen criterio se introducen cautelas para restringir el trasvase desde otras categorías de consejeros a la de independiente. Pero no sucede lo mismo “a la salida”, esto es, en relación con el tránsito desde la categoría de independiente hacia las demás. No existe límite alguno para que los independientes que hayan terminado su mandato -el art. 529-duodecies. 4. i) LSC impone un término obligatorio máximo de 12 años para este mandato- puedan mantener un sillón en el consejo en la categoría de “otros o consejeros externos”. De hecho, como vemos en la Tabla 2, no es insólito que en España un independiente pase a la categoría de “otros”. En el año 2020 hubo 9 casos de esta naturaleza. Esto es preocupante, porque por esta vía se consiente eludir el mandato máximo obligatorio, previsto para evitar la captura o la influencia de los independientes por parte de los ejecutivos o socios de control⁶. De esta manera se permite sin cortapisas que la permanencia de los independientes en la sociedad se alargue, eso sí, con el favor de ejecutivos y socios de control, bajo la vestidura del servicio en otra categoría de consejeros -y una de perfiles tan difusos como la de “otros”-. Se podría pensar que estas prácticas no desnaturalizan la figura del independiente, dado que el consejero que continua en el consejo tras la expiración del plazo máximo legal deja de pertenecer a dicha categoría. Esta visión formalista del independiente no se compadece con los incentivos, donde reside el meollo de la cuestión. Desde esta óptica, el mensaje que se envía a los independientes es inequívoco: mostrarse condescendiente con el control les puede reportar ventajas⁷. De hecho, parece conveniente revisar la categoría de “otros consejeros”, porque al no corresponder con ninguna de las categorías legales – ejecutivos, dominicales e independientes-, no se acaba de entender su régimen o su función en la sociedad.

TABLA 2. Cambios de categoría de los consejeros durante los años 2019 y 2020

		Categoría año 2020			
		Dominical	Ejecutivo	Independiente	Otro
Categoría año 2019	Dominical	-	6	2	2
	Ejecutivo	1	-	3	2
	Independiente	4	1	-	9
	Otro	13	4	11	-

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de los Informes Anuales de Remuneración de la CNMV. Este cuadro muestra los cambios de categoría que se producen cuando un mismo consejero en la misma empresa es catalogado como diferente tipo de consejero en dos años consecutivos, en este caso, los años 2019 y 2020.

⁶ El tiempo de servicio máximo de los independientes en España ya es de por sí generoso si tenemos en cuenta que el estándar internacional suele ser de 9 años Según el informe *OECD Corporate Governance Factbook 2021*, 28 de las jurisdicciones de la OECD imponen un límite de antigüedad a los consejeros independientes, en su mayoría, entre 8 y 10 años.

⁷ V. NILI, «New Insiders: Rethinking Independent Directors’ tenure», *Hastings Law Journal*, 68(1), 2016, pp. 97 ss.

Respecto de los estándares necesarios de profesionalidad, el problema es que el régimen legal de la figura del independiente no promueve necesariamente los nombramientos basados estrictamente en el mérito profesional, esto es, en función de la capacidad técnica o la experiencia de quien será consejero independiente. Por eso, muchos códigos de buen gobierno, con la intención de elevar el estándar de profesionalidad de los consejeros independientes, recomiendan que los independientes sean expertos de reconocido prestigio en materias como la auditoría o las finanzas.

En este sentido, es importante que los miembros de la Comisión de nombramientos (encargada de proponer los nombramientos de consejeros a la Junta de acuerdo con art. 529-duodecies. 4. h) LSC) estén convencidos de la importancia crucial de realizar un proceso serio y riguroso de selección de los mejores candidatos para el puesto en atención a sus cualificaciones profesionales, y no solo de que resulten aptos formalmente como independientes.

Sin embargo, hasta ahora las comisiones de nombramientos han resultado ser más eficaces como filtro o mecanismo interno de cumplimiento regulatorio, es decir, para certificar que los nombramientos de los candidatos propuestos o sugeridos por el socio o socios de control satisfacen los requisitos legales de independencia, que como impulsor de buenas prácticas de selección de profesionales independientes. Se supone que la nominación a través de la Comisión de nombramientos debe funcionar como una garantía para evitar conflictos de interés o sesgos en el nombramiento por parte de quien ostenta el control. En la práctica, la imparcialidad de la Comisión es con frecuencia limitada porque no se compone sólo de independientes, y estos ni siquiera tienen que ser mayoría en el régimen legal español (art. 529-quindecies. 1 LSC). La única exigencia es que sus miembros sean consejeros no ejecutivos y haya al menos dos independientes. A la postre, la influencia de los dominicales de control es, en la realidad de nuestro mercado de capitales, determinante para sacar adelante las nominaciones de los independientes.

2.2. Competencias de los independientes en materia de conflictos de interés

El otro pilar del régimen de los consejeros independientes tiene que ver con su función. Una de las mayores preocupaciones del Derecho de sociedades del presente reside en los conflictos de interés en que pueden incurrir los administradores y socios de control. Esto ha llevado a que la mayoría de los ordenamientos de referencia hayan encomendado a los independientes un papel destacado en la supervisión de tales conflictos⁸.

⁸ En Estados Unidos, la Sarbanes-Oxley Act de 2002 (sox), 15 u.s.c. § 7211(e)(6) (2012), impone que las sociedades cotizadas con capital disperso tengan una mayoría de independientes en los consejos, y tales consejeros son responsables de decisiones conflictivas para los ejecutivos, como remuneración, nombramiento de auditores y nombramientos en general. En Europa, la mayoría de los países imponen cierta proporción de independientes en los consejos y en las comisiones que revisan conflictos de interés. El Código de gobierno corporativo del Reino Unido de 2018 exige que la mitad del consejo se componga de independientes, (Provisión 11), las comisiones de auditoría y remuneración deben contar con un mínimo de 3 independientes (Provisiones 24 y 32). En Francia, se recomienda que la mitad de los consejeros sean independientes, en el caso de sociedades de capital disperso, y que lo sean un tercio de ellos si el capital es concentrado, (Principio 10.3 del Código de gobierno corporativo francés (2022). El Código de gobierno corporativo italiano (2020), en el artículo 2, recomendación 5, exige un número “adecuado” de independientes, que no podrá ser inferior a 2, además del presidente del consejo. En Alemania, el caso de los independientes es más controvertido. La recomendación c.7 del Código de gobierno corporativo alemán prevé que la mitad del consejo esté compuesto por independientes, pero como no se exige que los independientes carezcan de vínculos con los socios de control, se confunden en la práctica con nuestros dominicales. Para una visión comparada, v. ARMOUR, ENRIQUES, y KRAAKMAN, «The Basic Governance Structure:

Es por esta razón por la que se exige que las comisiones del Consejo cuenten con un número mínimo de independientes. En España, en la Comisión de auditoría, los independientes han de ser mayoría y el resto han de ser no ejecutivos (art. 529-quaterdecies. 1 LSC). En la Comisión de nombramientos y retribuciones se requiere que haya al menos dos independientes (art. 529-quindecies. 1 LSC). En ambos casos, la presidencia ha de recaer en un consejero independiente. Además, cuando el cargo de presidente del consejo recaiga en un consejero ejecutivo, será necesario nombrar a un consejero coordinador que necesariamente debe ser independiente (art. 529-septies. 2 LSC). Es importante destacar que estas previsiones legales se quedan cortas comparadas con las recomendaciones del Código de Buen Gobierno, más exigentes en relación con la independencia recomendada del consejo: la mitad del total de consejeros en el caso de sociedades de capital disperso y un tercio en el caso de sociedades controladas por encima de un 30% (recomendación nº 17). Asimismo, se recomienda mayoría de independientes también en la Comisión de nombramientos y retribuciones (recomendación nº 47).

A la vista de este contraste cabe preguntarse si la presencia de independientes está bien calibrada en nuestro ordenamiento para supervisar los eventuales conflictos de interés. Este análisis no se puede realizar al margen de la estructura de propiedad de las sociedades, porque los desafíos del gobierno corporativo de las sociedades con capital disperso son diferentes de los que aquejan a las sociedades controladas⁹.

En las sociedades de capital disperso predominan los conflictos de interés con los ejecutivos, fundamentalmente en relación con dos tipos de cuestiones. Por un lado, su nombramiento y retribución, porque los ejecutivos tienen la tentación de obtener ventajas a cargo de los socios. Por otro, los ejecutivos presentan el riesgo de tratar de acomodar la contabilidad de la sociedad y la contratación de la auditoría externa a sus intereses privados, dado que les conviene enviar las mejores noticias al mercado -su retribución variable y su estabilidad en el cargo dependen de ello-, aun cuando muestren una visión demasiado radiante de la realidad de la compañía.

En cambio, en los entornos en los que prevalecen las sociedades con socios de control, el conflicto de gobierno primordial no viene dado por los costes de agencia de los ejecutivos, sino por los conflictos de interés en los que pueden incurrir los socios de control¹⁰. Este es el caso prototípico de muchas jurisdicciones de Europa Continental. En este entorno, el gobierno corporativo y el Derecho de sociedades son clave para reducir los conflictos de interés en que pueden incurrir los socios de control -que tienen a su alcance usar su influencia dentro de la sociedad para hacer prevalecer su propio interés sobre el de la sociedad cotizada en su conjunto -protegiéndose así a los inversores externos¹¹-. Lo anterior comporta que los independientes tengan la función específica de supervisar los conflictos de interés, no sólo de los ejecutivos, sino

The interests of shareholders as a class», en KRAAKMAN et al. (eds.) *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 3ª ed., 2017, pp. 62 ss.

⁹ BEBCHUK, y HAMDANI, «The Elusive Quest for Global Governance Standards», *University of Pennsylvania Law Review*, 157(5), 2009, pp. 1263 ss.

¹⁰ Sobre las obligaciones de los consejos en sociedades controladas, v. HARNER, «Corporate Control and the Need for Meaningful Board Accountability», *Minnesota Law Review*, 94, 2010, pp. 541 ss.

¹¹ Esto es lo que se llama en la literatura internacional expropiación o “tunneling”. Para una taxonomía de los mecanismos de expropiación, v. ATANASOV, BLACK, y CICCOTELLO, «Law and Tunneling», *Journal of Corporation Law*, vol. 37, núm. 1, 2011, pp. 1 ss. BERTRAND, METHA, y MULLAINATHAN, «Ferretting Out Tunneling: An Application to Indian Business Groups», *Quarterly Journal of Economics*, 117(1), 2002, pp. 121 ss.

también de los socios de control -y por extensión, el que alcance a sus dominicales en el Consejo.- Un ejemplo paradigmático de este conflicto se encuentra en la aprobación de operaciones vinculadas¹².

Sin embargo, nuestra normativa no está todo lo bien ajustada que sería deseable para fiscalizar los conflictos de interés de los socios de control. Hay dos razones fundamentales para este desajuste.

En primer lugar, si dejamos de lado las reglas relativas a la Comisión de auditoría, nuestra regulación no obliga a que haya una mayoría de independientes, tan solo de consejeros no ejecutivos¹³. Esto lleva a considerar conjuntamente a independientes, dominicales y a otros consejeros. Dado que los dominicales representan a los socios de control, este tipo de composición podría ser eficaz para fiscalizar los conflictos de interés de los administradores, pero parece poco efectiva para vigilar a los socios significativos o de control representados a través de sus dominicales.

En segundo lugar, se podría argüir que no es tan relevante la categoría a la que pertenezcan los consejeros no ejecutivos, siempre que no estén “en conflicto” en la decisión que se vota (los independientes no lo están, *ex definitione*, pero los dominicales pueden estarlo por la extensión de los conflictos de interés de su *dominus*). Si el dominical en conflicto se abstiene de votar -prosigue el argumento-, se salva el reproche de dependencia y de contaminación. Este análisis puede resultar convincente cuando exista un control fuerte, por ejemplo, de un socio que ostenta la mayoría del capital. Pero parece pasar por alto que en situaciones de semi-dispersión, en aquellas en las que el control es minoritario y está fraccionado, los socios significativos actúan sobre la base de incentivos relacionales en cuanto a las decisiones sobre la compañía. Esto significa que los dominicales que no están en conflicto en una cierta situación pueden tener interés en avalar decisiones conflictivas que afectan a los intereses de otro socio -por ejemplo, una operación vinculada cuya competencia de aprobación corresponde al Consejo - con base en la reciprocidad esperada: hoy por ti, mañana por mí.

En conclusión, nuestra normativa societaria está bien orientada para vigilar los conflictos de interés de los ejecutivos, a través de la presencia de los dominicales y de los independientes en los consejos y en las comisiones especializadas en supervisión. A fin de cuentas, una ventaja reconocida a las sociedades con propiedad concentrada es que los socios significativos comprometidos con la gestión fortalecen la supervisión interna y reducen los costes de agencia de los ejecutivos. En cambio, poblar las comisiones del consejo con dominicales no parece muy indicado cuando el objetivo de la supervisión se focaliza en el escrutinio de los conflictos de interés que aquejan a los socios de control. Si los independientes no son mayoría en estas

¹² La Directiva de 2017/808 pone en el centro del debate europeo las operaciones vinculadas de la sociedad con los socios. Hay distintas estrategias para proteger a los inversores externos frente a este tipo de operaciones, pero en la mayoría de las jurisdicciones los independientes juegan un papel sustancial en su aprobación. Para una visión comparada, v. ENRIQUES y TRÖGER, «The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions: An Introduction», en ENRIQUES, y TRÖGER (eds.), *The Law and Finance of Related Party Transactions*, Cambridge University Press, 2019, pp. 1 ss.

¹³ Sobre las deficiencias de la Comisión de nombramientos y la deseabilidad de que estuviera constituida íntegramente por independientes, v. pp. 353-363 y 783 de MEJÍAS LÓPEZ, *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, La Ley, 2012.

decisiones, sino que participan con los demás consejeros -dominicales de otros que acaso informalmente participan en el control- en la adopción de las decisiones conflictivas, su peso y relevancia como supervisores de calidad se ve seriamente desvirtuado.

3. Los problemas conceptuales de la figura del consejero independiente en España

Tal y como hemos comprobado en la sección anterior, la estrategia que siguen la mayoría de los ordenamientos de referencia en materia de gobierno corporativo para proteger a los inversores externos descansa en buena medida en la figura de los consejeros independientes. Para que esta herramienta sea eficaz, sin embargo, no basta con su consagración legal y con definir ciertas reglas básicas que acrediten la falta de vinculación ex ante de estos consejeros. El propósito de este y los siguientes apartados es llamar la atención sobre las limitaciones funcionales que pesan en España sobre los consejeros independientes. Así, estos se enfrentan a problemas conceptuales sobre su propia naturaleza -que se tratarán a continuación-, a problemas relacionados con el sistema de elección (Sección 4), y a problemas de incentivos (Sección 5). Todos ellos coadyuvan a que esta categoría de consejeros esté en riesgo de desvirtuarse y a que su calidad y eficacia en la supervisión se pueda ver en entredicho.

3.1. Confusión entre consejeros independientes y dominicales

Existe cierta difuminación conceptual relativa a los diferentes consejeros, en particular referente a consejeros no ejecutivos. En concreto, en España ha adquirido peso y se defiende de manera inteligente la idea de que existen algunos consejeros dominicales que podrían ser equiparados a los independientes. Se trataría de consejeros dominicales minoritarios que, por no estar vinculados al control, se consideran asimilables o equiparables a la categoría de independientes¹⁴.

Para entender cabalmente esta “asimilación débil” entre dominical minoritario e independiente convendría detener la mirada sobre los tipos de consejeros que consagra nuestra legislación. La categorización de consejeros que propone la ley española -ejecutivos, dominicales e independientes-, tiene la virtud de identificar con acierto la realidad de las sociedades de estructura de propiedad concentrada, predominantes en las jurisdicciones de Europa continental como la nuestra. Por eso, nuestra clasificación va más allá de la mera distinción entre ejecutivos y no ejecutivos o externos típica de los sistemas jurídicos del *Common Law*, cuyas sociedades muestran mayoritariamente propiedad dispersa¹⁵. La distinción que nos interesa, y que la

¹⁴ También llamados micro-dominicales. Al respecto v. DAVIS-POLK-WARDWELL, GEORGESON, y URÍA MENÉNDEZ, *Estudio Relativo a los Micro Dominicales*, 2018 para una visión jurídica; y CONTHE, «Reflexiones Dominicales», *Expansión*, 7 de octubre 2014, para un análisis de mercado. Por su parte, PAZ ARES, *Identidad y Diferencia del Consejero Dominical*, 2019, en pp. 208-210, aboga por mantener separadas las categorías de dominical e independiente, pero permitiendo que estos dominicales tengan idoneidad legal para desempeñar papeles hasta ahora reservados a los independientes.

¹⁵ La iniciativa de poner nombre -dominicales- a los consejeros que representan a los accionistas significativos, ha de interpretarse como un ejercicio de transparencia y honestidad que otros ordenamientos de nuestro entorno no realizan -pues mantienen simplemente la típica distinción anglosajona entre ejecutivos y no ejecutivos o externos-. Lo que se busca es hacer transparente el papel que juegan los socios fuertes y activos en el gobierno de nuestras sociedades, y en particular, en el control. Sin embargo, para una parte relevante de la doctrina autorizada, la distinción entre dominicales e independientes es prescindible en favor de la de consejeros internos y externos, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La composición del consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales», en

normativa española ayuda a revelar, es entre independientes y dominicales. Esta distinción es importante no sólo por su valor expresivo, sino porque ambos tipos de consejeros están llamados a desempeñar funciones distintas y por ello, en principio, a sujetarse a regímenes jurídicos distintos¹⁶.

Los consejeros dominicales se caracterizan por estar nominados por un socio significativo, que se sirve de ellos para trasladar su visión de la empresa al consejo y, en caso de tratarse de un socio de control, para participar en la “dirección” de la sociedad. Los dominicales, se les llame como se les llame, y se les reconozca legalmente como categoría o no (en España así se hace, pero en muchos países no), son habituales en economías con propiedad concentrada¹⁷. Es decir, en España y la mayor parte de Europa Continental. Pero son inhabituales en jurisdicciones de capital disperso, como es el caso de Estados Unidos.

Por lo tanto, la particularidad de los dominicales respecto a los demás consejeros es su vinculación al socio que los nombra (y que los puede cesar) y cuyos intereses traslada y representa en el consejo. Ambas circunstancias nos remiten, por un lado, al sistema de nombramiento, y por otro, a la naturaleza de la vinculación entre *dominus* y dominical.

En relación con su nombramiento, es importante reseñar que los dominicales nominados por el socio a quien representan suelen ser nombrados por la mayoría, bien porque haya un socio de control (que vota a sus dominicales y los de otros socios significativos que gozan de su favor) o porque, a falta de un socio mayoritario, los socios significativos cooperan entre sí, de manera formal o informal, para tomar decisiones en la sociedad y asistirse mutuamente a través de la regla de la mayoría para colocar a sus representantes en el consejo. No parece probable que los socios de control abran las puertas del consejo a un dominical que vaya a oponerse a sus políticas y propuestas, salvo que no tengan más remedio (como viene sucediendo en algún caso con los activistas)¹⁸. A contrario, significa que los socios minoritarios pueden elegir en teoría entre el sistema de mayoría o de representación proporcional para colocar sus dominicales en el consejo, pero el sistema de representación proporcional es la única vía para forzar la entrada de consejeros minoritarios sin la aprobación de los socios de control¹⁹.

En lo que atañe a la naturaleza de la relación de dependencia entre el *dominus* y el dominical interesa señalar que no se trata de un vínculo jurídico, sino que se fundamenta en los incentivos

RODRÍGUEZ ARTIGAS et al. (eds.), *Junta General Y Consejo De Administración De La Sociedad Cotizada*, t. 2, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 931 ss.; MATEU DE ROS CEREZO, «Consejeros Dominicales: Calificación, Representación, Nombramiento y Otros Problemas Jurídicos Derivados de su Categoría», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ et al. (eds.), *Derecho De Sociedades: Cuestiones Sobre Órganos Sociales*, 2019, Tirant lo Blanc, pp. 473 ss.

¹⁶ V. PAZ ARES, *Identidad y Diferencia del Consejero Dominical*, 2019, pp. 16 ss.

¹⁷ V. SÁEZ LACAVE, «Consejeros Dominicales Minoritarios y Buen Gobierno Corporativo», *InDret*, 1, 2022, pp.1 ss.

¹⁸ Lucian Bebchuk realiza un análisis exhaustivo sobre las motivaciones y las consecuencias de la intervención de los activistas en las sociedades, y los acuerdos alcanzados entre las sociedades y los activistas para que entren en el consejo en Estados Unidos. Estos acuerdos, cuyo propósito es evitar el coste reputacional de un “proxy fight”, son bien recibidos por el mercado, con subida del precio de la acción, v. BEBCHUK, «Dancing with Activists», *Journal of Financial Economics*, 137(1), 2020, pp. 1 ss.

¹⁹ La idea que se quiere transmitir en el texto es que el sistema de representación proporcional no es deseable en sí mismo (a nadie se le escapa que es un sistema muy mejorable), si no fuera porque aporta una ventaja funcional: proporciona una “outside option”. Es decir, aumenta el poder de negociación del minoritario de entrar en el consejo de manera amigable al garantizar la ley una salida que no depende de la mayoría. Por eso se trata de un instrumento valioso de gobierno corporativo en los entornos de propiedad concentrada, v. SÁEZ LACAVE, «Nombramiento y Cese de los Consejeros Minoritarios», *InDret*, vol. 3, 2012, pp. 1 ss.

que genera una relación de reciprocidad²⁰. La literatura económica califica una situación fáctica de cumplimiento de un acuerdo implícito y no legalmente exigible sobre la base de la reciprocidad como contrato relacional. Dicho de otro modo, el contrato relacional es el sostén de la interacción entre el socio y el consejero dominical, porque se está ante una relación natural de representación de intereses y posiciones del socio que designa. Más allá de poner de relieve que estamos ante una relación no jurídicamente vinculante u obligatoria²¹, el contrato relacional llama la atención respecto de los incentivos que tiene el consejero para defender los intereses del socio o socios de cuya voluntad depende su permanencia o su cese en el consejo de la sociedad. Estos incentivos existen, aunque el consejero no esté ligado por un mandato imperativo o no se halle sujeto a instrucciones o indicaciones que puedan jurídicamente imponérsele. El esquema de incentivos que lleva al dominical a cumplir con los deseos del *dominus* no ha de ser explícito, sino que es consecuencia implícita del juego de posiciones fácticas en que se hallan dominical y *dominus*. El motor del cumplimiento voluntario de lo que se espera de uno puede consistir tanto en “sanciones” -el cese es la más evidente- como en “premios” -por ejemplo, promociones o servicios en otros consejos-.

Lo anterior no significa que los dominicales, aunque fácticamente estén en relación de dependencia funcional, no puedan realizar tareas productivas en las sociedades en las que hay socios de peso implicados en el negocio. Lo hacen con frecuencia²². Pero tomar conciencia de los incentivos bajo los que típicamente actúan importa: ayuda a entender mejor cómo tratar de minimizar los efectos menos deseables de esa dependencia. Las reglas de abstención del dominical en supuestos de conflictos de interés del *dominus* ofrecen un claro ejemplo.

Por tanto, en su sustancia los dominicales poco tienen que ver con los independientes, que son consejeros desvinculados -por completo, al menos en el modelo ideal- de los ejecutivos y los socios de referencia. La ausencia de vínculos es la manera de promover que sean desinteresados y se pueda esperar que carezcan de conflictos con el interés global de la sociedad a la que sirven. Esto coloca a los independientes en un lugar marcadamente distinto al de los consejeros dominicales. La literatura internacional destaca que estas características son necesarias para poder cumplir la función de defender los intereses de los accionistas externos, y por eso, en la mayoría de las jurisdicciones, son claves para decidir en los casos de conflictos de interés que aquejan a otros consejeros o a socios significativos.

Curiosamente, a pesar de ser dos figuras alejadas como tipos ideales, la distinción entre consejero independiente y consejero dominical es con frecuencia vidriosa, también en el panorama comparado. En la práctica, el hecho de compartir el mismo sistema de nombramiento y cese a través de la regla de la mayoría hace que no sea siempre fácil distinguirlos, un asunto que trataremos más adelante (v. infra 5). Aquí lo que nos preocupa destacar son los riesgos de que se lleguen a asimilar conceptualmente ambas figuras, es decir, que se entienda que hay dominicales que deben tratarse como independientes porque, al ser externos al grupo de control formalmente reconocible, son funcionalmente equiparables a los pertenecientes a la otra categoría de consejeros, los independientes. Desde esta óptica, habría dominicales internos y dependientes, por estar nombrados por un socio significativo que participa en el control, pero también

²⁰ V. SÁEZ LACAVE, *InDret*, 1, 2022, pp.1 ss.

²¹ Esta es la doctrina del mandato natural tal como explica PAZ ARES, *Identidad y Diferencia del Consejero Dominical*, 2019, en pp. 66 ss.

²² V. SÁEZ LACAVE, *InDret*, 1, 2022, pp.1 ss.

dominicales externos y potencialmente autónomos respecto al control (y, se supone, más cercanos a los consejeros independientes, que deben representar a los accionistas externos o de mercado), porque el socio que los nombra no es un socio mayoritario. Así, el indicio que se utiliza para diferenciar a los dominicales internos o cercanos al control de los dominicales externos o ajenos al control es la proporción de la propiedad que representan²³.

Algunos ordenamientos utilizan un umbral de propiedad, que suele rondar el 10%, para separar a los socios significativos de control de los (potenciales) socios significativos de supervisión²⁴. Este método descansa en la presunción de que el umbral del control suele residir entre el 20 y el 25%, con lo que se presume que un socio con menos del 10% de las acciones no será de control. Por eso, voces autorizadas se han alzado entre nosotros para que legalmente se asimile el dominical minoritario con una participación menor del 10% a la categoría de independiente, siempre que cumpla las condiciones de independencia del apartado 4 del art. 529-duodecies LSC²⁵. El obstáculo al que se enfrentaba esta interpretación residía, hasta ahora, en la propia letra de la ley, que calificaba al socio como dominical en función de que la participación fuera significativa, y el umbral de significatividad lo venía fijando en el 3% la normativa del mercado de valores (estaba recogido en el viejo art. 529-ter.1 h LSC en relación con el art. 23 RD 1362/2007). Pero el terreno parece haberse despejado en nuestro Derecho tras la introducción de las nuevas reglas sobre operaciones vinculadas, que cambian el umbral de participación relevante para presumir -iuris tantum- la influencia significativa de un socio²⁶. El art. 529-vicies. 1 LSC califica como parte vinculada al accionista que disponga de una participación en el capital igual o superior al 10%. Por su parte el art. 231.1 d) LSC se refiere a una participación que otorgue «una

²³ La participación en la sociedad dista de ser un criterio perfecto para discriminar a los dominicales entre internos o de control y externos o supervisores. Hay varias razones que avalan esta cautela. Primera, cualquier indicio relativo a la proporción del capital (que es una señal para determinar cómo van a votar, a favor o llegado el caso, en contra, del control) ha de calibrarse con la estructura de la propiedad. No es lo mismo que un socio con el 8% sea el único dominical a que haya más socios significativos en el consejo. Segunda, las características del socio - si se trata de una sociedad industrial o financiera, o de tenencia de acciones frente a fondos- también nos pueden ofrecer pistas sobre su compromiso a la hora de supervisar el control. Tercera, cada vez más socios significativos son fondos de inversión y muchos de ellos optan por no ser activos en temas de gobierno corporativo, ya que su modelo de inversión que requiere liquidez es incompatible con nombrar accionistas dominicales y tener acceso así a información privilegiada. Para ilustrar esto utilizando el caso de Indra vemos como Fidelity Management Research (9,9%) y Norges Bank (3,6%) son accionistas significativos. Sin embargo, no parecen tener intereses comunes con el grupo formado por los accionistas de los que se sospecha la acción concertada. De hecho, aunque Fidelity, dada su participación, podría nombrar a un consejero dominical, no lo ha hecho.

²⁴ En este punto podemos aludir al Derecho alemán, que, tal como explican PASCHOS, y GOSLAR, «Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach den neuesten Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex», NZG, 41, 2012, pp. 1321 ss., se considera que una participación por debajo del 10% no es, en ningún caso, de control, y por tanto, se reputa independiente el consejero para nosotros “dominical”.

²⁵ Uno de los argumentos que se invocan con más fuerza para legitimar esta iniciativa tiene que ver con la influencia de los asesores de voto en los inversores internacionales. Este argumento lo encontramos en GEORGESON, *Estudio Relativo A Los Consejeros Microdominicales 2018*, en p. 44 y en PAZ ARES, *Identidad y Diferencia del Consejero Dominical*, 2019, en p. 206. Se piensa que sufrimos un agravio comparativo en relación con otras jurisdicciones que aplican un umbral de significatividad más elevado, y estandarizado por los asesores de voto en sus directrices. En cambio, si aplicáramos criterios internacionales a nuestros consejeros (que están basados en el modelo americano, en el que no hay prevalencia de las sociedades controladas), la situación se revertiría, beneficiándonos en términos de inversión y de reputación, al salir mejor parados en la foto del buen gobierno. Sin embargo, si de lo que se trata es de mejorar -material y verdaderamente- el buen gobierno, sería más provechoso pedir que las agencias de voto ajustaran mejor la información y las recomendaciones en función de la realidad de cada jurisdicción.

²⁶ V. PAZ ARES, y MARTÍN, «El Perímetro de Vinculación», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, 2021, pp. 71 ss. y LATORRE CHINER, «Las Operaciones Vinculadas de la Sociedad Cotizada en la Reforma de la Ley de Sociedades de Capital (Ley 5/2021, de 12 de abril)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 62, 2021, versión electrónica.

influencia significativa», y añade, «se presume que otorga influencia significativa cualquier participación igual o superior al 10% del capital social». Así, el umbral del 3% permanecería a efectos de reporte y el umbral del 10% prevalecería a efectos societarios.

A nuestro juicio, los fundamentos para asimilar a los dominicales con participaciones inferiores al 10% a los independientes a los fines de otorgarles funciones típicamente reservadas a estos suscitan algunas dudas.

En primer lugar, se aduce que el consejero dominical, por el mero hecho de estar promovido por un socio minoritario o no significativo, comparte los intereses de los inversores externos²⁷. Esta presunción parece no prestar suficiente atención al dato de que los dominicales acceden al consejo por ser nominados por un socio y para representar los intereses del socio a quien sirven, sea mayoritario o minoritario. Naturalmente, habrá dominicales minoritarios que, por las características del accionista que los ha nombrado, quepa esperar que se guíen por criterios que los alineen con los inversores del mercado. Los fondos activistas son un claro ejemplo²⁸. Pero en ordenamientos de referencia se reconoce que el vínculo que tienen con el socio y los incentivos a los que se hallan sometidos los sujeta a intereses particulares, que pueden coincidir o no con los de los inversores externos²⁹.

En segundo lugar, se argumenta que tales dominicales, que podríamos llamar minoritarios, van a supervisar activa y diligentemente a los socios de control³⁰. Sin embargo, este sistema de distinción entre unos y otros dominicales corre el riesgo de que se cuenten como independientes a dominicales que representan a -efectivos o potenciales- socios de control³¹. En entornos de propiedad concentrada como el nuestro, es habitual que haya un control difuso de carácter informal entre socios minoritarios y que la coordinación y cooperación entre unos y otros sea de carácter relacional: los distintos socios cooperan sobre la base de la reciprocidad esperada, para a su vez obtener alguna suerte de ventaja o beneficio privado. La Tabla 3 muestra la naturaleza de este tipo de control difuso en las sociedades españolas. Si nos fijamos en las medias de participación accionarial, vemos como incluso en las grandes empresas que conforman el Ibex 35 la media de la suma de las participaciones de los 5 mayores accionistas está por encima del 49%.

De ahí que no se pueda inferir necesariamente que los dominicales minoritarios formalmente externos o ajenos al control, vayan efectivamente a mostrar interés o motivación de oponerse o enfrentarse a los socios de control en interés de los accionistas dispersos o externos. Esto es, en definitiva, lo que comporta la supervisión. Aunque técnicamente tales socios no se puedan calificar de control (sus intereses no están perfectamente alineados entre sí), es claro que

²⁷ V. PAZ ARES, *Identidad y Diferencia del Consejero Dominical*, 2019, en p. 204.

²⁸ V. NILI, *Hastings Law Journal*, 68(1), 2016, pp. 97 ss.; KASTIEL, «Captured Boards: The Rise of ‘Super Directors’ and the Case for a Board Suite», *Wisconsin Law Review*, 19, 2017, pp. 19 ss.; SHILL, «The Golden Leash and The Fiduciary Duty of Loyalty», *UCLA Law Review*, 64, 2017, pp. 1246 ss.

²⁹ V. las reflexiones del juez Lester, de la Delaware Chancery Court, en LASTER, y ZEBERKIEWICZ, «The Rights and Duties of Blockholder Directors», *The Business Lawyer*, 70(1), 2014, pp. 33 ss.

³⁰ V. PAZ ARES, *Identidad y Diferencia del Consejero Dominical*, 2019, en p. 207.

³¹ GEORGESON, *Estudio Relativo A Los Consejeros Microdominicales 2018*, en p. 26 apuntan que someter al candidato a independiente a un test de desinterés en materia de operaciones vinculadas resolvería la cuestión. Lo que sucede es que la ausencia de operaciones vinculadas del socio significativo con la sociedad en el pasado no es óbice para que el socio no vaya a tener intereses conflictivos con la sociedad en el futuro.

tampoco se puede esperar que sean supervisores ideales o netos, pues sus intereses tampoco están perfectamente alineados con los inversores externos. Y esto ha de tenerse muy en cuenta en relación con las situaciones de conflicto de interés, para cuyo control justamente se incluyen a los independientes en los consejos³².

En tercer lugar, voces autorizadas han traído a colación que la imposibilidad legal de calificar como independientes a los consejeros dominicales minoritarios genera trastornos en la realidad del gobierno corporativo español y su percepción exterior. Este argumento, que se esgrime para llamar la atención sobre la situación de desventaja que tienen las empresas españolas en relación con los estándares de independencia y de buen gobierno en otros entornos, suscita también algunos interrogantes. En realidad, en España la normativa vigente -y la práctica observada en la realidad del mercado- no exige que los independientes sean mayoría en el consejo, ni hay comisiones reservadas a ellos en su integridad. Ni siquiera se precisa mayoría de independientes en alguna de las comisiones que, se supone, dirimen conflictos de interés de los ejecutivos y accionistas significativos. En otras palabras, no parece que a día de hoy la normativa española haga muy exigente ni gravoso para las sociedades cotizadas de nuestro país el cumplir con los niveles de independencia legalmente requeridos, que esencialmente se sustancian en tener dos independientes en el Consejo.

Además, no hay ningún obstáculo ni legal ni práctico para que los dominicales minoritarios se integren en las comisiones del Consejo si se cree que ello mejora el gobierno corporativo y acrecienta la confianza de los inversores externos³³. Por último, parece deseable que las pocas - en perspectiva comparada- atribuciones exclusivas reservadas a los consejeros estrictamente independientes, como, por ejemplo, ser consejero coordinador o presidir alguna comisión, se mantengan en sus manos de manera genuina.

A modo de conclusión, acaso no está de más ofrecer una reflexión final de conjunto: el nivel y la eficacia de la supervisión -el cómputo del grado de independencia del consejo- no se mejoran necesariamente aumentando el número de supervisores a costa de rebajar los perfiles de la propia categoría de consejero independiente.

³² La relación de reciprocidad entre socios significativos puede verse a las claras en estos dos ejemplos. Primero, incluso en los ordenamientos más exigentes, como el nuestro, en el que la norma impide votar al dominical cuando el socio al que representa está en conflicto, nada obsta el voto a favor de los otros dominicales insertos en una interacción relacional con el conflictuado. Con ello, el sistema de cautelas en materia de abstención quedaría en buena medida desactivado. Una estrategia para superar esta limitación podría consistir en encomendar en exclusiva a los independientes la supervisión de los conflictos de interés, como, por ejemplo, prevé la normativa italiana. Pero esta opción se desnaturalizaría si los dominicales minoritarios pasan a engrosar las filas de los independientes. Segundo, el nombramiento y cese de administradores también puede obedecer a criterios o intereses relacionales. En la medida en que estos intereses se separan de los intereses de supervisión de los inversores externos, este tipo de decisiones también se pueden calificar de conflictivas.

³³ SÁEZ LACAVE, *InDret*, 1, 2022, pp.1 ss. Defiende las ventajas de los dominicales minoritarios supervisores que, por otro lado, encuentran numerosos impedimentos para entrar en los consejos en nuestro derecho si no cuentan con la aquiescencia de los socios significativos.

TABLA 3. Porcentaje de participación directa de los accionistas significativos en las empresas cotizadas españolas en 2022.

Variable	Índice	Obs.	Desv		Percentiles								
			Media	est.	1%	5%	10%	25%	50%	75%	90%	95%	99%
mayor accionista	Ibex 35	34	26,76	20,83	3,47	4,81	5,06	12,73	21,80	30,24	59,29	70,1	82,75
	Ibex Medium Cap	20	26,14	18,37	5,00	5,24	5,58	9,53	21,76	43,78	51,72	56,35	59,36
	Ibex Small Cap	28	37,14	23,93	7,62	8,21	10,03	15,55	28,40	60,43	70,98	77,70	82,92
	Mdo. continuo	31	41,64	28,78	5,83	6,57	10,98	18,12	31,51	65,76	89,07	94,13	95,16
3 mayores accionistas	Ibex 35	34	41,28	19,99	10,02	12,54	14,20	27,71	39,02	57,09	71,10	73,62	84,39
	Ibex Medium Cap	20	43,12	22,40	11,01	12,56	14,89	23,71	42,56	61,58	73,49	80,51	85,73
	Ibex Small Cap	28	54,98	21,95	17,79	18,78	20,26	40,53	58,57	71,47	84,60	85,3	86,17
	Mdo. continuo	31	57,74	24,12	16,38	18,03	25,53	38,00	57,32	80,50	89,85	95,28	96,00
5 mayores accionistas	Ibex 35	34	49,80	19,23	16,02	18,07	20,20	37,76	46,48	64,60	73,96	84,39	85,49
	Ibex Medium Cap	20	51,14	21,55	14,84	17,42	21,53	31,79	53,18	65,87	75,98	84,61	93,00
	Ibex Small Cap	28	65,09	21,02	24,04	25,07	28,45	53,58	70,47	81,29	90,49	93,16	93,32
	Mdo. continuo	31	66,02	20,34	25,23	27,60	35,52	51,42	69,10	80,66	90,14	95,31	98,43
10 mayores accionistas	Ibex 35	34	62,36	17,25	23,16	25,31	31,35	55,84	65,19	73,30	83,88	88,21	90,95
	Ibex Medium Cap	20	60,23	22,55	16,74	20,86	25,20	41,82	67,91	76,66	81,80	89,47	95,29
	Ibex Small Cap	28	75,59	19,45	29,06	34,30	42,47	69,42	80,27	91,25	95,18	97,44	99,45
	Mdo. continuo	31	75,40	16,27	33,74	41,99	53,16	67,44	79,99	89,35	92,62	95,31	99,99

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de Osiris. Esta tabla muestra el porcentaje de participación directa de los accionistas significativos en las empresas cotizadas españolas en 2022. Se incluyen las SA cotizadas en los diferentes segmentos de Bolsas y Mercados Españoles con fecha de enero de 2023. No se han incluido por falta de datos las siguientes empresas: en el Ibex 35, ArcelorMittal; en el Ibex Small Cap, Berkeley Energia Limited y OPDEnergy; y en el mercado continuo, Airbus, Amrest, Aperam, Caja de Ahorros del Mediterraneo y Coca-Cola Europacific Partners.

3.2. Confusión respecto al papel de los independientes en entornos con propiedad concentrada

El caso Indra ha sido recibido con preocupación por muchos precisamente porque pone en evidencia de forma especialmente llamativa la capacidad que asiste a los socios significativos para deshacerse de los independientes cuando contradicen sus deseos. Aunque el reproche público y la reacción reputacional existen (no parece una conducta alineada con las prácticas internacionalmente reconocidas de buen gobierno), se ha demostrado que no es una situación fácil de embridar y limitar con los resortes legales que, hoy por hoy, ofrece la normativa española.

La mayor parte de los análisis que se han ofrecido al respecto se realizan bajo el prisma de la existencia o no de acción concertada como uno de los elementos al que se conecta la obligación de formular una OPA³⁴. Esta también ha sido la aproximación de la CNMV, en buena medida porque al estar el cese por la mayoría amparado por la ley, que es justamente el núcleo del problema, el regulador del mercado de valores carecía de instrumentos de sanción más adecuados. Pero como veremos a continuación, la OPA obligatoria no parece ser una vía prometedora para abordar el problema en cuestión.

La mayoría de los sistemas jurídicos mantienen una posición binaria respecto a la existencia o no de control por parte de los socios fuertes o significativos. Para ello se realiza un test muy simple: se comprueba si los socios ostentan el control a través de un pacto o una actuación -demostrablemente- concertada. Este es el test de las tomas de control. Si no hay coalición formal o informal (pero reconocible y acreditable), la sociedad se reputa no controlada: los socios son de referencia, pero sin control efectivo. Si, por el contrario, se constata la existencia de una coalición, la sociedad se reputa de facto controlada, y los socios de control estarían obligados a lanzar una OPA sobre el 100% de las acciones con el fin de proteger a los inversores externos.

Esta regla es sencilla y, por ello, relativamente fácil de aplicar. Ello aporta certidumbre -valiosa- en relación con la regulación de las OPAs y del mercado de valores. Y es importante que los indicios que se utilizan para estimar la existencia de control a través de una acción concertada sean rigurosos, porque una OPA forzosa puede impactar drásticamente en el valor de una empresa. Con todo, esta vía de aproximación al problema de déficit de gobierno corporativo creado por el cese de los minoritarios en el caso de Indra ha puesto de relieve dos circunstancias.

La primera es que el régimen de OPAS se queda corto para disciplinar los incumplimientos de gobierno corporativo de esta índole. De hecho, la protección de los accionistas externos a través de OPAs resulta poco efectiva cuando el ejercicio del control requiere la acción concertada de varios socios, como es el caso típico en muchos países, incluido el nuestro³⁵. Esto es así porque no es fácil establecer demostrablemente la existencia de control efectivo cuando los socios controlan activamente la sociedad sin que posean formalmente la mayoría de los votos. De ahí

³⁴ V. CONTHE, «Res Indra Loquitur», *Expansión*, 2 de julio 2022.

³⁵ En relación con la vinculación de la obligación legal de formular una OPA a la suscripción de un simple acuerdo de concertación del derecho de voto entre accionistas que en conjunto superen el umbral de OPA y las dificultades de aplicación, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, «A vueltas con el concierto en materia de OPA obligatoria: los pactos parasociales y el ejercicio concertado de los derechos de votos», *Revista de derecho del mercado de valores*, vol. 31, 2022, versión electrónica.

que se reserve la noción de actuación en concierto para supuestos “fuertes” de concertación. Dicho lo cual, como ya hemos mencionado al discutir la Tabla 3, la realidad de nuestras sociedades con múltiples socios significativos es más sutil y menos binaria en relación con el control, lo que explica que el instrumento de las OPAs para proteger a los socios externos haya quedado relegado a casos extremos y palmarios de toma de control.

La segunda es que para entender cabalmente el caso Indra y el problema del riesgo de sometimiento de los independientes, hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento no sólo protege a los inversores externos a través de las OPAs, sino que también lo hace a través de otros mecanismos de gobierno corporativo destinados a aumentar la supervisión interna en las sociedades. Este es el caso de los niveles de independencia exigidos o recomendados. Precisamente la idea de integrar en los órganos de administración a consejeros independientes es una protección que puede operar al margen de cuál sea el sistema de control, porque su función es proteger a los socios externos ante los socios significativos.

Desde esta perspectiva, lo que muestra a las claras el caso Indra no es que la acción concertada no pueda probarse, sino que la figura de los independientes entre nosotros tiene, en buena medida, los pies de barro. Nadie duda de que en este caso el cese suponía dejar a los inversores externos a expensas de los socios significativos. Tampoco de que, hoy por hoy, tal actuación no es ilegal en España. Un flanco débil de la protección de los inversores de mercado en las sociedades de capital concentrado es el amplísimo poder que tienen los socios significativos para cesar y sustituir a los consejeros independientes.

Las reflexiones anteriores nos llevan a la conclusión de que la cuestión del cese de los independientes a manos de los socios significativos ha estado con frecuencia planteada en términos no del todo exactos. La pregunta que deberíamos formularnos es la siguiente: ¿Tiene sentido que los socios significativos, aunque no actúen abiertamente de forma concertada, puedan cesar a los independientes, que idealmente representan a los inversores externos? Si planteamos la cuestión en estos términos, enseguida percibimos que la aproximación al problema desde la óptica de la acción concertada no resulta prometedora. En efecto, si hay acción concertada, el remedio es la OPA y, entonces, no hace falta tener independientes. Si, por el contrario, no hay acción concertada, el cese de los independientes con los votos de los accionistas significativos no plantea problema si, después, esos mismos socios significativos reemplazan a los cesados con otros nuevos que, presumiblemente, estarán más alineados con sus intereses como accionistas significativos.

En cualquier caso, lo que se ampara es la legitimidad de que los socios significativos se deshagan de los independientes que les resulten incómodos o no sean suficientemente dóciles. Dicho de otro modo, se da por supuesto que en las sociedades controladas o con fuerte concentración de capital los socios significativos tienen pleno poder para poner y quitar a los independientes. Casi podríamos añadir: a su antojo.

Resulta muy difícil conciliar esta realidad con la idea de que los consejeros independientes tienen atribuida en todos los sistemas jurídicos que los contemplan la función esencial de proteger a los socios externos o de mercado y supervisar el control, este en manos de socios, cuando hay concentración de capital, o de administradores, cuando la propiedad es dispersa. Su tarea de supervisión es tan necesaria en un caso como en el otro. De hecho, en el caso de las sociedades con concentración de capital, el riesgo de captura y de desactivación de los independientes es

especialmente preocupante, porque los socios pueden utilizar sus derechos de control en la Junta para conformar el consejo a su medida. En la medida en que estos socios estén desalineados respecto al interés de mercado de la sociedad, podrán valerse de sus derechos de voto para perseguir sus fines a expensas de los inversores externos.

3.3. Confusión respecto a la noción de independencia: independencia formal, independencia estructural y deber de actuar con independencia

La tercera dificultad se refiere a la creencia generalizada de que las condiciones de independencia formal u externa son suficientes para garantizar la independencia real o efectiva. Como argumentamos a continuación, la independencia formal debe entenderse como condición necesaria pero no suficiente.

a. Independencia formal vs. independencia estructural

Como hemos observado en la Sección 2, la introducción de consejeros independientes en los consejos de administración de las sociedades cotizadas se basa en el plan del legislador de aumentar la supervisión sobre los conflictos de interés de los administradores y, muy singularmente (en España y en otros entornos de capital concentrado), de los socios de control. De ahí que sea crucial que los consejeros independientes lo sean de verdad y no sólo de nombre. Se ha explicado ya que la aproximación a la independencia de estos consejeros por parte del ordenamiento español es eminentemente formal: la ley establece unas condiciones externas de independencia que el consejero debe cumplir. Lo que debemos subrayar a continuación es que tal aproximación es limitada. Desde luego, el esquema legal permite descartar a los consejeros palmariamente parciales, que debieran servir en el consejo en la categoría de dominicales. Pero no promueve necesariamente la selección de profesionales manifiestamente independientes. Esto se explica porque es imposible confeccionar una lista exhaustiva, abstracta y ex ante de las circunstancias que comprometen la imparcialidad del consejero en todas las circunstancias que pueden suscitarse³⁶.

Sentado lo anterior, corresponde ahora señalar que la independencia formal o externa es una condición necesaria pero no suficiente para alcanzar la independencia real o efectiva que, en definitiva, es el objetivo buscado por la norma³⁷. Es evidente que la función de supervisión

³⁶ Otros ordenamientos han adoptado una aproximación más contextual y particular que estructural y abstracta hacia la independencia. Su examen no se realiza prioritariamente ex ante, a través de regulación, sino esencialmente ex post, a través de litigación (pero no sobre los deberes fiduciarios, sino sobre el carácter efectivo de la condición de independencia). El mejor ejemplo es el tribunal de Delaware, probablemente el más especializado y avanzado en Derecho de sociedades del mundo. Sus jueces han desarrollado jurisprudencia sobre las limitaciones de la independencia en la actuación de los consejeros independientes en casos concretos, aplicando criterios selectivos o ad hoc, que puedan generar alineamiento con los ejecutivos y socios de control en cada caso, más allá de la mera comprobación genérica de ausencia de vínculos financieros o familiares. Esta estrategia, además, precisa de tribunales expertos y de fórmulas de litigación adecuadas para proteger los intereses de los inversores externos para resultar eficaz. A este respecto v. LIN, «Beyond Beholden», *Journal of Corporation Law*, 44(3), 2019, pp. 515 ss., en pp. 521-525; RODRIGUES, *Journal of Corporation Law*, 33(2), 2008, pp. 447 ss.; y VELASCO, «Structural Bias and the Need for Substantive Review», *Washington University Law Quarterly*, 82, 2004, pp. 821 ss.

³⁷ Respecto a la preocupación de que otras relaciones puedan mermar su imparcialidad véanse FAITH, «The Cosmetic Independence of Corporate Boards», *Seattle University Law Review*, 34(4), 2011, p. 1435 ss. LE MIRE, y GILLIGAN, «Independence and Independent Company Directors», *Journal of Corporate Law Studies*, 13(2), 2013, pp. 443 ss. RODRIGUES, *Journal of Corporation Law*, 33(2), 2008, pp. 447 ss., en las pp. 465-466 explica que: «Delaware

requiere de la independencia formal del consejero respecto de los ejecutivos o los socios de control objeto de la misma. Pero esta condición no es suficiente. Por muy independiente que fuera personalmente un consejero al inicio de su mandato, hay condiciones estructurales inherentes al funcionamiento del consejo que pueden generar dependencia funcional del independiente respecto de los ejecutivos o de los socios de control durante el tiempo de servicio.

Los sesgos y los intereses producidos con ocasión de las relaciones personales en el seno del consejo son relevantes porque influyen en la intensidad con la que los independientes realizarán su tarea de supervisión³⁸. Aperebirmos del riesgo de captura nos ayuda a poner en cuarentena presunciones extendidas en relación con los independientes, como que la calificación de independiente imprime carácter (el independiente no se debe a quien lo nombra), y no caduca (*cum independens, semper independens*). Los problemas de dependencia estructural surgen a través de dos vías diferentes.

En primer lugar, la propia naturaleza colegial del consejo hace necesario que el consejero invierta en relaciones personales y, al pasar el tiempo, esto compromete su capacidad de supervisar a sus compañeros de consejo, los ejecutivos y los dominicales³⁹. Aunque el consejero no mantuviera previamente a su nombramiento relaciones sociales o personales con el resto de consejeros o con los socios de control, el servicio prolongado en la misma sociedad invita a establecer tales vínculos, tanto más cuanto más homogéneo y cohesionado sea el consejo. Esta naturaleza colegial conduce a que los independientes tengan mayor deferencia hacia el interés de los ejecutivos y socios de control, a pesar de que tal interés no coincida con el mejor interés de la sociedad y de los inversores externos⁴⁰.

Este problema puede reducirse con reglas que limitan el tiempo de servicio en el consejo de los independientes (v. infra 5). Desafortunadamente, como hemos visto en la Sección 2, las condiciones formales de independencia en España permiten que los independientes puedan mantenerse en el consejo una vez terminado su mandato bajo otra categoría de consejero, sin límite preestablecido. Desde la perspectiva de un consejero independiente que acaba de entrar en un consejo, la posibilidad de alargar su permanencia más allá del tiempo de servicio como independiente hace que los vínculos que pueda establecer con otros miembros del consejo aumenten su valor y perjudiquen su independencia funcional.

En segundo lugar, el sistema de elección genera dependencia funcional de los independientes respecto de quién o quiénes controlen dicho sistema. Los independientes saben que su bienestar y su futuro en el consejo depende de las personas que tengan el control de los procesos de

courts broaden the inquiry into more amorphous ties that can generate a sense of ‘beholdenness’. Common membership in a university, charitable giving, and friendships can all factor into the equation». Por su parte, PAGE, «Unconscious Bias and the Limits of Director Independence», *University of Illinois Law Review*, 237(1), 2009, pp. 237 ss., y TUNG, «The Puzzle of Independent Directors: New Learning», *Boston University Law Review*, 91, 2011, pp. 1175 ss., llaman la atención sobre los sesgos cognitivos que ponen en cuestión la imparcialidad de los independientes.

³⁸ V. LIN, *Journal of Corporation Law*, 44(3), 2019, pp. 515 ss.

³⁹ V. NILI, *Hastings Law Journal*, 68(1), 2016, pp. 97 ss., en pp. 248-262.

⁴⁰ Parte de la literatura se centra en explicar como la dimensión social de los consejos y el pensamiento de grupo puede afectar la conducta de los independientes, v. KHURANA, y PICK, «The Social Nature of Boards», *Brooklyn Law Review*, 70(4), 2005, pp. 1259 ss. LANGEVOORT, «The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability», *Georgetown Law Journal*, 89(4), 2001, pp. 797 ss. MACEY, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, 2008.

nombramiento, cese y renovación. Como discutimos detalladamente en la próxima sección, el sistema español de elección de consejeros está dominado férreamente por los socios de control y ello genera dependencia funcional de los independientes respecto de aquellos, lo cual pone en peligro la independencia real. Un mecanismo de elección bajo la batuta de los socios de control tiene sentido para la selección de dominicales, que son consejeros que representan los intereses de su dominus, pero distorsiona la función de los independientes de supervisar a quienes les han promocionado y les pueden cesar.

b. Independencia objetiva vs. independencia subjetiva

Nuestro ordenamiento presenta la característica de imponer el deber de independencia subjetiva como un requisito exigible a cualquier administrador (art. 228 d) de la LSC). ¿Es esta exigencia suficiente para garantizar la independencia efectiva?

De hecho, la lectura acrítica del art. 228 d) LSC podría llevarnos a la conclusión de que la figura de los consejeros independientes es superflua porque todos los consejeros están sujetos a los mismos deberes de lealtad, y en particular, a «desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros». En consecuencia -proseguiría el argumento-, como todos los administradores están obligados a ser imparciales e independientes, carece de sentido distinguirlos funcionalmente o en relación con su régimen jurídico⁴¹.

La idea que subyace en este argumento es la unidad e identidad de la posición jurídica de todos los administradores⁴². Tradicionalmente se daba por sentado que los consejeros tenían vínculos con los ejecutivos o los socios significativos. Formalmente, sin embargo, todos eran considerados independientes y sujetos al mismo régimen jurídico. Desde esta perspectiva, un consejero nominado por un socio significativo (un dominical) sería tan independiente como un consejero ajeno a la empresa, nombrado por su cualificación profesional (un independiente).

Pero este planteamiento entra en conflicto con la idea misma de mejorar la supervisión introduciendo la figura de los consejeros que son calificados específicamente como independientes. La independencia formal y externa, es decir, el carecer de vínculos con la empresa, los ejecutivos y los socios de control, no es un requisito necesario para ser administrador. Sí lo es para tener la consideración de consejero independiente en el sentido legal.

⁴¹ V. GARCÍA DE ENTERRÍA, en RODRÍGUEZ ARTIGAS et al. (eds.), *Junta General Y Consejo De Administración De La Sociedad Cotizada*, t. 2, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 931 ss., en la p. 948: «Si la posible relación de "representación" queda excluida por la obligación impuesta de actuar con absoluta independencia y libertad de criterio, no debería poder realizarse ninguna distinción sobre esta base entre los consejeros dominicales y los independientes». Otros autores como MARCOS, y SÁNCHEZ GRAELLS, «Necesidad y Sentido de los Consejeros Independientes. Dificultades para el Trasplante al Derecho de las Sociedades Cotizadas Españolas», *Revista de Derecho Mercantil*, 268, 2008, pp. 499 ss. critican la figura de los independientes en España por considerarlos superfluos y prescindibles en nuestro sistema de propiedad concentrada, dado que la independencia es consustancial a la naturaleza del cargo de administrador. Además, según estos autores, la presencia de dominicales de control ya procura la supervisión de los ejecutivos y sus costes de agencia. En el mismo sentido, MATEU DE ROS, *La independencia de criterio de los consejeros de las sociedades cotizadas*, Aranzadi, 2023, p. 124: «...el cumplimiento fiel y efectivo del deber de independencia de criterio por parte de los consejeros podría convertir en innecesaria e inútil para las sociedades cotizadas la existencia de la categoría especial de consejeros independientes prevista en el art. 529 *duodecies*, LSC».

⁴² V. Paz-Ares (2019) *Identidad y Diferencia*, en pp. 81 ss. Respecto a las reflexiones sobre la independencia objetiva y subjetiva, pp. 52 y ss.

La razón estriba en la convicción del legislador -español y de otras economías desarrolladas- de que la independencia como barrera estructural y profiláctica en la configuración de cierto número de consejeros contribuye a mejorar la independencia real o efectiva y, con ello, determinadas funciones de supervisión para las cuales esa independencia resulta singularmente importante. Desde esta óptica, la independencia “aspiracional” o normativamente supuesta o impuesta, como resulta de los deberes generales de los administradores en la ley española, por muy deseable que sea, es muy difícil que se traduzca en la práctica con la suficiente intensidad y continuidad, en independencia real, especialmente cuando no ni siquiera hay independencia formal o externa.

En efecto, es muy difícil sostener que los vínculos personales y profesionales de los consejeros con quienes ocupan posiciones de poder o influencia dentro de la sociedad no afectan a la libertad de criterio del consejero. De hecho, como acabamos de discutir en el apartado anterior, ni siquiera las condiciones formales y objetivas de independencia garantizan por sí mismas la independencia efectiva: el juicio o el criterio puede verse sesgado por otros vínculos menos generalmente observables y más sutiles.

En cambio, el deber de independencia que impone la ley es un deber fiduciario que es exigible a cualquier administrador, no sólo a los independientes. Por lo tanto, este deber no se refiere a un estado subjetivo o psicológico⁴³, sino a un modelo de conducta exigible a un fiduciario: informarse adecuadamente y actuar de buena fe. Y por ello, sólo se puede regular mediante descripciones generales y abstractas de la conducta deseable de un administrador⁴⁴. Por eso, la independencia, como parte de los deberes de lealtad, presenta un carácter situacional o contextual que ha de ser valorado ex post por el juez. Se trata de la obligación de conducirse conforme a la buena fe al conformar su propio -autónomo, no subordinado o servil al de otro- juicio o criterio, lo que básicamente obliga al consejero a informarse de manera adecuada y ejercer su personal criterio en base a esta información. Es decir, el deber de conducta conmina a los consejeros a ponerse en guardia frente a aquellas instrucciones o influencias que perjudiquen a la sociedad o al resto -esto es, quienes no dan las instrucciones o tratan de ejercitar la influencia- de los socios.

La razón por la que este deber de independencia no es suficiente para garantizar la independencia efectiva de manera estable y duradera estriba en la gran dificultad para que un juez pueda valorar ex post las razones de la decisión de un consejero. En general, la mayoría de las decisiones empresariales pueden justificarse de múltiples maneras. Y, aunque este deber fiduciario puede impedir que el consejero actúe de mala fe o como una mera y evidente correa de transmisión, queda más lejos de garantizar que se actúe únicamente con el mejor interés de la sociedad como guía de actuación. Nótese, además, que detectar y sancionar las desviaciones respecto de este patrón exigido de conducta, en especial en consejos amparados por quienes controlan la sociedad, no parece cosa fácil en general.

⁴³ Sin embargo, v. MEJÍAS LÓPEZ, «Revisando el Ámbito de Aplicación del Deber de Independencia de los Administradores Sociales», en HERNANDO (ed.), *Conflictos De Intereses En Las Sociedades De Capital: Socios Y Administradores*, Marcial Pons, 2022, pp. 229 ss.

⁴⁴ LE MIRE, y GILLIGAN, *Journal of Corporate Law Studies*, 13(2), 2013, pp. 443 ss., en p. 450 explican como la dicotomía entre la independencia objetiva y subjetiva (que en inglés se traduce por in mind) alerta respecto a las limitaciones de la independencia objetiva o formal. Posiblemente por esto es frecuente que los reguladores hagan llamadas a la independencia de juicio de manera abstracta, como es el caso de la ley española.

Como el deber de independencia no elimina por si solo los sesgos, los conflictos de interés o las “debilidades” de los consejeros, el objetivo que deben perseguir los ordenamientos es articular reglas para ayudar a prevenirlos. En el caso de los consejeros dominicales, el deber de independencia podría entrar en conflicto con la función del dominical de representar los intereses del socio que le ha nombrado y se espera que represente. Por ello los sistemas legales modernos no les consideran desvinculados o independientes propiamente dichos, ni fían todo a los deberes fiduciarios y su cumplimiento. Muy al contrario, obligan a que el dominical se abstenga de participar y de votar en asuntos en los que el *dominus* tenga un conflicto de interés⁴⁵.

En el caso de los consejeros independientes, aunque el deber de independencia debiera ser el estándar que presidiera en todo momento la conducta de todo consejero independiente, es deseable asegurarse de que el consejero reúna además las condiciones externas y estructurales que harán más fácil que de verdad ajuste su actuación a este estándar.

4. Problemas que afectan al sistema de elección

Las ineficiencias de gobierno corporativo que pone de manifiesto el caso Indra apuntan directamente a ciertos déficits en las reglas dispuestas en nuestro ordenamiento para cesar a los independientes y muestran que el sistema para el nombramiento, renovación y cese de administradores constituye una pieza fundamental para el buen gobierno de las sociedades cotizadas. Sin embargo, resulta curioso que este sistema se haya mantenido inalterado a pesar de la profundidad de las reformas legales en el Derecho societario y el gobierno corporativo que se han realizado en España en tiempos recientes.

Esta ausencia de cambios llama más la atención si consideramos que las reformas realizadas en otros ámbitos se han articulado con la intención expresa de (i) reforzar la protección de los inversores a través de la voz y (ii) modernizar la estructura y composición del consejo de administración. Como tratamos de argumentar a continuación, el actual sistema de nombramiento, renovación y cese de administradores es poco eficiente en la protección de los inversores a través de la voz e impide la modernización de la estructura del consejo en sintonía con las necesidades actuales de las sociedades cotizadas.

4.1. El sistema electoral no favorece el activismo accionarial

Uno de los pilares de la reforma de 2014 de la LSC tiene que ver con el refuerzo del papel de la Junta general y la apertura de cauces para fomentar la participación accionarial. Las demandas favorables a incrementar la voz y el poder de decisión de los accionistas se han sustanciado en medidas más generosas de revisión por parte de la Junta de la actuación de los administradores (art. 160 LSC). Incluso, en facilitar la intervención de la Junta en la gestión a través de instrucciones (art. 161 LSC). Pero no está claro que estas medidas repercutan en un incremento del poder de decisión de los inversores externos o de mercado en la selección de los administradores en entornos de capital concentrado. Es llamativo este olvido del legislador español, porque si hay una “franquicia” de voz de los accionistas en las sociedades cotizadas,

⁴⁵ OECD, *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights 2012*

dada la delegación de facto de los derechos de control de los accionistas en los administradores, es justamente la selección de administradores⁴⁶.

Pero el olvido quizás no es tan sorprendente a la luz de esta idea: las reformas han considerado a los inversores como clase y no han distinguido entre inversores externos e inversores internos (socios de control). Esto implica que, aunque los cambios introducidos hayan tendido a mejorar la voz de los inversores como clase frente a los ejecutivos, no han reforzado la voz de los inversores externos en sus posibles conflictos con los internos. Claramente, el nombramiento, cese y renovación de los independientes, en un sistema de propiedad concentrada, debería abordarse desde la necesidad de proteger los intereses de los minoritarios ante los socios de control.

Es verdad que la Junta decide ahora sobre más asuntos, pero aumentar el poder de decisión de la Junta (frente al consejo), que es en definitiva la estrategia elegida por el legislador español, no se traduce necesariamente en dar voz a los accionistas externos (y a sus intereses) frente a los ejecutivos y los socios de control, aunque el fin último buscado por el buen gobierno corporativo sea precisamente esto⁴⁷.

Las recetas de gobierno corporativo, para que sean en verdad provechosas, habrían de ajustarse a la estructura de propiedad de las compañías que domina en un país. Las reformas realizadas en España lo han hecho solo de forma limitada. Se ha olvidado con alguna frecuencia que las fórmulas de protección de los inversores externos que funcionan en los mercados en los que prevalecen las sociedades de capital disperso pueden no tener efectos, o incluso resultar contraproducentes, en aquellos mercados en los que la propiedad está más concentrada⁴⁸. Si hay socios de control y los socios externos están muy fragmentados o son pasivos, las reglas que dan poder a los accionistas como clase única e indiferenciada tienen, en principio, poco impacto en el bienestar de los accionistas de mercado. Más bien al contrario, parece razonable asumir que quienes salen beneficiados de que la Junta aumente su ámbito de decisión son los socios significativos y de control, dado que les permite hacer uso de sus derechos de decisión para promover las soluciones que prefieren⁴⁹. Para lograr lo primero es necesario aumentar la influencia y el poder de decisión de los socios externos, tal vez particularmente de los inversores institucionales, frente a los socios de control en asuntos sociales.

Así podemos entender por qué el sistema de mayorías en la nominación, cese y renovación de los consejeros no ha cambiado entre nosotros y no se ha acompasado con las nuevas categorías de miembros del consejo. Este sistema de nombramiento y remoción protege, sin duda, a los inversores de las conductas indeseables de los ejecutivos. Por lo tanto, si se mantiene la perspectiva de considerar a todos los accionistas como un colectivo homogéneo, sin fisuras y con

⁴⁶ V. BEBCHUK, «The Myth of the Shareholder Franchise», *Virginia Law Review*, 93(3), 2007, pp. 675 ss.

⁴⁷ Sobre estas cuestiones v. SÁEZ LACAVE, «Activismo Accionarial, Hedge Funds, y el art. 161 LSC», *InDret*, 4, 2018, pp. 1 ss.

⁴⁸ V. BEBCHUK, y HAMDANI, *University of Pennsylvania Law Review*, 157(5), 2009, pp. 1263 ss., en p. 1263: “Thus, in CS companies, giving the majority of shareholders more power vis-à-vis the board would operate to weaken—not enhance—the protection of outside investors”.

⁴⁹ V. BEBCHUK, y HAMDANI, *University of Pennsylvania Law Review*, 157(5), 2009, pp. 1263 ss. en p. 1263: “We have thus far assumed that empowering shareholders as a group to make a decision means that a majority of shareholders will have the effective power to make the decision”.

los mismos intereses en todo caso, no hay por qué cambiarlo⁵⁰. Sin embargo, si este retrato del accionariado no responde a la realidad de la divergencia de intereses, no se protege a los inversores minoritarios frente a los socios de control. Veamos por qué.

El nombramiento sustentado en la mayoría de los votos de los socios cumple con todos los parabienes para garantizar que los consejeros actuarán en interés de los socios -como estamento o clase-. Pero, ante la presencia de socios de control, parece razonable pensar que los intereses de los accionistas son heterogéneos o que, cuanto menos, con frecuencia pueden serlo.

Conviene aclarar que al referirnos a socios de control utilizamos este término en sentido amplio, refiriéndonos también a los socios significativos que cooperan juntos en el control de la sociedad, incluso de manera informal, sin mediar un pacto o acuerdo explícito: todos comparten el mismo interés en tener voz -y poder de decisión- en el consejo. En este contexto, la regla de nombramiento, reelección y cese por mayoría no sirve para que se nombren consejeros alineados con los inversores externos, es decir, capaces de supervisar o de disentir con los socios de control, sean independientes o dominicales minoritarios. La razón se descubre con facilidad: si quienes conforman la mayoría, los socios que conforman el bloque del control, tienen el poder de poner y quitar a los consejeros independientes o críticos, los incentivos de estos consejeros como garantes de los intereses de los inversores externos se verán seriamente afectados. De hecho, podremos concluir que no hay una distinción nítida entre los incentivos a los que se enfrentan los independientes y los dominicales, pues ambos comparten el mismo sistema de elección, en manos de los socios de control, y ello fomenta la dependencia estructural de los consejeros independientes. Este es el fenómeno que se puede describir como de "dominicalización" de los independientes.

Originalmente, el sistema de nombramiento y remoción de consejeros se diseñó cuando no existían los consejeros independientes. Se trataba de poder elegir y cesar ejecutivos y dominicales afines al control, de manera simple y eficiente. Este modelo de elección tiene todo el sentido para favorecer que el núcleo mayoritario monopolice el ejercicio del control, pero no para facilitar que se supervise el ejercicio del control, que es justamente el propósito del gobierno corporativo, (en general, y en particular, de la introducción de la figura del consejero independiente).

Estos desajustes del sistema de elección no son un problema exclusivo de España⁵¹. De hecho, si analizamos la experiencia comparada respecto a lo que ha pasado en otros países, han sido los

⁵⁰ Esta máxima se cumple en todos los ordenamientos en función del sistema de propiedad. Así, como explica HIRST, «Universal Proxies», *Yale Journal on Regulation*, 35(2), 2018, pp. 437 ss., en EE.UU., quienes tienen típicamente el control son los administradores. Mientras los socios tienen el poder de voto, los administradores han buscado monopolizar el poder de nominar, lo que se llama el "proxy Access". En cambio, en Europa, el control está con frecuencia en manos de los socios mayoritarios: los socios externos pueden tener margen de maniobra en la nominación, pero carecen de la fuerza del voto. KRAAKMAN et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3ª ed., 2017, explican que: «[A]lmost all jurisdictions permit a qualified minority (usually a small percentage) of shareholders to contest the board's slate by adding additional nominees to the agenda of the shareholders' meeting».

⁵¹ V. VENTORUZZO, «Empowering Shareholders in Directors' Elections: A Revolution in the Making», *European Company and Financial Law Review ECFR*, 8(2), 2011, pp. 105 ss.

socios activistas -y no tanto el legislador- los que han combatido las prácticas electorales establecidas para intervenir en las sociedades⁵².

4.2. El sistema de elección en buena medida impide la modernización de los consejos de administración

El mantenimiento inalterado del sistema de elección ha socavado el otro pilar de las reformas de gobierno corporativo centradas en el consejo de administración. Nuestro Derecho de sociedades se ha sometido a una profunda revisión y puesta al día de la administración societaria -estructura y funciones del consejo, tipos de consejeros, retribución, deberes de lealtad-. Estas reformas están en línea con una visión moderna de la complejidad de la administración de las sociedades cotizadas y de sus problemas de agencia. Pero el sistema de elección, que ha pervivido sin cambios, responde a otra lógica, más burocrática y más complaciente con el ejercicio del control en el seno de las sociedades cotizadas. Esto provoca dos desajustes que impiden que la modernización del consejo pueda avanzar suficientemente en la realidad.

a. El sistema de elección no diferencia según el tipo de consejero

El primer desajuste que se produce entre la reforma legal del consejo y el sistema de elección es que el mecanismo de nombramiento, cese y reelección de administradores no distingue según el tipo de consejero y, en particular, entre los dominicales y los independientes.

La creciente complejidad de los consejos y de la tarea de gestionar sociedades cotizadas ha provocado una mayor especialización de los consejeros. Independientes y dominicales se distinguen entre sí por la función que prioritariamente están llamados a desempeñar -con respeto, en ambos casos, a los deberes fiduciarios- en la realidad de los consejos: los independientes, centrados en la supervisión, mientras que los dominicales realizan en buena medida una tarea de intermediación de intereses del socio que los designa. Así se reflejan en las normas de composición de las comisiones del consejo. También hay diferencias en el régimen jurídico, puesto que los dominicales deben abstenerse de votar cuando el socio al que representan está en situación de conflicto y sus deberes de lealtad han de modularse para permitir la alineación de su voto con los intereses del socio que le nombra. Así las cosas, sería acaso razonable esperar que su nombramiento, cese y renovación recibieran un tratamiento jurídico diferenciado y ajustado a las características de cada categoría, en lugar de uno uniforme y genérico, como administradores. No es así, sin embargo.

b. El sistema de elección da (todo) el poder a la mayoría

⁵² El caso de los “staggered boards” (sistema de elección escalonada de los miembros del consejo, que impide que cambie todo el consejo a la vez) en Estados Unidos es muy ilustrativo. Según BEBCHUK, COATES, y SUBRAMANIAN, «The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence, and Policy», *Stanford Law Review*, 54(5), 2002, pp. 885 ss. esta elección escalonada de consejeros se considera una medida anti-opa y ha sido muy criticada por sus efectos perniciosos en el valor de la sociedad. Además, como explican GOSHEN, y SHANNON, «The Death of Corporate Law», *New York University Law Review*, 94(2), 2019, pp. 263 ss., el activismo accionario ha forzado la supresión de este sistema de elección en la mayoría de las sociedades americanas. En el año 2000, 300 sociedades del S&P 500 tenían consejos con elección escalonada. En 2017, menos de 50 empresas en el S&P 500 seguían manteniendo este sistema.

El segundo desajuste que se produce entre la reforma legal del consejo y el sistema de elección es que nombramiento, cese y renovación de administradores están controlados por la regla de la mayoría y no permiten que los socios minoritarios puedan influir sensiblemente en el nombramiento de los independientes, cuya función es precisamente protegerlos en conflictos de intereses en que puedan incurrir los socios de control. Recordemos que el sistema de elección no ha cambiado, aunque estaba diseñado para una época en la que no había obligación alguna de tener consejeros independientes⁵³. De hecho, no existía ni la propia noción de consejero independiente.

Los consejeros no tienen por qué estar sometidos a un sistema unívoco de elección y separación. El sistema de representación proporcional es buena prueba de ello. Y, se podría alegar, que este sistema de nombramiento de dominicales minoritarios previene los abusos de la mayoría en la configuración del consejo. Un análisis detallado del funcionamiento de la representación proporcional, con todo, indica otra cosa.

El sistema de representación proporcional (art. 243 LSC), lleva décadas vigente en nuestro ordenamiento. Dada su complejidad, tradicionalmente ha tenido un papel más estético que operativo⁵⁴. Hasta que, en tiempos más recientes, socios significativos minoritarios han tratado de valerse de esta regla para nombrar dominicales. La experiencia atestigua las dificultades a las que se enfrentan los socios significativos que pretenden nombrar administradores por esta vía sin la aquiescencia de los socios de control. Así, por ejemplo, se han articulado doctrinas encaminadas a cesar y desalentar el nombramiento de dominicales minoritarios poniendo en cuestión no tanto la conducta del administrador (en ocasiones se le cesa nada más ser nombrado), sino las motivaciones o intereses del socio que lo nombra a través del sistema proporcional, en cuanto que presuntamente opuestas o contrarias al interés de la sociedad⁵⁵.

Finalmente, a pesar de todo lo dicho, entre los juristas españoles parece dominar una convicción generalizada de que la composición del consejo ha de ser una prerrogativa exclusiva y excluyente del control, es decir, de los socios mayoritarios y que otorgar poder a los socios minoritarios es peligroso. En la Sección 7, discutiremos en detalle este punto de vista y exponemos algunas razones por las que nos parece inadecuado.

4.3. Conveniencia de reformar el sistema de elección

⁵³ Un reflejo claro de este desajuste es la cooptación (arts. 244 y 529 de la LSC). Se trata de un sistema de elección interna del propio consejo para cubrir vacantes entre juntas, que posteriormente se habrá de confirmar o ratificar por la Junta. Esta forma de cubrir vacantes al margen de la Junta simplifica la elección de los administradores cuando, al fin y al cabo, la decisión depende del socio de control y el consejo está compuesto solo por ejecutivos y dominicales de control. La ratificación a posteriori por parte de la Junta formaliza el nombramiento. No sorprende, por ello, que haya sido el sistema preferido por los consejos para renovar sus asientos. Pero la entrada de los consejeros independientes, a los que no se les aplica, muestra como el sistema de elección ha quedado en notable medida anticuado.

⁵⁴ Vaya por delante que no se trata de defender el sistema de representación como tal, sino como mecanismo que permite dar voz a los minoritarios. Sobre las desventajas del “cumulative voting”, v. VENTORUZZO, *European Company and Financial Law Review ECFR*, 8(2), 2011, pp. 105 ss.

⁵⁵ Las otras dos reglas son de nueva factura: se trata de los arts. 229.1 e y f LSC. En este caso, la obligación de evitar conflictos de interés de los administradores esconde barreras protectoras de los consejos frente a la entrada de dominicales minoritarios. La primera constituye en buena medida un mecanismo preventivo frente a la entrada en el consejo de fondos activistas, que son quienes en la práctica hacen uso de tales remuneraciones externas. La segunda otorga carta de naturaleza a la doctrina jurisprudencial del competidor, que consiente a los mayoritarios deshacerse con facilidad de dominicales minoritarios hostiles al control.

De todas las reflexiones realizadas hasta ahora podemos concluir que la persistencia de un sistema de elección heredado de otros tiempos ha provocado que las reformas de gobierno corporativo que ha acometido nuestro Derecho de sociedades, aunque encomiables en conjunto, se hayan quedado cortas, tanto en el propósito de proteger a los inversores (de mercado) como en el propósito de modernizar los consejos de administración. El sistema de elección es tal vez el problema pendiente más relevante para mejorar en realidad el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas en España, otorgando más poder de decisión a los socios -a todos-. Sin embargo, la reforma del Derecho de sociedades se ha centrado en conseguir una mayor sujeción y rendición de cuentas de los administradores frente a los inversores como grupo, sin fijarse en los problemas diferenciales que se suscitan en relación con la estructura de propiedad concentrada.

Esta situación resulta, con todo, más difícil de mantener según evolucionan las cosas. Observamos que la concentración del capital flotante es cada vez mayor. Es solo cuestión de tiempo que los accionistas minoritarios fuertes, competentes y combativos, como es el caso de los inversores institucionales, y en particular, de los activistas, reclamen cambios sustanciales. A medida que los accionistas ajenos al control ganen poder de decisión, y su voz importe, será más difícil que la elección de los consejeros independientes se siga haciendo a sus espaldas.

5. Problemas de incentivos

En las secciones anteriores hemos abordado problemas de definición y delimitación, así como los de elección que rodean a los independientes. Aquí nos ocupamos de los problemas de incentivos, que son una consecuencia de lo observado hasta ahora.

En la Sección 2 se han explicado las condiciones legales de independencia exigidas en nuestro ordenamiento. A su vez, en la Sección 3 se ha incidido en la idea de que la independencia efectiva va más allá de la verificación externa del cumplimiento de requisitos legales objetivos. También se ha advertido del riesgo de “captura” o influencia que genera la propia estructura del consejo o el sistema de elección⁵⁶. El propósito de este apartado es llamar la atención sobre la importancia de los incentivos que se derivan de ello. El punto de partida es la consideración de que los independientes van a cumplir sus funciones de manera eficaz, no por el hecho de que satisfagan unos ciertos requisitos legales, sino por los incentivos a los que de verdad están sujetos. En este sentido es importante destacar que los requisitos legales de independencia no son fines en sí mismos, sino instrumentos para que se pueda confiar en que los independientes operan de verdad con los incentivos correctos para desempeñar sus funciones de tutela de los inversores de mercado.

En efecto, con frecuencia los juristas caemos en la tentación de menospreciar la evidencia -lo que sucede en la realidad-, y a tomar por “realidad” lo que la ley dice -o presume- que debiera suceder. Así, el razonamiento jurídico al uso tiende a considerar que un consejero es independiente por cumplir los requisitos que lo califican como tal (carecer de los lazos laborales o familiares ya discutidos) y, por ello, actuará necesariamente con independencia (respecto de

⁵⁶ STRAMPELLI, «How to Enhance Directors’ Independence at Controlled Companies», *Journal of Corporation Law*, 44(1), 2018, pp. 103 ss., discute esta cuestión en las sociedades controladas.

la voluntad o las preferencias de los ejecutivos o socios significativos)⁵⁷. No sólo sobre el papel, sino también efectivamente. Es decir, el consejero es independiente y actuará como independiente porque la ley así lo contempla o lo presume. Y, en su caso, se piensa, para garantizar que los independientes cumplan efectivamente con sus obligaciones, ya están los deberes fiduciarios y de lealtad de los administradores⁵⁸.

Esta manera de ver las cosas no es proclive con frecuencia a aceptar que los incentivos son los determinantes para que en la realidad un sujeto adopte una acción u otra, una línea de conducta u otra. Lo más preocupante es que los análisis que se apoyan en la sinécdoque de tomar los contenidos de la norma por las realidades del mundo nos impiden percibir algunas de las disfunciones o deficiencias que afectan a los independientes. La literatura jurídica y financiera internacional advierte que uno de los puntos débiles de los consejeros independientes es la posible falta de motivación e incentivos: ¿por qué van a implicarse los independientes en supervisar activamente si eso los va a llevar a enfrentarse a los ejecutivos y accionistas significativos? ¿Qué ganan con ello?⁵⁹

Esto nos lleva a pensar que, si queremos que los independientes cumplan su función, es decir, que sean supervisores activos y dedicados, es esencial que cuenten con los incentivos adecuados que les impulsen a realizar a fondo la misión que tienen encomendada. Tarea no sencilla, si pensamos que se enfrentan al incómodo encargo, entre otros, de escudriñar y acaso vetar operaciones conflictuadas, lo que supone sin duda oponerse a los deseos de los socios de control⁶⁰.

Los incentivos importan, sin negar, claro está, que haya independientes con altos estándares personales que desempeñan su tarea con rigor y profesionalidad por motivaciones intrínsecas o reputacionales. Y aunque operen poderosos incentivos extralegales que incidan sobre una conducta, el ordenamiento puede reforzar (o debilitar) esos incentivos a través de normas jurídicas y sus consecuencias. Un ejemplo de cómo la regulación influye en los incentivos lo encontramos en nuestro Derecho en el límite al número de años que un consejero independiente puede permanecer en el cargo (art. 529-duodecies.4 i) LSC). Esta norma trata de contrarrestar los riesgos de dependencia estructural o de captura posterior que señalamos en el apartado 3.3: los

⁵⁷ V. RODRIGUES, *Journal of Corporation Law*, 33(2), 2008, pp. 447 ss., en p. 463: «that mere outsider status—defined by lack of ties to the corporation— makes a director an ideal fit for any board, is to fetishize a mere proxy for the good agent».

⁵⁸ No es dudoso que el sistema de responsabilidad de los administradores sirve para incentivar a los administradores a cumplir sus deberes. Pero los mecanismos de responsabilidad y su cumplimiento son costosos e imperfectos. Es más, los deberes de lealtad son en general más aptos para evitar fraudes o conductas claramente indeseables que para motivar de manera continuada las actuaciones óptimas de los administradores, especialmente si el estándar de revisión de los tribunales es formalista, como es el caso en España y en otros países europeos. En la mayoría de las jurisdicciones el sistema de responsabilidad se enfrenta a muchas limitaciones. V. GUTIERREZ URTIAGA, y SÁEZ LACAVE, «Deconstructing Independent Directors», *Journal of Corporate Law Studies*, 13(1), 2013, pp. 63 ss. LIN, *Journal of Corporation Law*, 44(3), 2019, pp. 515 ss.

⁵⁹ V. GUTIERREZ URTIAGA, y SÁEZ LACAVE, *Journal of Corporate Law Studies*, 13(1), 2013, pp. 63 ss., en pp. 87-88.

⁶⁰ V. STRINE, «The Inescapable Empirical Foundation of the Common Law of Corporations», *Delaware Journal of Corporate Law*, 27, 2002, pp. 499 ss., en p. 509, que describe gráficamente al socio de control como un gigantesco gorila de 800 libras de peso que desea zamparse unos plátanos y al independiente como un débil chimpancé, del que no cabe esperar que se interponga en el camino del gorila, aunque éste le haya dado, supuestamente, poder de veto.

incentivos a supervisar activamente que tiene un independiente a los gestores o a los socios de control se “gastan” o se “deprecian” con el tiempo de servicio en el consejo⁶¹.

Con todo, tenemos la sospecha de que nuestro ordenamiento societario no ofrece con claridad e intensidad suficiente los incentivos correctos a los independientes. La mejor prueba de ello tal vez la podemos encontrar en el sistema de elección de los administradores a través de la regla de mayoría: cuando hay socios fuertes o de control, el sistema de mayoría hace que el nombramiento, reelección o cese de los administradores -incluidos los independientes- dependan enteramente de la voluntad de los socios de control.

Lo que nos lleva de nuevo a la necesidad de reajustar el sistema de incentivos del sistema de elección cuando hay socios significativos. Parece evidente que un Derecho de sociedades preocupado por el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas debiera repensar los mecanismos de nombramiento, cese y renovación con dos fines. Primero, reducir los -indeseados- incentivos de los independientes de congraciarse con los socios de control (a quienes deben supervisar), que generan riesgo de captura. Segundo, reforzar los incentivos de los independientes para defender los intereses del capital flotante y rendir cuentas ante los inversores externos.

5.1. Incentivos perversos por riesgo de captura

Como se ha apuntado más arriba, existen dos dimensiones de los incentivos sobre las que podemos incidir para abordar el propósito de dotar de una mayor independencia a los consejeros independientes. La primera dimensión se concentra en rebajar los incentivos indeseados del sistema de elección actual, lo que se puede denominar el riesgo de captura. Con la denominación de riesgo de captura nos referimos a la capacidad del socio de control para nombrar y mantener en el puesto a los independientes que le sean afines y, con ello, desvirtuar su papel de supervisión y contrapeso al control societario. La conexión entre las decisiones de nombramiento, cese y renovación genera incentivos para que el independiente sea deferente hacia los socios de control.

En términos microeconómicos, diríamos que este es un juego relacional o relación de reciprocidad que implícitamente se establece entre las partes, en el que el cese puede verse como un castigo y la renovación como un premio que otorga el principal (es decir, quién toma las decisiones y dispone los términos de la interacción) a su agente (el consejero). La libertad de cesar por mayoría establece tácitamente la amenaza de separación inmediata para el consejero que levante la voz o el voto en consejo frente a decisiones de los socios de control. Así, la capacidad de la mayoría de cesar al consejero antes de que termine su mandato actúa de facto como una amenaza velada para inducir una rebaja en la intensidad supervisora de los independientes. Por su parte, la decisión de renovación puede verse como una recompensa por servicios prestados, lo cual tiene su lógica y cumple un propósito entendible en el caso de los dominicales o ejecutivos, pero carece de ellos cuando se trata de independientes. Así, un consejero independiente disfrutará de otro mandato como consejero si su labor en el primer mandato ha resultado satisfactoria para quien ostenta la mayoría (aunque no lo sea para los inversores de mercado, que son a quienes deben representar, en el propósito legal).

⁶¹ V. NILI, *Hastings Law Journal*, 68(1), 2016, pp. 97 ss., en pp. 131-132.

Así pues, como el sistema de elección no discrimina en función del tipo de consejero, suministra los mismos incentivos para los dominicales que para los independientes. Esto es distorsionador en el caso de los independientes. Tiene lógica que el sistema mayoritario de nombramiento y cese sirva para alinear a los dominicales con los socios de control porque estos (con respeto a su deber fiduciario general de independencia) representan sus intereses en el consejo. Pero aplicado a los independientes provoca su "dominicalización", y conduce a que, en sus resultados efectivos, la distinción entre ambas categorías de consejeros se difumine, como explicamos en el apartado 3.1.

5.2. Falta de incentivos reputacionales por rendición de cuentas ante los socios externos

La otra dimensión de los incentivos trata de promover aquellos beneficiosos o conducentes a la actuación genuinamente independiente de estos consejeros. Hemos comprobado que el sistema de elección vigente en España ofrece incentivos para que el independiente haga suyos los deseos de los socios de control. Este problema, aunque importante, podría ser contrarrestado si hubiese fuertes incentivos reputacionales. Pero nuestro sistema tampoco parece suministrarlos con la intensidad deseable.

Cuando la literatura especializada hace referencia a los independientes, se suele señalar que, dado que no reciben remuneración variable, el mayor incentivo que tienen para realizar efectivamente su función de supervisión es esencialmente reputacional. Al desempeñar sus funciones supervisoras de manera profesional y exigente aumentarán su prestigio y buen nombre. Esto, a su vez, les permitirá acceder a otros puestos de consejero en otras compañías en el futuro. Por ello, labrarse una buena reputación como eficaz supervisor sería el mayor activo de los independientes para ser cotizados en el "mercado de administradores".

Sucede, no obstante, que la reputación no tiene por qué ser el activo más valioso de los independientes si el mercado carece de mecanismos para reconocerlo y valorarlo adecuadamente. Así, en un sistema de elección dominado por quien ostenta la mayoría, el juicio que puedan tener los accionistas externos sobre la calidad del desempeño que ha realizado el independiente en la defensa de sus intereses no es relevante para promocionarse. No lo es ni para el cese o la renovación en la empresa en la que sirve, ni para la nominación en otras empresas cotizadas, donde también habría de ser nominado por quien allá ostente la mayoría. En un sistema de estas características lo que se acaba valorando de un independiente no es tanto su reputación para afrontar con vigor los conflictos de interés de los socios de control, como su afinidad con la visión dominante en el consejo, que a su vez refleja la de quienes ostentan el control societario. A este respecto es interesante señalar que, como podemos ver en la Tabla 1, los consejeros independientes son los que tienen mayor probabilidad de haber sido nombrados durante el mandato del actual CEO y/o presidente, comparados con las demás categorías de consejeros.

El problema de incentivos no solo requiere limitar el poder de la mayoría, sino que también precisa que los independientes estén motivados para aumentar el valor de su reputación en el futuro haciéndose valer ante a los inversores externos. En la siguiente sección analizamos sistemas alternativos de elección para conseguir esta mejora en los incentivos de los independientes.

6. Mecanismos alternativos para el nombramiento, cese y reelección de independientes

En esta sección proponemos ciertas reglas alternativas de nominación, cese y reelección de los consejeros con el ánimo de fortalecer la independencia efectiva de los independientes y darles los incentivos adecuados para desempeñar su tarea con el más alto estándar de profesionalidad y eficacia.

Sabemos ya que el sistema actual, según el cual el nombramiento, el cese y la renovación de los independientes suponen puras decisiones discrecionales de quienes ostenten la mayoría no favorecen la independencia efectiva.

Para intentar mejorar la situación, tal vez la introducción de normas de nombramiento, cese y renovación que limiten el poder de la mayoría y/o aumenten el de la minoría puede ser una vía digna de ser explorada⁶². Analizamos aquí tres reglas concretas. La primera se refiere a crear una “franquicia” o tiempo mínimo durante el cual el independiente no pueda ser cesado ad libitum (v. infra. 6.1). Las otras dos buscan otorgar mayor poder de decisión a los socios externos o no significativos en el nombramiento, renovación y cese de los independientes. Primero, analizamos la posibilidad de otorgar un derecho exclusivo a los accionistas externos para decidir el nombramiento, cese o renovación de los independientes. Tal derecho supondría que los socios mayoritarios no podrían objetar u oponerse a tales decisiones. El antecedente de esta estrategia en derecho comparado se encuentra en la regla del *voto di lista* de la normativa italiana (v. infra. 6.2). Segundo, analizamos un posible derecho de veto de la minoría a las decisiones mayoritarias de nombramiento, terminación y renovación del independiente. Antecedentes de esta estrategia los encontramos en la normativa societaria del Reino Unido y de Israel (v. infra. 6.3)⁶³.

6.1. Mandato mínimo de los consejeros independientes

La regla más simple que podemos concebir para aumentar el margen de los independientes para ejercitar sus funciones de supervisión con genuina libertad de criterio se basa en limitar la influencia de los socios de control en la separación o sustitución de estos consejeros. Tras el nombramiento inicial se establecería un periodo de mandato para que los independientes pudieran adoptar decisiones con total autonomía, sin la injerencia, ni siquiera indirecta y estructural a través de la facultad de remoción que tiene siempre la mayoría. De esta manera no verán peligrar su cargo por la amenaza de cese ante desavenencias con los socios significativos o de control. Para ello habría que reformar el art. 223. 1 LSC para que estos consejeros, en el curso de su mandato, hasta llegar el momento en que sea necesario votar su renovación, sólo pudieran ser cesados por la junta si concurriera una justa causa y, en todo caso, con la publicidad que

⁶² El trabajo de referencia sobre la materia es BEBCHUK, y HAMDANI, *University of Pennsylvania Law Review*, 165(6), 2017, pp. 1271 ss. Entre nosotros, analiza estas cuestiones MEJÍAS LÓPEZ, *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, La Ley, 2012.

⁶³ La Financial Control Authority (FCA) de Reino Unido explica estas reglas en el documento FCA, *PS14/8: Response to CP13/15—Enhancing the effectiveness of the Listing Regime*, 2014.

garantiza su inclusión en el orden del día desde la convocatoria de la Junta⁶⁴. Esta es en la actualidad la recomendación número 21 del Código de Buen Gobierno Corporativo⁶⁵.

Desde el punto de vista de los incentivos, mantener a los independientes en el cargo, aún a pesar de la desaprobación de los socios de control, afecta a la independencia de estos consejeros más que cualquier otra medida o corrección en la que pudiéramos pensar. Por eso creemos que la exigencia del cumplimiento obligatorio del término del mandato en el cargo, durante el cual no se pudiera cesar al independiente *ad libitum*, constituye la intervención legislativa más eficaz para fomentar su autonomía respecto a la influencia de los socios que lo nombraron.

Esta conclusión no es necesariamente intuitiva. Con frecuencia, cuando se medita sobre cómo fortalecer la independencia de estos consejeros, se pone el acento en el nombramiento y en la validación de candidatos idóneos desde la perspectiva de las condiciones de independencia ex ante. Esta visión es necesaria, pero incompleta, pues pierde de vista la importancia de los incentivos estructurales y el riesgo de captura a lo largo del tiempo. No hay duda de que cuanto más profesionales y capaces sean de inicio los consejeros independientes, tendrán mayores incentivos reputacionales para supervisar diligentemente y oponerse cuando deben a los deseos de los socios de control. Pero tales incentivos no bastan en muchos casos. Si los profesionales buscan tener éxito en sus futuras carreras como consejeros, y colocarse en otros consejos, pronto aprenderán que, si no gozan del aval de los socios significativos o de control, su carrera será breve. Lo más probable es que sean separados a la primera de cambio o se vean abocados a dimitir para ahorrarse el bochorno del cese. Con ello pueden anticipar que no se les vuelva a patrocinar para ningún otro nombramiento. Por eso, más allá de impulsar la selección de las personas más cualificadas sin vínculos con la empresa o con los socios de control, urge dotarles de un ámbito de autonomía en su actuación como consejeros. El mecanismo más elemental de conseguir este objetivo es limitar la capacidad de revocación de su mandato por obra de la mayoría.

Con todo, una regla de estas características pensada para reducir el riesgo de captura de los independientes por parte de los socios de control, presenta dos dificultades. La primera tiene que ver con la definición de causa justa que legitimaría la destitución por la Junta. Debe constreñirse a incumplimientos del consejero bien definidos y muy graves. De lo contrario, serviría de cauce

⁶⁴ V. el comunicado de la CNMV del 23 de diciembre de 2022 sobre la investigación realizada respecto a las modificaciones del consejo de administración de Indra y los eventuales acuerdos entre sus accionistas: «No obstante, el cese en junta de un número tan elevado de consejeros independientes, a propuesta de accionistas sin presencia alguna en el consejo, con el conocimiento del presidente y sin inclusión en el orden del día ni en los complementos, supone un hecho de indudable trascendencia, porque afecta a la percepción sobre la calidad y seriedad de gobierno corporativo de una compañía cotizada de primer nivel». La racionalidad de la regla del art. 223.1 LSC tiene sentido para reforzar la rendición de cuentas de los ejecutivos frente a los socios, que es justamente para lo que está pensada. Pero carece de sentido para forzar la salida por la puerta de atrás de los independientes, como pasó en Indra.

⁶⁵ Recomendación 21: Que el consejo de administración no proponga la separación de ningún consejero independiente antes del cumplimiento del periodo estatutario para el que hubiera sido nombrado, salvo cuando concorra justa causa, apreciada por el consejo de administración previo informe de la comisión de nombramientos. En particular, se entenderá que existe justa causa cuando el consejero pase a ocupar nuevos cargos o contraiga nuevas obligaciones que le impidan dedicar el tiempo necesario al desempeño de las funciones propias del cargo de consejero, incumpla los deberes inherentes a su cargo o incurra en algunas de las circunstancias que le hagan perder su condición de independiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación aplicable. También podrá proponerse la separación de consejeros independientes como consecuencia de ofertas públicas de adquisición, fusiones u otras operaciones corporativas similares que supongan un cambio en la estructura de capital de la sociedad, cuando tales cambios en la estructura del consejo de administración vengán propiciados por el criterio de proporcionalidad señalado en la recomendación 16.

fácil para bendecir cualquier maniobra para deshacerse de los independientes o para hacerles dimitir a fin de evitar el impacto público de verse acusados de falta de profesionalidad. Así, por ejemplo, ocupar puestos de consejero en otros consejos (lo que se conoce como el caso del *busy director*) no justificaría el cese intempestivo⁶⁶.

El otro inconveniente de este diseño se refiere a la renovación. La regla funciona bien para evitar que la mayoría se deshaga anticipadamente de independientes rigurosos a través de su poder de cesarlos anticipadamente de su cargo. Pero se queda corta a la hora de premiar comportamientos deseables mediante la renovación. Al final, si la renovación se mantiene como una decisión irrestricta de los socios de control (la mayoría), lo más probable es que el independiente intachable, que ha trabajado en favor de los accionistas externos y que no ha podido ser separado con anterioridad, se vaya a su casa con su reputación intacta después de cumplir con su mandato, pero no continuará como consejero. Así vista, la protección a los independientes durante el término de su mandato inicial sólo consigue postergar la captura de los más afines tras un periodo de prueba o, dicho en otros términos, una regla que impida remover anticipadamente ad nutum a los consejeros no es suficiente por sí sola para disciplinar a los independientes solícitos con los mayoritarios, una vez son nombrados.

Podríamos pensar en varias soluciones para paliar este efecto. La primera es limitar la permanencia a 6 años o ampliar el mandato inicial directamente a 12 años sin posibilidad de renovación, y que, una vez cumplido el mandato único, los independientes deban necesariamente dejar el consejo. En este caso el problema sería como capitalizaría el consejero independiente la reputación de paladín de los socios externos que haya conseguido durante su mandato. En un entorno donde la mayoría de las sociedades tiene socios de control, no parece muy probable que estos independientes reputados tengan ventajas para colocarse en otro consejo.

Como veremos a continuación, una solución más prometedora, teniendo en cuenta la habitual estructura de propiedad de nuestras empresas, estriba en dar más poder de decisión respecto a la renovación a los inversores externos.

6.2. Derechos exclusivos de la minoría

Sin duda, el cambio más drástico respecto del esquema vigente consistiría en adoptar un sistema de elección por el que los independientes fueran nominados, cesados y renovados por decisión de los inversores externos (y contra la posible objeción de los socios de control).

A fin de cuentas, si se supone que los independientes sirven a los intereses del capital flotante, y visto que la regla de mayoría no preserva adecuadamente la independencia efectiva y estructural respecto de los socios de control, parecería razonable que los inversores externos pudieran seleccionar a los candidatos y decidir su futuro en el consejo en función de la capacidad que hayan demostrado en el ejercicio del cargo que se orienta, precisamente, en su interés. Es de

⁶⁶ No es infrecuente que los independientes presten sus servicios en varios consejos, de ahí que podría resultar oportunista utilizar tal circunstancia como excusa para cesarlos. En cambio, en el caso particular de las entidades de crédito, sí está tasado el número de consejos de los que puede formar parte un consejero de forma simultánea en el artículo 26 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Igualmente, el régimen de incompatibilidades y limitaciones está desarrollado en las Directrices de EBA y ESMA de evaluación de idoneidad de los miembros del órgano de administración

imaginar, además, que tal regla sería beneficiosa no sólo para mejorar la independencia y el rendimiento de los independientes en el consejo, sino que aumentaría la calidad de los candidatos elegibles. Con todo, una regla de estas características sería difícil de adoptar en nuestro ordenamiento, surgiendo dos graves inconvenientes de muy distinta índole.

En primer lugar, la objeción más sustancial reside en el plano de la justificación de la regla, porque la mayor libertad de los independientes se gana a costa de reducir el poder de los socios de control en la configuración del consejo. Es una regla manifiesta y decididamente contramayoritaria. Desde esta perspectiva, sería una regla que despertaría una fuerte oposición en un entorno como el nuestro, de clara concentración del capital. Una vía para superar estas limitaciones sería la fórmula italiana del *voto di lista*, que permite a los inversores institucionales elegir un número predeterminado de independientes en función de las dimensiones del consejo a través de una propuesta alternativa de candidatos⁶⁷. Esta fórmula recuerda al sistema de representación proporcional en tanto que reserva un número reducido de puestos en el consejo a los candidatos elegidos por los minoritarios. Pero la norma italiana presenta numerosas ventajas técnicas y de funcionamiento respecto al sistema tradicional de representación proporcional. Además, Assogestioni (la asociación italiana de gestión de activos) juega un papel esencial en la selección de candidatos idóneos. Sin embargo, cuesta imaginar que un sistema de estas características pueda abrirse paso en España para elegir independientes, habida cuenta de la suspicacia que ha suscitado el sistema proporcional por parte de doctrina y jurisprudencia. Por ejemplo, no sería de extrañar que por mucho que los candidatos cumplieran las condiciones objetivas de independencia que establece la ley, al ser nombrados por la minoría, se les reputara dominicales.

En segundo lugar, existe una importante objeción práctica debida a los problemas de información asimétrica y acción colectiva propios de los accionistas dispersos en sociedades cotizadas. Para la mayoría de los accionistas minoritarios el coste de informarse y votar en el consejo es alto, con lo que tenderán a mostrar la bien conocida “apatía racional”. Para que este sistema alternativo pudiese funcionar correctamente sería preciso un grado significativo de compromiso por parte de los inversores institucionales y, especialmente, de los fondos de inversión generalistas y fondos activistas, que cuentan con los recursos y los incentivos para acceder a la información sobre la calidad de los independientes. Sin embargo, hacer descansar la eficacia de la norma en la actuación de los inversores institucionales también puede ser problemático.

En relación con los fondos generalistas, aunque los cambios que se vienen produciendo en las últimas décadas muestran una tendencia hacia la concentración del capital flotante en manos de fondos de inversión, lo cierto es que muchos de estos fondos, incluso aunque ejerciten el derecho de voto, siguen pasivamente recomendaciones de los servicios de asesoramiento de voto como Glass Lewis o ISS⁶⁸. Por lo tanto, dejar las propuestas en sus manos podría llevar a dar un poder

⁶⁷ V. BALP, y STRAMPELLI, «Empowering Institutional Investors in Concentrated Ownership Contexts: The Case of Italy», *South Carolina Journal of International Law and Business*, 17(1), 2020, pp. 44 ss. BELCREDI, y FERRARINI, «Board Elections and Shareholder Activism: The Italian Experiment», en BELCREDI, y FERRARINI (eds.), *Boards and Shareholders In European Listed Companies: Facts, Context And Post-Crisis Reforms*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2013, pp. 365 ss. VENTORUZZO, *European Company and Financial Law Review ECFR*, 8(2), 2011, pp. 105 ss.

⁶⁸ Sin embargo, para RICHTER, y FERDINANDI, «The Evolving Role of the Board: Board Nomination and the Management of Dissenting Opinions», *Italian Law Journal*, 4(2), 2018, pp. 611 ss., la experiencia italiana parece indicar que los inversores institucionales se han implicado y se ha aumentado el activismo accionarial por esta vía.

inusitado a estas empresas de asesoramiento de voto. Respecto a los fondos activistas, estos fondos se han mostrado reticentes a tomar participaciones en empresas con accionistas significativos, donde con participaciones pequeñas es imposible conseguir cambios sin la aquiescencia de los significativos. Por otra parte, si adquieren una participación suficientemente grande, estos activistas pueden utilizar el sistema de votación proporcional para nombrar dominicales que les representen, por lo que sus propuestas respecto a los independientes podrían ser vistas como sospechosas⁶⁹.

6.3. Derechos de veto de la minoría

El derecho de veto de la minoría es otra alternativa para incrementar la capacidad de influencia de los socios minoritarios y que, a diferencia de los derechos exclusivos, preserva las potestades políticas de los socios mayoritarios.

El derecho de veto de la minoría mantiene la prerrogativa de los socios de control para proponer independientes en los procesos de nombramiento y renovación, pero concediendo a los inversores externos la facultad de censurar las decisiones de los mayoritarios. Con todo, conviene aclarar de antemano que un sistema basado en el veto modera, pero no cercena, la dependencia estructural de los independientes hacia los socios de control. La razón estriba en que el ejercicio óptimo del veto padece restricciones de acción colectiva y de incentivos por parte de los inversores externos. En particular, requiere de información, cuya adquisición es costosa, y lo es de manera asimétrica en relación con inversores internos y externos.

El veto de la minoría podría operar en relación con las tres decisiones mayoritarias sobre los independientes: nombramiento, cese y renovación.

a. Veto de la minoría en relación con el nombramiento

En relación con el nombramiento, el veto de los minoritarios introduciría un filtro adicional para el acceso de los independientes al consejo. El veto otorgaría a los minoritarios mayor capacidad para revisar los nominados para consejeros independientes y bloquear la elección de aquellos menos profesionales o con mayor riesgo de sentirse en deuda con el socio de control tras el nombramiento. Esto elevaría el listón en el proceso de selección de los independientes de dos maneras. Por un lado, podría persuadir a los socios de control para que se abstuvieran de proponer candidatos de peor calidad a fin de ahorrarse el bochorno de que sean rechazados o descartados. Por otro, se buscaría alentar a los socios de control para que busquen y propongan como independientes a candidatos que, por sus cualidades y profesionalidad, sean nombramientos difíciles de rechazar. Así el derecho de veto despliega efectos ex ante, al obligar a los socios de control a auto-censurarse en la selección de los candidatos a entrar en el consejo como independientes.

⁶⁹ STRAMPELLI, «Italian slate voting and semi-dispersed corporate ownership: Lessons from the Generali case», *The ECGI Blog*, 21 junio 2022, explica como los casos recientes de Telecom Italia y Generali muestran cómo se puede comportar este sistema en entornos de capital semi-disperso.

El veto en la nominación se ha implementado en el Reino Unido de manera consultiva en un sistema de doble junta⁷⁰. La minoría puede vetar en la primera junta, pero el independiente vetado puede ser elegido en una segunda junta únicamente con los votos de la mayoría. Este sistema consultivo está basado en dar publicidad y, por lo tanto, someter a incentivos reputacionales de presión a los socios de control, en los que sigue recayendo, en último extremo, la decisión final. La fuerza de este mecanismo depende críticamente de las necesidades que tenga la empresa de atraer capital en el mercado financiero. Cuando la empresa puede autofinanciarse, se corre el riesgo de que el veto no surta los efectos deseados y los socios de control persistan en su plan de nombrar independientes que rechaza la minoría y, en particular, los inversores institucionales⁷¹.

b. Veto de la minoría en relación con el cese

La misma regla debiera extenderse a la decisión de cese del independiente. Parece claro que tendría poca eficacia otorgar derechos de decisión de los socios minoritarios en relación con el nombramiento, si los socios de control mantienen intacto su poder de separar libremente al administrador por mayoría. En tal tesitura, el socio de control trataría de deshacerse del independiente que, aun contando con su apoyo inicial, ha resultado menos cooperativo o más incómodo de lo previsto. Para evitar este efecto pernicioso, es inexcusable limitar la capacidad de revocar a los independientes por mayoría, incluso sin constar en el orden del día de la junta, como ocurrió en el caso de Indra. En el apartado 6.1 hemos considerado la introducción de un periodo mínimo de mandato para los independientes como una vía de conseguir este efecto, pero hemos apuntado los problemas que comportaría. La alternativa podría hallarse en una norma de veto para el cese, de manera que la minoría pueda, si lo desea, garantizar que los consejeros cumplan con el término de su mandato y no se vean separados de su cargo por falta de sintonía con el CEO o los socios de control.

Aún y todo, el sistema de veto se queda corto en este tipo de decisiones. No tanto sobre el papel, como en su probable plasmación práctica. Y esto es así porque el ejercicio del veto es costoso, lo que implica que se ejercitará en menos ocasiones de las que sería en teoría deseable. Se les pide a los inversores externos que se opongan a la decisión del socio o socios de control de cesar al independiente. Es decir, que se enfrenten y se desgasten en una disputa para parar los pies a los socios de control en esta concreta materia. Esto sucederá más comúnmente en las decisiones de

⁷⁰ Las reglas con las que deben cumplir las sociedades cotizadas en Reino Unido fueron modificadas en mayo de 2014 para dar más peso a los consejeros independientes ante la presencia de socios de control, en respuesta a los posibles abusos de poder por parte de los accionistas mayoritarios tras una ola de salidas a bolsa de sociedades controladas. Así, la nueva normativa -LR 9.2.2ER- establece que cuando la sociedad cotizada tiene un accionista de control, la elección o reelección de directores independientes debe ser aprobada por separado tanto por los accionistas externos (accionistas minoritarios) y la junta general. Si dicha elección o reelección no se aprueba de conformidad con este mecanismo de votación dual y la sociedad desea perseverar en la elección del candidato propuesto, se debe realizar una nueva votación en una junta convocada al menos 90 días, pero no más de 120 días después de la votación original. Esta vez, la nominación se aprobará por mayoría simple de los votos ejercidos (incluidos los votos de los accionistas mayoritarios).

⁷¹ Un claro ejemplo de ello son los casos de Direct Sports o Ferrespo, que discute REDDY, «The Fat Controller: Slimming Down the Excesses of Controlling Shareholders in UK Listed Companies», *Oxford Journal of Legal Studies*, 38(4), 2018, pp. 733 ss., en p. 744: «If the purpose of the dual vote is to influence a controlling shareholder to either reconsider the re-election or appointment of the relevant director or to restructure the board, for example by the addition of further independent directors, prior to the second vote to assuage minority shareholder concerns, plainly that purpose was not fulfilled in the case of Sports Direct».

cese que en las de nombramiento, porque los problemas de asimetría de información sobre el rendimiento del consejero y de acción colectiva se agravan.

En consecuencia, instaurar un sistema de veto puede mejorar la situación de dependencia estructural del independiente respecto de los socios de control y, acaso, puede frenar los casos más escandalosos, como el de Indra, pero está lejos de ser una solución perfecta. Por todo ello, para que este derecho de veto sobre el cese pueda funcionar correctamente, estimamos que debe ir acompañado por la exigencia de que la separación de los independientes por parte de la junta no sea *ad nutum*, sino *ad causam*, y en todo caso, constando en el orden del día.

c. Veto de la minoría en relación con la renovación

La otra decisión relevante es la de si renovar o no llegado el final del mandato. En este caso, el derecho de veto estaría encaminado a reducir la dependencia que hemos llamado estructural respecto de los accionistas mayoritarios y los ejecutivos. En este contexto, el veto de la minoría a la renovación funcionaría como mecanismo de rendición de cuentas, reforzando los incentivos de cumplimiento de las obligaciones frente a los inversores dispersos. En efecto, si la minoría tiene voz sobre la renovación, significa que valorará la continuidad del independiente en el consejo en función de su comportamiento en el período anterior. Esto permite que los independientes tengan incentivos a tomar en consideración los intereses de los inversores externos -y no únicamente los del socio de control- si quieren repetir otro período.

Para que esta medida sea realmente eficaz ha de ir acompañada de alguna limitación al cese por mayoría. A nadie se le oculta que, si los independientes se enfrentan al socio de control en favor de los inversores externos, pero el socio de control mantiene el control absoluto sobre el cese, el independiente incomodo sería cesado sin más o no propuesto para su renovación. Es más, llegado a este punto, el independiente que sabe que no cuenta con el apoyo de la mayoría tendría la tentación de dimitir para evitarse el sonrojo y el mal trago de no ser incluido en la lista para el siguiente mandato.

7. Propuesta de cambios e implementación de los mismos en nuestro ordenamiento

Del análisis anterior de los mecanismos alternativos de nombramiento, cese y renovación se concluye que, pese a que no existe una solución ideal al problema de garantizar la independencia completa de los consejeros independientes, es aconsejable y posible mejorar nuestro régimen legal para reducir el alto riesgo de captura y la escasa rendición de cuentas ante los socios externos que existe con la normativa actual. En este apartado realizamos una propuesta concreta, consideramos la manera de implementarla y defendemos su viabilidad.

7.1. Propuesta de cambio

Todo el análisis realizado nos lleva a la convicción de que la reforma normativa que permitiría reducir efectivamente el riesgo de captura de los independientes y minimizar, simultáneamente, la pérdida de control de los socios significativos consistiría en combinar (i) la exigencia de que la separación o cese de los independientes por parte de la junta no sea *ad libitum*, sino *ad causam*, y en todo caso, constando en el correspondiente orden del día y (ii) reforzar la voz de los

inversores externos en la renovación de los independientes, bien a través de un derecho exclusivo de nombramiento o bien a través de un derecho de veto (rea, y no meramente consultivo).

La combinación de estas dos medidas implicaría que el independiente, nominado inicialmente por los socios de control y que puede ser cesado por estos por causa justificada, sin embargo, a la postre, se ve obligado a rendir cuentas ante los inversores externos. Un independiente sólo podrá garantizarse la renovación si ha demostrado ante los socios de mercado su capacidad y voluntad de supervisar al socio de control. Este ajuste normativo conseguiría simultáneamente dos objetivos. Primero, reducir el riesgo de captura y aumentar los incentivos reputacionales y el nivel efectivo de supervisión que ejercen los independientes para los socios externos. Segundo, no obligaría a los socios de control a aceptar independientes que consideren inadecuados, ya que el nombramiento y cese, con causa, aun estarían en manos de la mayoría del capital.

La concurrencia de ambas modificaciones legales fungiría como mecanismo de incentivos combinando premio y castigo. Como premio, permitiría que los independientes que se han tomado en serio su tarea de supervisión, sean renovados, sin poder ser separados por el socio de control, puesto que su cese solo puede ser *ad causam*. Como castigo, implicaría que aquellos consejeros que han dado apoyo al socio de control en los casos de conflictos de interés con la minoría se exponen a un riesgo más elevado de no ser renovados al final de su mandato inicial⁷².

7.2. Implementación

En cuanto a implementación, la cuestión más complicada sería establecer un mecanismo que otorgase poder a los socios externos en la decisión de renovación. Tal mecanismo puede articularse a través de dos vías: una regla de mayoría de la minoría, o, alternatively, una regla de mayoría reforzada (en el entorno del 70%). Observamos ventajas e inconvenientes en cada una de ellas.

La regla de mayoría de la minoría da el poder exclusivo a los socios externos y ajenos al control, mientras que la mayoría reforzada se comparte el poder de renovación con los socios de control, que necesitarán el apoyo de los socios externos.

En ambos casos, el problema fundamental en la implementación será la limitación del poder de decisión del poder de voto de los socios de control. Cuando el control está en manos de los socios mayoritarios, limitar su voto, aunque sea en determinadas situaciones conflictivas, se percibe como un desapoderamiento o vaciamiento de su condición de socio (no obstante, v. infra 7.3) y encontrará previsiblemente gran oposición.

Un problema adicional, en el caso de la atribución de derechos exclusivos a la minoría, es la identificación de mayorías y minorías cuando, en lugar de haber un único socio de control, el control es difuso. Este tipo de control difuso, que está en manos de varios socios y es de carácter relacional, es el que concurre en el caso de Indra y es también el caso de otras muchas sociedades cotizadas españolas. El problema que plantea este tipo de control con una norma de mayoría de la minoría es identificar y separar a los socios que forman parte del control de aquellos que son

⁷² No hemos llegado a una opinión firme sobre la posibilidad de que el consejero no renovado por veto de la minoría pudiese mantenerse en el consejo bajo otra categoría de consejeros, en pago a los servicios prestados. Creemos que esto no es deseable, pero al menos, no servirían como supervisores independientes.

ajenos al mismo. A falta de pactos para-sociales, no es evidente que estemos ante sociedades controladas (aunque de facto haya cooperación entre los socios significativos). Cabe esperar que los socios realmente alineados con el control tratasen de acreditar frente a la sociedad que no están afiliados al bloque de control y así apuntarse a la Junta de los socios minoritarios para votar a favor del control (y en contra del veto). Esta estrategia tendría dos consecuencias perniciosas.

La primera es que aumentaría la litigación, porque la discusión sobre la acreditación del socio como minoritario se trasladaría a los tribunales, y no es evidente que los jueces sean capaces de identificar a través de otros indicios, como el historial de voto, si el socio en cuestión participa o no en el control.

La segunda es que se desvirtuaría el propósito de la regla de proteger el interés de los inversores minoritarios, dado que del ejercicio del voto no resultaría efectivamente en la protección de los inversores externos al control. Con todo, una regla de estas características sería viable y funcional en sociedades con una base amplia de inversores institucionales.

7.3. Algunas potenciales objeciones al cambio de normativa

El mayor problema para la aceptación de una propuesta como esta es la restricción que impone a los derechos de control de la mayoría. ¿Es legítimo quebrantar el poder de control de los mayoritarios?

Es un hecho que los mecanismos que reducen el poder de decisión de la mayoría en favor de la minoría no gozan de buena reputación en la literatura jurídica española. La perspectiva más generalizada es que la elección y cese de los administradores es una prerrogativa de la mayoría, y compartirla, a través del veto, o dejarla al arbitrio de la minoría, menoscaba los legítimos derechos de control y de decisión y abre la puerta a subvertir el normal funcionamiento societario. En esta sección explicamos cuales serían estos potenciales males y discutiremos si nuestra propuesta es susceptible de causarlos.

a. La voz de la minoría como mecanismo de extorsión

Un primer mal que tradicionalmente se achaca a otorgar poder de decisión a la minoría es que pueda ser utilizado como un mecanismo de extorsión. Este riesgo, circunscrito a la renovación o no de independientes que son, en todo caso, nombrados por mayoría, parece muy remoto en las sociedades cotizadas, donde la minoría está dispersa, incluso tratándose de inversores institucionales. ¿Cómo y con qué objetivo común podrían coludir cientos de inversores minoritarios en contra de los socios de control? ¿Cuál sería el mecanismo de extorsión que podría darles beneficios a todos a costa del socio de control? ¿Es la renovación de un independiente, que el socio de control puede sustituir por otro llegado el momento y en cualquier Junta si hay justa causa, una extorsión que pueda forzarle a hacer otra cosa que seleccionar independientes que se preocupen por los derechos de la minoría?

b. La voz de la minoría y la “mayorización de la minoría”

La línea de crítica más común es que favorecer la voz de la minoría coloca a esta en una posición de poder dentro de la sociedad que no le corresponde en función de su participación: la llamada

“mayorización de la minoría”. Se alteraría así la relación entre propiedad y derecho de control, lo que, a los ojos de un sector doctrinal mayoritario entre nosotros, vulneraría un principio fundamental del derecho de sociedades⁷³.

El problema de este argumento es que, en su expresión más maximalista, da por sentado una especie de derecho de sociedades “natural” que, replicando la arquitectura de los ordenamientos, obedece a principios inquebrantables e inmutables. Según esta perspectiva, el derecho de voto del socio es y debe siempre ser, inalienable.

Junto a la tendencia más decidida, hay una versión más moderada o funcional de esta visión. Esta línea de pensamiento pone el acento en que la abstención de los socios conflictuados, cuando son mayoría, conduce irremediabilmente a la adopción de la decisión con el solo concurso de los minoritarios, quebrándose así la correlación de fuerzas en el gobierno de la sociedad respecto a la participación. Conviene, no obstante, notar dos cuestiones.

En primer lugar, esta visión es acreedora de las limitaciones de la regla de la mayoría y los conflictos entre la mayoría y la minoría con socios fuertes propios de las sociedades cerradas. Conviene destacar que la regla de mayoría sufre una discontinuidad cuando alcanza el 50% o, en su caso, el umbral del control. Entonces, el ganador se lo lleva todo. El socio de control tiene todo el poder de decisión (como si tuviera el 100% de la sociedad) y los derechos de control de los minoritarios, acordes a su participación en la sociedad, ya no valen nada, pues se les desposee de cualquier tipo de poder de influencia o decisión. Su protección se confía a las acciones de impugnación de acuerdos y a las acciones de responsabilidad.

Esta “discontinuidad” -generadora de costes de agencia en la relación mayoría/minoría-consustancial con la regla de la mayoría está en el origen de muchos de los conflictos horizontales o entre socios de las sociedades, y amenaza la realización de proyectos eficientes que requieren la cooperación y la inversión -a veces específica- de socios minoritarios. Como el Derecho de sociedades no ofrece una solución adecuada a estos conflictos, no es de extrañar que habitualmente los socios traten de corregir las ineficiencias de la regla de la mayoría en las sociedades cerradas a través de pactos de socios, haciendo así que los derechos de control sean función del contrato -del acuerdo de los socios- en vez de ser función de la propiedad -la participación en la sociedad-. Y típicamente en estos pactos de socios negociados intensamente por los afectados, se acuerdan cuestiones como la composición del consejo, o el derecho de veto de los minoritarios en relación con decisiones importantes o sobre asuntos en los que haya conflictos de interés que afecten a los mayoritarios.

⁷³ Entre nosotros, este supuesto principio de derecho de sociedades ha encontrado su más reciente confirmación o plasmación en el art. 190 LSC, que establece que el socio no debe abstenerse de votar en los casos de conflictos de interés que verdaderamente importan en las cotizadas, los de carácter operacional que permiten la expropiación de los inversores externos. V. RECALDE CASTELLS, «Artículo 190. Conflicto de Intereses», en JUSTE MENCÍA (ed.), *Comentario A La Reforma Del Régimen De Sociedad De Capital En Materia De Gobierno Corporativo (Ley 31/2014). Sociedades No Cotizadas*, Thomson Reuters-Civitas, 2015, pp. 67 ss., en pp 70-71 y LATORRE CHINER, *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*, 2020, en p. 152 («...el procedimiento basado en la abstención del dominical es ineficiente por completo, porque, cómo es fácil de intuir, impide que el socio de control ejerza su poder de decisión a través de los administradores que ha tenido ocasión de designar, deja la decisión en manos de la minoría y, además, resulta incoherente con la participación que el mismo socio probablemente sí tendría en la junta general que decidiera sobre la misma operación»).

El caso de las sociedades cotizadas es, además, sustancialmente distinto al de las sociedades cerradas: en las primeras hay inversores externos o de mercado, que tienen poco que ver con los socios fuertes y activos, sean mayoritarios o minoritarios, de las sociedades cerradas⁷⁴. Tales socios son, con frecuencia, “mayoritarios” numéricamente -aunque no en su influencia efectiva- incluso en sociedades controladas por socios significativos. Salta a la vista que la estrategia de gobierno para proteger a los inversores de mercado ha de ser regulatoria: como la vía de la contratación no está a disposición de los socios en el caso de las cotizadas, se han de facilitar por la ley ciertos mecanismos de veto de la minoría o de abstención de la mayoría para contrarrestar los efectos más perniciosos de la aplicación a ultranza de regla de la mayoría. Debemos recordar que muchos ordenamientos contemplan derechos de veto de la minoría como mecanismo para tratar específicamente con los conflictos de interés de los socios de control y el riesgo de expropiación. Esto, a la postre, muestra el carácter instrumental del Derecho de sociedades⁷⁵.

En segundo lugar, debemos todavía considerar la versión más funcional del argumento, que advertiría cómo el veto o los derechos exclusivos de la minoría, al dar más poder a los inversores externos, puede alterar la calidad del control y gestión de la sociedad. El análisis económico del problema indicaría que los accionistas con mayor inversión tienen los incentivos para tomar las decisiones más productivas para el conjunto de accionistas de la sociedad. Desde esta perspectiva, al dar voz a los inversores externos en el sistema de elección de algunos consejeros, se correría el riesgo de interferir en la capacidad y habilidad de los socios mayoritarios para controlar y gobernar adecuadamente la sociedad. El argumento es potente. Pero hay que ponerlo en sus justos términos. En efecto, aquí es muy importante distinguir entre las decisiones relativas a la estrategia y operativa de la sociedad -que en una sociedad controlada deben responder a la visión del negocio del socio de control-, y las decisiones conflictivas que potencialmente menoscaban los intereses de los inversores externos.

En este sentido, parece que la regla de la mayoría debe ceder sólo y exclusivamente ante los conflictos de interés entre el socio de control y los socios minoritarios, dejando al socio de control plena libertad de maniobra para desarrollar su proyecto empresarial. Reforzar la voz de los minoritarios en relación con el nombramiento de los independientes se acomoda bien a este esquema. La razón de ser de los independientes estriba precisamente en dar cabida en los consejos a unos consejeros diferentes a los ejecutivos y dominicales que, por su independencia respecto a quienes ostentan el control de la sociedad, estén en condiciones de velar por el interés de los externos y de oponerse a las decisiones interesadas que pudieran en un cierto asunto promover los socios de control. Por lo tanto, su cometido se restringe en esencia a fiscalizar los conflictos de interés (razón por la cual es relevante su presencia en las comisiones de nombramientos o de auditoría) pero no el proyecto empresarial como tal.

⁷⁴ GUTIERREZ URTIAGA, y SÁEZ LACAVE, «Strong Shareholders, Weak Outside Investors», *Journal of Corporate Law Studies*, 18(2), 2018, pp. 277 ss. explican que los inversores externos de las sociedades cotizadas están mal protegidos por los ordenamientos europeos porque las normas societarias están pensadas para las sociedades cerradas.

⁷⁵ Así lo explican ENRIQUES, HERTIG, KANDA, y PARGENDLER, «Related Party Transactions», en KRAAKMAN et al. (eds.), *The Anatomy Of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 3ª ed., Oxford University Press, 2017, pp. 145 ss., en pp. 157-158. Sin embargo, en España las reformas del derecho de sociedades no han seguido esta tendencia, y en lugar de profundizar en los deberes de abstención de los socios conflictuados en la junta general, se ha optado por la vía impugnatoria, que es una medida de protección de los minoritarios típicamente menos enérgica en un entorno con altos costes de adjudicación ex post. Respecto a estos costes v. GOSHEN, «The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality», *California Law Review*, 91(2), 2003, pp. 393 ss.

Además, la propuesta de aumentar el poder de los accionistas externos no implica que estos puedan elegir a los independientes de su agrado. Esto continuaría siendo prerrogativa de los socios de control. Simplemente estos no podrían reelegir a los candidatos que no hayan demostrado satisfactoriamente a juicio de esos socios externos que han cumplido su función de representar a los inversores de mercado en casos de conflicto de intereses.

Por último, se podría argumentar que, en consonancia con el análisis que hemos hecho en la Sección 6 sobre los problemas de información y acción colectiva de los inversores externos, dar poder de voto a los inversores ajenos al control funcionará mejor si los inversores institucionales, mejor informados y sin restricciones de acción colectiva, se implican activamente. Si los inversores institucionales se muestran pasivos en el ejercicio de sus derechos reforzados para votar la reelección de los independientes, el cambio propuesto tendrá, previsiblemente, poco impacto. En todo caso, no podría decirse que, en ninguna empresa cotizada, independientemente de la composición o implicación de su accionariado minoritario, el mayor poder de voto colocaría a los minoritarios en peor posición que sin él.

8. Conclusiones

En este estudio hemos abordado la figura de los consejeros independientes de las sociedades cotizadas y reparado en las deficiencias de su régimen jurídico. En principio, para que los independientes puedan llevar a cabo la función de supervisión que tienen encomendada, el ordenamiento diseña un plan de acción sobre sus características personales de carácter estructural y profiláctico. Sin embargo, en entornos con socios significativos y de control tal actuación normativa puede no ser suficiente.

En este trabajo hemos discutido los problemas de incentivos que aparecen en este entorno porque el régimen legal de elección y cese por mayoría no se ajusta bien a la característica primordial de los consejeros independientes: ser supervisores del control. En particular, la libertad completa de cesar a los independientes por mayoría es un mecanismo poderoso de captura de sus voluntades por parte de los socios significativos a quienes están llamados a vigilar. Por todo ello, parece aconsejable reformar su régimen de nombramiento, renovación y cese de estos consejeros. Garantizar al máximo su independencia -no sólo externa, sino también estructural- es prioritario para dar confianza al mercado de que velan por los intereses de los inversores externos y atraer financiación para las sociedades.

En jurisdicciones como la nuestra, en las que las sociedades con capital concentrado son prevalentes, muchos factores se conjuran para que los independientes se vean sometidos a un proceso de desnaturalización o de “dominicalización”. Los supervisados no sólo son los ejecutivos, sino especialmente los socios significativos o de control, cuyo poder interno en la sociedad es enorme, y se expresa a través de la regla de la mayoría. En estas circunstancias, resulta muy comprometido preservar a los independientes fuera de la influencia de los socios de control. A esto se une la interpretación habitualmente pro-mayoritaria que se hace comúnmente del Derecho de Sociedades español, junto con las doctrinas tradicionales sobre la administración de la sociedad y los derechos de los socios, elaboradas en buena medida sobre el patrón de las sociedades cerradas, lo que hace que con frecuencia casen mal con la protección de los inversores externos de las sociedades cotizadas.

Sin embargo, la situación podría mejorar con una reforma legal consistente en combinar (i) la exigencia de que la separación o cese de los independientes por parte de la junta no sea *ad libitum*, sino *ad causam*, y en todo caso, constanding en el correspondiente orden del día y (ii) reforzar la voz de los inversores externos en la renovación de los independientes, bien a través de un derecho exclusivo de nombramiento o bien a través de un derecho de veto. El análisis que hemos realizado en este trabajo nos lleva a la convicción de que una reforma en esta línea permitiría reducir efectivamente el riesgo de captura de los independientes y minimizar, simultáneamente, la pérdida de control de los socios significativos.

9. Bibliografía

ARMOUR, John, ENRIQUES, Luca, y KRAAKMAN, Reinier, «The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class», en KRAAKMAN et al. (eds.) *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 3ª ed., 2017, pp. 62 ss.

ATANASOV, Vladimir, BLACK, Bernard, y CICCOTELLO, Conrad S., «Law and Tunneling», *Journal of Corporation Law*, vol. 37, núm. 1, 2011, pp. 1 ss.

BALP, Gaia, y STRAMPELLI, Giovanni, «Empowering Institutional Investors in Concentrated Ownership Contexts: The Case of Italy», *South Carolina Journal of International Law and Business*, vol. 17, núm. 1, 2020, pp. 44 ss.

BELCREDI, Massimo, y FERRARINI, Guido, «Board Elections and Shareholder Activism: The Italian Experiment», en BELCREDI, Massimo, y FERRARINI, Guido (eds.), *Boards And Shareholders In European Listed Companies: Facts, Context And Post-Crisis Reforms*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2013, pp. 365 ss.

BERTRAND, Marianne, METHA, Paras, y MULLAINATHAN, Sendhil, «Ferretting Out Tunneling: An Application to Indian Business Groups», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, núm. 1, 2002, pp. 121 ss.

BEBCHUK, Lucian A., «The Myth of the Shareholder Franchise», *Virginia Law Review*, vol. 93, núm. 3, 2007, pp. 675 ss.

BEBCHUK, Lucian A., «Dancing with Activists», *Journal of Financial Economics*, vol. 137, núm. 1, 2020, pp. 1 ss.

BEBCHUK, Lucian A., COATES, John C., y SUBRAMANIAN, Guhan, «The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence, and Policy», *Stanford Law Review*, vol. 54, núm. 5, 2002, pp. 885 ss.

BEBCHUK, Lucian A., y HAMDANI, Assaf A., «The Elusive Quest for Global Governance Standards», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, núm. 5, 2009, pp. 1263 ss.

BEBCHUK, Lucian A., y HAMDANI, Assaf A., «Independent Directors and Controlling Shareholders», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, núm. 6, 2017, pp. 1271 ss.

CNMV, *Comunicado sobre la Investigación Realizada Respecto a las Modificaciones del Consejo de Administración de Indra y los Eventuales Acuerdos entre sus Accionistas, 2022* [informe en línea, consultado el 8 de febrero de 2023]

<https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t=%7B08c7c58b-f08b-462e-a1be-b1d524381b11%7D>

CONTHE, Manuel, «Res Indra Loquitur», *Expansión*, 2 de julio 2022 [artículo en línea, consultado el 8 de febrero de 2023] <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2022/07/02/res-indra-loquitur.html>

CONTHE, Manuel, «Reflexiones Dominicales», *Expansión*, 7 de octubre 2014 [artículo en línea, consultado el 8 de febrero de 2023] <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2014/10/07/reflexiones-dominicales.html>

DAVIS-POLK-WARDWELL, GEORGESON, y URÍA MENÉNDEZ, *Estudio Relativo a los Micro Dominicales, 2018* [informe en línea, consultado el 8 de febrero de 2023] https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5486/documento/Estudio_consejeros_microdominicales.pdf?id=7182

DEL VAL TALENS, Paula, «Los Consejeros Independientes ante el Activismo Accionarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 33, núm. 136, 2014, pp. 235 ss.

ENRIQUES, Luca, y TRÖGER, Tobias, «The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions: An Introduction», en ENRIQUES, Luca, y TRÖGER, Tobias (eds.), *The Law and Finance of Related Party Transactions*, Cambridge University Press, 2019, pp. 1 ss.

ENRIQUES, Luca, HERTIG, Gerard, KANDA, Hideki, y PARGENDLER, Mariana, «Related Party Transactions», en KRAAKMAN Reiner et al. (eds.), *The Anatomy Of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 3ª ed., Oxford University Press, 2017, pp. 145 ss.

FAITH, Nicole, «The Cosmetic Independence of Corporate Boards», *Seattle University Law Review*, vol. 34, núm. 4, 2011, p. 1435 ss.

FCA, *PS14/8: Response to CP13/15—Enhancing the effectiveness of the Listing Regime, 2014* [informe en línea, consultado el 8 de febrero de 2023] <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps14-08.pdf>

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, «La composición del consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando et al. (eds.), *Junta General Y Consejo De Administración De La Sociedad Cotizada*, t. 2, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 931 ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, «A vueltas con el concierto en materia de OPA obligatoria: los pactos parasociales y el ejercicio concertado de los derechos de votos», *Revista de derecho del mercado de valores*, vol. 31., 2022, versión electrónica.

GEORGESON, *Estudio Relativo A Los Consejeros Microdominicales 2018*[documento en línea, consultado el 8 de febrero de 2023] https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5486/documento/Estudio_consejeros_microdominicales.pdf?id=7182

GORDON, Jeffrey N., «The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices», *Stanford Law Review*, vol. 59, núm. 6, 2007, pp. 1465 ss.

GOSHEN, Zohar, «The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality», *California Law Review*, vol. 91, núm. 2, 2003, pp. 393 ss.

GOSHEN, Zohar, y SHANNON, Hannes, «The Death of Corporate Law», *New York University Law Review*, vol. 94, núm. 2, 2019, pp. 263 ss.

GUTIERREZ URTIAGA, María, y SÁEZ LACAVE, Maribel, «Deconstructing Independent Directors», *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 13, núm. 1, 2013, pp. 63 ss.

GUTIERREZ URTIAGA, María, y SÁEZ LACAVE, Maribel, «Strong Shareholders, Weak Outside Investors», *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 18, núm. 2, 2018, pp. 277 ss.

HARNER, Michelle M., «Corporate Control and the Need for Meaningful Board Accountability», *Minnesota Law Review*, vol. 94, 2010, pp. 541 ss.

HIRST, Scott, «Universal Proxies», *Yale Journal on Regulation*, vol. 35, núm. 2, 2018, pp. 437 ss.

HOPT, Klaus J., «Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation», *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, núm. 1, 2011, pp. 25 ss.

KASTIEL, Kobi, «Captured Boards: The Rise of ‘Super Directors’ and the Case for a Board Suite», *Wisconsin Law Review*, vol. 19, 2017, pp. 19 ss.

KHURANA, Rakesh, y PICK, Katharine, «The Social Nature of Boards», *Brooklyn Law Review*, vol. 70, núm. 4, 2005, pp. 1259 ss.

KRAAKMAN, Reinier et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3ª ed., Oxford University Press, 2017.

LANGEVOORT, D. C., «The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability», *Georgetown Law Journal*, vol. 89, núm. 4, 2001, pp. 797 ss.

LASTER, J. T. y ZEBERKIEWICZ, John «The Rights and Duties of Blockholder Directors», *The Business Lawyer*, vol. 70, núm. 1, 2014, pp. 33 ss.

LATORRE CHINER, Nuria, *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*, Marcial Pons, 2020.

LATORRE CHINER, Nuria, «Las Operaciones Vinculadas de la Sociedad Cotizada en la Reforma de la Ley de Sociedades de Capital (Ley 5/2021, de 12 de abril)», *Revista de Derecho de Sociedades*, vol. 62, 2021, versión electrónica.

LE MIRE, Suzanne, y GILLIGAN, George, «Independence and Independent Company Directors», *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 13, núm. 2, 2013, pp. 443 ss.

LIN, Da, «Beyond Beholden», *Journal of Corporation Law*, vol. 44, núm. 3, 2019, pp. 515 ss.

MACEY, Jonathan R., *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton University Press, 2008.

MARCOS, Francisco, y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, «Necesidad y Sentido de los Consejeros Independientes. Dificultades para el Trasplante al Derecho de las Sociedades Cotizadas Españolas», *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 268, 2008, pp. 499 ss.

MATEU DE ROS CEREZO, Rafael, «Consejeros Dominicales: Calificación, Representación, Nombramiento y Otros Problemas Jurídicos Derivados de su Categoría», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén et al. (eds.), *Derecho De Sociedades: Cuestiones Sobre Órganos Sociales*, 2019, Tirant lo Blanc, pp. 473 ss.

MATEU DE ROS CEREZO, Rafael, *La independencia de criterio de los consejeros de las sociedades cotizadas. La reconstrucción de los derechos y obligaciones de los consejeros externos dominicales e independientes*, Aranzadi, 2023.

MEJÍAS LÓPEZ, Javier, «Revisando el Ámbito de Aplicación del Deber de Independencia de los Administradores Sociales», en HERNANDO, L. (ed.), *Conflictos De Intereses En Las Sociedades De Capital: Socios Y Administradores*, Marcial Pons, 2022, pp. 229 ss.

MEJÍAS LÓPEZ, Javier, *El consejero independiente. Estatuto y funciones*, La Ley, 2012.

NILI, Yaron, «New Insiders: Rethinking Independent Directors' tenure», *Hastings Law Journal*, vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 97 ss.

OECD, *OECD Corporate Governance Factbook 2021* [informe en línea, consultado el 8 de febrero de 2023]

<https://www.oecd.org/corporate/corporate-governance-factbook.htm>

OECD, *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights 2012* [informe en línea, consultado el 8 de febrero de 2023]

<https://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/relatedpartytransactionsandminorityshareholderrights.htm>

PAGE, Antony, «Unconscious Bias and the Limits of Director Independence», *University of Illinois Law Review*, vol. 237, núm. 1, 2009, pp. 237 ss.

PASCHOS, Nikolaos, y GOSLAR, Sebastian, «Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach den neuesten Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex», *NZG*, vol. 41, 2012, pp. 1321 ss.

PAZ ARES, José Cándido, *Identidad y Diferencia del Consejero Dominical*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2019.

PAZ ARES, Cándido, y MARTÍN, Jordano Luna, «El Perímetro de Vinculación», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 56, 2021, pp. 71 ss.

RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 190. Conflicto de Intereses», en JUSTE MENCÍA, J. (ed.), *Comentario A La Reforma Del Régimen De Sociedad De Capital En Materia De Gobierno Corporativo (Ley 31/2014). Sociedades No Cotizadas*, Thomson Reuters-Civitas, 2015, pp. 67 ss.

REDDY, Bobby, «The Fat Controller: Slimming Down the Excesses of Controlling Shareholders in UK Listed Companies», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, núm. 4, 2018, pp. 733 ss.

RICHTER, Mario Stella Jr., y FERDINANDI, Federico, «The Evolving Role of the Board: Board Nomination and the Management of Dissenting Opinions», *Italian Law Journal*, vol. 4, núm. 2, 2018, pp. 611 ss.

RODRIGUES, Usha, «The Fetishization of Independence», *Journal of Corporation Law*, vol. 33, núm. 2, 2008, pp. 447 ss.

SÁEZ LACAVE, Maribel, «Consejeros Dominicales Minoritarios y Buen Gobierno Corporativo», *InDret*, vol. 1, 2022, pp.1 ss.

SÁEZ LACAVE, Maribel, «Activismo Accionarial, Hedge Funds, y el art. 161 LSC», *InDret*, vol. 4, 2018, pp. 1 ss.

SÁEZ LACAVE, Maribel, «Nombramiento y Cese de los Consejeros Minoritarios», *InDret*, vol. 3, 2012, pp. 1 ss.

SHILL, Gregory H., «The Golden Leash and The Fiduciary Duty of Loyalty», *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, pp. 1246 ss.

STRAMPELLI, Giovanni, «How to Enhance Directors' Independence at Controlled Companies», *Journal of Corporation Law*, vol. 44, núm. 1, 2018, pp. 103 ss.

STRAMPELLI, Giovanni, «Italian slate voting and semi-dispersed corporate ownership: Lessons from the Generali case», *The ECGI Blog*, 21 junio 2022 [artículo en línea, consultado el 8 de febrero de 2023]

<https://www.ecgi.global/blog/italian-slate-voting-and-semi-dispersed-corporate-ownershiplessons-generali-case>

STRINE, Leo E., «The Inescapable Empirical Foundation of the Common Law of Corporations», *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 27, 2002, pp. 499 ss.

TUNG, Frederick, «The Puzzle of Independent Directors: New Learning», *Boston University Law Review*, vol. 91, 2011, pp. 1175 ss.

VELASCO, Julian, «Structural Bias and the Need for Substantive Review», *Washington University Law Quarterly*, vol. 82, 2004, pp. 821 ss.

VENTORUZZO, Marco, «Empowering Shareholders in Directors' Elections: A Revolution in the Making», *European Company and Financial Law Review ECFR*, vol. 8, núm. 2, 2011, pp. 105 ss.

10. Apéndice

TABLA 4. Empresas incluidas en la muestra

Empresas del Ibex 35: Acciona, Acerinox, Acs, Aena, Amadeus IT Group, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco De Sabadell, Banco Santander, Bankinter, Caixabank, Cellnex Telecom, Compañía de Distribución Integral Logista Holdings, Corporación Acciona Energías Renovables[¥], Enagas, Endesa, Ferrovial, Fluidra, Grifols, Iberdrola, Indra Sistemas, Industria de Diseño Textil, Inmobiliaria Colonial Socimi, International Consolidated Airlines Group, Laboratorios Farmacéuticos Rovi, Mapfre, Meliá Hotels International, Merlin Properties Socimi, Naturgy Energy Group, Red Eléctrica Corporación, Repsol, Sacyr, Solaria Energía y Medioambiente, Telefónica, Unicaja Banco.

Empresas del Ibex Medium Cap: Almirall, Applus Services, Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, Cie Automotive, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, Corporación Financiera Alba, Ebro Foods, Edreams Odigeo[¥], Ence Energía Y Celulosa, Ercros, Faes Farma, Gestamp Automoción, Global Dominion Access, Grenergy Renovables, Línea Directa Aseguradora[¥], Pharma Mar, Prosegur, Talgo, Vidrala, Viscofan.

Empresas del Ibex Small Cap: Aedas Homes[£], Artificial Intelligence Structures, Amper, Atrys Health[¥], Audax Renovables, Azkoyen, Deoleo, Distribuidora Internacional de Alimentación, Duro Felguera[£], Grupo Ecoener[¥], Grupo Empresarial San José, Iberpapel Gestión, Laboratorio Reig Jofre, Lar España Real Estate Socimi, Mediaset España Comunicación, Miquel y Costas & Miquel, Neinor Homes, Nicolás Correa, Nueva Expresión Textil, Obrascón Huarte Lain, Oryzon Genomics, Promotora de Informaciones, Prosegur Cash, Soltec Power Holdings[¥], Técnicas Reunidas, Tubacex, Urbas Grupo Financiero[£], Vocento.

Empresas del Mercado Continuo: Adolfo Domínguez, Alantra Partners, Arima Real Estate Socimi, Bodegas Riojanas[£], Borges Agrícola & Industrial Nuts[¥], Clínica Baviera, Compañía Española de Viviendas en Alquiler, Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, Desarrollos Especiales de Sistemas de Anclajes, Elecnor, Fomento de Construcciones Y Contratas, General de Alquiler de Maquinaria, Grupo Catalana Occidente, Grupo Ezentis, Inmobiliaria Del Sur, Innovative Solutions Ecosystem[¥], Libertas 7, Lingotes Especiales, Metrovacesa, Montebalito, Naturhouse Health, NH Hotel Group, Nyesa Valores Corporación, Pescanova, Prim, Realia Business, Renta 4 Banco, Renta Corporación Real Estate, Siemens Gamesa Renewable Energy, Squirrel Media[£], Tubos Reunidos.

Empresas adicionales que aparecen en los Informes Anuales de Remuneración de los Consejeros: Amrest Holdings, Ayco Grupo Inmobiliario, Bankia, Barón de Ley, Biosearch, Bolsas y Mercados Españoles^{*}, Cementos Molins, Codere, Corporación Empresarial de Materiales de Construcción[£], Ecolumber, Euskaltel, Finanzas e Inversiones Valencianas, Liberbank, Liwe Española, Masmovil Ibercom^{*}, Minerales y Productos Derivados, Mobiliaria Monesa, Quabit Inmobiliaria, Saint Croix Holding Immobilier Socimi, Service Point Solutions^{*}, Solarpack Corporación Tecnológica, TR Hotel Jardín del Mar, Unión Catalana De Valores, Urbar Ingenieros, Zardoya Otis^{*}.

Fuente: Elaboración propia. [¥]Falta en los IARC; [£]Falta en el IARC 2019, [£]Falta en el IARC 2020, ^{*}Solo aparece en el IARC 2019; [£]Solo aparece en el IARC 2020.

Miquel Martín Casals
Instituto de Derecho privado
europeo y comparado
Universitat de Girona

Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial*

Sumario

-
Desde hace ya bastantes años la UE lleva a cabo una importante actividad para establecer un marco regulatorio general para la inteligencia artificial y unas reglas específicas que se ocupen del resarcimiento de los daños que tales sistemas puedan causar. Además de no quedarse rezagada en la carrera sobre el desarrollo de la inteligencia artificial que en estos momentos lideran China y Estados Unidos, la UE pretende garantizar que tanto los sistemas de IA desarrollados en la UE como los que entren en la UE procedentes de otros países sean seguros, se ajusten a los valores y estándares éticos que imperan en la Unión y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y libertades cívicas. También espera así producir una vez más el llamado «efecto Bruselas», es decir acabar influyendo en la regulación mundial de la IA a través de los mecanismos globalizadores del mercado, como ya ha hecho en otras ocasiones en otras materias.

La Propuesta de Reglamento denominada «Ley de Inteligencia Artificial» lleva a cabo una regulación general de gestión de riesgos para normas sobre IA armonizadas y sirve de marco a la Propuesta de Directiva denominada «Directiva de responsabilidad por IA», que tiene por objeto adaptar determinados aspectos de la responsabilidad extracontractual por culpa a los requerimientos de la inteligencia artificial. La regulación se completa con la Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuosos, que deberá sustituir la Directiva 85/374/CEE sobre la misma materia, para facilitar su aplicación a los sistemas de IA y a las necesidades de la economía circular.

Abstract

-
For many years now, the EU has been carrying out an important activity to establish a general regulatory framework for artificial intelligence and specific rules that deal with compensation for damage caused by AI systems. In addition to not being left behind in the race on AI development currently being led by China and the US, the EU aims to ensure that both AI systems developed in the EU and those entering the EU from other countries are safe, conform to the values and ethical standards that prevail in the Union and respect current legislation on fundamental rights and civil liberties. In this way, it also hopes to produce once again the so-called «Brussels effect», that is, to end up influencing the global regulation of AI through the globalizing mechanisms of the market, as it has done on other occasions in other matters.

The Regulation Proposal called «Artificial Intelligence Act» carries out a general risk management regulation for harmonized AI standards and serves as a framework for the Directive Proposal called «AI Liability Directive», which aims to adapt certain aspects of tort liability due to the requirements of artificial

* Este trabajo recoge la ponencia presentada el 16 de junio de 2023 en el 27º Congreso de responsabilidad civil organizado por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. Mi más sincero agradecimiento por la invitación a Diego Callejón Muzelle, presidente de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguros de dicho Colegio, y a los letrados Xavier Coca Verdaguer y José Pérez Tirado, que me animaron a presentarla.

intelligence. The regulation is completed with the Proposal for a Directive on liability for defective products, which should replace Directive 85/374/EEC on the same subject, to facilitate its application to AI systems and to the specific characteristics of circular economy.

Title: *The proposals of the European Union to regulate liability for damage caused by artificial intelligence systems*

-

Palabras clave: La «Ley de Inteligencia Artificial». La Propuesta de Directiva de responsabilidad por IA. La Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuosos. Comparación y análisis de ambas Propuestas.

Keywords: *The «Artificial Intelligence Act». The AI Liability Directive Proposal. The Product Liability Directive Proposal. Comparison and analysis of both Proposals.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.02

3.2023

Recepción
16/06/2023

Aceptación
09/07/2023

Índice

-
- 1. El programa regulatorio de la unión europea en materia de inteligencia artificial (IA) y el llamado «efecto Bruselas»**
- 2. La llamada «Ley de inteligencia artificial»**
 - 2.1. Cuestiones generales
 - 2.2. Enfoque basado en los distintos riesgos y su clasificación
 - a. Riesgos inaceptables como prácticas prohibidas
 - b. Sistemas de alto riesgo
 - c. Obligaciones de transparencia de los proveedores y usuarios de determinados sistemas de IA. Otros sistemas de IA.
 - d. Otros aspectos de la Propuesta de Ley de IA
- 3. La necesidad de nueva normativa en materia de responsabilidad civil por daños causados por los sistemas de IA**
 - 3.1. Insuficiencia de la regulación actual y Propuestas de Directiva
 - 3.2. Comparación general de ambas Propuestas de Directiva
 - 3.3. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial
 - a. Características generales
 - b. Deber de aportar información probatoria y presunción iuris tantum derivada del incumplimiento del deber
 - c. Presunción iuris tantum de la relación de causalidad en caso de culpa
 - 3.4. La Propuesta de nueva Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos
 - a. La insuficiencia de la regulación actual
 - b. Aspectos procesales: la prueba del defecto y de la relación de causalidad
 - c. La exclusión de las personas jurídicas de su ámbito de protección
 - d. La necesidad de ampliar y adaptar la noción de producto
 - e. La necesidad de ampliar el elenco de sujetos responsables
 - f. La necesidad de adaptar la noción de defecto
 - g. La noción de daño
 - h. «Exención de responsabilidad»
 - i. Plazos de prescripción y de preclusión
 - j. La exclusión del ámbito de la Directiva de la acción de repetición de los operadores económicos
- 4. Conclusiones**
- 5. Bibliografía**
-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. El programa regulatorio de la unión europea en materia de inteligencia artificial (IA) y el llamado «efecto Bruselas»

Desde la popularización del modelo de lenguaje grande o extenso (LLM) de IA generativa conocido como ChatGPT y de modelos similares, la prensa diaria ha bombardeado al ciudadano de a pie con un aluvión de informaciones sobre los peligros de la inteligencia artificial (IA), normalmente con tintes catastróficos, y sobre la necesidad urgente de regular esas nuevas tecnologías, como si se tratara de un tema descubierto recientemente y sobre el que nadie estuviera haciendo nada. En cambio, se hablado muy poco de que desde hace ya bastantes años la UE lleva a cabo una importante actividad para establecer un marco regulatorio general para la inteligencia artificial y unas reglas específicas que se ocupen del resarcimiento de los daños que el uso y aplicación de tales sistemas puedan causar. Por un lado, intenta así no quedarse rezagada en la carrera sobre el desarrollo de la inteligencia artificial que en estos momentos lideran China y Estados Unidos, por lo que las normas que se vayan dictando deben proporcionar un elevado nivel de seguridad jurídica que facilite la inversión en tales tecnologías y su expansión en la UE. Por otro, pretende garantizar que tanto los sistemas de IA desarrollados en la UE como los que entren en la UE procedentes de otros países sean seguros, se ajusten a los valores y estándares éticos que imperan en la Unión y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y libertades cívicas, que constituyen la espina dorsal del modelo democrático europeo¹. Estas diversas tareas no pueden llevarse a cabo mediante políticas de ámbito estatal que desarrollen los distintos Estados Miembros, sino que requieren un marco regulatorio común para facilitar el desarrollo de un mercado único que haga un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de IA y evite que se produzca una posible fragmentación del mercado. Así, mediante Reglamentos y Directivas, la UE pretende instar a los Estados miembros a adecuar sus leyes internas a las necesidades regulatorias de la IA, estandarizar el desarrollo y la aplicación de la IA, mejorar la protección de los consumidores y encomendar a determinados agentes, que tengan un conocimiento claro del marco regulatorio, la aplicación de tales normas mediante mecanismos de supervisión destinados a prevenir riesgos impredecibles y hacer frente a los posibles efectos negativos de las aplicaciones de IA.

Está previsto que tales normas se aprueben a lo largo de los últimos meses de 2023 y primeros de 2024 y, de ser así, serán las primeras que lleven a cabo una amplia regulación del sector por lo que, como ha sucedido en el pasado con otras normativas europeas, se espera que también produzcan el llamado «efecto Bruselas», es decir, la externalización de tales regulaciones a través

¹ Así, por ejemplo, el texto de la RED DE INFORMACIÓN JURÍDICA DEL GOBIERNO CHINO. MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA, «Aviso de la Administración del Ciberespacio de China sobre Comentarios Públicos sobre las «Medidas Administrativas para los Servicios de Inteligencia Artificial Generativa (Borrador para Comentarios)», 11 de abril de 2023, http://www.cac.gov.cn/2023-04/11/c_1682854275475410.htm, Fecha consulta: 30.5.2023), que constituye una consulta pública llevada a cabo en abril de 2023, da una muestra de que el enfoque chino se orienta hacia la protección de otros valores, entre los cuales brilla por su ausencia la protección de los derechos fundamentales. Así, su art. 3.1 señala que «(1) El contenido generado por la inteligencia artificial generativa debe reflejar los valores fundamentales del socialismo y no debe contener la subversión del poder estatal, el derrocamiento del sistema socialista, la incitación a dividir el país, socavar la unidad nacional, promover el terrorismo, el extremismo, ni promover el odio étnico y la discriminación étnica, la violencia, la información obscena y pornográfica, la información falsa y el contenido que pueda perturbar el orden económico y social» (traducción automática del chino mandarín).

de los mecanismos globalizadores del mercado para así acabar influyendo de modo decisivo en la regulación mundial de la IA².

En ese contexto destaca, por un lado, la Propuesta de Reglamento denominada «Ley de Inteligencia Artificial»³ (en adelante «Ley de IA»), que lleva a cabo una regulación general de gestión de riesgos para normas sobre IA armonizadas y, por otro, diversas iniciativas, que también se hallan en curso, relativas a la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de IA, como son la Propuesta de Directiva denominada «Directiva de responsabilidad por IA» (en adelante PD-RIA), que tiene por objeto adaptar determinados aspectos de la prueba de la responsabilidad extracontractual por culpa a los requerimientos de la inteligencia artificial⁴ y la Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuosos (en adelante PD-RPD)⁵, que deberá sustituir la Directiva 85/374/CEE sobre la misma materia⁶, para facilitar su aplicación a los sistemas de IA y a las necesidades de la economía circular. La complejidad de la temática y la cantidad de cuestiones que deberían tratarse desborda el marco de este trabajo y de ellas ya se han ocupado recientemente obras más extensas⁷ o específicas⁸, por lo que aquí me limitaré a señalar las líneas más generales de esas iniciativas de regulación.

² La expresión «Efecto Bruselas» fue acuñada por Anu Bradford, «The Brussels Effect», 107 *Northwestern University Law Review* 1 (2012), 1-67, para destacar el poder regulatorio de la UE y su influencia en las regulaciones de todo el mundo. Con más detalle, de la misma autora, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, COM/2021/206 final. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF [visitado el 21.07.2022]. Propuesta de Reglamento de la llamada «Ley de inteligencia artificial», citada en la nota anterior.

⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), COM (2022) 496 final, 28.09.2022. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&from=ES>.

⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, COM (2022) 495 final, 28.09.2022. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0495&from=ES>.

⁶ Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85 /374/CEE), DO L 210/29, de 7.08.1985. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374&from=ES>.

⁷ En España deben destacarse las monografías de NAVAS NAVARRO, Susana, *Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial, Especial atención a su futura regulación*, Granada, Comares, 2022 y ATIENZA NAVARRO, María Luisa, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Barcelona, Atelier, 2022, que, no pueden incluir las nuevas propuestas de Directiva por haber sido publicadas con anterioridad.

⁸ Tras las Propuestas de Directiva, En España pueden verse, entre otros, los trabajos de GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret*, 4/2022, Editorial; MARTÍN CASALS, Miquel, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual. A propósito de los sistemas de inteligencia artificial (IA)», en PÉREZ JUAN, José Antonio / SANJUÁN ANDRÉS, Francisco Javier / PÉREZ COLLADOS, José María, *La cultura jurídica en la era digital*, Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 101-138 y ATIENZA NAVARRO, María Luisa, ¿«Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», *InDret* 2/2023, pp. 1-53. En el ámbito internacional, destacan los distintos trabajos contenidos en el libro de LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI*, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII), Baden-Baden, Nomos / Hart, 2023.

2. La llamada «Ley de inteligencia artificial»

2.1. Cuestiones generales

El Reglamento de Inteligencia Artificial (IA) es una propuesta legislativa presentada por la Comisión Europea en abril de 2021 que tiene por objeto establecer un marco regulatorio para el desarrollo y uso de la inteligencia artificial en la Unión Europea (UE). En diciembre de 2022 se presentó la orientación general del Consejo sobre la propuesta de referencia, aprobada por el Consejo de Transporte, Telecomunicaciones y Energía en su sesión n.º 3917 celebrada el 6 de diciembre de 2022, que establece la posición provisional del Consejo sobre esta propuesta y constituye la base para los preparativos de las negociaciones con el Parlamento Europeo.⁹ Esta orientación general incluye algunas novedades importantes, como una nueva definición de qué se entiende por IA, que será esencial para determinar el ámbito de aplicación de las normas europeas que se refieren a la materia, o una referencia a los sistemas de IA de uso general, ausente en el texto original. Finalmente, el 11 de mayo de 2023 la Comisión de Mercado Interior y la Comisión de Libertades Civiles adoptó un proyecto de mandato de negociación sobre dichas normas¹⁰ que dio luz verde para que la norma se pudiera adoptar por el Parlamento Europeo. Tras esa aprobación ocurrida el pasado 14 junio de 2023, la Propuesta ha entrado ya en la última etapa del proceso legislativo, que comporta el inicio de las negociaciones con el Consejo y la Comisión de la UE.

La Propuesta busca garantizar que la IA se utilice de manera ética y segura, protegiendo los derechos y valores fundamentales de los ciudadanos europeos. Para ello sigue un enfoque de regulación de riesgos que aborda riesgos como los posibles sesgos, errores y opacidad que pueden afectar negativamente a los derechos fundamentales de los ciudadanos, y establece una serie de requisitos obligatorios para el diseño y desarrollo de sistemas de IA antes de su comercialización, y su posterior seguimiento y supervisión. Propone así soluciones para intentar evitar que produzcan efectos dañinos, por lo que su objetivo es preventivo, no correctivo¹¹. La siguiente tabla proporciona una descripción general de los aspectos de la Ley de IA y sus Anexos:

⁹ SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión - Orientación general (6 de diciembre de 2022). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15698_2022_INIT-.

¹⁰ COMMITTEE ON THE INTERNAL MARKET AND CONSUMER PROTECTION COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS 9/5/2023 KMB/DA/AS Version: 1.0 DRAFT Compromise Amendments on the Draft Report Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (COM(2021)0206 –C9 0146/2021 – 2021/0106(COD)) Rapporteurs: Brando Benifei & Ioan-Dragoș Tudorache (Joint committee procedure –Rule 58 of the Rules of Procedure), https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/CJ40/DV/2023/05-11/ConsolidatedCA_IMCOLIBE_AI_ACT_EN.pdf.

¹¹ La literatura sobre esta propuesta de Reglamento, referida principalmente a sus primeras fases de desarrollo, empieza a ser inabarcable. Entre muchas otras obras, puede consultarse: VEALE, Michael y ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik, «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act - Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach», *Computer Law Review International*, (2021) 22/4 (disponible en: <https://doi.org/10.9785/cri-2021-220402> [Fecha de consulta: 22.03.2023]; TOWNSEND, Bev, «Decoding the Proposed European Union Artificial Intelligence Act», *Insights*, Vol. 25:20, 2021, pp. 1-7; KOP, Mauritz, «EU Artificial Intelligence Act: The European Approach to AI (September 21, 2021). *Stanford - Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, Transatlantic Antitrust and IPR Developments, Stanford University, Issue No. 2/2021, <https://law.stanford.edu/publications/eu-artificial-intelligence-act-the-european-approach-to-ai/>, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3930959> [Fecha de consulta: 22.04.2023] y LÚCIA RAPOSO, Vera 'Ex machina: preliminary critical assessment of the European Draft Act on artificial intelligence', *International Journal of Law*

Título I	Disposiciones generales.
Título I bis	Sistemas de uso general.
Título II	Prácticas de IA prohibida.
Título III	Sistemas de IA de alto riesgo.
Título IV	Obligaciones de transparencia de los proveedores y usuarios de determinados sistemas de IA.
Título V	Medidas de apoyo a la innovación.
Título VI	Gobernanza.
Título VII	Base de datos de la UE para sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el Anexo III.
Título VIII	Vigilancia poscomercialización, intercambio de información, vigilancia del mercado
Título IX	Códigos de conducta
Título X	Confidencialidad y sanciones
Título XI	Delegación de poderes y procedimiento de comité
Título XII	Disposiciones finales
Diversos Anexos, a destacar:	
Anexo III	Sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el artículo 6, apartado 2

Tabla I.- Estructura de la Propuesta de reglamento de IA.

El art. 3 (1) de la Ley de IA, después de diversos intentos de definición que han ido variando en las distintas propuestas, opta en su última versión conocida por una definición amplia de lo que considera sistema de IA para así proporcionar la flexibilidad necesaria para adaptarse a los futuros avances tecnológicos. En este sentido, señala que:

«sistema de inteligencia artificial» («sistema de IA») significa un sistema basado en una máquina diseñado para operar con diferentes niveles de autonomía y que puede, para objetivos explícitos o implícitos, generar resultados tales como predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyen en entornos físicos o virtuales.

Con esa definición se pretende alinear la Propuesta con el trabajo de las organizaciones internacionales que trabajan en inteligencia artificial para garantizar la seguridad jurídica, la armonización y la amplia aceptación, al tiempo que brinda la flexibilidad para adaptarse a los rápidos desarrollos tecnológicos que se producen en este campo. Además, se quiere basar en características clave de la inteligencia artificial, como sus capacidades de aprendizaje, razonamiento o modelado, para distinguirla de sistemas de software o enfoques de programación más simples. Dado que los sistemas de IA están diseñados para operar con diferentes niveles de autonomía, la definición requiere que el sistema tenga al menos cierto grado de independencia de las acciones de los controles humanos y de las capacidades para operar sin intervención humana.

Los sistemas de IA suelen tener capacidades de aprendizaje automático que les permiten adaptarse y realizar nuevas tareas de forma autónoma. El aprendizaje automático se refiere al

and Information Technology, Vol. 30:1 2022, pp. 88-109. Con un enfoque crítico, NESTEROVA, Irena, «Questioning the EU proposal for an Artificial Intelligence Act: The need for prohibitions and a stricter approach to biometric surveillance», *Information Polity* -1 (2022) 1-16. En la literatura española más reciente véase NAVAS NAVARRO (N. 7), pp. 11 y ss. Sobre distintos modelos de regulación de la IA véase también PETIT, Nicolas / DE COOMAN, Jerome «Models of law and regulation for AI», en: ELLIOTT, Anthony (ed.), *The Routledge Social Science Handbook of AI*, Abingdon / New York, Routledge, 2022, pp. 199-221.

proceso computacional de optimizar los parámetros de un modelo a partir de datos, que es una construcción matemática que genera una salida basada en datos de entrada. Los enfoques de aprendizaje automático incluyen, por ejemplo, aprendizaje supervisado, no supervisado y de refuerzo, utilizando una variedad de métodos, incluido el aprendizaje profundo con redes neuronales. Incluye también técnicas comparablemente más sencillas, como los enfoques basados en la lógica o en el conocimiento, incluida la representación del conocimiento, la programación inductiva (lógica), las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, el razonamiento (simbólico) y los sistemas expertos. Cubre también otros análisis predictivos, como los estimadores bayesianos¹² y los sistemas expertos deterministas que han estado en funcionamiento durante muchas décadas en una amplia gama de contextos¹³. La razón para adoptar una definición tan amplia es que preocupa menos el tipo de sistema de IA que su uso. O, dicho de otro modo, tiene una visión amplia de lo que constituye un sistema de IA, pero una visión limitada con respecto a su uso, que es coherente con el enfoque basado en el riesgo que adopta la Propuesta.

Los sistemas de IA se pueden utilizar como un sistema de software independiente, integrado en un producto físico (embebido), utilizado para servir la funcionalidad de un producto físico sin que esté integrado en él (no integrado) o utilizado como un componente de IA de un sistema mayor. Si este sistema mayor es un sistema que no puede funcionar sin el componente de IA en cuestión, todo este sistema mayor debe considerarse como un solo sistema de IA en virtud de lo que establece la Propuesta¹⁴.

Las últimas versiones de la Propuesta tienen en cuenta los sistemas de «modelo de base», es decir, que se entrenan con datos a gran escala, se diseñan para una generalidad de resultados y pueden adaptarse a una amplia gama de tareas distintas (art. 3 (1c)) y los «sistemas de IA de uso general», que puede utilizarse y adaptarse a una amplia gama de aplicaciones para las que no fueron específicamente diseñados (art. 3 (1d)). A estos sistemas de «modelo base» y de «uso general» que, como el ChatGPT, suponen un desarrollo nuevo y de rápida evolución en el campo de la IA, se les exigirá que garanticen una protección sólida de los derechos fundamentales, la salud, la seguridad, el medio ambiente, la democracia, el estado de derecho y los derechos que del él derivan. Para su despliegue se tendrán que evaluar y mitigar los riesgos, cumplir con los requisitos de diseño, información y ambientales y registrarse en la base de datos de la UE. Al final, la última versión por ahora conocida ha optado por introducir obligaciones de forma escalonada en función del nivel de riesgo que representen y que la mayor parte de las obligaciones recaigan sobre las empresas que integren estos sistemas en una aplicación que sea considerada de alto riesgo. Además, los modelos básicos generativos, como ChatGPT, tendrán que cumplir con requisitos de transparencia adicionales, como revelar que el contenido fue generado por IA, diseñar el modelo para evitar que genere contenido ilegal y publicar resúmenes de datos protegidos por derechos de autor utilizados para capacitación el sistema¹⁵.

¹² Cf. RUSSELL, Stuart J. / NORVIG, Peter, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th ed., Global Edition, Harlow, Pearson, 2022, pp. 430 y ss.

¹³ Cf. Cod (6), (6a) y (6 b). Sobre los distintos métodos a lo largo del desarrollo de la IA, cf. RUSSELL / NORVIG (n. 12), pp. 35 y ss.

¹⁴ Cf. Cdo. (6b).

¹⁵ News European Parliament, «AI Act: a step closer to the first rules on Artificial Intelligence», <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence> y Anexo VII, Sección C de la Propuesta.

2.2. Enfoque basado en los distintos riesgos y su clasificación

La Propuesta es en gran medida independiente de los medios utilizados y se centra en el riesgo inherente a cualquier aplicación que pueda afectar potencialmente a los derechos de quienes entran en contacto con sistema de IA. La Ley de IA identifica diferentes riesgos y establece ciertas medidas para evaluar, supervisar, controlar y minimizar la probabilidad o el impacto de estos riesgos. Para ello, diferencia entre los sistemas de IA que dan lugar a un riesgo inaceptable, que califica de «prácticas de inteligencia artificial prohibidas», los sistemas de «alto riesgo», que concentran el grueso de la regulación, los de riesgo limitado y los de riesgo bajo o mínimo. Se trata de aplicar un enfoque basado en una definición lo más clara posible de los riesgos creados para adaptar así el tipo de las normas y su contenido a la intensidad y el alcance de los riesgos que puedan generar los sistemas de IA en cuestión. Por ello prohíbe determinadas prácticas de inteligencia artificial que considera que generan unos riesgos inaceptables, define los requisitos que deben cumplir los sistemas de IA de alto riesgo y las obligaciones aplicables a los operadores pertinentes, e impone obligaciones de transparencia a determinados sistemas de IA.

a. Riesgos inaceptables como prácticas prohibidas

Los riesgos inaceptables se contemplan en una lista de prácticas prohibidas que engloba todos aquellos sistemas de IA cuyo uso se considera que contraviene los valores de la UE, lo que supone principalmente una violación de los derechos fundamentales (cf. Título II, art. 5). En un resumen del prolijo art. 5¹⁶ se puede decir que las prohibiciones incluyen:

- Prácticas que tienen un gran potencial para **manipular a las personas**, como las **técnicas subliminales**, es decir, que trasciendan la conciencia de esas personas. Ahora se incluyen además otras técnicas que tienen por objeto manipular o engañar a una persona o grupo de personas con el fin de alterar de modo sustancial su comportamiento al menoscabar de manera apreciable la capacidad de la persona para tomar una decisión informada. Esa manipulación o engaño llevan a tomar una decisión que de otro modo no se habría tomado y que causa o puede causar un daño significativo.
- La comercialización de sistemas de IA que **aprovechen cualquier vulnerabilidad** de una persona o de un grupo específico de personas (referida a características de la personalidad, sociales, situación económica, edad, capacidades físicas o psíquicas) con el objetivo de distorsionar su comportamiento de un modo que cause o pueda causar un daño significativo.
- La comercialización, puesta en servicio o uso de **sistema biométricos de categorización** que clasifican en categorías a las personas físicas de acuerdo con atributos o características sensibles o protegidos.

¹⁶ El resumen del listado se basa en el texto acordado tras las últimas enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14.6.2023. Cf. EUROPEAN PARLIAMENT 2019-2024. Texts Adopted, P9_TA(2023)0236, Artificial Intelligence Act, Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.pdf (Fecha de consulta: 15.6.2023). Sobre las técnicas subliminales en IA resultan interesantes las aportaciones de NEUWIRTH, Rostam J. *The EU Artificial Intelligence Act. Regulating Subliminal AI Systems*, London/New York, Routledge, 2023.

- La misma prohibición afecta a sistemas de IA para la **puntuación, evaluación o clasificación social** de personas físicas o grupos de personas físicas durante un determinado período de tiempo en función de su comportamiento social o características personales tales como su género, identidad de género, raza, origen étnico, estatus migratorio o de ciudadanía, orientación política, orientación sexual, religión, discapacidad o cualquier otros motivos por los que la discriminación está prohibida en la UE, si tal puntuación **conlleva un trato perjudicial o desfavorable** en contextos sociales que no están relacionados con aquellos en que los datos fueron originalmente generados o recopilados o que sea **injustificado o desproporcionado** con respecto a su comportamiento social o a su gravedad. En la prohibición se incluye ahora, si excepción alguna, el uso de sistemas de IA para la **identificación biométrica en tiempo real en espacios públicos**.
- La comercialización, puesta en servicio o uso de sistemas de IA de evaluación de riesgo de personas físicas o grupos con el fin de evaluar el **riesgo de una persona física de delinquir o reincidir o de predecir la ocurrencia o reincidencia de un delito o de una infracción administrativa** basado en la elaboración de perfiles de una persona física o en la evaluación de los rasgos y características de la personalidad, incluida la ubicación de la persona, o el comportamiento delictivo anterior de personas físicas o grupos de personas físicas;
- La comercialización, puesta en servicio o uso de sistemas de IA de creación **de bases de datos de reconocimiento facial** de imágenes obtenidas de internet o de circuitos cerrados de televisión o sistemas de **reconocimiento de emociones**, en determinadas áreas de actividad.

No obstante, algunas de esas prohibiciones no son absolutas y están sujetas a excepciones en función del interés terapéutico de la medida, con requerimiento de información necesaria a los afectados y, en su caso, previo consentimiento informado, como ocurre en el caso de la utilización de técnicas subliminales y de categorización biométrica. Tras el último debate parlamentario, desaparecen las excepciones referidas a la persecución de determinados delitos y solo se permite, en determinados casos tasados, la identificación biométrica si no es en tiempo real y con autorización judicial previa.

b. Sistemas de alto riesgo

Los sistemas de IA de alto riesgo son aquellos que generan un impacto adverso en la seguridad de las personas o en sus derechos fundamentales (Título III, Cap. 1, arts. 6º y 7º). La Ley de IA distingue entre dos categorías de sistemas de IA de alto riesgo:

- (1) Sistemas de IA de alto riesgo utilizados como componente de seguridad de un producto o como producto sujeto a la legislación de armonización de salud y seguridad de la UE (p. ej., aparatos, ascensores); y
- (2) sistemas de IA de alto riesgo, agrupados en el Anexo III de la Ley de IA en ocho áreas específicas, si crean un riesgo significativo de daño a la salud, seguridad o derechos fundamentales de las personas físicas o, en determinados casos, al medio ambiente. La Comisión proporcionará directrices para clarificar las circunstancias que enumera y que, además, pueden

actualizarse según sea necesario mediante un acto delegado. Esta lista de sistemas de IA de alto riesgo se refiere a sistemas de IA relativos a:

- la **identificación biométrica y categorización**, en la medida en que no se encuentren comprendidas en las prácticas prohibidas antes mencionadas;
- la **gestión y operación de infraestructuras críticas**, como sistemas de IA destinados a utilizarse como componentes de seguridad en la gestión y funcionamiento de infraestructuras digitales críticas, del tráfico ferroviario, aéreo y rodado (a menos que estén ya sujetas a legislación armonizada o sectorial) y del suministro de agua, gas, calefacción, electricidad o de infraestructura digital crítica;
- la **educación y formación profesional**, como los sistemas de IA utilizados para admitir o evaluar estudiantes en entornos educativos, o asignar personas a las ofertas de formación;
- el **empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo**, como los sistemas de IA utilizados para la contratación o evaluación de empleados, incluidas cuestiones como la promoción, la gestión del rendimiento y el despido;
- el **acceso a servicios privados esenciales y a servicios y ayudas públicas esenciales** y disfrute de dichos servicios y ayudas, como los sistemas de IA que rigen el acceso a los servicios del sector público y privado y las acciones relacionadas, incluida la evaluación de la solvencia, la calificación crediticia o el establecimiento del orden de prioridad de acceso a dichos servicios;
- asuntos relacionados con la **aplicación de la ley**, que incluyen una amplia gama de sistemas de inteligencia artificial utilizados, entre otros fines, en la persecución de delitos para, por ejemplo, determinar la fiabilidad de las pruebas obtenidas, identificar patrones de conducta desconocidos o descubrir relaciones ocultas en los datos.
- la **gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo**, incluidos los sistemas de IA utilizados para el control y la gestión de las fronteras, la migración y los procesos de asilo, así como la validación de documentos de viaje y la evaluación de la elegibilidad para el asilo;
- la **administración de justicia y procesos democráticos**, que se refiere, entre otros, a sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre para interpretar los hechos o la ley, y para aplicarla a un conjunto concreto de hechos; o sistemas de IA que tienen por objeto influir en la conducta electoral de las personas o hacer recomendaciones de productos que se comercializan en grandes plataformas.

Para los sistemas de IA de alto riesgo la Ley de IA establece un sistema de gestión de riesgos que consistirá en un proceso iterativo continuo que se llevará a cabo durante todo el ciclo de vida del sistema, que requerirá actualizaciones sistemáticas periódicas, y que constará de diversas etapas (cf. art. 9). Entre otras medidas incluye (cf. arts. 10 a 15) el establecimiento de estándares de calidad para la capacitación, validación y prueba de conjuntos de datos en aquellos sistema de IA que impliquen el entrenamiento de modelos con datos; el establecimiento de los requisitos de la documentación técnica del sistema; el mantenimiento de registros, transparencia y suministro

de información a los usuarios; la supervisión humana de esos sistemas de IA y las reglas relativas a un nivel adecuado de precisión, robustez y ciberseguridad.

La Ley de IA también establece para los sistemas de IA de alto riesgo las «obligaciones de los proveedores y usuarios de sistemas de IA de alto riesgo y de otras partes» (Cap. 3, arts. 16 a 29) que, entre otros aspectos, se refieren a la necesidad de establecer un sistema de gestión de la calidad que garantice el cumplimiento del Reglamento, la obligación de elaborar una documentación técnica determinada, el sometimiento de los sistemas de IA a un procedimiento de evaluación de la conformidad del sistema antes de su introducción en el mercado, la necesidad de conservar archivos de registro generados automáticamente, de adoptar medidas correctoras en caso del que el sistema no sea conforme con lo establecido en el Reglamento y la necesidad de informar sobre dichas medidas, etc. Finalmente se establece que los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo deberán registrar sus sistemas en una base de datos de toda la UE gestionada por la CE antes de colocarlos en el mercado o ponerlos en servicio y cumplir con otras obligaciones estipuladas en la Ley de IA.

c. Obligaciones de transparencia de los proveedores y usuarios de determinados sistemas de IA. Otros sistemas de IA.

El Título IV introduce varias obligaciones de transparencia, que se aplicarán en particular a aquellos sistemas que presentan un «riesgo limitado», que son los destinados a interactuar con personas físicas, que se utilicen para detectar emociones o determinar la asociación con categorías (sociales) basadas en datos biométricos no prohibidos por la Ley de IA, o para generar o manipular contenido de imagen, sonido o vídeo que se asemeje notablemente a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos existentes, y que pueda inducir erróneamente a una persona a pensar que son auténticos o verídicos (las llamadas «ultra falsificaciones» o *deep fakes*). En estos casos, el Título IV, Artículo 52, de la Ley de IA exige que esos mismos sistemas, sus proveedores o sus usuarios aclaren a las personas expuestas a tales sistemas que están interactuando con un sistema de IA. El propósito de este requisito adicional es permitir que los usuarios tomen una decisión informada sobre si interactúan o no con un sistema de IA y sobre el contenido que puede generar.

Finalmente, los sistemas de IA con riesgo bajo o mínimo requerirán obligaciones mínimas de información para su desarrollo y uso en la UE.

d. Otros aspectos de la Propuesta de Ley de IA

El Título V contiene varias medidas de apoyo a la innovación, como la creación de espacios controlados de pruebas de la IA «que facilite el desarrollo, la prueba y la validación de sistemas innovadores de IA durante un período limitado antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio, en virtud de un plan específico» (las llamadas *sandboxes*). Los siguientes Títulos VI, VII y VIII contienen normas relativas a la gobernanza, con la creación de un «Consejo Europeo de Inteligencia Artificial», la creación de una base de datos de la UE para sistemas de alto riesgo independientes y el establecimiento de normas relativas al seguimiento posterior a la comercialización, intercambio de información y vigilancia del mercado.

Por su parte, el Título IX fomenta la creación de códigos de conducta, cuyo objetivo es alentar a los proveedores de sistemas de IA que no son de alto riesgo a aplicarles de manera voluntaria los

requisitos obligatorios que rigen para los sistemas de IA de alto riesgo mediante el establecimiento de un marco adecuado. Entre otros aspectos, estipula que estos códigos pueden ser elaborados por proveedores individuales de sistemas de IA, por organizaciones que los representen, o por ambos, y que también deben involucrar a los usuarios y a cualquier parte interesada y a sus organizaciones representativas. Finalmente, los restantes Títulos X, XI y XII contienen las disposiciones que completan la propuesta de nuevo marco normativo comunitario de la IA. Incluyen un requisito de confidencialidad por parte de las autoridades de la información, un régimen administrativo sancionador, el régimen para adoptar actos delegados otorgados a la Comisión y las Disposiciones Finales

Si bien la Propuesta prevé un régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones (cf. art. 71 y ss.), no se ocupa de la responsabilidad que pueda derivar de los daños causados por tal infracción.

3. La necesidad de nueva normativa en materia de responsabilidad civil por daños causados por los sistemas de IA

3.1. Insuficiencia de la regulación actual y Propuestas de Directiva

Mientras no exista una normativa que establezca un régimen de responsabilidad específico para el resarcimiento de los daños causados por los sistemas de IA deberá acudir a las reglas generales de responsabilidad civil de cada uno de los Estados Miembros, lo que puede dar lugar a soluciones muy dispares, no solo por la diversidad de regulaciones sustantivas sino también por las dificultades que plantea en estos casos la prueba de algunos de los presupuestos de la responsabilidad civil.

La autonomía, una de las características que en mayor o menor medida tienen los sistemas de IA, supone un reto para las reglas de responsabilidad existentes, entre otras razones, porque cuando causan un daño puede resultar difícil determinar a quién puede atribuirse su autoría. El carácter opaco de tales sistemas, es decir, la dificultad de comprender y explicar cómo han tomado sus decisiones, por las propias características de la tecnología que utilizan, como sucede en el caso de algunos métodos de aprendizaje profundo (*deep learning*),¹⁷ también dificulta de modo especial la prueba no solo de la culpa sino también de la relación de causalidad.

Otra característica de los sistemas de IA, la interconectividad también plantea nuevos retos relacionados con la seguridad y la protección frente a los daños. En un entorno interconectado, en el que suele existir una interconexión y una interacción permanente entre distintos dispositivos, será más difícil identificar quiénes son los actores que han intervenido en la producción del daño, y si el daño se debe, por ejemplo, al suministro por parte de un tercero de datos sesgados, a un fallo de alguno de dichos dispositivos, o a un fallo de la conexión a la red o de otras infraestructuras o instalaciones técnicas que forman parte del funcionamiento del sistema de IA¹⁸.

¹⁷ Véase CHESTERMAN, Simon, *We, The Robots? Regulating Artificial Intelligence and the Limits of the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 63 y ss.

¹⁸ Cf. ZECH, Herbert, *Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung? Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag Hamburg 2020 / Bonn 2022*, München, Beck, 2020, pp. A45-A48

En la medida en que se considere que el sistema de IA es defectuoso, y lo permita la regulación actual de la responsabilidad por productos defectuosos, también podrán reclamarse los daños que produzcan de acuerdo con las normas nacionales de transposición de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, las dificultades de la prueba de la culpa se trasladan en este caso a la prueba del defecto y persisten los problemas que comporta la actuación de estos sistemas para la prueba de la relación de causalidad.

Por otra parte, no todos los casos en que se produzca un daño estarán cubiertos por las normas nacionales de transposición de la Directiva, ya que la responsabilidad por productos defectuosos resarce los daños personales, incluidos los causados por el fallecimiento, y los daños materiales o a las cosas, pero no los que deriven de una intromisión en los derechos de la personalidad o el daño emocional o moral autónomo, que se encuentran en el núcleo de la razón de ser de muchas de las prohibiciones y deberes establecidos por la Ley de IA.

Además, la Directiva de productos, en su versión actual, no puede dar respuesta a muchos de los retos que plantean los sistemas de IA y requiere modificaciones importantes. Así, por ejemplo, los sistema de IA, por su carácter abierto, es decir, por la necesidad de que se produzca una entrada continua de datos que capta el propio sistema con sus actuadores o que provienen de otros sistemas y servicios, provoca que los sistemas no estén absolutamente terminados y completos cuando se ponen en circulación o, dicho de otro modo, que no salgan del control del fabricante, lo que produce un cambio importante en la concepción clásica de producto, que considera que su fabricante se desprende de él cuando lo pone en circulación. A ello debe sumarse que esa nueva noción de producto sujeto al cambio permanente suele basarse en una combinación con otros productos y servicios, estando estos últimos fuera de la regulación actual de la Directiva de productos. Por lo tanto, la apertura tiene un impacto considerable en las reglas de responsabilidad civil y, en especial, en un punto de referencia crucial de las reglas actuales sobre responsabilidad por productos defectuosos que es el momento de su puesta en circulación.

Otros posibles retos que los expertos añaden a los enumerados¹⁹, pueden reconducirse a uno o varios de los señalados. Así, por ejemplo, el reto de la vulnerabilidad, principalmente en forma de ciberataques, puede estar relacionado con la interconectividad y con la apertura del sistema de IA. Los retos de la falta de previsibilidad y de la llamada *data-drivenness*, es decir, la necesidad de recopilar y obtener datos de otras fuentes para el correcto funcionamiento del sistema de IA, también pueden estar relacionados con la autonomía y la complejidad o con una combinación de los retos anteriormente mencionados.

Para poner remedio a esta situación, el 28 de setiembre de 2022 la Comisión Europea publicó dos Propuestas de Directiva. La primera, pretende facilitar la prueba de la culpa y de la relación de causalidad en el caso de daños causados por sistemas de inteligencia artificial que deban

¹⁹ El llamado EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES - NEW TECHNOLOGIES FORMATION, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019, menciona como retos de las tecnologías digitales emergentes, en general, y de los sistemas de IA, en particular: (a) la complejidad, (b) la opacidad, (c) la apertura, (d) la autonomía (e) la predictibilidad, (f) la *data-drivenness* y (g) la vulnerabilidad. Véase NTF KF (*Key Finding*) 1-2, pp. 32-33. Para una valoración crítica de este importante informe, véase BERTOLINI, Andrea y EPISCOPO, Francesca, «The Expert Group's Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies: a critical assessment», en: *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 12:3, 2021, pp. 644-659.

resolverse de acuerdo con las respectivas legislaciones nacionales de responsabilidad por culpa. La segunda tiene por objeto sustituir la Directiva 85/374/CEE de responsabilidad por productos defectuosos por una regulación adaptada a las nuevas necesidades de la IA y, de paso, de la llamada «economía circular».

3.2. Comparación general de ambas Propuestas de Directiva

La tabla comparativa siguiente permite contrastar el significado y alcance de ambas Propuestas:

Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA (PD-RIA)	Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (PD-RPD)
Acción basada en el Derecho de los Estados Miembros.	Acción basada en el Derecho de la UE.
Solo regula aspectos procesales de la responsabilidad por daños causados por sistemas de IA.	Regula aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad por productos.
Es solo aplicable a los sistemas de IA (y, en principio, sólo a los de alto riesgo).	Aplicable a todos los productos físicos y el software, incluyendo sistemas de IA.
Responsabilidad por culpa.	Responsabilidad «objetiva» (por defecto).
Acciones contra cualquier causante de daño (fabricantes o proveedores, usuarios, profesionales, consumidores, etc.).	Acciones contra el fabricante y otros «operadores económicos» en la cadena de suministro.
Daño resarcible: todo tipo de daños (incluyendo intromisiones en los derechos fundamentales / derechos de la personalidad y daño patrimonial puro).	Daño resarcible: solo daños personales, incluyendo la muerte; daños a las cosas y pérdida de datos.
Armonización mínima (Directiva de mínimos).	Armonización plena (Directiva de máximos) + no opciones (= ¿mejor un Reglamento?).

Tabla 2. Comparativa entre ambas Propuestas de Directiva.

La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA tiene por objeto establecer normas uniformes para facilitar el acceso a la información necesaria para probar los presupuestos de la responsabilidad extracontractual por culpa en los casos de daños causados por sistemas de inteligencia artificial y para facilitar la prueba, especialmente de la culpa y de la relación de causalidad, mediante el uso de presunciones y de otros elementos de facilitación probatoria (cf. art. 1.1 a) y b) PD-RIA). Esta Propuesta, en cambio, no altera las reglas nacionales de la distribución de la carga de la prueba ni del estándar probatorio. Dado que las reglas que establece se vinculan a numerosas disposiciones de la Ley de IA, resulta imprescindible para su aprobación que se aprueba previamente dicha Ley.

En cambio, la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos pretende adaptar la Directiva 85/374/CEE tanto a las necesidades de los productos que incorporan sistemas de IA, como a las de la llamada «economía circular», que pretende poner coto al consumo de «usar y tirar», y aprovechar los recursos para reciclar y reutilizar todo aquello que ahora se desecha, para dar así una segunda vida a los productos. Aunque también incluye aspectos procesales de facilitación de la prueba del defecto y de la relación de causalidad, no se limita a reglar dichos aspectos, sino que establece un Derecho sustantivo propio para toda la UE, que tiene por objeto sustituir la Directiva 85/374/CEE vigente.

Por otra parte, la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA solo es aplicable a los sistemas de IA y, por regla general, solo a los de alto riesgo. En cambio, la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos no sólo es aplicable a los sistemas de IA, sino que se aplica a todos los productos físicos o tangibles, al software y a la electricidad, lo que supone una gran novedad, dado que los mecanismos de facilitación probatoria del defecto y de la relación de causalidad se extienden también a esos productos.

Debe destacarse también que la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA se aplicará en los casos que, de acuerdo con el Derecho del Estado miembro correspondiente, rija la responsabilidad por culpa y ante cualquier causante del daño, mientras que la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos mantiene el régimen actual de responsabilidad objetiva o, más propiamente, de responsabilidad por defecto, y solo permite reclamar ante lo que la Propuesta llama ahora «operadores económicos», es decir, determinados sujetos que, como el fabricante o el importador en la UE, forman los distintos eslabones de la cadena de suministro. Además, en el caso de productos defectuosos, la Propuesta de Directiva mantiene la restricción de la aplicación de su normativa a los daños causados a las personas, incluida la muerte, y a las cosas, con alguna novedad, en este último caso, en relación con la Directiva vigente. En cambio, el ámbito objetivo de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial es mucho más amplio, ya que no se limita a un determinado tipo de daños, como los daños a las personas o a las cosas, sino que cubre todos los daños causados por ilícitos civiles que puedan dar lugar a responsabilidad de acuerdo con la legislación nacional aplicable. Así, por ejemplo, tales normas facilitarán el resarcimiento de daños causados por la intromisión en los derechos de la personalidad, como en caso de intromisión en la intimidad, o de derechos fundamentales, como, por ejemplo, la discriminación que pueda producirse en un proceso de contratación que use sistemas de IA para realizar la selección.

Finalmente, la Directiva sobre responsabilidad en materia de IA es una Directiva de armonización mínima, por lo que los Estados miembros pueden adoptar o mantener normas nacionales que sean más favorables para los demandantes, siempre que dichas normas sean compatibles con el Derecho de la Unión (cf. Art. 1.4 PD-RIA). Así, por ejemplo, las legislaciones nacionales podrían mantener la inversión de la carga de la prueba en el contexto de regímenes nacionales de responsabilidad por culpa o incluso establecer regímenes nacionales de responsabilidad objetiva. Las transposiciones de la Directiva serán objeto de seguimiento y la Directiva será sometida a un proceso de revisión a los cinco años del final de su periodo de transposición (cf. Art. 5 PD-RIA). En cambio, la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos es una Directiva de armonización máxima, es decir, no permite a los Estados Miembros desviarse de sus líneas fundamentales para establecer una regulación que sea más favorable para los perjudicados. No se trata, como se ha querido ver por un sector de la doctrina, de una Directiva que tenga por objeto principal la protección de los consumidores, sino que pretende fundamentalmente proteger el funcionamiento del mercado, ya que en caso de daños personales protege tanto a consumidores como a no consumidores y su único punto de conexión con la protección del consumidor se refiere a que los daños materiales o a las cosas que cubre son los

que se sufren en bienes destinados al consumo privado²⁰. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos tiene por objeto sustituir de modo definitivo la Directiva 85/374/CEE y suprime las pocas opciones que la Directiva actual ofrece al legislador de cada Estado Miembro, por lo que cabe la duda de si no hubiera sido más apropiado haberla convertido en un Reglamento.

3.3. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial

a. Características generales

La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de la inteligencia artificial comporta abandonar, al menos por ahora, el camino señalado por la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo adoptada en octubre de 2020, que formulaba una serie de recomendaciones a la Comisión para regular la responsabilidad civil por los daños causados por el uso de inteligencia artificial y adjuntaba un completo texto articulado de una Propuesta de Reglamento «sobre responsabilidad por el funcionamiento de sistemas de inteligencia artificial»²¹, que fundamentalmente establecía un régimen de responsabilidad objetiva en los casos de los llamados «sistemas de IA de alto riesgo» (Capítulo II), que debía prevalecer sobre los regímenes nacionales de responsabilidad civil en caso de clasificación divergente por responsabilidad objetiva de los sistemas de IA (cf. art. 4.5 PR) y que partía de una definición de «alto riesgo» distinta de la que establece la Ley de IA.

La Propuesta de Directiva actual, en cambio, se refiere solo a la responsabilidad por dolo o culpa por daños causados por sistemas de IA, que continúa estando sujeta a las reglas sustantivas nacionales. Por esa razón, no entra en conflicto ni con la aplicación de las normas nacionales ni con las derivadas de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y, como se ha señalado, su ámbito objetivo es mucho más amplio.

b. Deber de aportar información probatoria y presunción iuris tantum derivada del incumplimiento del deber

En los casos de sistemas de IA de alto riesgo el art. 3 PD-RIA introduce en favor de las víctimas un derecho de acceso a la información que esté en poder de empresas y proveedores y que resulta necesaria para probar su reclamación («exhibición de pruebas»). En este sentido establece que los Estados Miembros deberán garantizar que los tribunales nacionales estén facultados para ordenar la revelación de la información que los demandantes potenciales hayan solicitado al proveedor o a otros sujetos equiparables, como el fabricante, el representante autorizado, el

²⁰ Para un análisis comparado de la implementación de la Directiva en los diversos Estados Miembros, véase MACHNIKOWSKI, Piotr (ed.), *European Product Liability – An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Cambridge, Intersentia, 2017, y los informes nacionales allí contenidos.

²¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL))<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html#title1> (Fecha de consulta: 21.7.2022). Sobre esta Propuesta véase WAGNER, Gerhard, «Liability for Artificial Intelligence: A Proposal of the European Parliament», en EIDENMÜLLER, Horst / WAGNER, Gerhard, *Law by Algorithm*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 127-155 y en la literatura española más reciente, NAVAS NAVARRO (n. 7) pp. 38 y ss y ATIENZA NAVARRO (n.7), pp. 267 y ss.

importador o el distribuidor, relativa a un sistema de alto riesgo del que se sospecha que ha causado el daño, pero que hayan rechazado hacerlo, y también de la información que a efectos de prueba solicite el demandante (art. 3.1 PD-RIA).

La norma pretende alcanzar un equilibrio entre la protección de las víctimas y el fomento de la innovación por parte del empresariado, ya que no solo elimina en favor de las víctimas los obstáculos al acceso a la información necesaria para la prueba de su acción de reclamación, sino que también establece garantías para el sector de la IA. Así, por ejemplo, en el caso de demandantes potenciales, es decir, aquellos que pretendan entablar una demanda pero que todavía no lo hayan hecho, introduce la necesidad de que presenten hechos y pruebas suficientes para sustentar la viabilidad de una demanda de indemnización. También requiere que el demandante haya realizado todos los intentos proporcionados de obtener del demandado las pruebas pertinentes, limita la divulgación de la información probatoria a la que sea necesaria y proporcionada para sustentar la demanda, y establece el deber de velar por la protección de la información confidencial y la relativa a los secretos comerciales (cf. art. 3.4 PD-RIA).

Los retos que los sistemas de IA plantean a la prueba de los presupuestos de la responsabilidad son inherentes a la IA y dependen de la complejidad de la tecnología utilizada por el sistema de IA y no, necesariamente, al riesgo que comportan, por lo que cabe preguntarse cuál puede ser la razón por la que la Propuesta limita tales normas de exhibición de pruebas a los sistemas de IA de alto riesgo.

La razón puede hallarse en que, como indica el Considerando 16, solo en estos casos la Ley de IA establece requisitos específicos de documentación, información y registro, pero no otorga al perjudicado el derecho a acceder a tal información. En estos casos, el establecimiento de normas de exhibición cobra especial sentido, tanto por el hecho de que estará o, al menos deberá estar disponible, una información muy relevante para facilitar la prueba, como porque el deber de exhibición crea un incentivo adicional para cumplir los requisitos establecidos en la Ley de IA para documentar o registrar la información pertinente. Así, cuando el demandado incumpla la orden del tribunal nacional relativa a la exhibición o conservación de la información necesaria para la prueba, la norma presume que ha incumplido un deber de conducta que puede dar lugar a que se consideren probados aquellos hechos sobre los que se requería información probatoria. En todo caso, el demandado siempre tendrá derecho a desvirtuar la presunción mediante la prueba en contrario (cf. Art. 3.5 PD-RIA).

c. *Presunción iuris tantum de la relación de causalidad en caso de culpa*

El art. 4 PD-RIA, bajo el epígrafe de «[P]resunción refutable de relación de causalidad en caso de culpa», establece una serie de reglas que tienen por objeto aliviar la prueba de la relación de causalidad mediante la introducción de diversas presunciones *iuris tantum*.

El art. 4.1 PD-RIA establece, con un pretendido carácter general que luego va matizando el artículo, los requisitos que deben cumplirse para que exista la presunción *iuris tantum* de causalidad.

En primer lugar, la culpa debe quedar probada, sea por prueba por parte del demandante, sea mediante el mecanismo de presunción de culpa que establece el art. 3 PD-RIA. No es suficiente que la culpa que se alega consista en incumplir cualquier deber impuesto por la legislación

nacional o por la legislación de la UE, sino que es imprescindible que el deber de diligencia incumplido esté «destinado directamente a proteger frente a los daños que se hayan producido» (art. 4.1.a) PD-RIA). Así, por ejemplo, en caso de lesiones corporales ese requisito se cumpliría si el proveedor ha incumplido proporcionar instrucciones de uso destinadas a evitar tales tipos de daños, pero no si no ha presentado una documentación requerida por las autoridades competentes que nada tiene que ver con esa finalidad²².

En segundo lugar, también es necesario establecer que puede «considerarse razonablemente probable, basándose en las circunstancias del caso» que la culpa haya influido en la información de salida del sistema de IA o en la falta de dicha información (art. 4.1. b) PD-RIA). Dado que la Propuesta de Directiva señala que, salvo en lo que se refiere a las presunciones que establece, no armoniza ni las reglas nacionales sobre la carga de la prueba ni el «grado de certeza necesario para que haya fuerza probatoria»²³, no se trata aquí de permitir al juez utilizar un estándar de prueba reducido («razonablemente probable», parecido al *more probable than not* angloamericano) -que en nuestra doctrina a menudo se confunde con la «causalidad probabilística» (*proportional liability*), con la que nada tiene que ver- sino de permitirle presumir el nexo causal entre la actuación culposa y la información o falta de información del sistema de IA en atención a las circunstancias del caso.

Finalmente, no parece que la presunción vaya más allá y se extienda al nexo de causalidad que debe unir la información o falta de información de salida generada por el sistema de IA y el daño producido, ya que el art. 4.1.c) PD-RIA establece la necesidad de que concurra un tercer requisito que requiere que «el demandante haya demostrado» que dicha información de salida o la falta de tal información «causó los daños».

Para el caso de sistemas de IA de alto riesgo, la Propuesta de Directiva distingue entre daños causados por los proveedores de dichos sistemas o por personas sujetas a las mismas obligaciones que los proveedores, y daños causados por usuarios. Dado que la Ley de IA armoniza los requisitos específicos para los sistemas de IA de alto riesgo, la única culpa que puede ser relevante para dar lugar a esa presunción de causalidad es la que deriva del incumplimiento de los requisitos armonizados que se señalan para cada uno de dichos sujetos en los apartados correspondientes de la Ley de IA (Capítulos 2 y 3 del Tít. III de la Ley de IA)²⁴.

Así, para el caso de proveedores de sistemas de IA de alto riesgo, el art. 4.2 PD-RIA establece que el primer requisito, el relativo a la culpa que permite presumir la relación de causalidad si se cumplen los dos requisitos ulteriores, solo se dará si se incumplen determinados deberes establecidos en la Ley de IA o que puedan establecerse en el futuro mediante legislación sectorial. Así, por ejemplo, en el caso de acciones contra proveedores de sistemas de IA de alto riesgo que utilizan técnicas que implican el entrenamiento de modelos con datos, se presumirá la culpa relevante para poder presumir la relación de causalidad (cf. art. 4.2 en relación con el art 4.1.a) PD-RIA) si esos modelos se desarrollan a partir de conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba que no cumplen los criterios de calidad expuestos en los apartados 2 a 4 del art. 10 de la Ley de IA. También se presumirá la relación de causalidad si, por ejemplo, el sistema no se ha diseñado y desarrollado de un modo que garantice que funcione con un nivel de

²² Cf. Cdo. 22.

²³ Cf. Cdo. 13.

²⁴ Cf. Cdo. 26.

transparencia suficiente para que los usuarios interpreten y usen correctamente su información de salida (en contra de lo establecido por el art. 13 de la Ley de IA) o que no permita una vigilancia efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso (contraviniendo así el art. 14 de la Ley de IA). Finalmente, también existirá esa culpa apta para presumir la relación de causalidad si concurren los demás requisitos expuestos, si no se han adoptado las medidas correctoras necesarias para poner el sistema en conformidad con las obligaciones establecidas en la Ley de IA para los sistemas de alto riesgo, o para retirarlo del mercado o recuperarlo (cf. arts. 16.g) y 21 de la Ley de IA).

En caso de daños causados por usuarios de sistemas de IA de alto riesgo, también se presumirá la relación de causalidad (cf. art. 4.3 en relación con el art 4.1.a) PD-RIA) si incumplen determinados deberes, como los de utilizarlos o supervisarlos de acuerdo con las instrucciones, o de suspender o interrumpir su uso en determinados casos, o de no exponerlos a datos de entrada bajo su control que no son pertinentes según lo establecido por la Ley de IA, otras normas de la UE e incluso del Derecho nacional (cf. art. 4.3 PD-RIA en relación al art. 29 de la Ley de IA y Cdo. 26). Cuando el usuario haya utilizado el sistema de IA en el transcurso de una actividad personal de carácter no profesional no rigen los deberes establecidos por la Ley de IA, y la presunción de causalidad solo podrá darse en los supuestos del art. 4.6 PD-RIA que se refiere, fundamentalmente, a haber alterado el sistema de modo que afecte a su seguridad o a que, pudiendo atender a las condiciones de funcionamiento del sistema, no se hayan tenido en cuenta²⁵.

Respecto a los sistemas de IA que no sean de alto riesgo, la Propuesta de Directiva se limita a señalar que «la presunción establecida en el apartado 1 solo se aplicará cuando el órgano jurisdiccional nacional considere excesivamente difícil para el demandante demostrar el nexo de causal mencionado en ese apartado» (cf. art. 4.5 PD-RIA). El Considerando 28 de la Propuesta de Directiva pretende acotar algo más el significado de esa «excesiva dificultad» al señalar que puede evaluarse a la luz de las características de determinados sistemas de IA, como la autonomía y la opacidad, y que los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar esa presunción cuando el demandante se encuentre en una situación excesivamente difícil para demostrar la causalidad «por verse en la obligación de explicar la manera en que el acto u omisión humano determinante de la culpa llevó al sistema de IA a producir la información de salida que dio lugar al daño o a no producir la información de salida cuya ausencia dio lugar al daño».

La presunción de causalidad que establece el precepto también tiene en todo caso el carácter de presunción *iuris tantum*, ya que el demandado tendrá siempre el derecho de poder desvirtuarla probando, por ejemplo, que el daño ha sido provocado por una causa diferente (cf. Art. 4.7 PD-RIA).

²⁵ El precepto requiere que el demandado «haya interferido sustancialmente en las condiciones de funcionamiento del sistema de IA» o que no haya determinado las condiciones de funcionamiento del sistema de IA «cuando el demandado tuviese la obligación y estuviese en condiciones» de hacerlo. Vide también Cdo. 58 de la Ley de IA.

3.4. La Propuesta de nueva Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

a. *La insuficiencia de la regulación actual*

Una consulta pública llevada a cabo por la Comisión Europea entre octubre 2021 y enero 2022 destacaba las dificultades que presentan los sistemas de IA para identificar las personas que puedan ser responsables, y probar tanto el defecto del producto como la relación de causalidad entre el defecto y el daño producido. Unidas a otras características de la IA, estas dificultades llevaban a considerar que determinados aspectos de la actual Directiva 85/374/CEE de responsabilidad por productos defectuosos resultan insuficientes o inapropiados²⁶. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos de 28 de setiembre de 2022 es mucho menos innovadora que algunas de las propuestas lanzadas con ocasión del debate de reforma²⁷, pero, por el momento, indica el camino a seguir. En las páginas siguientes trataré solo los principales aspectos de la Propuesta que se consideran necesarios para acomodar la regulación a las exigencias de los sistemas de IA, dejando de lado los relativos a las necesidades de la economía circular.

b. *Aspectos procesales: la prueba del defecto y de la relación de causalidad*

El art. 4 de la actual Directiva 85/374/CEE (en adelante, DRPD) requiere que el demandante pruebe tanto el defecto como la relación de causalidad entre el defecto y el daño.

Probar el defecto en el caso de los sistemas de IA pueden comportar un escollo difícil de superar. El primer paso será localizar dónde está el defecto. Si el hardware no es defectuoso, encontrar el defecto en el software puede ser extremadamente difícil, ya que puede requerir unos conocimientos que solo tiene el fabricante o, cuando no sea así, resultar extremadamente

²⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation- Civil liability – adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence/public-consultation_en> (Fecha de consulta: 20.3.2023). En mayo de 2022 publicó un resumen de sus resultados, ibidem, Ref. Ares (2022)2620305 - 06/04/2022, EUROPEAN COMMISSION, *Adapting Civil Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence. Factual summary report on public consultation* (Fecha de consulta: 20.3.2023)

²⁷ El European Law Institute (ELI) ha producido diversos documentos muy importantes en relación con las modificaciones requeridas de la Directiva. Véanse TWIGG-FLESNER, Christian, *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age*, Vienna, European Law Institute, 2021, en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf (en adelante ELI Guiding Principle y número) y KOCH, Bernhard A / BORGHETTI, Jean-Sébastien / MACHNIKOWSKI, Piotr / PICHONNAZ, Pascal/ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa / TWIGG-FLESNER, Christian y WENDEHORST, Christiane *Response of the European Law Institute. European Commission's Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, Vienna, European Law Institute, 2022, en <https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf> (en adelante, ELI Response), trabajo que también ha sido publicado en el *Journal of European Tort Law* (JETL 2022; 13(1), pp. 1-:24). El ELI también ha presentado una propuesta completa de directiva (*ELI Draft of a Revised Product Liability Directive. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute*) que puede consultarse en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf (en adelante, ELI Draft) (Fecha 20.3.2023) y tras la presentación de la Propuesta oficial, el documento ELI, *European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive. Feedback of the European Law Institute*, Vienna: European Law Institute, 2023 en <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf> (en adelante ELI Feedback) (Fecha de Consulta: 20.3.2023).

costoso. Además, encontrar el defecto puede requerir analizar diversos elementos del propio sistema digital, del servicio digital o de la interconexión de todos los elementos del sistema de IA.

Problemas similares surgen en el caso de la prueba de la causalidad²⁸. Además del art. 4 DRPD, que requiere que la pruebe el demandante, hay otras disposiciones que afectan de un modo u otro a la relación de causalidad, como la que establece que cuando dos o más personas son responsables por el mismo daño, lo son solidariamente (art. 5 DRPD); la que establece la posibilidad de exoneración del fabricante de un componente cuando el defecto es imputable al diseño del producto en el que se ha instalado el componente o cuando el defecto es imputable a las instrucciones dadas por el fabricante del producto (art. 7.f) DRPD) o la que se refiere al daño causado por un tercero y a la concurrencia de culpa de la víctima (art. 8 DRPD). No obstante, ninguna de estas disposiciones establece qué debe entenderse por «causalidad» o que debe entenderse por solidaridad o por culpa concurrente, y deja que sean las legislaciones nacionales las que definan su contenido y alcance.

En cuanto a cómo debe probarse el defecto y la relación de causalidad, tanto el estándar de prueba como lo que podrían llamarse mecanismos de facilitación probatoria, como la admisibilidad del razonamiento *prima facie* o el uso de las presunciones judiciales, también se dejan a la legislación nacional. Además, la Directiva 85/374/CEE tampoco regula si la llamada «causalidad general (o «genérica»)» puede desempeñar algún papel en esta cuestión, ni qué solución debe adoptarse cuando la incertidumbre impide de modo sistémico establecer el nexo de causalidad de acuerdo con las reglas generales correspondientes.

La Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuosos, de un modo parecido a como se recogen en la Propuesta de Directiva sobre la adaptación de las reglas de responsabilidad extracontractual a la IA vista anteriormente, introduce mecanismos de facilitación de la prueba del defecto y de la relación de causalidad y distingue entre supuestos en que existe un deber de aportar información probatoria (art. 8. *Exhibición de pruebas* PD-RPD), de aquellos otros en que se establecen presunciones relativas al defecto y la relación de causalidad para facilitar la carga de la prueba de tales presupuestos, que sigue recayendo sobre el demandante (cf. art. 9. *Carga de la prueba* PD-RPD).

Respecto al deber de aportar información probatoria, el art. 8 PD-RPD faculta a los tribunales, «a petición de una persona perjudicada que reclame una indemnización por los daños causados por un producto defectuoso («el demandante»)» para ordenar a los demandados que aporten aquella que sea necesaria para que el demandante pueda llevar a cabo la prueba que le incumbe. A diferencia del art. 3(1) PD-RIA, no es suficiente que se trate de un «potencial demandante». No se entiende la razón que justifica que deba tratarse de un «demandante», es decir, de la necesidad de que alguien que no sabe las posibilidades que tiene de demostrar unos presupuestos de su acción, que puede ser algo extremadamente difícil, se tenga que ver necesariamente abocado a interponer un procedimiento judicial para saberlo. Tampoco parecen justificadas otras diferencias entre ambos artículos como, por ejemplo, por qué el art. 8 PD-RPD no requiere que

²⁸ Sobre algunos de los problemas que plantean tanto la causalidad propiamente dicha como el alcance de la responsabilidad o imputación objetiva, véase MARTÍN-CASALS, Miquel «Causation and Scope of Liability in the Internet of Things (IoT)», en LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for Robotics and in the Internet of Things*, Tübingen, Nomos /Hart, 2019, pp. 201-228.

el demandante haya realizado todos los intentos proporcionados para obtener del demandado las pruebas pertinentes (a diferencia del art. 3 (2) PD-RIA), o por qué no faculta a los tribunales nacionales para ordenar medidas específicas de conservación de pruebas (a diferencia del art. 3(3) PD-RIA).

En lo que se refiere al defecto, el art. 9 (2) PD-RPD establece que se presume cuando el demandado haya incumplido la obligación de exhibir las pruebas pertinentes, de conformidad con el art-8 (1) PD-RPD; o cuando el demandante demuestre que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad establecidos en el Derecho de la Unión o en la legislación nacional que tienen por objeto proteger contra el riesgo del daño que se ha producido o, finalmente, cuando demuestra que el daño fue causado por un mal funcionamiento evidente del producto durante el uso normal o en circunstancias normales.

Por su parte, el nexo causal entre el defecto y el daño se presume cuando se haya establecido que el producto es defectuoso y el daño causado sea de un tipo compatible normalmente con el defecto en cuestión. Con ello se refiere a que, una vez probado el defecto, la prueba de la aptitud del defecto para causar el daño (es decir, de su «causalidad general» o «genérica») es suficiente para dar lugar a esa presunción *iuris tantum* de su causalidad específica, que es la relevante para establecer el vínculo causal. Así, pues, a diferencia de la otra Propuesta de Directiva referida a la responsabilidad por culpa, aquí la presunción abarca toda la cadena causal y no solo el primer eslabón que la otra Directiva refiere a la relación entre la culpa y el resultado o falta de resultado producido por el sistema de IA. Por ello, aunque pueda desvirtuarse por todos los medios admitidos de prueba, es una presunción mucho más potente, que además no se limita a los sistemas de IA y que, en caso de ser aprobada, supondrá uno de los cambios más relevantes en la legislación de responsabilidad por productos defectuosos²⁹.

También se introduce toda una serie de reglas adicionales de facilitación probatoria cuando el tribunal nacional considere que, debido a la complejidad técnica o científica, el demandante se enfrenta a dificultades excesivas para probar el defecto del producto o la relación de causalidad entre el defecto y el daño, o ambos presupuestos. A diferencia de lo que establece el art. 3 (5) PD-RIA, aquí la presunción se refiere también a la causalidad y la Propuesta contiene indicaciones más precisas sobre cuando se enfrentará el demandante a «dificultades excesivas», que la circunscribe a la «complejidad técnica o científica», que para valorarla se predica de factores tales como la naturaleza compleja del producto, la tecnología utilizada, la información y los datos que debe analizar el demandante o el nexo causal³⁰.

Todas las presunciones que se establecen son *iuris tantum*, por lo que el demandante puede desvirtuarlas mediante prueba en contrario.

En resumen, la Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuosos, aunque en materia de exhibición de pruebas por regla general es menos detallada que la Propuesta de Directiva de responsabilidad en materia de IA, coincide sustancialmente con ella y no vemos

²⁹ Para una comparación entre ambas Propuestas vide ZECH, Herbert, «Liability for AI: Complexity problems,» pp. 193-200 y DACORONIA, Eugenia, «Burden of proof – How to handle a possible need for facilitating the victim's burden of proof for AI damage?, pp. 201-213, ambos en LOHSSE / SCHULZE / STAUDENMAYER (n. 8).

³⁰ Cf. Cod. 34, con ejemplos.

razones que justifiquen las diferencias señaladas, por lo que debería plantearse la posibilidad de armonizar ambos textos.

c. La exclusión de las personas jurídicas de su ámbito de protección

El capítulo primero de la Propuesta, referido a las «Disposiciones generales», dispone en su art. 1 que «establece normas comunes sobre la responsabilidad de los operadores económicos por los daños sufridos por personas físicas (énfasis añadido) causados por productos defectuosos». La limitación supone una novedad, ya que la Directiva 85/374/CEE, no limitaba su ámbito de protección por medio de la referencia a las personas que sufrían daños, sino tan solo respecto al tipo de daños que, en el caso de daños a las cosas, sólo incluía los daños a las destinadas al uso o consumo privados, limitación que se mantiene en la Propuesta, y a las de uso mixto que se utilizaran principalmente para su uso o consumo privados (cf. art. 9.b) DRPD), matización que, en aras a la simplificación, se suprime ahora para equiparar en todo caso el uso mixto al privado.

En el ámbito europeo se ha indicado que esta nueva referencia a las personas físicas no supone una reorientación de la Propuesta de Directiva a la protección de los consumidores³¹, que por otra parte desmiente tanto su texto articulado como sus considerandos, y en el ámbito español se ha señalado que supondría una limitación de su ámbito de aplicación que impediría que pudieran beneficiarse de sus normas perjudicados que incluso se consideran consumidores de acuerdo con nuestra legislación³². En este sentido, el art. 3.2 TRLGDCU establece que «son también consumidores» las «personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial», con lo que se daría la paradoja de que personas que pueden tener la condición de consumidor de acuerdo con el Derecho español, como las asociaciones o las comunidades de vecinos³³, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, quedarían fuera el alcance protector de la Directiva respecto los daños sufridos en las cosas aunque éstas fueran de uso o consumo privado.

d. La necesidad de ampliar y adaptar la noción de producto

Como se ha indicado, el art. 2 de la actual Directiva opera con una noción de «producto» limitada a los bienes muebles, incluidos los que se han incorporado a un mueble o inmueble, y a la electricidad. Según esa definición, se entiende generalmente que el software instalado en un bien mueble tangible (por ejemplo, en una máquina), que permanece inalterable y que no se actualiza, puede ser considerado como parte integrante de la máquina y, por lo tanto, como producto. Sin embargo, incluso en estos casos es discutible si el perjudicado puede reclamar contra el desarrollador de dicho software como fabricante de un componente (art. 3 (1) DRPD) y cuál es el régimen jurídico del software que se instaló o actualizó después de la puesta en circulación del

³¹ BORGHETTI, Jean-Sébastien, «Adapting Product Liability to Digitalization: Trying Not to Put New Wine Into Old Wineskins», en LOHSSE / SCHULZE / STAUDENMAYER (n. 8), p. 135.

³² Critican esta restricción a las «personas físicas», GÓMEZ LIGÜERRE (n. 8), p. 2 y ATIENZA NAVARRO (n.8), pp. 6-7. Sobre las vicisitudes de la noción de consumidor en Derecho español y su significado actual, vide CÁMARA LAPUENTE, Sergio, Com. Art. 3 TRLGDCU en CANIZARES LASO, Ana (dir.) y ZUMAQUERO GIL, Laura (coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 103 y ss.

³³ Cf. CÁMARA LAPUENTE, ibidem, p. 149 y ss., sobre cuáles son las personas jurídicas que pueden considerarse consumidoras en la regulación actual del art. 3 TRLGDCU, y que indica que, en principio, quedarían excluidas de la noción de consumidor, entre otras, las fundaciones y las cooperativas.

producto³⁴. Parece claro, no obstante, que el software independiente o el contenido digital no incluido en un bien tangible no es producto. Según el TJUE, los datos como tales no son un producto³⁵. Los servicios tampoco están incluidos en la definición de producto.

Para adaptar la Directiva 85/374/CEE a las necesidades de los sistemas de IA debían disiparse las dudas existentes y ampliar la definición de «producto» para incluir productos con elementos digitales, tanto si incluyen contenidos como si incluyen servicios digitales, siempre que sean imprescindibles para que los elementos en los que se incorporen o con los que estén interconectados puedan desempeñar sus funciones, en la línea de lo dispuesto en la Directiva de Compraventa de Bienes y de la Directiva de Contenidos Digitales³⁶.

En esta línea, la Propuesta de Directiva añade ahora a la definición de producto, como bien mueble, aunque esté integrado en otro bien mueble o en un bien inmueble, los archivos de fabricación digital y los programas informáticos o software, y sigue mencionando la electricidad (art. 4(1) PD-RPD).

El archivo de fabricación digital se define como «una versión digital o plantilla digital de un bien mueble» (art. 4(2) PD-RPD) y se refiere a aquellos archivos que contienen la información funcional necesaria para producir un artículo tangible al permitir el control automatizado de maquinaria o herramientas, como taladros, tornos, fresadoras o impresoras 3D.

La inclusión del software se justifica en que cada vez es más habitual en el mercado, y desempeña un papel cada vez más importante en la seguridad de los productos, y en la necesidad de que, en aras a la seguridad jurídica, se aclare que es un producto a los efectos de la aplicación de Directiva. La Propuesta añade en sus Considerandos que el software tiene la consideración de producto con independencia de su modo de suministro o uso, por lo que incluye el modelo de distribución y de licencias conocido como «software como servicio» (*software as a service*, SaaS), que consiste la distribución del software y de las licencias de las aplicaciones a través de internet y basado generalmente en una suscripción. En cambio, el código fuente de programas informáticos no debe considerarse producto por tratarse de pura información³⁷. Tampoco debe aplicarse la Directiva a los programas informáticos libres y de código abierto desarrollados fuera

³⁴ Véase FAIRGRIEVE, Duncan y otros, «Product Liability Directive», en MACHNIKOWSKI (n. 20), pp. 46-47.

³⁵ STJCE 10.6.2021---- VI c. Krone — Verlag Gesellschaft GmbH & Co KG, ECLI:EU:C:2021:471, establece que no constituye «producto defectuoso», según el art. 2 DRPD, «un ejemplar de una revista impresa que, tratando un tema paramédico, da consejos sanitarios inexactos sobre el uso de una planta, cuyo seguimiento ha causado daños a la salud de un lector de esa revista». Véase el comentario de MACHNIKOWSKI, Piotr, «Product Liability for Information products?: The CJEU Judgment in VI/KRONE -Verlag Gesellschaft GmbH & Co KG, 10 June 2021 [C-65/20]», *European Review of Private Law* 1-2022, pp. 191-200.

³⁶ En este sentido, el ELI Guiding Principle 4, p. 5 sugiere que la nueva definición de «product» del art. 2 DRPD podría basarse en el artículo 2(5)(b) de la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, DO L 136/28 del 22.5.2019, que incluye dentro del concepto de «bienes» a «todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizaran sus funciones (en lo sucesivo, «bienes con elementos digitales»». Véase también, con una redacción muy parecida, el art. 2(3) de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DO L 136/1 del 22.5.2019 y SÉNÉCHAL, Juliette en SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, Com Art. 2 (3), Nm. 13-17.

³⁷ Cf. Cdo. 12.

del ámbito de una actividad comercial y que se comparten abiertamente. Se trata de sistemas abiertos (*open systems*) que se caracterizan por incluir la revelación de su código fuente, que queda así disponible para que sus usuarios puedan modificarlo y mejorarlo; por su portabilidad, que permite que el sistema se utilice en una variedad de entornos, y por su interoperabilidad, que permite que el sistema funcione con otros sistemas. Generalmente, tales programas informáticos se proporcionan gratuitamente (*freeware*), pero pueden proporcionarse también a cambio de un precio o de datos personales. En este último caso quedarían incluidos en el ámbito de la regulación de la Propuesta por ese elemento de comercialización del producto que comportan³⁸. Finalmente, la referencia a la electricidad se mantiene para evitar dudas interpretativas³⁹.

Dado que cada vez es más frecuente que los servicios digitales estén integrados o interconectados con un producto de tal forma que la ausencia del servicio impediría que el producto realizara alguna de sus funciones (por ejemplo, el suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación) es necesario extender la responsabilidad por defecto a dichos servicios digitales, ya que determinan la seguridad del producto tanto como los componentes físicos o digitales. Dichos servicios conexos deben considerarse componentes del producto al que están interconectados cuando están bajo el control del fabricante de ese producto, en el sentido de que son suministrados por el propio fabricante o que el fabricante los recomienda o influye de otro modo en su suministro por parte de un tercero⁴⁰. No obstante, la Directiva no se aplica a los servicios como tales.

e. La necesidad de ampliar el elenco de sujetos responsables

i. El supra concepto del «operador económico»

En el caso de los sistemas de IA, la cadena de suministro no finaliza en un momento determinado y puede implicar la aparición de nuevos sujetos responsables que no se mencionan en la actual Directiva 85/374/CEE.

Así, en la responsabilidad por productos clásica hay materias primas que se utilizan para fabricar componentes que, a su vez, se utilizan para fabricar productos acabados, que se colocan en el mercado en un momento determinado en el que el fabricante pierde el control del producto. Por el contrario, los sistemas de IA generalmente interactúan con otros productos y servicios, y los datos fluyen del producto a otros productos y servicios o hacia los consumidores, en ambas direcciones. Estos otros productos y servicios pueden ser operados por otros fabricantes o proveedores de servicios, y la interconexión no se detiene cuando el producto se comercializa porque su funcionamiento requiere actualizaciones periódicas y un flujo continuo de datos.

Para referirse en general a los sujetos que pueden ser responsables en este nuevo contexto, la Propuesta introduce el supra concepto de «operador económico» que engloba todas las personas que pueden acabar respondiendo a tenor de las normas que establece. El concepto de operador

³⁸ Cf. Cdo. 13, que consideran la aportación de datos personales como contraprestación en aquellos casos en que «se utilicen de forma distinta a la de mejorar la Seguridad, la compatibilidad o la interoperabilidad del programa informático y, por tanto, se suministren en el transcurso de una actividad comercial».

³⁹ Cdo. 14.

⁴⁰ Cf. art. 4 (3) PD-RPD donde se define de modo amplio el concepto de «componente» y las definiciones de servicio relacionado y control del fabricante en 4 (4) y 4 (5) PD-RPD.

económico, además del fabricante de un producto o componente, incluye el proveedor de un servicio conexo, el representante autorizado, el importador, el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia y el distribuidor (cf. Art. 4 (16) PD-RPD).

Los diversos operadores económicos responden en cascada, es decir, unos en defecto de otros, con el objeto de garantizar que el perjudicado pueda reclamar a la persona más cercana en la cadena de suministro y, en todo caso, que no tenga que hacerlo con sujetos responsables situados fuera del territorio de la UE. No obstante, algunos de esos sujetos responsables pueden tener que responder conjuntamente, en cuyo caso su responsabilidad será solidaria (cf. Art. 11 PD-RPD), lo que claramente refuerza la posición de los perjudicados.

ii. La matización de los sujetos responsables actuales

Como en la regulación en vigor, el principal sujeto responsable es el fabricante, que ahora se define como «toda persona física o jurídica que desarrolla, fabrica o produce un producto o que manda diseñar o fabricar un producto.... (art. 4 (11) PD-RPD). Dentro de ese concepto se incluye el fabricante aparente (... o que lo comercializa con su nombre o su marca... (art. 4 (11) PD-RPD). Al referirse a la necesidad de «comercializar» el producto excluye todo suministro de un producto que no se produzca en el transcurso de una actividad comercial (cf. Art. 4 (8), 4 (9) y 4 (10) PD-RPD). También se incluye dentro del concepto de fabricante a quien «desarrolla, fabrica o produce un producto para su uso propio», con lo que se da una cabida explícita a supuestos como el que tuvo que resolver el caso *Veedfald* ⁴¹.

La Propuesta también considera fabricante a quien fabrica un componente que se integra en otro producto, que responderá solidariamente con el fabricante de ese otro producto a menos que pueda alegar alguna de las causas de exoneración previstas específicamente para él (cf. Art. 10 f) PD-RPD).

También equipara al fabricante a quien modifique un producto ya introducido en el mercado o puesto en servicio, pero sólo si la modificación es «sustancial» y se lleva a cabo «fuera del control del fabricante original» (cf. art. 7.4 PD-RPD). Aunque no define qué debe entenderse por modificación «sustancial», el art 7.4 PD-RPD la relaciona con la normativa nacional o europea en materia de seguridad de los productos («con arreglo a»), por lo que, al parecer, el carácter sustancial vendrá dado por tal normativa.

El precepto nada dice sobre los productos reciclados, que deberían mencionarse expresamente en una Directiva que tiene por objeto no solo adaptar la normativa de productos a los requerimientos de la inteligencia artificial sino a las necesidades de la economía circular. No resulta convincente pensar que los redactores hayan considerado la modificación de un producto como una forma de reciclado, entre otras razones porque el reciclado comporta que el producto sea retirado y reintroducido de nuevo en el mercado, cosa que no ocurre con la modificación que, en principio, comporta que el producto se devuelva, una vez modificado, a su propietario. Además no parece que el reciclado puede tener cabida en el concepto de «modificación sustancial» del art. 7.4 PD-RPD, porque lo que pretende el reciclado es someter el producto a un proceso de transformación o aprovechamiento para que pueda ser utilizado de nuevo con las

⁴¹ En *Henning Veedfald y Århus Amtskommune*, ECLI:EU:C:2001:258, un líquido fabricado por el propio hospital que debía llevar a cabo un trasplante de riñón, por su carácter defectuoso, obstruyó una arteriola del riñón que se había donado y lo hizo inutilizable para su trasplante.

mismas o parecidas funciones a las que tenía cuando era nuevo, y la modificación que trata el art. 7.4 PD-RPD no se refiere a la utilidad del producto, sino a su seguridad, ya que debe ser «sustancial» «con arreglo a las normas... de seguridad de los productos»⁴².

Otros sujetos que aparecen en la Directiva en vigor son el importador en la UE y, como último eslabón de la cadena, el distribuidor.

Cuando el fabricante está establecido fuera de la UE el perjudicado puede dirigirse contra el importador en la UE si bien, a diferencia de la Directiva en vigor, la Propuesta define al importador como persona física o jurídica «establecida en la UE» (art. 4 (13) PD-RPD), tal vez con la benévola finalidad de destacar que los importadores deben ser accesibles a los perjudicados, pero con el efecto perverso de blindarles ante la responsabilidad que establece la Directiva por el fácil expediente de no mantener sede alguna en el territorio de la UE. No obstante, para que el perjudicado no quede desatendido, la Propuesta introduce un nuevo sujeto, el representante autorizado.

Finalmente, como en la regulación actual, el distribuidor responde con carácter subsidiario y como «responsable de cierre» cuando no pueda identificarse ninguno de los responsables en la cadena o cascada de responsabilidad que se establece y, previa solicitud, no identifique al operador económico o a la persona que suministró el producto al distribuidor en el plazo de un mes a partir de la recepción de tal solicitud (cf. Art. 7.5 PD-RPD).

iii. Los nuevos operadores económicos

Los operadores económicos nuevos que aparecen (cf. arts. 4 y 7 PD-RPD) en comparación con la regulación actual son:

a) El «representante autorizado», que es toda persona física o jurídica establecida en la Unión que haya recibido un mandato por escrito de un fabricante para actuar en nombre de este en tareas específicas (art. 4 (12) PD-RPD). El representante autorizado responderá en defecto de fabricante y de importador establecido en la UE, o solidariamente con el importador que sí esté establecido en la UE (cf. Art. 7.2 PD-RPD).

b) El «proveedor de un servicio conexo», que es quien presta un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones. A los efectos de su responsabilidad, se equipara a la del fabricante de un componente (cf. Art. 4 (3) y (4) PD-RPD).

c) El «prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia», que es toda persona física o jurídica que ofrezca, en el transcurso de su actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenar, embalar, dirigir y despachar un producto, sin tener la propiedad del producto en cuestión, con la excepción de servicios postales o de transporte de mercancías (cf. Art. 4 (14) PD-RPD). En la cascada de responsabilidad el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia responderá cuando ninguno de los otros operadores económicos que deben responder preferentemente (fabricante, importador y representante autorizado) se hallen

⁴² Cf. Cdo. 29, ELI Feedback, p. 19 y, más en detalle, BORGHETTI (n. 31), pp. 147-148 y ATIENZA NAVARRO (n. 8), pp. 25-26.

establecidos en la UE (cf. Art. 7 (3) en relación con el 7(2) PD-RPD). Por su propio cometido, tales prestadores están establecidos en el propio territorio de la UE para poder llevar a cabo sus funciones, y su responsabilidad parece justificada cuando su conexión con los otros sujetos responsables en los eslabones superiores de la cadena de responsables sea más intensa, pero puede resultar excesiva cuando no tengan una especial conexión con ellos, ya que generalmente no seleccionan los bienes en relación con los cuales prestan servicios, ni tienen ningún control sobre ellos ni influencia alguna sobre el riesgo que estos productos pueden suponer para los usuarios⁴³.

d) Finalmente el art. 7(6) PD-RPD se refiere a la responsabilidad de las plataformas en línea⁴⁴. Cuando las plataformas en línea fabriquen, importen o distribuyan productos defectuosos, podrán ser consideradas responsables en los mismos términos que dichos operadores económicos, y cuando presenten el producto o permitan la transacción específica, serán responsables de la misma manera que los distribuidores. Obsérvese que para ser responsables como fabricantes o importadores deberán reunir los requisitos que la Propuesta exige para ellos y, en especial, estar establecidas en la UE. Lo que hace el art. 7(6) PD-RPD es indicar que cuando no puedan equipararse a tales sujetos responderán como distribuidores siempre que cumplan con las condiciones del art. 6(3) del Reglamento de Servicios digitales⁴⁵. Esta regulación comporta un régimen muy favorable que contrasta con el elevado grado de control que las plataformas pueden ejercer sobre los productos que comercializan y con la mayor responsabilidad de otros operadores económicos.

f. *La necesidad de adaptar la noción de defecto*

i. Las expectativas de seguridad frente al test de riesgo/utilidad

A diferencia del art. 6 de la Directiva actual, el art. 6 de la Propuesta no habla de «defecto» sino de «defectuosidad» y, también a diferencia de la actual Directiva, que refiere el defecto a que el producto «no ofrece la seguridad a la que *una persona tiene legítimamente derecho*», refiere en este caso la falta de seguridad a la que «*el público en general tiene derecho a esperar ...*» [énfasis añadido]. Como indica el Considerando 22, «la evaluación del carácter defectuoso debe incluir un análisis objetivo y no referirse a la seguridad que una persona concreta tiene el derecho a esperar». En este punto, la Propuesta no comporta ninguna modificación respecto a la regulación actual, ya que generalmente se considera que el test de las legítimas expectativas de seguridad es objetivo y no subjetivo, es decir, que se refiere a las expectativas del público en general o del grupo de destinatarios del producto, y no del concreto usuario del producto.

⁴³ En este sentido, BORGHETTI (n. 31), pp. 145-146.

⁴⁴ Véase, para más detalle, ATIENZA NAVARRO (n. 8), pp. 25-26.

⁴⁵ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DOUE-L-2022-81573, que excluye de la exoneración de responsabilidad que establece el art. 6(1) para los prestadores de servicios de la sociedad de la información que almacenen información cuando «la plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control».

Podría pensarse que se ha perdido la oportunidad de sustituir el test clásico por el test más moderno de coste o riesgo/utilidad, que es más adecuado para resolver problemas que se refieren a defectos de diseño⁴⁶, y que probablemente serán los defectos más comunes en el caso tecnologías complejas.

No obstante, se ha señalado que, dado que el test de las expectativas de seguridad del público en general no puede llevarse a cabo haciendo una encuesta a todos los usuarios, la Propuesta no excluye el análisis riesgo utilidad

Si bien es dudoso que el test riesgo-utilidad en su variante básica de los EE. UU., es decir, la que compara la seguridad adicional que brinda un diseño alternativo más seguro con el coste adicional de dicho diseño, es compatible con la Directiva, no parece contradecirla una versión más amplia que consiste en la comparación global de los beneficios generales del producto, es decir, los que el público (y por lo tanto, al menos potencialmente, también la víctima) obtiene de la presencia del producto en el mercado con sus riesgos globales⁴⁷. Que es así se desprende también del Considerando 22 cuando explica que la evaluación de defectos debe implicar un análisis objetivo y que «la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar debe evaluarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, la finalidad prevista, las características objetivas y las propiedades del producto de que se trate, así como las necesidades específicas del grupo de usuarios al que se destina el producto».

Dado que la Ley de IA fomenta el desarrollo de estándares técnicos y les otorga un efecto vinculante, si estos estándares existen en un caso dado, el cumplimiento por debajo de estos estándares tal vez debería haber llevado a la consideración de que el producto es defectuoso. Además, cuando estos estándares no existen, dado que los sistemas de IA tienen como objetivo funcionar mucho mejor que los seres humanos, el rendimiento por debajo de los estándares humanos tal vez debería haber dado lugar a una presunción refutable de defecto. No obstante, la Propuesta opta por no alejarse tanto de la regulación actual, las expectativas legítimas no se reducen a un análisis de riesgo/utilidad, y hay muchos casos en los que se puede establecer la defectuosidad sin necesidad de llevar a cabo un análisis de este tipo⁴⁸.

- ii. La ampliación de la enumeración de circunstancias que deben tenerse en cuenta para establecer la defectuosidad

Lo que sí supone una diferencia sustancial entre la Propuesta y la Directiva actual es la mención específica de cuáles son las circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar, entre otras, la defectuosidad del producto. El artículo 6.1 actual se refiere específicamente a la presentación del producto, el uso que razonablemente previsible del producto y el momento de su puesta en circulación. La Propuesta matiza ahora esas tres circunstancias y añade cinco más.

⁴⁶ Sobre los pros y contras de la introducción de dicho test vide SANTOS SILVA, Marta / FAIRGRIEVE, Duncan / MACHNIKOWSKI, Piotr / BORGHETTI, Jean-Sébastien / KEIRSE, Anne L. M. / DEL OLMO, Pedro / RAJNERI, Eleonora / SCHMON, Christoph / ULFBECK, Vibe / VALLONE, Vera / ZECH, Herbert, «Relevance of Risk-benefit for Assessing Defectiveness of a Product: A Comparative Study of Thirteen European Legal Systems», *European Review of Private Law* 1-2021, p. 91-132. Vide también, WAGNER, Gerhard, «Liability Rules for the Digital Age. – Aiming for the Brussels Effect» (2022) 13 *Journal of European Tort Law (JETL)*, pp. 191-243. p. 205.

⁴⁷ Vide SANTOS SILVA ET ALII (n. 46), p. 131.

⁴⁸ En este sentido, BORGHETTI (n. 31), p. 153.

Como matizaciones, a la presentación del producto se añaden las instrucciones de instalación, uso y mantenimiento (art. 6.1.a) PD-RPD); al uso previsible se añade como circunstancia a tener en cuenta el uso indebido (art. 6.1.b) PD-RPD) y, finalmente, el «momento de puesta en circulación» se sustituye básicamente por el concepto más amplio que sería el «momento en que el producto dejó el control del fabricante» (art. 6.1.e) PD-RPD), control que puede extenderse más allá de la introducción del producto en el mercado o de su puesta en servicio, bien porque el fabricante continua realizando modificaciones, actualizaciones o mejoras del producto, bien porque autoriza que las hagan terceros (cf. Art. 4 (5) PD-RPD), circunstancia que, aunque no de modo exclusivo, se refiere fundamentalmente al software y a los productos con contenido digital. También fundamentalmente a esos productos los apartados 6.1.d) PD-RPD, relativo al «el efecto sobre el producto de otros productos que quepa esperar razonablemente que se utilicen junto con el producto» y 6.1.f) PD-RPD, referido a «los requisitos de seguridad del producto, incluidos los requisitos de ciberseguridad pertinentes para la seguridad». En cambio, el art. 6.1.c) PD-RPD contiene una referencia exclusiva a los sistemas de IA al señalar la circunstancia de que el producto pueda «seguir aprendiendo después del despliegue»⁴⁹.

Finalmente, otras circunstancias a considerar serían las relativas a «cualquier intervención de una autoridad reguladora o de un operador económico» en relación con la seguridad del producto (cf. art. 6.1.g) PD-RPD) y las «expectativas específicas de los usuarios finales a los que se destina el producto» (art. 6.1.h) PD-RPD). Entre las primeras pueden entenderse intervenciones como la retirada de productos del mercado, sin que pueda derivarse la defectuosidad del siempre hecho de que se produzca esa retirada⁵⁰, mientras que las segundas se refieren a que, en caso de que existan productos destinados a un determinado grupo de usuarios especialmente vulnerables, no será suficiente la expectativa de seguridad del público en general, sino que deberá atenderse a la que corresponde a este específico grupo vulnerable⁵¹.

g. La noción de daño

El actual régimen de responsabilidad del producto establecido por la Directiva 85/374/CEE indemniza los daños personales, incluida la muerte, y en determinadas condiciones, los daños materiales o a las cosas (cf. art. 9). En cambio, no resarce los perjuicios que derivan de la intromisión en los derechos de la personalidad, el daño patrimonial puro (*pure economic loss*), ni el daño emocional o moral puro, es decir, la lesión a los sentimientos que no está relacionada ni con un daño corporal, ni con la vulneración de un derecho de la personalidad, ni con un daño a las cosas, en su sentido más amplio. Por su parte, la Propuesta de Directiva degrada en cierto modo la importancia de un concepto tan central como el de «daño», al incluirlo en el apartado general de «definiciones» (art. 4 (6) PD-RPD), y lo define como las «pérdidas materiales» (*material losses*) que resultan de la lesión de una serie de intereses protegidos que enumera, es decir, se

⁴⁹ Cf. Cdo. 23. y 24.

⁵⁰ Cf. Cdo. 24

⁵¹ Según indican ELI Feedback, Com. art. 6 y BORGHETTI (n. 31), p. 152, esta matización recogería la doctrina establecida por el TJUE en los asuntos acumulados C-503/13 y C-504/13, Caso *Boston Scientific Medizintechnik GmbH contra AOK Sachsen Anhalt — Die Gesundheitskasse* y Otro, TJUE (Sala Cuarta), sentencia de 5 marzo 2015 (TJCE 2015\107) al señalar (39) que «[E]n lo que respecta a los dispositivos médicos, tales como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables de que se trata en los litigios principales, ha de señalarse que, *habida cuenta de su función y de la situación de particular vulnerabilidad de los pacientes que utilizan esos dispositivos, los requisitos de seguridad relativos a ellos, que tales pacientes pueden esperar legítimamente, son particularmente elevados* [énfasis añadido]. Vide también ATIENZA NAVARRO (n. 8), p. 20.

refiere solo a los «daños», o mejor, a los «perjuicios patrimoniales», que derivan de la lesión de los intereses enumerados⁵².

i. El resarcimiento de los perjuicios extrapatrimoniales

Dado que en la Propuesta desaparece la referencia del actual art. 9 de la Directiva que dispone que «[E]l presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los *daños inmateriales*» [sic]» cabe preguntarse si, como entendió, erróneamente la transposición española de 1994, la reclamación de los perjuicios extrapatrimoniales o morales no podrá llevarse a cabo en el marco de la Directiva y el resarcimiento de tales perjuicios tan solo solo podrá obtenerse cuando se fundamente la reclamación en reglas nacionales generales como, por ejemplo las del art. 1902 CC y concordantes, o en una normativa sectorial interna⁵³. La respuesta se halla en el último inciso del Considerando 18, que se limita a repetir, de modo casi literal, lo que dice el último inciso del art. 9 actual, al señalar que «la presente Directiva no debe afectar a las normas nacionales relativas a los *daños morales* [énfasis añadido] (*non-material damage* en la versión inglesa). Por lo tanto, tratándose de daños jurídicamente relevantes para la Directiva, debe concluirse que, si la lesión de los intereses protegidos que enumera causa perjuicios extrapatrimoniales, continuará aplicándose la Directiva y éstos se resarcirán como normalmente se resarcen (o no se resarcen) en el Derecho interno de cada Estado Miembro. En aras a la claridad y a la seguridad jurídica, hubiera sido preferible expresar esa situación en el articulado de la Propuesta.

ii. Los tres tipos de «daño» como lesión a intereses jurídicos protegidos por la Directiva

El art. 4 (6) PD-RPD distingue tres tipos de «daño», en el sentido de lesión de intereses protegidos, cuyas consecuencias, en el sentido de «perjuicios patrimoniales» (y también extrapatrimoniales, cuando lo permita el Derecho interno) pueden ser resarcidos.

En primer lugar, como en la actualidad, la Propuesta habla de «muerte o lesiones corporales», a las que ahora añade la matización de «incluidos los daños para la salud psicológica comprobados medicamente». Tal añadido, en mi opinión, no supone ninguna ampliación del ámbito de protección, sino tan solo una clarificación de la regulación actual, ya que el término «lesiones corporales» engloba tanto los daños físicos como los psíquicos. Para determinar si estamos ante un daño psíquico que constituye un daño corporal y no ante un simple daño emocional o daño moral puro⁵⁴ puede ser fundamental atender a si la perturbación se halla reconocida como

⁵² Por desgracia, el lenguaje funcionarial con el que nos obsequia a menudo la burocracia de la UE encierra el peligro de crear más confusión en el Derecho interno de los Estado Miembros. En Derecho español «material loss» no debería traducirse por «pérdida material», como hace la Propuesta, sino por «daño patrimonial» o, mejor todavía por «perjuicio patrimonial» que, por ejemplo, es lo que establece la Ley 35/2015 de reforma del baremo. Además, en inglés «auténtico», sea del Reino Unido o de otros países del *common law*, tampoco se habla de «material loss» sino de «pecuniary loss» o, como mucho, de «pecuniary damages».

⁵³ Véase, con más detalle la explicación del desaguizado en MARTÍN CASALS, Miquel, «Comentario al art. 128 TRLGDCU», en CAÑIZARES / ZUMAQUERO (n. 32), pp. 1871-1877.

⁵⁴ Es decir de aquellos «daños emocionales» (*emotional harm*) o «daños morales puros» que se producen con independencia de un daño corporal a la persona del perjudicado o a sus cosas, y que nuestra jurisprudencia suele describir como situaciones de ansiedad, angustia, zozobra, etc. y que se dan, por ejemplo, en casos de «falso positivos», por la angustia creada por la diagnosis errónea de una enfermedad grave que en realidad el perjudicado no tenía (STS 19.7.2007 (RJ 2007, 5143)); en los casos de riesgo de contagio de una enfermedad, como el SIDA (SAP Madrid, Sec. 11ª, 10.7.2007 [AC 2007,1899]); en casos asintomáticos como, por ejemplo, de infección con el virus del SIDA que hace que se sea seropositivo pero que no se desarrolle la enfermedad (SAP Madrid 2.1.2004 [JUR

enfermedad en la CIE-10 (OMS, 1992)⁵⁵ o en el DSM-5 (2014)⁵⁶, que son dos sistemas clasificatorios ampliamente reconocidos y utilizados en el ámbito internacional para el diagnóstico de los trastornos mentales de la edad adulta y también de la niñez y adolescencia.

En segundo lugar, en una traducción grosera del inglés, se refiere a «daños o destrucción de cualquier *propiedad* [sic]», es decir, a los daños materiales o a las cosas⁵⁷. De ese tipo de daños exceptúa, como en la actualidad, el daño al propio producto defectuoso, y añade la matización de que también queda excluido el «producto dañado por un componente defectuoso de ese producto», lo que no supone ninguna novedad, sino tan solo una clarificación, ya que en la actualidad, el carácter unitario de un producto es el que resulta de la caracterización que le da el tráfico jurídico en el momento de su puesta en circulación y, por esta razón, todos los componentes de un producto son el «mismo producto» si forman parte de él en ese momento.

En cambio, no se elimina la restricción de incluir solo los daños a cosas destinadas al uso o consumo privados, en contra de lo que había reclamado y continúa reclamando la doctrina más solvente⁵⁸, por lo que también se excluyen los daños causados a las cosas («*las propiedades*» dice la Propuesta) utilizadas exclusivamente con fines profesionales. La única diferencia es que ahora se incluye en el ámbito de la Propuesta el resarcimiento de los daños causados a cosas de uso mixto, con lo que se superan los problemas que con la actual Directiva puede plantear determinar si una cosa se utiliza principalmente o no para su uso o consumo privados (cf. Art. 9.b) ii) Directiva).

Una novedad necesaria por las características de la IA era incluir en la noción de daño jurídicamente relevante, a los efectos de la Directiva, el daño a datos y contenidos digitales distintos de los incluidos en el sistema de IA. Es bien sabido que el funcionamiento de los sistemas de IA puede dar lugar a considerables perjuicios patrimoniales por incidentes en los que los datos o el contenido digital se destruyen, eliminan, corrompen o se vuelven ilegibles. Las pérdidas pueden ser más sustanciales si los datos o el contenido digital se utilizan en el contexto comercial, donde las implicaciones de experimentar una pérdida de datos pueden ser catastróficas y afectar la operación diaria y el funcionamiento general de una empresa. Además, los perjuicios patrimoniales derivados de la pérdida de datos, tales como el daño a la reputación comercial y la pérdida de clientes, o los gastos necesarios para reconstruir los datos perdidos,

2004, 20872]), o en los casos de las llamadas «placas pleurales», que son asintomáticas y no pueden considerarse como una lesión pulmonar (STS 15.3.2021 [JUR 2021, 90392]) o, finalmente, en casos conocidos en Derecho comparado como «near miss» o temor a sufrir un daño corporal inminente y grave que finalmente no se materializa, como en el caso de algunos pasajeros del Costa Concordia analizados en la STS 8.4.2016 (RJ 2016, 3657).

⁵⁵ Ministerio de Sanidad, eCIE10ES. Edición electrónica de la CIE-10-ES Diagnósticos, Clasificación Internacional de Enfermedades, 4ª Edición-Enero 2022, https://eciemaps.mscbs.gob.es/ecieMaps/browser/index_10_mc.html (Fecha de consulta: 10.5.2023).

⁵⁶ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5)*, 5.ª ed., Buenos Aires - Bogotá - Caracas - Madrid - México - Porto Alegre, Editorial Médica Panamericana, 2014.

⁵⁷ El art. 9) de la Directiva actual habla con más propiedad de «daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa».

⁵⁸ Cf. ELI Draft, art. 6.- *Relevant Harm* y su comentario, 16-18, que consideraba que la exclusión de tales daños ya no estaba justificada porque el TJUE, en los asuntos C-183/00; C-52/00 y C-154/00, había tomado claramente la posición de que la protección del consumidor no era la *ratio legis* detrás de la Directiva. También en contra de mantener la restricción, BORGHETTI (n. 31). p. 141 y WAGNER (n. 46), p. 22.

pueden ser enormes⁵⁹. Para conjurar este peligro, la Propuesta de Directiva, aunque amplía la noción de daño resarcible para incluir los perjuicios patrimoniales derivados de la pérdida o corrupción de datos y los costes que comporte su recuperación o restauración, resarce únicamente los derivados de la pérdida o corrupción de datos que no se utilicen exclusivamente con fines profesionales (cf. art. 4 (6) (c) PD-RPD), por lo que parece previsible que la repercusión de la novedad sea muy menor. Por otra parte, como la filtración de datos no comporta ningún daño a un bien tangible ni intangible, queda fuera del ámbito protector de la Directiva.

h. «Exención de responsabilidad»

El art. 10 PD-RPD enumera un listado ampliado de causas de exoneración de responsabilidad que ahora denomina «exención de responsabilidad». Algunas de esas causas de exoneración deben modificarse para poder aplicarse a aquellos casos en los que la puesta en circulación no comporta la pérdida del control del producto por parte del fabricante, pero ello no debería haber comportado una regulación dual como la que establece el art. 10.1.c) PD-RPD, referida a la inexistencia del defecto cuando el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio..., para establecer luego una excepción a esa exención de responsabilidad diciendo que un operador económico no estará exento de responsabilidad cuando el producto esté «bajo el control del fabricante» y el defecto se deba a un servicio conexo, a programas informáticos, incluidas las actualizaciones o mejoras, o la falta de actualizaciones o mejoras de programas informáticos necesarias para mantener la seguridad (cf. art. 10.2 PD-RPD).

Hubiera sido preferible que la Propuesta hubiera definido ese momento de tanta relevancia en algún lugar de la Directiva⁶⁰ y que hubiera clarificado si la noción de «control del fabricante» se refiere a toda clase de productos, como parece desprenderse del art. 4 (5) PD-RPD⁶¹, o solo a los programas informáticos o sistema digitales que están sujetos a actualizaciones o mejoras. En caso de que la noción de pérdida de «control del fabricante» venga a sustituir el antiguo momento de «puesta en circulación», debería comprobarse toda la Propuesta para determinar si la fijación de ese nuevo momento produce efectos no deseados.

Esa falta de definición provoca que tenga que repetirse la referencia a tres momentos en el art. 10.1.e) PD-RPD, relativo a los riesgos del desarrollo, en cuyo caso se remite al momento en que «el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o en el período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante...», pudiéndose crear así algunas dudas interpretativas.

Es también muy discutible si la causa de exoneración por riesgos del desarrollo, que es opcional en la actualidad, debe hacerse obligatoria para proteger a los desarrolladores de sistemas de IA, dejarla como está o excluirla por completo para proteger mejor a las víctimas. La Propuesta de Directiva, al retirarle la opcionalidad, propone claramente que esta causa de exoneración sea

⁵⁹ Véase ELI Guiding Principle 7, 8-9 y ELI Response, 17-28.

⁶⁰ En este sentido ELI-Feedback, p. 22, que lo denomina «momento mágico» y BORGHETTI (n. 31), p. 156.

⁶¹ No hay que olvidar que el art. 4 (5) PD-RPD define «control del fabricante» como «autorización por el fabricante de un producto de a) la integración, interconexión o suministro por un tercero de un componente, incluidas actualizaciones o mejoras de programas informáticos, o b) la modificación del producto», donde «integración», «suministro» y «componente» parecen tener carácter general.

ahora obligatoria (cf. art. 10.1.e) PD-RPD)⁶². También es discutible por qué se ofrece ahora esa causa de exoneración solo al fabricante y no a cualquier operador económico, y por qué se desaprovecha la oportunidad de redefinir sus presupuestos en un momento en que la información científica y técnica es mucho más accesible que cuando se elaboró la Directiva actual⁶³.

Finalmente, como en la Directiva actual, el art. 13 PD-RPD prohíbe que, mediante una disposición contractual o de Derecho nacional, se añadan más exclusiones o limitaciones de responsabilidad de cualquier operador económico a las que ya establece la Directiva.

i. Plazos de prescripción y de preclusión

Como en la actual Directiva, el art. 14.1 PD-RPD mantiene el plazo de prescripción de tres años, que al parecer no ha planteado problemas en la práctica, y el art. 14.2 PD-RPD el plazo de preclusión según el cual la responsabilidad se extinguirá al vencimiento de un plazo de diez años contados a partir de la fecha en que el productor puso en circulación el producto que causó el daño. El plazo de preclusión puede ser apreciado de oficio por el juez y tiene el carácter de un límite temporal absoluto ya que no puede suspenderse ni interrumpirse. Este plazo es más controvertido, porque no es adecuado en el caso de daños latentes, es decir, de daños que solo pueden descubrirse mucho después de que se haya producido el evento dañoso, ya que en estos casos puede resultar que el plazo ya haya transcurrido antes de que la víctima haya podido interponer la demanda⁶⁴.

Para intentar paliar esta situación, el art. 14.3 PD-RPD propone ahora una extensión del plazo de preclusión de esos diez años hasta los quince cuando la persona perjudicada no haya podido iniciar un procedimiento en un plazo de diez años debido a la latencia de un daño personal.

En mi opinión esta extensión no soluciona absolutamente nada, ya que es manifiestamente insuficiente a la luz de la experiencia existente en el caso de enfermedades relacionadas con el amianto, como la asbestosis y el mesotelioma, que tienen períodos de latencia muy largos, y que también puede darse en caso de lesiones personales causadas por otras sustancias. En este sentido, el plazo de prescripción de diez años se cuestionó en la sentencia del TEDH de 11 de marzo de 2014, *Howald Moor y otros c. Suiza*⁶⁵ en relación con el plazo de preclusión aplicable en virtud del derecho suizo a las víctimas de la exposición al amianto. Si bien el Tribunal señaló que las normas sobre plazos de prescripción persiguen el objetivo legítimo de garantizar la seguridad jurídica, su aplicación sistemática a personas que padecen enfermedades que no pueden ser

⁶² Aunque la excepción por riesgos del desarrollo solo ha sido excluida por España, Finlandia, Francia y Luxemburgo, y en algunos casos, sólo respecto de determinados productos, el cambio puede comportar un notable rechazo, atendiendo principalmente a las razones históricas que llevaron prescindir de tal causa de exoneración. Véanse los informes nacionales en MACHNIKOWSKI (n. 20), principalmente los informes francés (pp. 226 y ss.) y español (pp. 444 y ss.).

⁶³ Con más detalle, ELI-Feedback, p. 21-22.

⁶⁴ Véase, a favor de mantener el período de preclusión de diez años, FAIRGRIEVE ET ALI (n. 34), Mn. 186. A favor de abolirlo o al menos de excluirlo y reconvertirlo en un plazo de prescripción en el caso de daños personales, ELI Response, pp. 21-22.

⁶⁵ Cour Européenne des Droits de l'Homme, Deuxième Section, *Affaire Howald Moor et Autres C. Suisse* (Requêtes nos 52067/10 et 41072/11), Arrêt 11 mars 2014, en <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2014/257.html> (Fecha de consulta : 10.3.2023).

diagnosticadas hasta muchos años después de los hechos desencadenantes, puede privarlas de la oportunidad de hacer valer sus derechos ante los tribunales. En consecuencia, el Tribunal consideró que la aplicación del plazo de preclusión había restringido el acceso de las víctimas a la justicia, garantizado por el art. 6.1 CEDH, hasta el punto de menoscabar la esencia misma de su derecho.

Una posible solución para estos casos sería establecer plazos de preclusión más largos para los casos de daños personales, solución que adoptó la reforma de 2002 del Código Civil alemán que, a diferencia del período de preclusión general de diez años, establece un plazo de treinta años para las acciones por daños a la vida, la integridad física, la salud o la libertad (§ 199 (2) BGB). Otra posible solución, tal vez la más acertada, es la supresión del plazo de preclusión en caso de daños personales, solución que se adoptó en los Países Bajos en 2004 o en Francia en 2008, mediante una modificación del Código Civil francés que ahora dispone que el plazo de preclusión de veinte años no se aplica, entre otros casos específicos, a las acciones por daños personales⁶⁶.

j. La exclusión del ámbito de la Directiva de la acción de repetición de los operadores económicos

Actualmente, el art. 5 de la Directiva establece que cuando de acuerdo con la Directiva dos o más personas son responsables del mismo daño responden solidariamente, pero no establece ninguna regla ni para la relación externa ni para las relaciones internas de los deudores solidarios entre sí, y refiere estas materias y la regulación de las acciones de regreso a la legislación nacional de los Estados Miembros correspondientes. Por su parte, cuando el daño ha sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero, el art. 8.1 de la Directiva canaliza toda la responsabilidad hacia el fabricante, al decir que esa circunstancia no hará que su responsabilidad disminuya, y señala que ello será sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno, por lo que también indica que tampoco se ocupará de las eventuales acciones de repetición.

De un modo todavía más drástico la Propuesta de Directiva se refiere conjuntamente a esas acciones de repetición en su art. 2.3.b) PD-RPD, al establecer el ámbito de aplicación de la Directiva, y dispone que la Directiva «no afectará a... b) las normas nacionales relativas al derecho de repetición entre dos o más operadores económicos que sean responsables solidarios con arreglo al artículo 11 o en caso de que los daños sean causados tanto por un producto defectuoso como por una acción u omisión de un tercero, tal como se contempla en el artículo 12», artículos que se corresponden con los arts. 5 y 8 actuales.⁶⁷

Por lo que respecta a la solidaridad entre operadores económicos solo existirá cuando concurra una pluralidad de sujetos responsables al mismo nivel, es decir, cuya responsabilidad no sea subsidiaria de la de los otros operadores económicos como, por ejemplo, en el caso de concurrencia de una pluralidad de fabricantes, de un fabricante del producto final con el

⁶⁶ Véase MARTÍN-CASALS, Miquel (ed.), *The Borderlines of Tort and Contract: Interactions with Contract Law*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 775-776 y allí más referencias. Esta última solución es la que propuso el Draft del ELI, cf. art. 17.1 en relación con el art. 6 (1) del ELI Draft que ahora el ELI-Feedback, p. 25, pide que sea reconsiderada.

⁶⁷ Sobre la problemática que plantea no haber regulado las acciones que el operador económico que ha pagado la indemnización al perjudicado por un producto defectuoso puede tener contra los codeudores, véase MARTÍN-CASALS, Miquel, «Recourse among several liable persons - allocating the burden of liability», en LOHSSE / SCHULZE / STAUDENMAYER (n. 8), pp. 217-243.

fabricante de un componente defectuoso de ese producto o, en el caso de un producto fabricado fuera de la UE, del importador del producto defectuoso y el representante autorizado (cf. Art. 7 PD-RPD). Respecto a la acción de repetición del operador económico contra el tercero, también existirá normalmente una relación de solidaridad ente ellos, aunque nada diga la Directiva sobre este extremo, porque no puede establecerla, al no poder disponer reglas para terceros que están fuera de su ámbito de aplicación.

Las reglas de los Estados Miembros en materia de solidaridad se pueden dividir, en líneas generales, en dos grandes grupos. Por un lado, el de los ordenamientos jurídicos en que, ante una pluralidad de deudores, la regla supletoria es la solidaridad, que no tienen problema en aplicarla también a la responsabilidad extracontractual de una pluralidad de causantes de un daño, y que son ordenamientos que establecen que, con excepción del pago y de los subrogados del cumplimiento, los actos de un deudor con el acreedor no se propagan a los demás codeudores. Por otro lado, el grupo de ordenamientos jurídicos en los que, como en el caso español, rige el principio de no solidaridad y el de propagación a los demás deudores de determinados actos realizados entre un solo deudor y el acreedor y o acreedores (como, por ejemplo, la constitución en mora, la interrupción de la prescripción, el reconocimiento de deuda, la transacción, etc.), conocidos como «efectos secundarios» de la solidaridad⁶⁸.

Estos últimos ordenamientos, cuando la solidaridad no se establece por acuerdo o por ley, se enfrentan con el doble problema de determinar cómo puede producirse la solidaridad y cómo limitar la propagación de esos «efectos secundarios» de la solidaridad que resultan inapropiados para unos codeudores que nada han pactado y que tal vez ni se conocen entre sí. Como es bien sabido, para solucionar ambos problemas muchos de ellos han adoptado la categoría de las obligaciones *in solidum*, creada jurisprudencialmente, y también llamada en ocasiones «solidaridad impropia», que tiene unos contornos muy difusos. Como ha señalado la literatura jurídica francesa, «la obligación *in solidum* parece ser, en última instancia, una solidaridad diluida, reinventada tras la renuncia a la aplicación extensiva de la solidaridad *stricto sensu*»⁶⁹ y, entre la mejor literatura jurídica española, se ha señalado también que está llena de «trampas».⁷⁰ Cuando una ley, como puede ser la de transposición de la Directiva, establece la solidaridad pero no la regula, debería entenderse que debe aplicarse la regulación nacional de la solidaridad que, como en el caso español, comporta la propagación de unos «efectos secundarios» que resultan inapropiados para unos codeudores que nada han pactado y que tal vez ni se conocen entre sí.

Además, en los distintos ordenamientos jurídicos europeos existen diferencias importantes en diversos aspectos de la regulación de la solidaridad como, por ejemplo, si el pago es un presupuesto de la acción de regreso⁷¹; si cada codeudor debe contribuir a los gastos generados

⁶⁸ Cf. MEIER, Sonja, «Solidary Obligations», en BASEDOW, Jürgen / HOPT, Klaus / ZIMMERMANN, Reinhard, *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, 2 vols., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1573-1577 y «Plurality of Parties», en JANSEN, Nils / ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Commentaries on European contract laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, Commentary to Introduction before Art. 10:101 PECL, Mn. 5 y ss, pp. 1559 y ss.

⁶⁹ TERRÉ, François / SIMLER, Philippe / LEQUETTE, Yves / CHENEDE, François (eds.), *Droit civil. Les obligations*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2022, Nm. 1405, p. 1555

⁷⁰ Entre nosotros, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Por una revisión integral del régimen de solidaridad de deudores. Las trampas de la obligación *in solidum*», *Diario La Ley*, N° 9458, Sección Doctrina, 17 de Julio de 2019, pp. 1 ss.

⁷¹ No lo es en Alemania, cf. § 426 BGB. Véase también MEIER, «Plurality...» (n. 68), Commentary to Art. 10:106 PECL, Mn. 5, p. 1582.

por el pago de la indemnización⁷²; si el deudor que paga puede reclamar a los demás obligados los intereses del anticipo⁷³; cómo se establecen las cuotas de cada uno de los codeudores solidarios⁷⁴, etc.

También son importantes las diferencias en materia de prescripción, ya que mientras que algunos ordenamientos prevén expresamente un plazo de prescripción específico que corre con independencia de la reclamación de la víctima, otros prevén un plazo de prescripción independiente, de igual duración que el establecido para la víctima, mientras que otros no prevén ningún plazo de prescripción específico y entonces se aplican las reglas generales, que pueden incluso establecer plazos muy prolongados. Por último, en algunos ordenamientos jurídicos el plazo de prescripción correspondiente comienza a correr desde el momento en que se ordenó judicialmente el pago al deudor que ejerce la acción de regreso o éste aceptó voluntariamente llevarlo a cabo, mientras que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos comienza a correr cuando el deudor que solicita el regreso ha efectuado el pago a la víctima⁷⁵.

A todo ello debe añadirse que los mecanismos de facilitación probatoria y de presunciones de hecho para facilitar la prueba del defecto y de la relación de causalidad (arts. 8 y 9 PD-RPD) beneficiarán a los perjudicados que presenten sus reclamaciones contra los operadores económicos pero, al no decir nada la Propuesta sobre su posible utilización en la acción de repetición del operador económico que ha pagado, no podrá para hacer uso de ellos, con lo que se podrá crear una asimetría entre este operador económico y los demás.

Existía un acuerdo fundamental entre los académicos de que una futura reforma de la Directiva 85/374/CEE debería tratar estas cuestiones⁷⁶ y, en este sentido la Propuesta del ELI, aunque seguía dejando el grueso de la regulación de estos aspectos a lo que dispusieran los Estados Miembros (cf. art. 14), establecía que los plazos de prescripción generales no afectarían a los codeudores solidarios entre sí y disponía que los Estados miembros establecerían en su legislación un plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción de regreso. El plazo debería computarse, a partir del momento en que se produjera el hecho posterior de cualquiera de los dos siguientes: (a) o bien desde la fecha en que el codeudor aceptó pagar o se dictó sentencia ejecutiva para el pago, o (b) desde que quien pagó supo o pudo saber quién era el otro codeudor solidario.⁷⁷ También consideraba que era importante no prever reglas probatorias significativamente diferentes para la responsabilidad del operador económico que había indemnizado a la víctima y la responsabilidad de los otros operadores solidarios y, para evitarlo,

⁷² Establecido expresamente en el art. 6:10 (3) BW neerlandés.

⁷³ Así establecido en el art. 1145 II CC español.

⁷⁴ Generalmente, teniendo en cuenta la contribución causal, las culpas respectivas y, en su defecto, el criterio de partes iguales. No obstante, hay matices y variaciones importantes como, por ejemplo, en Derecho francés, donde si todos los deudores han incurrido en culpa se llevará a cabo la división según la gravedad de las respectivas culpas; si ninguno de ellos ha incurrido en culpa, la división se realiza por cabezas o por partes viriles y, finalmente, si sólo uno ha incurrido en culpa y el otro no, el codeudor culpable debe asumir toda la responsabilidad. Cf. FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations. 2.- Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5 éd, Paris, PUF, 2021, Mn. 249, pp. 282-283.

⁷⁵ ROGERS, W.V. Horton, «Comparative Report on Multiple Tortfeasors», en ROGERS, W.V.H. (ed.), *Unification of tort law: multiple tortfeasors*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, Mn. 47, p. 299 y los informes relativos a los distintos países.

⁷⁶ ELI Guiding Principle, p 10 y 11; ELI Response, p. 21 y, de nuevo ELI Feedback, pp. 9-10.

⁷⁷ Cf. ELI Draft, art. 17.3.

proponía que se diera al juez la posibilidad de aplicar estos mecanismos de facilitación probatoria a la acción de regreso cuando se considerara necesario⁷⁸.

Al no disponer nada sobre estos puntos, la Propuesta de Directiva olvida que en su Considerando (1) declara solemnemente que su objetivo es no solo la «protección de los consumidores contra los daños a la salud o a la propiedad [*sic*] causados por esos productos», sino también «eliminar las divergencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que puedan falsear la competencia y afectar a la circulación de mercancías dentro del mercado interior». Por ello, al no ocuparse de esas cuestiones, favorece la fragmentación y descuida el aspecto armonizador que podría tener la Directiva en relación con la unidad de mercado, ya que las acciones de repetición que competan a los distintos operadores económicos que intervienen en la cadena de suministro de un producto podrán verse sometidas a reglas distintas y, especialmente, a plazos de ejercicio distinto, en función de cuál sea el Derecho nacional aplicable.

4. Conclusiones

Al objeto de no dificultar su expansión y desarrollo, es imprescindible aumentar la seguridad de los sistemas de IA para mantener la confianza en su uso, y garantizar la indemnización de los daños que eventualmente puedan producir. No obstante, debe tenerse presente que las reglas de la responsabilidad civil, por muy importantes que sean, son solo una pieza más en un entramado jurídico complejo, en el que deben combinarse con otras, como las normativas de seguridad, de carácter preventivo, y con otros mecanismos para hacer frente a los daños, como el seguro o los fondos de compensación. Es de prever, también, que el propio desarrollo tecnológico produzca que los retos que en la actualidad plantean los sistemas de IA, disminuyan o desaparezcan gracias a una mayor capacidad de análisis y control de su funcionamiento.

La necesaria política común europea sobre la IA no puede permitir que se adopten soluciones que sean solo de ámbito nacional. La vía emprendida por la Propuesta de la llamada Ley de IA, que tiene por objeto clasificar los sistemas de IA por su grado de riesgo, que prohíbe los sistemas que producen riesgos inaceptables y dedica el grueso de su regulación a los sistemas de IA de «alto riesgo», establece un marco común para gestionar los riesgos que comportan dichos sistemas y un régimen de sanciones al incumplimiento de las normas que establece.

La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial establece normas procesales para facilitar el acceso a la información necesaria para probar la responsabilidad por culpa mediante una serie de presunciones, refutables todas ellas, destinadas a facilitar la prueba de la culpa y de algunos elementos de la relación de causalidad. En cambio, no altera las reglas nacionales de la distribución de la carga de la prueba, ni del estándar probatorio, y deja intactos los respectivos regímenes nacionales de responsabilidad por culpa. Además, tiene el carácter de «Directiva de mínimos», lo que tiene la gran ventaja de permitir a los Estados Miembros una regulación que proteja mejor a las víctimas, pero el grave inconveniente de posibilitar tendencias desarmonizadoras.

Por su parte, la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos tiene por objeto sustituir la Directiva 85/374/CEE de productos defectuosos para adaptar la responsabilidad por productos a las necesidades de regulación de los

⁷⁸ ELI Draft, art. 14 (2).

sistemas de IA y de los productos que sufren modificaciones sustanciales en el marco de una economía circular.

Aunque la Propuesta relativa a la responsabilidad por culpa está todavía sujeta a cuál sea la redacción final de la Ley de IA, que alterará algunas de sus remisiones y probablemente también algunos aspectos de su contenido, ambas Propuestas están ya en un estado avanzado. La aplicación de la facilitación del acceso a la información probatoria y las presunciones de culpa o de defecto y de relación de causalidad a la mayor parte de los sistemas de IA y a toda clase de productos no son del agrado del sector industrial, representado por los fabricantes y sus entidades aseguradoras, que consideran que van demasiado lejos⁷⁹. En el otro lado, por parte de los consumidores, se considera que las Propuestas son insuficientes, porque no impiden que continúe siendo sumamente difícil la prueba de la culpa o, en su caso, del defecto, o porque el campo de protección de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos deja el resarcimiento de los perjuicios extrapatrimoniales en manos de lo que disponga el Derecho interno de cada estado Miembro⁸⁰.

En todo caso, la combinación de las distintas reglas tradicionales de responsabilidad civil de los Estados Miembros, con mecanismos armonizados de facilitación probatoria de la culpa o del defecto y de la relación de causalidad, en el caso de la Directiva de responsabilidad por culpa, que será revisada en el plazo de cinco años del final del período de transposición (cf. art. 5 PD-RIA), con una nueva regulación de la responsabilidad por productos defectuosos, suponen un importante paso que vuelve a situar a Europa en cabeza de la creación de normas con un gran potencial para ejercer una importante influencia en otras partes del planeta.

5. Bibliografía

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (DSM-5), 5.ª ed., Buenos Aires - Bogotá - Caracas - Madrid - México - Porto Alegre, Editorial Médica Panamericana, 2014.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, «¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», *InDret* 2/2023, pp. 1-53.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Barcelona, Atelier, 2022.

BERTOLINI, Andrea y EPISCOPO, Francesca, 'The Expert Group's Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies: a critical assessment', *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 12:3, 2021, pp. 644-659.

⁷⁹ En este sentido, por ejemplo, Ortmann, Karl, «Comments of the German Insurance Association GDV on the European Commission's proposals for a revised Product Liability Directive (PLD-P) and an Artificial Intelligence Liability Directive (AILD-P)», en Lohsse / Schulze / Staudenmayer (n. 8), pp. 279-284.

⁸⁰ En este sentido, en representación de la Organización Europea de Asociaciones de Consumidores (BEUC), OLIVEIRA DA SILVA, Frederico, «EU AI liability proposal: An obstacle course for consumers», en LOHSSE / SCHULZE / STAUDENMAYER (n. 8), pp. 285-289.

BORGHETTI, Jean-Sébastien, «Adapting Product Liability to Digitalization: Trying Not to Put New Wine Into Old Wineskins», en LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI*, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII), Baden-Baden, Nomos / Hart, 2023, pp. 129-164.

BRADFORD, Anu, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

BRADFORD, Anu, «The Brussels Effect», 107 *Northwestern University Law Review* 1 (2012), pp. 1-67.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, Com. Art. 3 TRLGDCU en CAÑIZARES LASO, Ana (dir.) y ZUMAQUERO GIL, Laura (coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 103-158.

CHESTERMAN, Simon, *We, The Robots? Regulating Artificial Intelligence and the Limits of the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), COM (2022) 496 final, 28.09.2022. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&from=ES> (Fecha de consulta: 12.2.2023).

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, COM (2022) 495 final, 28.09.2022. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0495&from=ES> (Fecha de consulta: 12.3.2023).

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, COM/2021/206 final, en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF (Fecha de consulta: 12.3.2023).

COMMITTEE ON THE INTERNAL MARKET AND CONSUMER PROTECTION COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS 9/5/2023 KMB/DA/AS Version: 1.0 DRAFT Compromise Amendments on the Draft Report Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (COM(2021)0206 –C9 0146/2021 –2021/0106(COD)) Rapporteurs: Brando Benifei & Ioan-Dragoș Tudorache (Joint committee procedure –Rule 58 of the Rules of Procedure), https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/CJ40/DV/2023/05-11/ConsolidatedCA_IMCOLIBE_AI_ACT_EN.pdf. (Fecha de consulta: 20.3.2023).

DACORONIA, Eugenia, «Burden of proof – How to handle a possible need for facilitating the victim's burden of proof for AI damage?», en LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI*, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII), Baden-Baden: Nomos / Hart, 2023, pp. 201-213.

Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DO L 136/1 del 22.5.2019.

Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, DO L 136/28 del 22.5.2019.

Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85 /374/CEE), DO L 210/29, de 7.08.1985.

EUROPEAN COMMISSION, Ares (2022)2620305 - 06/04/2022., *Adapting Civil Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence. Factual summary report on public consultation* https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence/public-consultation_en, (Fecha de consulta: 20.3.2023).

EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation- Civil liability – adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence/public-consultation_en> (Fecha de consulta: 20.3.2023).

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive. Feedback of the European Law Institute*, Vienna: European Law Institute, 2023 en «https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf» (Fecha de Consulta: 20.3.2023).

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Draft of a Revised Product Liability Directive. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute*) https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf (Fecha de consulta: 12.2.2023).

EUROPEAN PARLIAMENT 2019-2024. Texts Adopted, P9_TA(2023)0236, Artificial Intelligence Act, Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD).

EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES - NEW TECHNOLOGIES FORMATION, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2019.

FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations. 2.- Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5 éd, Paris, PUF, 2021.

FAIRGRIEVE, Duncan at al., «Product Liability Directive», en MACHNIKOWSKI, Piotr (ed.), *European Product Liability – An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 46-47.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret* 4/2022, Editorial.

KOCH, Bernhard A / BORGHETTI, Jean-Sébastien / MACHNIKOWSKI, Piotr / PICHONNAZ, Pascal/ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa / TWIGG-FLESNER, Christian y WENDEHORST, Christiane *Response of the European Law Institute. European Commission's Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, Journal of European Tort Law (JETL 2022; 13(1), pp. 1-24).

KOP, Mauritz, «EU Artificial Intelligence Act: The European Approach to AI (September 21, 2021). Stanford - Vienna Transatlantic Technology Law Forum, Transatlantic Antitrust and IPR Developments, Stanford University, Issue No. 2/2021, <https://law.stanford.edu/publications/eu-artificial-intelligence-act-the-european-approach-to-ai/>, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3930959> (Fecha de consulta: 22.04.2023).

LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI*, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII), Baden-Baden, Nomos / Hart, 2023.

LÚCIA RAPOSO, Vera 'Ex machina: preliminary critical assessment of the European Draft Act on artificial intelligence', *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 30:1 2022, pp. 88-109.

MACHNIKOWSKI, Piotr, «Product Liability for Information products?: The CJEU Judgment in VI/KRONE -Verlag Gesellschaft GmbH & Co KG, 10 June 2021 [C-65/20]», *European Review of Private Law* 1-2022, pp. 191-200.

MACHNIKOWSKI, Piotr (ed.), *European Product Liability – An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Cambridge, Intersentia, 2017.

MARTIN-CASALS, Miquel, «Recourse among several liable persons - allocating the burden of liability», en LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI*, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII), Baden-Baden, Nomos / Hart, 2023, pp. 217-243.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Comentario al art. 128 TRLGDCU», en CAÑIZARES LASO, Ana (dir.) y ZUMAQUERO GIL, Laura (coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1871-1877.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual. A propósito de los sistemas de inteligencia artificial (IA)», en PÉREZ JUAN, José Antonio / SANJUÁN ANDRÉS, Francisco Javier / PÉREZ COLLADOS, José Maria, *La cultura jurídica en la era digital*, Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 101-138.

MARTIN-CASALS, Miquel (ed.), *The Borderlines of Tort and Contract: Interactions with Contract Law*, Cambridge, Intersentia, 2019.

MARTIN-CASALS, Miquel «Causation and Scope of Liability in the Internet of Things (IoT)», en LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for Robotics and in the Internet of Things*, Tübingen, Nomos /Hart, 2019, pp. 201-228.

MEIER, Sonja, «Plurality of Parties», en JANSEN, Nils / ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Commentaries on European contract laws*, Oxford: Oxford University Press, 2018, Commentary to Introduction before Art. 10:101 PECL, Mn. 5 ss, pp. 1559 ss.

MEIER, Sonja, «Solidary Obligations», en BASEDOW, Jürgen / HOPT, Klaus / ZIMMERMANN, Reinhard, *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, 2 vols., Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1573-1577.

MINISTERIO DE SANIDAD, *eCIE10ES. Edición electrónica de la CIE-10-ES Diagnósticos, Clasificación Internacional de Enfermedades*, 4ª Edición-Enero 2022, https://eciemaps.mscbs.gob.es/ecieMaps/browser/index_10_mc.html (Fecha de consulta: 10.5.2023).

NAVAS NAVARRO, Susana, *Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial, Especial atención a su futura regulación*, Granada, Comares, 2022.

NESTEROVA, Irena, «Questioning the EU proposal for an Artificial Intelligence Act: The need for prohibitions and a stricter approach to biometric surveillance», *Information Polity* -1 (2022), pp. 1-16.

NEUWIRTH, Rostam J. *The EU Artificial Intelligence Act. Regulating Subliminal AI Systems*, London/New York, Routledge, 2023.

NEWS EUROPEAN PARLIAMENT, «AI Act: a step closer to the first rules on Artificial Intelligence», <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence> (Fecha de consulta 30.6.2023).

OLIVEIRA DA SILVA, Frederico, «EU AI liability proposal: An obstacle course for consumers», en LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI*, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII), Baden-Baden, Nomos / Hart, 2023, pp. 285-289.

ORTMANN, Karl, «Comments of the German Insurance Association GDV on the European Commission's proposals for a revised Product Liability Directive (PLD-P) and an Artificial Intelligence Liability Directive (AILD-P)», en LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI*, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII), Baden-Baden, Nomos / Hart, 2023, pp. 279-284.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial
(2020/2014(INL))<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html#title1> (Fecha de consulta: 21.7.2022).

PETIT, Nicolas / DE COOMAN, Jerome (2022): 'Models of law and regulation for AI', en: ELLIOTT, Anthony (ed.), *The Routledge Social Science Handbook of AI*, Abingdon / New York: Routledge, pp. 199-221.

RED DE INFORMACIÓN LEGAL DEL GOBIERNO CHINO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA, «Aviso de la Administración del Ciberespacio de China sobre Comentarios Públicos sobre las «Medidas Administrativas para los Servicios de Inteligencia Artificial Generativa (Borrador para Comentarios)», 11 de abril de 2023 (traducción automática del chino mandarín, cf. http://www.cac.gov.cn/2023-04/11/c_1682854275475410.htm, (Fecha consulta: 30.5.2023).

Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE

(Reglamento de Servicios Digitales), DOUE-L-2022-81573. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065> (Fecha de consulta: 12.4.2023).

ROGERS, W.V. Horton, «Comparative Report on Multiple Tortfeasors», en ROGERS, W.V.H. (ed.), *Unification of tort law: multiple tortfeasors*, The Hague, Kluwer Law International, 2004.

RUSSELL, Stuart J. / NORVIG, Peter, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th ed., Global Edition, Harlow, Pearson, 2022.

SANTOS SILVA, Marta / FAIRGRIEVE, Duncan / MACHNIKOWSKI, Piotr / BORGHETTI, Jean-Sébastien / KEIRSE, Anne L. M. / DEL OLMO, Pedro / RAJNERI, Eleonora / SCHMON, Christoph / ULFBECK, Vibe / VALLONE, Vera / ZECH, Herbert, «Relevance of Risk-benefit for Assessing Defectiveness of a Product: A Comparative Study of Thirteen European Legal Systems», *European Review of Private Law* 1-2021, p. 91-132.

SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión - Orientación general (6 de diciembre de 2022). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15698_2022_INIT-.

SÉNÉCHAL, Juliette en SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, Com Art. 2 (3), Nm. 13-17.

TERRÉ, François / SIMLER, Philippe / LEQUETTE, Yves / CHENEDE, François (eds.), *Droit civil. Les obligations*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2022.

TOWNSEND, Bev, «Decoding the Proposed European Union Artificial Intelligence Act», *Insights*, Vol. 25:20, 2021, pp. 1-7.

TWIGG-FLESNER, Christian, *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age*, Vienna, European Law Institute, 2021, en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf.

VEALE, Michael y ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik, «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act - Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach», en: *Computer Law Review International*, (2021) 22/4 (disponible en: <https://doi.org/10.9785/cr-2021-220402> [Fecha de consulta: 22.03.2023]).

WAGNER, Gerhard, «Liability for Artificial Intelligence: A Proposal of the European Parliament», en EIDENMÜLLER, Horst / WAGNER, Gerhard, *Law by Algorithm*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 127-155.

WAGNER, Gerhard, «Liability Rules for the Digital Age. – Aiming for the Brussels Effect» (2022) 13 *Journal of European Tort Law* (JETL), pp. 191-243.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, 'Por una revisión integral del régimen de solidaridad de deudores. Las trampas de la obligación *in solidum*', *Diario La Ley*, Nº 9458, Sección Doctrina, 17 de Julio de 2019, pp. 1 ss.

ZECH, Herbert, «Liability for AI: Complexity problems» en LOHSSE, Sebastian / SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI*, (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII), Baden-Baden, Nomos / Hart, 2023. pp. 193-200.

ZECH, Herbert, *Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung? Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag Hamburg 2020 / Bonn 2022*, München, Beck, 2020.

Juan Flaquer Riutort
Catedrático de Derecho
Mercantil
Universitat de les Illes Balears

La venta de unidad productiva de la empresa en crisis

Especial referencia al mecanismo de prepack concursal

Sumario

-
La venta de unidad productiva se ha convertido en una de las estrellas del procedimiento concursal y en uno de los mecanismos en los que se han depositado mayores esperanzas de cara al logro de una solución real y efectiva a las crisis empresariales. En el presente trabajo, el autor analiza las principales claves de la regulación de esta figura, prestando un especial interés a las consecuencias que genera la transmisión, particularmente, en lo referido a la sucesión de empresa, la subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial y los efectos sobre los créditos pendientes de pago. El estudio incluye una valoración crítica del nuevo mecanismo de prepack concursal, que se caracteriza por su preparación anterior a la propia declaración de concurso, y que trata de maximizar en la medida de lo posible el valor de los activos objeto de transmisión, generalmente deteriorado en etapas ya muy avanzadas del procedimiento concursal.

Abstract

-
The sale of the productive unit has become one of the stars of the insolvency procedure and one of the mechanisms in which the greatest hopes have been placed with a view to achieving a real and effective solution to business crises. In this article, the author analyses the main keys to the regulation of this figure, paying special attention to the consequences generated by the transfer, particularly with regard to the succession of the company, subrogation in contracts related to the continuity of the business activity and the effects on pending debts. The study includes a critical assessment of the new insolvency prepack mechanism, which is characterised by its preparation prior to the actual declaration of insolvency, and which seeks to maximise as far as possible the value of the assets to be transferred, which are generally deteriorated at very advanced stages of the insolvency proceedings.

Title: *The sale of the insolvent debtor's production unit. Special reference to the insolvency prepack mechanism*

-
Palabras clave: venta de unidad productiva, efectos de la transmisión, sucesión de empresa, subrogación contractual, prepack concursal, reestructuración preventiva.

Keywords: *sale of production unit, effects of the transfer, business transfer, contractual subrogation, insolvency prepack, preventive restructuring*

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.03

3.2023

Recepción
12/5/2023

-

Aceptación
3/7/2023

-

Índice

-

1. Introducción

2. El régimen general de enajenación de unidades productivas en el marco de un procedimiento concursal: aspectos claves de la reforma operada por la Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal

2.1. Consideraciones previas sobre el concepto de unidad productiva en sede concursal

2.2. Iniciativa y publicidad del trámite

2.3. Modo de realización de las unidades productivas

2.4. Contenido de las ofertas y reglas de adjudicación

2.5. Efectos de la transmisión

a. El problema de la sucesión de empresa

b. La subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial

c. Los efectos sobre los créditos pendientes de pago

d. Breve referencia a la prohibición de hacer competencia a favor del adquirente

2.6. Aprobación de la propuesta u oferta

2.7. Cancelación de cargas

2.8. Especial referencia a la propuesta de convenio con asunción

3. Los mecanismos iniciados antes de la declaración de concurso para la enajenación de unidades productivas del deudor: el denominado prepack concursal

3.1. Consideraciones de tipo preliminar

3.2. La solicitud de concurso con presentación de oferta vinculante de adquisición de una o varias unidades productivas

3.3. La solicitud de nombramiento judicial de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva

a. La solicitud del deudor

b. La resolución judicial: nombramiento, retribución y carácter reservado de la designación

c. La labor del experto y su resultado

d. La enajenación de unidad productiva por medio de oferta recabada por experto designado por el juez, efectuada sin declaración de concurso de acreedores

e. La oferta de adquisición de unidad productiva recabada por el experto y acompañada a la solicitud del deudor de declaración de concurso voluntario de acreedores

4. La enajenación de unidad productiva en el contexto de un plan de reestructuración

5. Especialidades de la enajenación concursal de una unidad productiva para microempresas

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción

Uno de los principales problemas que ha planteado la constante y continuada reforma del Derecho concursal en nuestro país ha venido constituido por la acreditada ineficacia de las soluciones tradicionales a la insolvencia empresarial. En efecto, ni el convenio con los acreedores, cuando esa actividad económica se considera aún viable, como mecanismo inicialmente apto para la continuación de la actividad empresarial y el mantenimiento de los puestos de trabajo; ni la apertura de la fase de liquidación, como herramienta diseñada para asegurar, en caso de ser imposible la solución anterior, un ordenado y equitativo reparto de la masa activa del concurso entre los acreedores, se han mostrado verdaderamente útiles a los efectos para los que fueron diseñados¹.

En el caso del convenio, la experiencia nos enseña las múltiples dificultades a las que se enfrenta el deudor para alcanzar un acuerdo con sus acreedores que le permita asegurar la continuidad y viabilidad de su actividad empresarial, siendo numerosos los supuestos en los que o bien no se consiguen las adhesiones necesarias al convenio, o bien, logradas estas, se acaba incumpliendo su contenido por el deudor, lo que conduce irremediabilmente a la reapertura del concurso y a la inevitable liquidación de sus bienes. Por su parte, en el caso de la liquidación, no es necesario insistir en la idea de que el transcurso del tiempo que acarrea ineludiblemente todo procedimiento concursal, acompañado del deterioro propio de la actividad que ello representa, minimiza, por lo general, el valor de los activos empresariales objeto de liquidación, con el consiguiente perjuicio que ello ocasiona tanto a los acreedores como al propio deudor.

Si a todo ello se le añade la natural desconfianza que genera en la sociedad el mero hecho de recurrir al concurso de acreedores, se comprende inmediatamente que los esfuerzos desplegados en la modernización de las instituciones concursales durante estos últimos años, no hayan alcanzado los resultados deseados o esperados, constituyendo, sin duda, uno de los verdaderos retos a los que se enfrenta cualquier política legislativa que pretenda procurar un marco adecuado y eficaz para la resolución de las crisis empresariales.

En este contexto, resulta verdaderamente lógico que el legislador haya tratado de fijar su atención en mecanismos que aseguren verdaderamente la conservación de la empresa o, en su defecto, maximizar, a los efectos de proteger los intereses de los acreedores, el valor de sus activos en situación de crisis o insolvencia. Es precisamente en este escenario en el que cabe inscribir la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (en adelante, Directiva sobre reestructuración), que como veremos, ha tenido una incidencia esencial en la reciente y enésima reforma del Derecho concursal acaecida en nuestro país, plasmada en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, Ley 16/2022).

La Directiva en cuestión, cuyo título referido a la reestructuración preventiva nos aproxima ya a uno de los objetivos esenciales perseguidos por el legislador comunitario, apunta de modo muy expresivo e indicativo, en su considerando segundo, que *«...los marcos de reestructuración preventiva deben permitir, ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables»*, así

¹ Puede verse, con carácter general, sobre dicha cuestión: ROJO FERNÁNDEZ, A.: «El Texto Refundido de la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº51, septiembre-diciembre (2020), pp. RR1.1-RR1.12, en concreto, p. RR1.3.

como «... maximizar el valor total para los acreedores -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto».

Es decir, se fija el centro de atención en el carácter temprano de la actuación ante una situación de probabilidad o inminencia de la insolvencia, puesto que se considera que, solo de este modo, se puede asegurar la evitación de un escenario de crisis empresarial o, cuando menos, maximizar el valor de los activos de esa empresa. En este sentido, la previsión de instrumentos preconcursales eficaces se ha manifestado como una solución óptima no solo para incrementar la eficiencia del sistema de insolvencia de forma directa, posibilitando una reestructuración rápida de la actividad empresarial, sino también de manera indirecta, por cuanto pueden contribuir a liberar recursos administrativos y descongestionar el procedimiento concursal en su conjunto².

En clara concordancia con lo anterior, cabe afirmar, a su vez, que la enajenación o venta de una o varias unidades productivas de la empresa en crisis ha venido erigiéndose, incluso en estadios ya avanzados del concurso o de su propia fase de liquidación, en un instrumento especialmente apto para, dentro de los principios básicos de universalidad y trato igualitario, conseguir los fines esenciales del procedimiento concursal, ya sean estos el asegurar un pago ordenado y lo más eficiente posible de los créditos concursales, ya sean, cuando sea posible, la conservación de la empresa o, al menos, de alguna o algunas de sus unidades productivas.

En este sentido, la figura en cuestión, que parte de la idea, si se permite el símil anatómico, de extirpar del cuerpo enfermo aquellas partes que aún pueden manifestarse útiles o de las que es esperable todavía algún provecho, puede asumir un destacado papel en la consecución del fin mixto, de pago a los acreedores y de conservación de la actividad empresarial, de todo procedimiento concursal, puesto que no solo permite la conservación de la empresa, aunque desligada de la del deudor concursado, sino que también favorece, en claro beneficio para los acreedores, el incremento del valor del patrimonio en comparación al que se obtendría por medio de su enajenación aislada³.

Con todo, conviene matizar que, pese a lo anterior, la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), tan solo preveía, en sus artículos 148 y 149, una regulación ciertamente exigua y fragmentaria de la figura, limitándola esencialmente a la fase de liquidación del concurso. Sin embargo, es menester reconocer que, en su Exposición de Motivos, se recogía ya la voluntad del legislador de procurar la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo⁴. De ahí que, también en sede de convenio, se atisbara una referencia específica de la misma, al indicarse expresamente en el artículo 100.2 que «podrán incluirse en la propuesta

² Apartado I de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

³ Puede verse, en este sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «La problemática de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº292, 2014, pp. 185 y 186; y BRENES CORTÉS, J.: «Venta de unidades productivas y pre-pack concursal», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº55, mayo-agosto (2021), pp. RR-2.1-RR-2.6, en concreto, p. RR-2.1.

⁴ Apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada»⁵.

Pese a ello, en realidad, su verdadera puesta en escena tuvo lugar con la promulgación del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que incorporó un nuevo precepto a la LC, el artículo 146 *bis*, en el que bajo el significativo título de «Especialidades de la transmisión de unidades productivas», se establecía ya una regulación unificada de la figura, de aplicación a cualquier tipo de transmisión de esta naturaleza que tuviera lugar en sede concursal, ya fuera preferentemente en fase de liquidación como hasta entonces, ya fuera en fase común o en sede de convenio.

A partir de ahí, la necesaria tarea de regularización, aclaración y armonización del sinfín de normas dictadas en desarrollo o modificación de nuestra legislación concursal a lo largo de estos últimos años, desembocó en la publicación de un Texto Refundido de Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante, TRLC), en cuyos artículos 215 a 225 se ofrece ya, a los efectos que ahora nos interesan, una regulación sistemática y completa de la enajenación de unidades productivas en el marco de un procedimiento concursal. Resulta especialmente interesante destacar esto último, por cuanto pone en evidencia que, ya con anterioridad a la reforma operada por la Ley 16/2022, la existencia de un plan de liquidación no resultaba indispensable para proceder a la realización de la masa activa del concurso, que debía seguir, en ausencia de aquel, las reglas de enajenación de bienes y derechos de la masa activa contenidas en los artículos 205 a 225 del TRLC.

Por su parte, la reciente Ley 16/2022 ha supuesto, a su vez, un importante avance en la materia, introduciendo nuevas normas (artículos 224 *bis* a *septies* del TRLC), que inciden, de manera muy especial, en ese propósito de priorizar la utilización de mecanismos preventivos de reestructuración empresarial, al tiempo que se ha aprovechado para efectuar algunas significativas modificaciones al régimen general previsto en los artículos 215 y siguientes del TRLC.

A todo ello cabe añadir, en un contexto aún más reciente, la publicación de una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 7 de diciembre de 2022, relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia (en adelante, Propuesta de Directiva sobre insolvencia)⁶, que incide también, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, en alguno de los aspectos referidos a la enajenación de una unidad productiva y que, de llegar a buen puerto, exigirá nuevas y prontas respuestas por parte de nuestro legislador.

El objeto del presente trabajo no es profundizar de nuevo en los aspectos generales de la enajenación de unidades productivas, cuestión suficientemente tratada ya por nuestra mejor doctrina⁷, sino referirnos, de modo crítico, a las novedades introducidas en esta materia por la

⁵ Recibía dicha posibilidad el nombre de convenio de asunción del pasivo, que con antecedentes en el artículo 928 del Código de comercio, fue objeto de especial atención y estudio por nuestra mejor doctrina. Véase, en este sentido, ROJO, A.: «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid (2014), pp. 1864-1899.

⁶ 2022/0408 (COD).

⁷ Sobre la figura en general de la enajenación de unidad productiva en sede concursal, puede verse, entre otros, ALONSO LEDESMA, C.: «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario como contenido del convenio concursal», en E-Prints Complutense, n°40 (2011); VALPUESTA, E.: «Artículo 146 bis. Especialidades de la transmisión de unidades productivas», en *Comentario a la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PULGAR, J. y otros, Madrid (2016), pp. 1582-1603; CORDÓN MORENO, F.: «La enajenación de unidad productiva de la que

Ley 16/2022. Muy particularmente, a lo que se ha venido en denominar prepack concursal, figura esta exportada de otros ordenamientos jurídicos⁸, asumida y auspiciada, como veremos más adelante, por nuestra jurisprudencia, y que se ha presentado como una verdadera solución práctica para los procesos concursales que se desarrollen en nuestro país, cuestión esta última que, en todo caso, queda aún pendiente de verificar, toda vez que el escudo protector que supuso la aprobación del Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, ha impedido comprobar, hasta el momento, su verdadera eficacia.

A tales efectos, iniciaremos nuestro análisis con el estudio de la regulación contenida en los artículos 215 a 224 del TRLC, referida a las especialidades de la enajenación de una unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal, prestando, como decíamos, particular atención a los elementos novedosos de la reforma. A continuación, nos ocuparemos de los aspectos más llamativos del nuevo régimen, que aparecen vinculados a la fase preconcursal del proceso de insolvencia, y que se incardinan en lo que se conoce como prepack concursal. De este modo, prestaremos atención, por un lado, a la facultad reconocida al deudor de presentar, juntamente con la solicitud de declaración de concurso, una oferta de adquisición de una o varias unidades productivas (artículo 224 *bis* del TRLC); y, por otro, a la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (artículos 224 *ter* a 224 *septies* del TRLC), efectuando una valoración crítica de este nuevo régimen. Nuestro estudio concluirá con una referencia final a la enajenación de una unidad productiva en el contexto de un plan de reestructuración presentado por el deudor, así como a las especialidades de la enajenación de unidad productiva para el caso de microempresas, a las que, como es sabido, ha prestado una especial atención la Ley 16/2022.

2. El régimen general de enajenación de unidades productivas en el marco de un procedimiento concursal: aspectos claves de la reforma operada por la Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal

Como decíamos con anterioridad, analizaremos en este primer apartado el régimen jurídico general de la enajenación de unidades productivas en el marco de un procedimiento concursal, prestando especial atención a aquellos aspectos que han sido reformados o introducidos con ocasión de la Ley 16/2022. Para ello, sin embargo, es preciso efectuar algunas consideraciones previas atinentes a su concepto, que incluirán también una referencia a su contenido y a su valoración.

2.1. Consideraciones previas sobre el concepto de unidad productiva en sede concursal

La enajenación de una unidad productiva del deudor insolvente se ha considerado normalmente como una opción preferente de liquidación concursal, ampliada como hemos

formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº34 (2015), pp. 91-100; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, tomo 2º, obra colectiva dirigida por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B., Valencia (2015), pp. 2119-2253; GENTO CASTRO, Z.: «La venta de la unidad productiva en el concurso», en *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, obra colectiva dirigida por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN MUÑOZ, E., Valencia (2015), pp. 676-701; y SANZ SANZ, A.: *La enajenación de la unidad productiva en el concurso de acreedores*, Editorial La Ley, 2022.

⁸ Puede verse específicamente sobre este particular: GILO GÓMEZ, C.: «Pre-pack concursal y Derecho comparado», en *Estudios de Deusto*, vol. 69/2, julio-diciembre 2021, pp. 111-121; y GALLEGO CÓRCOLES, A.: «Solicitud de concurso con oferta de adquisición de unidades productivas y ventas prepack en la proyectada reforma concursal», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº166, 2022, pp. RR-2.1-RR-2.7, en concreto, p. RR-2.2.

visto más adelante a cualquier fase o etapa del concurso, que descansa de modo muy especial en la delimitación previa de su perímetro, que no es otro que el de la existencia de un conjunto de bienes y derechos que forman parte de la empresa en cuestión, pero que presenta una unidad suficiente y apta para permitir su aprovechamiento empresarial independiente⁹. Desde esta perspectiva, la exigencia de funcionalidad propia deviene inexcusable, y nos permite alejar este mecanismo de lo que pueda ser una simple enajenación plural de bienes del deudor, que no permite la continuidad de la actividad empresarial hasta ese momento desarrollada.

Por lo que se refiere a su concepto legal, conviene recordar que ya el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 44.2, nos advierte, a la hora de referirse a la sucesión de empresa, que esta se dará «*cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio*». De hecho, este mismo concepto es el que aparecía ya en el artículo 149.2 de la LC. Sin embargo, cabe puntualizar que, en la actualidad, el artículo 200.2 del vigente TRLC, si bien presenta una notable coincidencia con la redacción anterior, elimina la referencia al mantenimiento de la identidad, lo que permite entender que no es necesario respetar la configuración que la unidad productiva tenía en su origen, con anterioridad a la declaración de concurso, de modo que, en el marco del procedimiento concursal, podrá establecerse una configuración distinta, siempre naturalmente que se mantenga la funcionalidad a la que nos referíamos anteriormente¹⁰.

Comprendida así la figura, la enajenación de la que hablamos adquiere su justificación en el mayor valor que se puede obtener de la misma puesta en relación con el de los bienes individualmente considerados, lo que puede redundar en una mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, así como en la eventual continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo. De ahí precisamente que sea esta una opción que tiende a ser favorecida por el legislador¹¹, que paulatinamente la ha ido incorporando a los procedimientos concursales, hasta el punto de situarla incluso, como veremos más adelante, en el marco de los instrumentos de reestructuración preventiva al alcance de todo deudor¹².

Una prueba evidente de lo anterior es la regla del conjunto, recogida hoy en el artículo 422 del TRLC, que en sede de liquidación concursal, establece que el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios de la masa activa se enajenará como un todo, salvo aquellos casos en los que el juez, previo informe de la

⁹ ALONSO LEDESMA, C.: *op. cit.*, pp. 4 y 5.

¹⁰ BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, pp. RR-2.3.

¹¹ Un buen ejemplo de ello lo hemos tenido con ocasión de la pandemia Covid-19, en cuyo escenario el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, dispuso en su artículo 14 la tramitación preferente hasta que transcurriera un año desde la declaración del estado de alarma de, entre otras, las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo. Puede verse, en particular, sobre dicha cuestión: COHEN BENCHETRIT, A.: «El pre-pack tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, n°9 (2023), pp. 133-148, en concreto, p. 136, quien nos advierte que esta tramitación preferente de las actuaciones referidas a ventas de unidades productivas no hacía sino recoger en una disposición legal lo que venía siendo una práctica generalizada en los juzgados mercantiles, en los que se suele dar prioridad a estos procedimientos para evitar que se frustre la venta.

¹² De hecho, el artículo 4.1 de la Directiva 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, indica expresamente que «*los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial*».

administración concursal, acuerde la enajenación individualizada por estimarla más conveniente para los intereses del concurso. En suma pues, se evidencia una preferencia clara del legislador por este modo de realización conjunto de los bienes del concursado, lo que obedece claramente a la maximización del valor de los bienes que representa este modo de enajenación¹³.

Por otra parte, esta regla del conjunto es propia y característica de la mayor parte de ordenamientos de nuestro entorno, en los que, como señala ALONSO LEDESMA, «*se distingue claramente la liquidación de la empresa de la liquidación del patrimonio que no implica necesariamente la primera; de ahí que con el fin de satisfacer mejor a los acreedores esta satisfacción se lleve a cabo mediante técnicas que, en la medida de lo posible, eviten la disolución, es decir, la liquidación de la empresa permitiendo la reorganización de la misma, con la sustitución del empresario, o mejor, y más en general, de aquel o de aquellos a los que, como los socios (de la sociedad concursada) está destinado el valor neto del patrimonio de la empresa*»¹⁴.

Naturalmente, es perfectamente posible que el patrimonio del deudor esté compuesto por una o varias unidades productivas, siempre lógicamente que cada una de ellas mantenga su propia funcionalidad y pueda ser considerada de modo independiente a las restantes. Este último rasgo, el de la funcionalidad, insistimos, se nos antoja esencial, por cuanto supone excluir del concepto de unidad productiva aquello que no deja de ser una mera conjunción o pluralidad de activos del inmovilizado, pero sin aptitud para su funcionamiento por separado. De hecho, como veremos más adelante, las normas específicas de la enajenación de unidades productivas se orientan precisamente a tratar de mantener esa funcionalidad, lo que se consigue muy particularmente por medio del mantenimiento de contratos, entre los que cobran un sentido muy especial los laborales, que suelen ser imprescindibles para la conservación o la reanudación de la actividad¹⁵.

Por lo que se refiere estrictamente a su contenido o delimitación, es importante comprender que abarcará no solo elementos materiales, sino que también puede comprender elementos personales y obligaciones contractuales que, valorados o apreciados en su conjunto, determinarán, en su caso, el precio final de su adquisición. Una cuestión de vital importancia en este último sentido es la denominada identificación o delimitación del perímetro de la unidad productiva, a cuyo efecto el artículo 218.2 del TRLC indica que cualquier oferta de adquisición deberá consignar «*la determinación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta*». A tales efectos, es necesario saber, desde este preciso instante, que la competencia para la delimitación del perímetro corresponde al juez del concurso (artículo 221.2 del TRLC), si bien es igualmente cierto que la administración

¹³ Puede verse, en este sentido: CORDERO LOBATO, E.: «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», en *Diario La Ley*, nº8272 (2014).

¹⁴ ALONSO LEDESMA, C.: *op. cit.*, pp. 4 y 5.

¹⁵ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 215», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA y otros, Editorial Sepín, 2020, pp. 163-171, en concreto, p. 165, con cita del Auto del Juzgado de Primera Instancia nº4 y de lo Mercantil de Guadalajara, de 11 de mayo de 2016, en el que el juez declara que al haber cesado la actividad seis años atrás y sin la existencia de trabajadores, no hay unidad productiva, ni consiguientemente tampoco, sucesión de empresa.

concursal, en su tarea de descripción de los componentes de la masa activa del inventario, habrá facilitado ya normalmente dicha tarea¹⁶.

En este último sentido, resulta importante destacar que los Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña, adoptados en el seminario celebrado el día 3 de julio de 2014, establecieron los parámetros de delimitación a los que se hace preciso atender, a saber: «(i) la identificación del establecimiento donde se realiza la actividad empresarial; (ii) la adecuación de la unidad productiva a la normativa vigente; y (iii) la identificación del número de puestos de trabajo, categoría, antigüedad y relación de salarios brutos»¹⁷. Con todo, se hace necesario reconocer que, por lo general, dicha tarea no será ni mucho menos sencilla, ya que nos encontraremos casi siempre con dificultades para determinar de forma precisa qué bienes están afectos a la actividad, cuáles de entre ellos no resultan imprescindibles y pueda resultar más beneficiosa su enajenación por separado, qué trabajadores se estiman indispensables para la continuación de la actividad, etc.

Lo que no indica, en todo caso, el artículo 200 del TRLC es si el concepto de unidad productiva exige o no la presencia de trabajadores en su seno, cuestión esta sobre la que los juzgados de lo Mercantil han venido sosteniendo criterios diversos¹⁸. No obstante lo anterior, entendemos que la regulación actual parece inclinarse decididamente por su no exigencia, pues no en vano el artículo 220.1, al referirse al trámite de audiencia que el juez debe conceder a los representantes de los trabajadores en casos de enajenación de la empresa o de una o varias de sus unidades productivas, indica que ese trámite se dará si existieran trabajadores, lo que permite entender que una determinada unidad productiva bien pudiera no tenerlos¹⁹.

Finalmente, por lo que se refiere a su valoración, cabe recordar que el artículo 75.2 de la LC exigía ya al administrador concursal incluir en su informe una valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integrasen, lo que debía servir, entre otros fines, para que pudiera valorarse, con mayor conocimiento de causa, si era más interesante la venta conjunta o la venta de bienes y derechos de forma aislada. En parecido o igual sentido, el artículo 293.2 del TRLC vigente nos aclara también que, como documento anejo al informe, si una empresa forma parte de la masa activa, se deberá precisar la valoración de la empresa en su conjunto y de cada una de las unidades productivas que la integren, tanto en las hipótesis de continuidad de las actividades como de liquidación.

Recordemos, además, que con carácter previo a ello, el artículo 200.1 del TRLC, exige también a la administración concursal, ya en el momento de elaborar el inventario de la masa activa, describir en documento anejo al mismo la eventual existencia de esas unidades productivas de bienes o servicios. No obstante, cabe advertir que la delimitación de la unidad productiva, de

¹⁶ RIVAS URBINA, R.: «Enajenación de la unidad productiva y pre-pack concursal en el proyectado procedimiento especial para microempresas», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº56, mayo-agosto 2022, pp. RR-5.1-RR-5.11, en concreto, p. RR-5.1.

¹⁷ Se puede acceder al contenido completo de estos acuerdos por medio del siguiente enlace: https://s01.s3c.es/imag/doc/2014-07-15/Acuerdo_Jueces_Mercantiles_Catalu%C3%B1a.pdf

¹⁸ Se han mostrado favorables a su exigencia, entre otros, los autos del Juzgado de lo Mercantil nº6 de Madrid, de 30 de enero de 2018; y del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Pontevedra, de 15 de junio de 2017.

Por su parte, se han manifestados contrarios a su exigencia, entre otros, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº9 de Barcelona, de 27 de septiembre de 2017 y el auto de la Audiencia Provincial de León, de 12 de diciembre de 2017.

¹⁹ Puede verse, en el mismo sentido, MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 218», *op. cit.*, pp. 190 y 191; y ETXARANDIO HERRERA, E.: «La enajenación concursal de unidad productiva», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº43 (2018), pp. 147-185.

cara a su enajenación, no debe coincidir necesariamente con la que figura en el anejo del inventario, por cuanto este no es vinculante a tales efectos, dado su carácter eminentemente informativo²⁰.

De este modo, según hemos podido ver, se configuran los elementos clásicos y tradicionales de toda compraventa en el supuesto que estamos ahora analizando: por un lado, con la delimitación de su perímetro, cuya labor corresponderá al juez de lo mercantil, con la inestimable colaboración de la administración concursal, se determina el objeto de esa compraventa, es decir, lo que va adquirir el comprador de esa unidad productiva; y, por otro, con la valoración, se fijan los criterios que servirán para determinar, en su momento, ya sea por medio de subasta, ya sea por medio de enajenación directa, el precio definitivo a pagar por su adquisición y, en última instancia, la salvaguarda de los intereses de los acreedores afectados por la insolvencia de su deudor. Se trata, en definitiva, de verificar que el valor obtenido por la enajenación supera la regla del interés superior de los acreedores, entendido este aquí como el mayor valor obtenido en comparación con el que se hubiera alcanzado por medio de la enajenación aislada de los elementos que componen la unidad productiva²¹.

Efectuadas estas necesarias consideraciones previas, procede seguidamente abordar la regulación contenida en los artículos 215 y siguientes del TRLC, ubicada en el capítulo correspondiente a la conservación y a la enajenación de la masa activa del deudor. Hacemos esta precisa ubicación sistemática para evidenciar que, aunque tradicionalmente esta operación ha tenido normalmente encaje en la fase de liquidación, el legislador contempla ahora ya su utilización en cualquier momento del procedimiento²², tratando incluso, como veremos a lo largo de este trabajo, de favorecer su utilización, o al menos su inicio, por razones ya explicadas, en un estadio o fase anterior a la propia declaración de concurso.

2.2. Iniciativa y publicidad del trámite

Más allá de los supuestos que analizaremos con mayor profundidad más adelante, en los que será el propio deudor, o un experto designado por el juez, quien impulse la enajenación de una o varias unidades productivas, lo normal será que ese impulso corresponda a la administración concursal, aunque es perfectamente posible que dicho trámite se inicie con la propuesta u oferta de adquisición de un tercero, siempre naturalmente que esta se estime adecuada o conveniente para los intereses generales del concurso.

A estos efectos, una cuestión particularmente relevante es la referida a la publicidad de esta enajenación, pues no puede ignorarse que cuanto mayor sea la repercusión o alcance de la noticia, mayor podrá ser también el número de ofertas de adquisición que se presenten, lo que a la postre permitirá maximizar el precio final de venta, además de facilitar a cualquier interesado la alegación de cuanto estime oportuno en defensa de sus derechos e intereses²³. En este sentido, cabe recordar que el artículo 423.2 del TRLC, al referirse a la subasta electrónica como medio ordinario de liquidación de la masa activa, indica expresamente que la misma debe realizarse mediante la inclusión de esos bienes o derechos, bien en el portal de subastas de la

²⁰ Véase, en dicho sentido: MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 215», *op. cit.*, p. 164.

²¹ Artículo 654.7º del TRLC.

²² FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTA MARÍA, R.: «Comentario a los artículos 215 y siguientes», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, pp. 1239-1243, en concreto, p. 1244.

²³ ARGÜELLES MORA, A.: «La venta de unidades productivas en sede concursal como vía para la salvaguarda del tejido empresarial en la nueva Ley Concursal RDL 1/2020», en *Diario La Ley*, nº9826.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, bien en cualquier otro portal electrónico especializado en la liquidación de activos.

Pues bien, pese a que la norma citada se halla ubicada sistemáticamente entre las reglas destinadas a la liquidación concursal, no creemos que su aplicación deba reservarse a esta fase específica del procedimiento concursal, de manera que entendemos podrá también ser utilizada en una fase anterior y, naturalmente, dentro de ella, en un supuesto de enajenación de unidad productiva como el que estamos analizando²⁴. Tan solo deberemos exceptuar de dicha conclusión a la adquisición de unidad productiva ofrecida en el marco de un mecanismo de prepack concursal, por cuanto, en este caso, nos hallaremos aún en un estadio previo a la declaración de concurso, que no permite, por consiguiente, hacer uso del régimen de publicidad previsto para el mismo.

2.3. Modo de realización de las unidades productivas

El artículo 215 del TRLC muestra una indudable preferencia por la subasta como modo ordinario de enajenación de las unidades productivas, en línea con lo dispuesto también en el artículo 209 para la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. Además, a diferencia de la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 16/2022, en la que la forma electrónica se configuraba tan solo como una más de entre las posibles, se efectúa ahora una apuesta decidida por este sistema²⁵, lo que, en un contexto como el actual, debe servir para dotar de mayor agilidad y rapidez a este tipo de procedimientos²⁶. Se genera, no obstante, la duda de si esa preferencia alcanza tanto a las subastas judiciales como a las extrajudiciales, puesto que ha desaparecido la referencia específica a ambas que se contenía en la redacción anterior del artículo 215 del TRLC²⁷. Esta supresión no halla, a nuestro juicio, justificación alguna, y tan solo puede comprenderse si, como veremos más adelante, se entiende incorporada en la enajenación efectuada por medio de persona o entidad especializada.

En otro orden de cosas, no podemos ignorar que la idea de la subasta casa mal, en realidad, con la transmisión del conjunto de la empresa o de las unidades productivas, ya que si se permite al oferente, como veremos más adelante, la posibilidad de delimitar los activos, los pasivos y las relaciones contractuales que van a conformar el perímetro de lo que se transmite, ello determina que las ofertas pueden ser heterogéneas y no necesariamente homogéneas, que es lo que precisa normalmente la transmisión por medio de subasta²⁸. De hecho, cuando analicemos

²⁴ Puede verse, en igual sentido, GILO GÓMEZ, C.: «La venta de la unidad productiva como solución a la insolvencia», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, vol. 25, 2021, pp. 38-49, en concreto, pp. 45 y 46; y CÓRDOBA ARDAO, B.: «Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal», en *Diario La Ley*, nº9617, de 21 de abril de 2020.

²⁵ Por subasta electrónica puede entenderse la llevada a cabo a través de un portal único de subastas judiciales y administrativas en el Portal de subastas del Boletín Oficial del Estado, conforme al procedimiento contemplado en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

²⁶ En la legislación de emergencia Covid-19 para la enajenación de la masa activa, ya se evidenció esta preferencia por este tipo de subasta telemática. Puede verse, en este sentido, lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, y en el artículo 10.2 del Decreto-ley 5/2021, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia COVID-19.

²⁷ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas en el Proyecto de Ley de reforma del TRLC», en *Diario La Ley*, nº10108, 12 de julio de 2022, p. 4.

²⁸ PÉREZ MOSTEIRO, A. M^a: «La venta de la unidad productiva en la reforma concursal de la Ley 16/2022», en *Boletín Mercantil*, Lefebvre, nº112, noviembre 2022.

el contenido de las ofertas, veremos que el artículo 218 TRLC parece estar pensando más en un supuesto de ofertas heterogéneas, que no en la existencia de un único producto empaquetado para su venta por medio de subasta.

Seguramente por ello, el juez puede autorizar también cualquier otro modo de realización distinto de la subasta (artículo 215 *in fine*) e, incluso, cuando esta quede desierta, podrá asimismo, mediante auto, ante el fracaso de este modo de venta, autorizar la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, o la enajenación a través de persona o de entidad especializada (artículo 216 del TRLC)²⁹. De este modo, la autoridad judicial podrá valorar, en todo momento, aquello que considere más adecuado para salvaguardar los intereses del concurso.

Pensemos, además, que este modo preferente de adjudicación, la subasta, ha visto limitado su ámbito temporal de aplicación, puesto que el actual artículo 215 del TRLC ya no se refiere, como antes, a «*en cualquier estado del concurso*», sino tan solo «*hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación*», lo que, entre otras razones, no deja de ser coherente con la figura del convenio de asunción, en la que la necesaria predeterminación de la persona del adquirente, excluye por completo la idea de la subasta³⁰.

No se puede ignorar tampoco que, en no pocas ocasiones, las particularidades mismas de la unidad productiva que se pretende enajenar, nos alejarán necesariamente del mecanismo de subasta, para adentrarnos en la necesaria colaboración de personas o entidades especializadas en la venta o enajenación de determinados activos, cuya intervención será imprescindible a los efectos de identificar posibles interesados en su compra o adquisición. De ahí que, pese a que el artículo 215 del TRLC cite la subasta como modo ordinario de enajenación, en realidad, será la autoridad judicial quien en cada caso decida la elección del sistema que deberá seguirse para la identificación del potencial adquirente de la unidad productiva.

Naturalmente, para la toma de esta decisión judicial, pesará indudablemente la opinión del administrador concursal, que será quien deba justificar ante el juez la necesidad de recurrir a un modo de enajenación distinto a la subasta. En el caso particular de intervención de entidad especializada, deberá valorar en especial el beneficio directo o indirecto que representa para la masa, en comparación con los ineludibles gastos en los que se va a incurrir debido precisamente a esa intervención. No podemos desconocer, en este último sentido, que en determinados sectores, los honorarios a satisfacer por su intervención a determinados intermediarios, pueden desbaratar por completo el sentido último de la operación. Por su parte, en el supuesto de la enajenación directa, la administración concursal deberá razonar ante el juez los motivos de urgencia, oportunidad, mercado, deterioro de actividad e, incluso, riesgo de paralización de la misma, que aconsejan la utilización de este modo de transmisión no sujeta a concurrencia alguna.

En cualquier caso, sea cual sea el sistema escogido para la enajenación, la administración concursal deberá determinar el plazo para la presentación de ofertas y especificar, antes del inicio de ese plazo, los gastos realizados con cargo a la masa activa para la conservación en funcionamiento de la actividad del conjunto de la empresa o de la unidad o unidades productivas objeto de enajenación, así como los previsibles hasta la adjudicación definitiva

²⁹ La regulación de estas entidades especializadas se contiene en el artículo 641 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el que se las define como personas o entidades conocedoras del mercado en que se compran y venden determinados bienes y que poseen los requisitos legalmente exigidos para operar en esos mercados.

³⁰ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación...», *op. cit.*, p. 4.

(artículo 217 del TRLC). Esto último debe servir como elemento de juicio para que el juez y demás interesados puedan valorar definitivamente si merece la pena proceder a la venta conjunta de la unidad.

Finalmente, respecto del contenido concreto de esta determinación a cargo de la administración concursal, se ha sostenido, con razón, que es notoriamente insuficiente, puesto que no solo deberá determinarse el plazo para ofertar, sino también todos los requisitos para participar en el proceso y las reglas que se seguirán para su realización (identificación del oferente si lo hay, consignación, precio de salida, puja mínima, plazos, etc.), así como, sobre todo, la delimitación precisa de lo que va a ser objeto de venta, es decir, el perímetro de la unidad productiva, con independencia de que, con posterioridad, cada uno de los oferentes pueda delimitar a su gusto, en su propuesta concreta de adquisición, los activos, pasivos y relaciones labores que la componen³¹.

2.4. Contenido de las ofertas y reglas de adjudicación

El artículo 218 del TRLC, que no ha sufrido modificación alguna por efecto de la Ley 16/2022, nos define el contenido mínimo que deben incluir las ofertas, sea cual sea el modo o sistema de enajenación seguido, a saber:

- a) La identificación del oferente y la información sobre su solvencia económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición. Esta información será especialmente necesaria y oportuna en aquellos casos en que la venta no se formalice por medio de subasta, ya que la misma permitirá al juez valorar y decidir mejor su elección por un modo distinto de selección del adquirente. Especialmente relevante puede ser, en este sentido, la presentación de un plan de viabilidad de la unidad productiva, o incluso la experiencia previa en la gestión de activos de naturaleza similar a los que van a ser transmitidos.
- b) El perímetro en cuestión de la unidad productiva cuya adquisición se oferta, esto es, la determinación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la misma. Para ello, obviamente, deberá partirse, como advertíamos antes, de la delimitación previa que se haya efectuado en el inventario o en el instrumento posterior que ponga en marcha todo el proceso de enajenación. Sin embargo, como veremos más adelante, es perfectamente posible que el oferente no pretenda subrogarse en determinados contratos (artículo 223 del TRLC), por lo que es en este preciso instante en el que debe delimitar el perímetro concreto que abarca su oferta de adquisición. En definitiva, lo anterior evidencia que el oferente dispone de una cierta autonomía en la concreción de su oferta, siempre naturalmente que se respete la regla elemental de que el conjunto de los elementos que se pretenden adquirir conformen lo que legalmente se entiende como una unidad productiva, particularmente, en lo referido a su funcionalidad.
- c) El precio ofrecido, las modalidades de pago y las garantías aportadas, debiendo distinguirse en la oferta, en caso de que se transmitan bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, el precio que se ofrece con o sin subsistencia de las garantías. Con relación a ello, se ha apuntado que esa referencia a las modalidades y las garantías aportadas no concuerda en exceso de nuevo con el sistema de enajenación

³¹ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 217», *op. cit.*, pp. 182 y 183.

mediante subasta³², lo que evidencia, como decíamos en un momento previo, la admisibilidad de otros tipos de enajenación, siempre que sean debidamente autorizados por el juez en función de los intereses generales del concurso.

- d) La incidencia de la oferta sobre los trabajadores, lo que debe interpretarse sistemáticamente con la norma contenida en el artículo 219 del TRLC, en cuya virtud se prevé una regla de preferencia para el oferente de un precio inferior si *«garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores»*.

En realidad, ese contenido de la oferta, referido a las modalidades de pago, las garantías aportadas y la incidencia sobre los trabajadores, no hace sino evidenciar que, incluso en el caso de enajenación por medio de subasta, es perfectamente posible que el juez se decida, a la hora de optar por una u otra oferta, por una inferior en precio, precisamente sobre la base de su mayor conveniencia u oportunidad para los intereses generales del concurso³³. De hecho, no podemos ignorar que el propio artículo 218 del TRLC se refiere expresamente al contenido mínimo de la oferta, por lo que resulta perfectamente posible que el oferente incluya en la misma otros datos adicionales que pueden servir de guía al Juez para la toma de su decisión, más allá del propio precio, elemento determinante de toda subasta³⁴.

Abundando en lo anterior, debe precisarse que el artículo 219 del TRLC establece expresamente que, en caso de subasta, el juez podrá, mediante auto, acordar la adjudicación de una oferta que no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior, cuando considere que aquella garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores. Es decir, se permite valorar de forma muy especial el ahorro que puede suponer para la masa activa la no extinción de los contratos de trabajo, conjuntamente con el precio que se oferta. Es lo que se denomina regla de preferencia, que solo entrará en juego en el mecanismo de enajenación mediante subasta, por cuanto si la venta es directa, en el propio Auto que la autoriza, el juez deberá incluir una justificación razonada y suficiente de las causas que llevan a atribuir la unidad productiva a uno u otros de los ofertantes, fijando cuáles fueron los criterios y reglas de valoración tenidos en cuenta para determinar la mejor oferta³⁵.

Un primer problema que plantea la aplicación de esta regla de preferencia es la determinación de lo que deba entenderse por precio a estos efectos. A este respecto, si bien los juzgados y tribunales han mantenido posturas diversas, parece que es mayoritaria la que entiende que, a tal fin, solo deben tenerse presentes las partidas del activo, no del pasivo, de manera que el precio a considerar será el importe realmente entregado, el que entra en la masa del concurso para pago de los acreedores. Sin embargo, ello solo es así a efectos de pago a los privilegiados, de modo que para determinar cuál de las ofertas presentadas es en verdad la mejor en precio,

³² ALCOVER GARAU, G.: «La enajenación concursal de unidades productivas, ¿otra oportunidad perdida?», en *La Ley Mercantil*, nº96, noviembre de 2022, p. 2.

³³ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*

³⁴ Véase, en dicho sentido: FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTA MARÍA, R.: *op. cit.*, p. 1251.

³⁵ PÉREZ MOSTEIRO, A. M^a: *op. cit.*

habrá que atender al importe global de la misma, es decir, al beneficio obtenido por la masa del concurso, sea por incremento de activo, sea por reducción de pasivo³⁶.

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que por precio debe entenderse el total de la oferta, incluyendo como tal no solo el importe que efectivamente se ingrese en la cuenta del deudor concursado, sino también las obligaciones que asume el oferente o la renuncia a determinados derechos de crédito que el propio interesado en la adquisición pudiera tener a su favor³⁷. Es justamente la suma de todos estos conceptos la que deberá tomar en consideración el Juez y a la que deberá aplicar ese límite del quince por ciento como cifra de corte para la consideración de otras ofertas inferiores en precio. Naturalmente, todo ello con respeto al principio de la *par conditio creditorum*, de manera que aquella porción de la oferta que responda a intereses extraconcursales del oferente, o que no se ajuste a las reglas generales de pago, no deberá ser tomada en consideración para su valoración de cara a su aceptación.

Con relación a este último aspecto, consideramos oportuno dejar consignadas aquí, por su especial significado y trascendencia en esta materia, las interesantes reflexiones contenidas en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Sevilla, de 7 de septiembre de 2022, en el que reconociéndose que el TRLC no resuelve muchos de los problemas que suscita el precio y, en concreto, cómo debe hacer el juez la valoración del mismo para escoger la mejor oferta recibida -y si es admisible, a tales efectos, una oferta que, por los propios intereses del ofertante, altere las reglas legales de pago-, acaba concluyendo que el juez debe guiarse siempre por el interés del concurso, entendido este como el interés del conjunto de los acreedores, sin descartar el mantenimiento de los puestos de trabajo.

En este sentido, la resolución judicial afirma que la posibilidad de que el ofertante elija a quien se va a destinar el precio que oferta, repugna al principio de la *par conditio creditorum*. A este último respecto, se indica que solo en un caso podría tenerse en cuenta una oferta que propusiera unas reglas de pago distintas a las prevenidas legalmente: sería aquel en el que, existiendo dos o más ofertas que satisfacen, por su paridad, el interés del concurso, una de ellas efectuara, por encima de las demás, una propuesta que altera las reglas generales de pago. Solo en este supuesto, ese plus de precio, por mucho que fuera incorrecto desde la perspectiva de las reglas concursales de pago, debería tenerse en cuenta para decidir la oferta vencedora. La admisibilidad de esta asunción voluntaria del ofertante, que propone pagos selectivos, se sustentaría en este caso en el artículo 224.1.1º del TRLC, que señala que la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo, entre otros supuestos, cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación³⁸.

En otro orden de cosas, en lo referido a la aplicación de esta regla de preferencia en atención a la continuidad de la unidad productiva y de sus puestos de trabajo, así como de la mejor satisfacción de los acreedores, se plantean también algunos problemas referidos a que no siempre ambos intereses confluyen en una misma dirección. En efecto, se ha señalado acertadamente que, por lo que atañe a la segunda de las condiciones, esta preferencia ya está en realidad englobada dentro de la del precio, ya que a mayor importe, mayor satisfacción de

³⁶ Puede verse, sobre esta cuestión: MUÑOZ PAREDES, J. Mª y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 219», *op. cit.*, pp. 195 y 196 y jurisprudencia citada en nota 4.

³⁷ Véase, en dicho sentido: FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTA MARÍA, R.: *op. cit.*, p. 1255.

³⁸ Fuera de estos específicos supuestos, según afirma la sentencia de referencia, «la parte del precio que no se ajusta a las reglas legales de pago, no debe tenerse en cuenta para valorar si la oferta interesa al concurso y, en definitiva, si debe aprobarse. Es más, esa porción de la oferta responde a intereses extraconcursales del oferente y, por tanto, ni siquiera, debería gestionarse por la AC si se acepta la propuesta».

los acreedores, mientras que, en lo que afecta a la primera condición, es incluso posible que la continuidad de la actividad pase precisamente por la desaparición de algunos puestos de trabajo³⁹. De ahí que no sea nada sencillo para el juez valorar la concurrencia de este segundo presupuesto de la regla de preferencia.

Cabe reseñar también que el apartado segundo de este artículo 219 extiende la aplicación de esta regla de preferencia, como excepción a la aplicación de las reglas propias de toda subasta, a las ofertas de personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral. La incorporación de este apartado en la Ley 16/2022 nos permite presuponer que, en estos casos, dado el marcado carácter laboral o social de la propuesta, el juez puede preferirla frente a otras, siempre que se mantenga dentro de ese límite cuantitativo del quince por cierto inferior a la mejor, con independencia de que garantice, en mayor medida, la continuidad de la unidad productiva, así como la mejor y más rápida satisfacción de los acreedores. Y ello porque, si se requirieran también esos condicionantes, no hubiera sido preciso el añadido de este nuevo apartado, ya que cualquier oferta que cumpla los requisitos del apartado primero del artículo 219, puede ser preferida por la autoridad judicial, independientemente de las condiciones personales del ofertante.

Finalmente, conviene advertir que, pese a que la formulación y publicidad de la oferta pudiera parecer que solo es necesaria para el caso de enajenación por medio de subasta, es igualmente extensible a los otros modos de venta. Y ello porque, si bien es cierto que normalmente en estos últimos se parte de una sola oferta, un elemental respeto al principio de transparencia y al de obtención del mayor beneficio posible en la enajenación, obliga a concluir que debe respetarse siempre lo previsto en el artículo 210.4 del TRLC, que en caso de venta directa de bienes afectos a créditos con privilegio especial, exige a la autorización judicial para la venta directa la misma publicidad que en el caso de subasta, lo que permite la presentación de ofertas alternativas que mejoren la primera⁴⁰. A ello cabe añadir, además, la propia dicción literal del artículo 218 del TRLC, que al definir el contenido de las ofertas, se refiere expresamente a «*cualquiera que sea el sistema de enajenación*».

2.5.Efectos de la transmisión

Uno de los aspectos más interesantes que plantea la enajenación de una unidad productiva en el marco de un concurso de acreedores es, sin duda alguna, el de la delimitación precisa de los efectos que produce la transmisión, hasta el punto que buena parte de su éxito o utilización depende, en gran medida, de ello. A este respecto, cabe recordar que el TRLC, que ha experimentado muy pocas variaciones en este terreno en virtud de la aprobación de la Ley 16/2022, puso en su momento algo de luz en una serie de materias que generaron un intenso debate doctrinal y jurisprudencial bajo la vigencia de la anterior LC (artículo 149.2)⁴¹.

Con relación a ello, debemos referirnos a tres cuestiones distintas: la problemática referida a la sucesión de empresa, la subrogación en los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y los efectos sobre los créditos pendientes de pago en el momento de la transmisión de la unidad productiva. Efectuaremos también, al final de este apartado, una breve referencia a la eventual existencia de una prohibición de hacer competencia a favor del adquirente de la unidad productiva.

³⁹ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: *op. cit.*, p. 196.

⁴⁰ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: *op. cit.*, p. 186.

⁴¹ Puede verse, en extenso, sobre dicha cuestión: VALPUESTA, E.: *op. cit.*, pp. 1582 y 1583; y GENTO CASTRO, Z.: *op. cit.*, pp. 715-718.

a. *El problema de la sucesión de empresa*

Como indicábamos con anterioridad, el TRLC ha efectuado una verdadera labor integradora de esta problemática, acogiendo prácticamente sin reservas la interpretación que venían haciendo sobre este particular la mayor parte de Juzgados de lo Mercantil⁴², contrariamente a lo sostenido por los órganos jurisdiccionales en el orden social⁴³. Con ello, se vino a solucionar la inseguridad jurídica que producía el hecho de que, pese a que el juez encargado del concurso era el único competente para autorizar la enajenación de una unidad productiva y para levantar todas sus cargas, incluidas las laborales⁴⁴, nos encontráramos después con decisiones de los Juzgados de lo Social en la que se derivaban este último tipo de cargas a los adquirentes de unidades productivas, lo que desincentivaba notablemente la presentación de ofertas o propuestas de adquisición.

En la actualidad, tras la reforma operada por la Ley 16/2022, el artículo 221 del TRLC, bajo el título expresivo de «*Sucesión de empresa*», indica ya claramente que, en caso de enajenación de unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa, estableciendo categóricamente, en su apartado segundo, que el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de esta situación, así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen⁴⁵. A ello debe añadirse, además, la previsión general contenida en el artículo 52.1. 4ª del TRLC, en el que se dispone que la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente, entre otros aspectos, para «*la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran*»⁴⁶.

⁴² Puede verse un amplio y detallado estado de la cuestión sobre este particular en: MUÑOZ PAREDES, A.: *Protocolo concursal*, 2ª edición, Cizur Menor, 2017, p. 905.

⁴³ En efecto, distintas sentencias de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo habían establecido que correspondía a la jurisdicción social la competencia para decidir si hay o no sucesión de empresa en la venta o transmisión de una unidad productiva dentro de un procedimiento concursal. Pueden verse, al respecto, entre otras, las de 29 de octubre de 2014 (ROJ: STS 5228/2014), 11 de enero de 2017 (ROJ: STS 456/2017), 17 de enero de 2019 (ROJ: STS 367/2019) y 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 418/2019). Una valoración crítica de esta posición jurisprudencial puede consultarse en: GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: «Comentario al artículo 149», en *Comentario a la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PULGAR EZQUERRA, Madrid, 2016, pp. 1644-1683, en concreto, p. 1671.

⁴⁴ Artículo 149.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: «*Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo*».

⁴⁵ Con ello, se han superado también las críticas que recibió el TRLC de 2020, centradas en el particular modo en que se había resuelto el conflicto por parte del legislador, puesto que se sirvió de una autorización para elaborar un texto refundido para efectuar, en realidad, una alteración del régimen de distribución de competencias contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Véase, en dicho sentido: MUÑOZ PAREDES, J. Mª y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 221», *op. cit.*, p. 210; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 615-622.

⁴⁶ Como ejemplo claro de la aplicación de este nuevo régimen podemos traer a colación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Barcelona, de 2 de febrero de 2023 (ROJ: SJM B 155/2023), en la que categóricamente se afirma la competencia única del juez del concurso para pronunciarse sobre el principio de sucesión empresarial en la venta de una unidad productiva, que tan solo exigirá la acreditación por parte del deudor concursado del

Resulta necesario destacar que, como tendremos ocasión de recordar más adelante, esta solución resulta aplicable incluso a las transmisiones de unidades productivas llevadas a cabo mediante un sistema de venta “prepack”, es decir, preparado con anterioridad incluso a la declaración de concurso, y ello de conformidad con la línea jurisprudencial seguida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de abril de 2022, en el asunto C-237/20, *Heiploeg*, que otorga carta de naturaleza a la equiparación, en lo que a sus efectos laborales se refiere, entre transmisiones efectuadas bajo supervisión de la autoridad judicial y las que se efectúen, con anterioridad incluso al inicio del procedimiento concursal, bajo la tutela y preparación de un experto designado por el juez.

De este modo, se asegura un nivel razonable de tranquilidad para el adquirente, que sabrá con exactitud, en el momento de presentar su oferta de adquisición, el alcance real del pasivo laboral al que deberá hacer frente con posterioridad a la adjudicación. Pensemos que la respuesta a este interrogante puede determinar, en no pocas ocasiones, la viabilidad o inviabilidad de la operación misma. Y recordemos también, por otra parte, que la sucesión de empresa solo se dará en aquellos casos en los que en la unidad productiva que se transmite se integren trabajadores, puesto que ya hemos advertido que el legislador no exige indispensablemente su presencia. Seguramente por eso, el artículo 224.1. 3º del TRLC recurre a esa suerte de condicional al utilizar la expresión «*cuando se produzca sucesión de empresa*», precisamente para hacer hincapié en que esta bien pudiera no darse.

En previsión de un mayor y mejor conocimiento del Juez de lo Mercantil de todo lo referido a ese perímetro laboral, con todas sus consecuencias, de la unidad productiva, la Ley 16/2022 ha añadido un apartado tercero al artículo 221, en el que se prevé que el juez recabe informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que deberá emitirse en el plazo improrrogable de diez días, relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de seguridad social relativas a estos trabajadores. Con ello, se pretende que, sin demorar en exceso la tramitación del proceso de enajenación, el juez pueda acotar y delimitar, con el suficiente conocimiento de causa, el pasivo laboral que acompañará a la unidad productiva objeto de transmisión. Aun así, surgen ciertas dudas referidas al momento en que debe recabarse ese informe, así como, sobre todo, a su carácter o no vinculante⁴⁷.

Esta cuestión debe completarse con una referencia a la regla establecida en el artículo 224.1. 3ª, que se corresponde con una de las excepciones a la norma general de que la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, sean concursales o contra la masa. En efecto, por virtud de esta regla, el adquirente deberá hacerse cargo del pago de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de la unidad productiva adquirida en cuyos contratos hubiera quedado subrogado, con la posibilidad, eso sí, de que esta responsabilidad quede exonerada, por decisión del juez, en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.

Observemos que esta última regla resulta esencial, puesto que, en su virtud, la obligación de pago del adquirente queda limitada a los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado, no siendo extensiva, por tanto, a las restantes deudas laborales y de seguridad social del deudor concursado, lo que hace más liviana esa responsabilidad y, también, más interesante la operación en su conjunto. En todo caso, cabe matizar que esta limitación de

presupuesto subjetivo y objetivo del concurso, y que la administración concursal, en su informe, ponga de manifiesto la bondad de la oferta de adquisición y la satisfacción del interés superior del concurso.

⁴⁷ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación...», *op. cit.*, p. 5.

responsabilidad no será de aplicación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 224.2 del TRLC, a los supuestos en los que el adquirente sea persona especialmente relacionada con el deudor, en cuyo caso se subrogará en todas las deudas laborales y de la seguridad social de este.

Estas notables particularidades de la sucesión de empresa en sede concursal son las que han llevado a ciertos autores a entender que su concepto y sus efectos se desvirtúan en el seno de este procedimiento, hasta el punto de dudar incluso de su existencia. Pensemos, a este último respecto, que no será necesario asumir todos los contratos laborales vigentes, que podrán modificarse las condiciones laborales de los trabajadores y que cabe incluso, como hemos visto, acordar una reducción significativa de la responsabilidad por deudas previas con cargo al Fondo de Garantía Salarial⁴⁸.

Una ulterior cuestión a la que conviene referirse en este campo es la eventual existencia de trabajadores que prestan sus servicios indistintamente para varias unidades de negocio, cuando la transmisión afecte solo a alguna o algunas de ellas. En estos casos, los tribunales han rechazado la aplicación de criterios de proporcionalidad, que implicarían el traspaso de un número proporcional de trabajadores a cada concreta unidad, sino que se inclinan por entender afectados por la sucesión solo a aquellos trabajadores que prestan sus servicios de forma exclusiva o prevalente en la unidad de negocio que se transmite⁴⁹.

b. La subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial

El artículo 222 del TRLC recoge una norma de suma importancia para la continuidad de la actividad empresarial, y que resulta de indiscutible interés para el adquirente de la unidad productiva, puesto que le permite subrogarse en los contratos afectos a la actividad empresarial o profesional que se desarrollen en esa unidad, sin necesidad de contar con el consentimiento de la contraparte⁵⁰. Se impide de este modo que esta última pueda entorpecer el buen éxito de la realización de esa unidad productiva⁵¹, al tiempo que se introduce un elemento de agilidad y sencillez verdaderamente loable. Esto último es ciertamente de agradecer, sobre todo si se toma en consideración que nuestro ordenamiento jurídico carece de un régimen general o común sobre la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas⁵², lo que nos remite, en última instancia, a las reglas establecidas en los artículos 347 y 348 del Código de comercio, que no fueron pensadas precisamente para este tipo de situaciones⁵³.

Al propio tiempo, no está de más poner de manifiesto que esa subrogación determina asimismo una ventaja inmediata para los intereses generales del concurso, puesto que la extinción del contrato para el deudor implica, a su vez, que no se sigan incrementando de cara al futuro los créditos contra la masa que nacerían con arreglo a esos contratos en los que se subroga el

⁴⁸ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 224», *op. cit.*, p. 222 y p. 227.

⁴⁹ BARROS GARCÍA, M.: «Comentario al artículo 221», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, pp. 1259-1266, en concreto, pp. 1261 y 1262.

⁵⁰ Se trata, por consiguiente, de una regla muy distinta a la recogida en el artículo 1205 del Código civil, según el cual la novación subjetiva de una obligación no puede hacerse sin el consentimiento del acreedor.

⁵¹ SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 444 y 445.

⁵² Véase, en dicho sentido, RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 2.

⁵³ De ahí que, incluso con anterioridad a su expresa previsión legal, nuestra jurisprudencia hubiera acogido esta regla de la subrogación contractual forzosa en algunos supuestos. Es el caso, por ejemplo, del auto del Juzgado de lo Mercantil nº12 de Madrid, de 4 de diciembre de 2012; y del auto del Juzgado de lo Mercantil nº8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013.

adquirente⁵⁴. Es importante aclarar asimismo que la subrogación de la que se habla no perjudica los posibles derechos que la contraparte pudiera tener con respecto al contrato en el que se va a subrogar el adquirente. Es el caso típico del arrendamiento de un local o inmueble en el que se desarrolla una determinada actividad económica. Si ese contrato tiene prevista, por ejemplo, en el caso de cesión del mismo, la elevación automática en un 20% de la renta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no se podrá poner en cuestión dicho derecho a favor del tercero arrendador⁵⁵.

En el apartado tercero del artículo 222, se aclara también que cuando la actividad en cuestión se continúe en las mismas instalaciones en las que se desarrollaba hasta esa fecha, la subrogación se extenderá asimismo a las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional que formen parte de la unidad productiva. Pese a que la normativa concursal no recoge la obligación de comunicar a la contraparte cedida el hecho de la transmisión, con la subsiguiente subrogación por parte del adquirente, es recomendable que se proceda a dicha comunicación, ya sea por parte de la administración concursal, el concursado o el mismo adquirente, ya que ello contribuirá a dotar de mayor seguridad jurídica al buen fin de la operación en su conjunto⁵⁶.

Como excepciones a la regla general de subrogación en los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial, deben tenerse en cuenta las siguientes previsiones legales:

- a) La cesión de contratos administrativos se llevará a cabo siempre con arreglo a lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público (artículo 222.2 del TRLC). Conforme a dicha normativa, debe saberse que el artículo 98.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de Sector Público, indica que *«en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato»*⁵⁷. De ahí, por tanto, que para este tipo de contratos no rija la subrogación automática, sino que habrá que comprobar, en cada caso, que se siguen reuniendo las condiciones necesarias para su mantenimiento, lo que en ciertos supuestos puede implicar una demora considerable en la ejecución de la operación.
- b) El adquirente, en el momento de formular la oferta, puede haber manifestado expresamente su intención o voluntad de no subrogarse en determinadas licencias, autorizaciones o contratos no laborales (artículo 223 del TRLC), de manera que habrá que tener siempre en cuenta dicha eventual manifestación a la hora de precisar el alcance real de la subrogación. La referencia expresa a los contratos no laborales no

⁵⁴ FERNÁNDEZ ABELLA, J. M^a: «Novedades en la venta de la unidad productiva, a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal, expectativas y dudas que genera», en *Mercantil y Concursal: revista digital*, Editorial Sepin, n°39 (2021).

⁵⁵ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 222», *op. cit.*, p. 213.

⁵⁶ VERDUGO GARCÍA, J. y FARIÑAS PEÑA, J. M.: «Transmisiones de unidades productivas y cesiones de contratos: ¿deben comunicarse a las contrapartes cedidas?», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n°34, enero de 2021, pp.259-268.

⁵⁷ Véase también sobre este particular los artículos 214 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público, referidos a la cesión del contrato.

debe interpretarse en el sentido de que la subrogación en los laborales es siempre obligatoria, puesto que ya hemos visto que, a la hora de delimitar el perímetro de la unidad productiva, el adquirente puede precisar, en el momento de formular su oferta, el número de contratos de trabajo en que se subroga y, por tanto, el número de trabajadores que asume⁵⁸.

En todo caso, esta particularidad evidencia que si bien, salvo contadas excepciones, la subrogación es obligatoria para la contraparte, no lo es para el adquirente, de manera que resulta aconsejable que se delimite claramente el perímetro de la unidad productiva, con identificación exacta de los contratos que han de ser objeto de traspaso, y que el adquirente manifieste claramente en su propuesta u oferta los contratos en los que no está dispuesto a subrogarse.

Finalmente, con respecto a esta cuestión, conviene dejar constancia de que la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia, contiene normas específicas referidas a la cesión o resolución de los contratos vigentes al momento de la transmisión de la unidad productiva (artículo 27 de la Propuesta), siendo sus aspectos más relevantes los siguientes: (i) la subrogación automática, sin consentimiento de la contraparte, no será de aplicación si el adquirente de la unidad productiva es un competidor de esa contraparte; y (ii) que el Juez debe poder decidir la resolución de un contrato vigente al momento de la transmisión, siempre que ello redunde en beneficio de esa unidad productiva o se trate de un contrato público y el adquirente carezca de los requisitos técnicos y legales para prestar los servicios prestados en dicho contrato.

c. *Los efectos sobre los créditos pendientes de pago*

Uno de los principales inconvenientes que puede representar para el adquirente la adquisición de una unidad productiva que forma parte del activo de un deudor insolvente es, sin lugar a dudas, la delimitación precisa del pasivo que se asume con la misma. Parece claro, en este sentido, que la pervivencia de esa unidad productiva, y la de los puestos de trabajo a ella asociados, dependerá, en muchas ocasiones, de su capacidad para manifestarse útil y rentable en un futuro inmediato, a lo que no resulta ajena, por motivos bien comprensibles, la carga económica que sobre la misma pese.

En previsión de ello, el TRLC, en su artículo 224, nos ofrece un régimen legal que parte de un principio general, que no es otro que el de la exención de responsabilidad por el pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa. De este modo, como principio general, la única obligación del adquirente se concreta en el pago de un precio que se integrará en la masa activa del concurso, sin que asuma obligación alguna por la existencia de deudas anteriores⁵⁹. En síntesis, y de modo expresivo, se adquiere, al modo de lo que es característico de la liquidación concursal, un activo exento, salvo algunas excepciones que veremos a continuación, de pasivo⁶⁰.

⁵⁸ MUÑOZ PAREDES, J. M^a y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 223», *op. cit.*, p. 218.

⁵⁹ En la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia, se refleja también claramente esta regla general, al indicarse expresamente, en su artículo 28, que «los Estados miembros velarán por que el adquirente adquiera la empresa del deudor o parte de la misma libre de deudas y pasivos, a menos que el adquirente consienta expresamente asumir las deudas y los pasivos de la empresa o de parte de la misma».

⁶⁰ Véase, en dicho sentido, FACHAL NOGUER, N.: «El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades», en *Aranzadi Digital*, 2020, n°1, p. 30.

Por consiguiente, con el objetivo de hacer más atractiva la venta, el adquirente parte de la relativa tranquilidad de saber que, tras la adquisición, se verá libre de hacer frente a esos pagos, aunque eso sí, con una serie de excepciones que analizaremos a continuación.

El propio artículo 224 del TRLC nos indica las excepciones a esa regla general, que son las siguientes:

- a) Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación, lo que deberá quedar reflejado de tal modo en la oferta o propuesta de adquisición. Esta asunción expresa puede justificar, como hemos visto en un momento anterior, que el juez tome la decisión de utilizar un modo de realización de la unidad productiva distinto a la subasta, en el que se valore precisamente este mayor valor que representa para los intereses del concurso la asunción de una mayor carga que la prevista legalmente (artículo 224.1. 1º del TRLC). En cualquier caso, lo que debe tenerse presente es que este pago por tercero que efectúa el adquirente, aunque admitido genéricamente sobre la base del artículo 1.158 del Código civil, presenta algunas particularidades en sede concursal, por cuanto ya hemos visto que por esta vía podría acabarse alterando el orden de prelación de créditos legalmente establecido. En este sentido, nada habría que objetar si se trata de un crédito con privilegio especial, puesto que su pago no alterará ese orden, pero sí para cualquier otro tipo de crédito, salvo que ese pago se materialice en el marco de un convenio de asunción (artículo 324 TRLC) y con las garantías previstas para los acreedores en los artículos 351 y siguientes⁶¹.
- b) Cuando una disposición legal establezca expresamente la asunción de determinados pasivos (artículo 224.1. 2º del TRLC). Como se ha evidenciado por algunos autores, no se encuentran hoy en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones en tal sentido, por lo que solo puede entenderse esta excepción como una habilitación general a cualquier previsión futura en este sentido⁶².
- c) Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. Ya hemos visto también que, respecto de estos créditos, el juez puede acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial (artículo 224.1. 3º del TRLC). En todo caso, lo verdaderamente relevante es observar, como ya hemos reseñado, que la sucesión de empresa laboral solo afectará a los trabajadores de la unidad productiva en la que queda subrogado el adquirente, y no respecto de todos los trabajadores del concursado. Constituye esta una previsión, sin duda, valiente, además de oportuna⁶³, ya que existía una notable confusión en la jurisprudencia sobre este

⁶¹ MUÑOZ PAREDES, J. Mª y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 224», *op. cit.*, p. 222.

⁶² MUÑOZ PAREDES, J. Mª y DÍAZ LLAVONA, C.: «Comentario al artículo 224», *op. cit.*, p. 223.

⁶³ Véase, en este sentido: BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, p. RR-2.3, quien señala que «la limitación de la extensión de las obligaciones laborales y de seguridad social del adquirente a los trabajadores afectos a la unidad productiva es una forma perfectamente razonable y adecuada de potenciar este tipo de operaciones y de proteger los distintos intereses en juego, los del adquirente, los de los acreedores del concursado, los de los trabajadores afectos a la unidad productiva y también los de los demás trabajadores que podrán así ver mejoradas sus expectativas de cobro de sus créditos, a costa, sin embargo, de los trabajadores cuyos contratos se han extinguido con anterioridad, que verán rechazadas las pretensiones de cobro de sus créditos pendientes frente al adquirente».

particular, que parece ser ahora definitivamente resuelta⁶⁴. De este modo, se ha querido facilitar al máximo la transmisión, liberando al adquirente de la carga de esos créditos laborales y de seguridad social⁶⁵.

- d) Cuando el adquirente de la unidad productiva sea una persona especialmente relacionada con el concursado (artículo 224.2 del TRLC), lo que obedece a la necesidad de evitar situaciones de fraude, en las que la enajenación de la unidad productiva no tenga otro propósito que el de sanear las deudas de la misma, sin que se produzca verdaderamente un cambio real y efectivo de su titular. No se trata, por consiguiente, de prohibir que esas personas puedan concurrir a la adquisición, sino de excluirles del beneficio de la no responsabilidad por deudas anteriores.

No obstante, no podemos conducirnos a engaño, la regla a la que nos acabamos de referir constituye un freno indiscutible a este tipo de adquisiciones, ya que, en estos casos, la transmisión ya no será de una unidad productiva propiamente dicha, sino de un conjunto de activos y pasivos que normalmente la harán inviable. De ahí que exista cierta controversia doctrinal con respecto a esta cuestión: por un lado, existen autores que se muestran ciertamente críticos con la excepción, por cuanto muchas veces la opción de enajenación solo se plantea precisamente dentro de ese círculo de personas relacionadas con el concursado y, con esta estigmatización, pueden frenarse operaciones que no siempre revisten un carácter fraudulento⁶⁶; y, por otro, aquellos que sostienen que solo en el caso de que estemos ante un cambio efectivo y real de titular, se justifica el beneficio de la no responsabilidad por deudas anteriores⁶⁷.

Con relación a ello, se hace necesario consignar que la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia parece optar por la posible concesión de esta exención de responsabilidad, incluso para las personas adquirentes especialmente relacionadas con el deudor concursado. En efecto, debemos tener presente, por un lado, que su artículo 28 indica que los Estados miembros velarán por que el adquirente adquiera la empresa del deudor o parte de la misma libre de deudas y pasivos, a menos que el adquirente consienta expresamente asumir las deudas y los pasivos de la empresa o de parte de la misma; y que, por otro, su artículo 32, al referirse a las partes estrechamente vinculadas al deudor en el proceso de venta, señala que los Estados podrán disponer que, cuando se incumplan determinadas obligaciones de transparencia informativa, referidas precisamente a la especial vinculación entre adquirente y oferente, podrá revocarse el beneficio de exoneración al que se refiere el artículo 28. De la interpretación conjunta de ambos preceptos se deduce, por consiguiente, que el legislador nacional puede perfectamente optar por la concesión de dicho beneficio a las personas especialmente relacionadas con el concursado.

⁶⁴ Puede verse sobre esta cuestión, con abundante cita jurisprudencial, BETHENCOURT-RODRÍGUEZ, G.: «Concurso de acreedores y venta de unidad productiva: análisis de los límites a la exoneración de responsabilidad», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº37, 2018, pp. 85-103, en concreto, pp. 97 y 98; CÓRDOBA ARDAO, B.: *op. cit.*; CALERO GARCÍA, S.: *La venta de empresas y unidades productivas en la liquidación concursal*, Valencia (2017), pp. 96-100; y AZOFRA VEGAS, F.: «Enajenación de unidades productivas», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº54 (2020), pp. 39-66, en concreto, p. 57.

⁶⁵ GILO GÓMEZ, C.: «La venta de la unidad productiva...», *op. cit.*, p. 42.

⁶⁶ GARNACHO CABANILLAS, L.: «La pretendida uniformidad legislativa en materia de enajenación de unidades productivas tras las últimas reformas concursales», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº39 (2016), pp. 59-93; y FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTA MARÍA, R.: *op. cit.*, p. 1280.

⁶⁷ PERDICES HUETOS, A.: «La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº34 (2015), pp. 101-112.

La regla general a la que acabamos de hacer referencia, junto con sus excepciones, debe ser completada con la previsión contenida en el artículo 214 del TRLC, que trata de preservar, en este tipo de operaciones, los derechos que, sobre los bienes y derechos afectos a una determinada unidad productiva que se enajena en su conjunto, pudieran tener los titulares de créditos con privilegio especial⁶⁸. Se trata, en síntesis, de prevenir que las garantías que pesan sobre un determinado activo puedan ser burladas sencillamente por medio de su enajenación en el conjunto de una unidad productiva y del beneficio de no responsabilidad por deudas contemplado en el artículo 224 del TRLC.

De este modo, conforme a lo dispuesto en el artículo 214 del TRLC, deben distinguirse las siguientes situaciones:

- a) Si los bienes afectos a la unidad de explotación se transmiten sin subsistencia de la garantía, los acreedores privilegiados afectados tendrán derecho a la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía tiene respecto al valor global de la unidad productiva transmitida. En este caso, si el precio a percibir no alcanza el valor de la garantía, la transmisión de la unidad productiva queda condicionada a su aceptación por los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, siempre que vote a favor, como mínimo, el setenta y cinco por ciento de la clase del pasivo privilegiado especial afectado por la transmisión. De ser así, la parte del crédito garantizado que no quede satisfecha será reconocida en el concurso con la calificación que corresponda (artículo 214.1. 1ª del TRLC).
- b) Si pese a que los bienes se transmiten sin subsistencia de garantía, el precio a percibir por la enajenación fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados, por cuanto cabe presumir que su derecho queda suficientemente salvaguardado (artículo 214.1. 1ª *in fine*).
- c) Si los bienes se transmiten con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación de pago a cargo de la masa activa, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando el crédito excluido de la masa pasiva del concurso. En estos supuestos, tan solo se aclara que el juez deberá velar por que el adquirente tenga la solvencia económica y los medios necesarios para asumir la obligación que se transmite (artículo 214.1.2ª del TRLC)⁶⁹. Se trata, por consiguiente, de una clara excepción al principio según el cual todo acreedor debe intervenir en el negocio jurídico que da lugar a la subrogación de un nuevo deudor, puesto que, en este caso, la modificación opera *ipso iure*, sin que el acreedor pueda oponerse a este cambio de deudor⁷⁰.

⁶⁸ Puede verse, con carácter general, sobre dicha cuestión: HERBOSA MARTÍNEZ, I.: «Comentario al artículo 214», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, pp. 1233-1239.

⁶⁹ Con respecto a esta última cuestión, se ha indicado que se hace difícil comprender en qué puede concretarse esta obligación del juez, afirmándose que, tal vez, puedan establecerse algunos requisitos a tener en cuenta, incluso por aplicación analógica de lo dispuesto en la legislación sobre contratos del sector público, como pueda ser el haber solicitado con anterioridad la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, etc. Véase, en este sentido: SENENT MARTÍNEZ, S.: «La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº26, enero de 2017, pp. 95-116, en concreto, p. 105.

⁷⁰ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Comentario al artículo 214», en *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*, tomo I, obra dirigida por PRENDES CARRIL y FACHAL NOGUER, 2021, pp. 1067-1074, en concreto, p. 1072.

- d) Cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía (artículo 214.1. 3ª del TRLC). Esta última regla implica la concesión de un claro privilegio a los titulares de este tipo de créditos, por cuanto mantienen sus posibilidades de cobro dentro del concurso por razón del privilegio general de sus créditos, manteniendo además fuera del concurso la garantía⁷¹.

De cuanto antecede puede colegirse que, en realidad, uno de los principales problemas con los que se encuentra en la práctica la enajenación en sede concursal de una unidad productiva viene constituido por el hecho de que, en demasiadas ocasiones, el porcentaje de precio a repartir entre los acreedores con privilegio especial no alcanza el valor de la garantía real de cada uno de ellos. En ese marco, si no se convence a esos acreedores, o como mínimo, a un 75% (calculado sobre el valor de los bienes afectos de la misma subclase), su necesidad de consentimiento se convierte en una suerte de derecho de veto que puede impedir la enajenación en sí y de los efectos que se persiguen. Aún así, es justo reconocer que el legislador, al valorar los diversos intereses en juego, ha optado por la regla de la conformidad de la mayoría reforzada del pasivo afectado (el 75%), mitigando con ello la exigencia del consentimiento unánime de los acreedores afectados⁷².

d. Breve referencia a la prohibición de hacer competencia a favor del adquirente

Con la enajenación de la unidad productiva, se va a hacer entrega al adquirente de todos los elementos materiales e inmateriales que, formando parte del perímetro delimitado en la propuesta de adquisición, resulten indispensables para el desarrollo o la continuación de la actividad empresarial. Ya hemos visto, a tal efecto, que el TRLC se cuida de ofrecernos, además, una detallada regulación atinente a la sucesión de empresa y sus efectos laborales y de seguridad social; a la subrogación en los contratos, licencias y autorizaciones afectos a la actividad empresarial; e incluso, a los efectos que la transmisión produce respecto de los créditos pendientes de pago a cargo del deudor concursado. Sin embargo, nada se prevé con respecto al eventual perjuicio que puede causarse al adquirente a consecuencia de una posterior incorporación al mercado de quien, pese a su previa situación de insolvencia patrimonial, conserva aún un cierto conocimiento o dominio del mismo, es decir, el propio deudor.

En este último sentido, algunos autores, pese a reconocer que ni el ordenamiento mercantil ni el TRLC prevén expresamente una regulación que determine la extensión de la prohibición de hacer competencia al adquirente tras la transmisión de la unidad productiva, inciden en la idea de que es posible hallar cierto fundamento en dicha exigencia⁷³. Desde luego, así será cuando ello derive de la existencia de un pacto expreso entre las partes, puesto que ello se ampara sin dificultad alguna en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (artículos 1.255 y 1.275 del Código civil y artículos 50 y 51 del Código de comercio).

Mayor problema presenta sustentar la presencia de este deber de no competencia en aquellos casos en los que las partes intervinientes en la enajenación no hayan alcanzado acuerdo alguno sobre este extremo, lo que, dado el silencio del TRLC, dificulta ciertamente su apreciación. A este respecto, los autores citados, efectuando un análisis doctrinal detallado acerca de la

⁷¹ Véase, en dicho sentido: HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *op. cit.*, p. 1239.

⁷² Véase, en dicho sentido: VILATA MENADAS, S.: «Comentario al artículo 214», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, *op. cit.*, pp. 155-162, en concreto, p. 161.

⁷³ Puede verse, en dicho sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: *La aportación de empresa en la sociedad anónima*, Madrid (2001), p. 631; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 658 y 659.

prohibición de hacer competencia en general, aplicable por tanto a cualquier transmisión, y no solo a la de unidades productivas, descartan que su fundamento pueda hallarse en el entendimiento de la prohibición como algo similar o equivalente al saneamiento por evicción, a un acto de competencia desleal o, incluso, a una prohibición derivada de la propia obligación de entrega. A su juicio, la posición más adecuada es la que encuentra el fundamento de esta obligación de no hacer competencia en el principio general de la buena fe (artículo 1.258 del Código civil y artículo 57 del Código de comercio), que debe permitir al adquirente continuar la actividad empresarial sin sufrir la sustracción de parte de la clientela y de las expectativas de negocio⁷⁴. Con todo, los mismos autores nos advierten que esta obligación, al no reunir carácter esencial, puede no estar presente en la totalidad de los supuestos, particularmente en aquellos en los que su exigencia pueda suponer un daño para el concursado⁷⁵.

2.6. Aprobación de la propuesta u oferta

Por lo que se refiere a la aprobación de la propuesta de adquisición, debe tenerse en cuenta que el artículo 205 del TRLC dispone que *«hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación, los bienes y derechos que integran la masa activa no se podrán enajenar o gravar sin autorización del juez»*. Por consiguiente, hasta ese momento, la enajenación de una unidad productiva, en tanto que forma parte de la masa activa del concursado, debe ser siempre autorizada por el juez, en los términos expresados en el artículo 518 del TRLC, a cuyo efecto deberá recabar previamente audiencia, por plazo de quince días, a los representantes de los trabajadores, si existieran, y para el caso de que la enajenación supusiera la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contrato o la reducción de jornada de carácter colectivo, tomar en consideración las normas contenidas en los artículos 169 y siguientes del TRLC referidas a los efectos sobre los contratos de trabajo (artículo 220 del TRLC).

No obstante, debe tenerse presente que, cuando se recurre al modo ordinario de enajenación, esto es, la subasta, la enajenación no precisa, en realidad, de autorización judicial, pudiendo ser decidida en cualquier momento por la administración concursal. La autorización solo se requerirá en el caso del artículo 216.1 del TRLC, es decir, cuando la subasta quede desierta o cuando, en cualquier estado del concurso, se pretenda la venta directa o por medio de persona o entidad especializada⁷⁶.

Por su parte, si la enajenación se produce ya en fase de liquidación, habrá que aplicar las normas específicas existentes para esta concreta fase del procedimiento concursal, de entre las que destaca, a los efectos que interesan ahora, la contenida en el artículo 421 del TRLC, en cuya virtud, de no haber establecido el juez reglas especiales de liquidación, el administrador concursal realizará los bienes y derechos de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso, debiendo respetar, en todo caso, la regla del conjunto (artículo 422) y la de la subasta como modo preferente de enajenación (artículo 423).

2.7. Cancelación de cargas

Ya hemos visto que la enajenación concursal de una unidad productiva del deudor se caracteriza por la exención de responsabilidad, a cargo del adquirente, por el pago de los

⁷⁴ Véase, en dicho sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº22 (2015), pp. 149-162., en concreto, p. 161; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 664-667.

⁷⁵ RUBIO VICENTE, P. J.: «La aportación de empresa...», *op. cit.*, p. 637; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 666 y 667.

⁷⁶ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: *op. cit.*, pp. 1078 y 1079.

créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, con la particular existencia de unas específicas reglas de aplicación a los bienes y derechos de la masa activa afectos a créditos con privilegio especial que estuviesen incluidos en esa unidad productiva (artículos 214 y 224 del TRLC).

Pues bien, en consonancia con lo anterior, el artículo 225.1 del TRLC cierra las subsecciones referidas a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, con una ineludible mención a que, en el auto del juez por el que se autorice la transmisión de los bienes o derechos que forman parte de una unidad productiva, se acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, corriendo dichos gastos a cargo del adquirente. Se trata, como es natural, de una consecuencia directa de lo recordado en el párrafo anterior, orientada a proporcionar a ese tercero la adquisición de un patrimonio libre de cargas y gravámenes.

Naturalmente, nuevamente en clara adecuación con lo dispuesto en el artículo 214 del TRLC, el artículo 225.2 exceptúa de dicha cancelación de cargas la transmisión de bienes o derechos afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial, cuando esa enajenación se hubiera efectuado con subsistencia del gravamen. De ahí, como decíamos también en un momento anterior, que el respeto a esos derechos de ciertos acreedores privilegiados pueda constituir, en determinadas circunstancias, un freno a la realización de este tipo de operaciones.

2.8. Especial referencia a la propuesta de convenio con asunción

Ya hemos visto con anterioridad que la enajenación de una unidad productiva no solo puede darse en sede de liquidación concursal, sino que, de hecho, la reforma operada por la Ley 16/2022 ha efectuado especial hincapié en la necesaria anticipación de este tipo de operaciones, al objeto de maximizar el valor de los activos que la integran y de evitar que el paso del tiempo, asociado al deterioro de imagen y de crédito empresarial que supone la declaración de insolvencia, acabe por convertir en poco eficaz o eficiente la venta conjunta de esos activos del deudor.

En este sentido, la enajenación de la unidad puede ser también planteada dentro de la propuesta de convenio que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315 del TRLC, pueden presentar tanto el deudor como los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte de la masa pasiva. Recordemos, a tales efectos, que el artículo 324, ubicado en una subsección que lleva por título «*de la propuesta de convenio con asunción*», contempla expresamente la posibilidad de que una persona, sea natural o jurídica, adquiera una o varias unidades productivas del deudor, en cuyo caso este adquirente deberá concretar en su propuesta el compromiso mínimo temporal que asume en punto a la continuidad de la actividad empresarial, así como respecto del pago, total o parcial, de todos o algunos de los créditos concursales⁷⁷. Este último matiz es ciertamente significativo, y permite alejar la figura del convenio con asunción de lo que pudiera suponer un simple maquillaje o encubrimiento de una liquidación de la masa activa, contenido este del convenio prohibido por mandato expreso del artículo 318.1.3º del TRLC⁷⁸.

Al tratarse de una propuesta para la que se prevé contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad empresarial, la misma debe acompañarse de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de

⁷⁷ Sobre la figura en general del convenio de asunción, puede verse GARNACHO CABANILLAS, L.: *El convenio de asunción*, Madrid (2014).

⁷⁸ MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: «Comentario al artículo 324», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo II, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, pp. 80-85, en concreto, p. 81.

su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (artículo 332.1 del TRLC). En estos casos, es importante consignar también que la admisión a trámite de la propuesta de convenio estará siempre condicionada a la previa audiencia de los representantes de los trabajadores (artículo 342.2 del TRLC).

En cualquier caso, el artículo 324.2 del TRLC se cuida de aclarar expresamente que la transmisión de la unidad o de las unidades productivas al adquirente determinado en la propuesta de convenio con asunción estará sometida a las reglas especiales establecidas en esa misma ley para esta clase de transmisiones, es decir, a las reglas contenidas en los artículos 215 y siguientes del TRLC. Con respecto a ello, se ha puesto de relieve que la remisión lo es solo a determinados preceptos, por cuanto si contamos ya con el modo de transmisión, esto es, el convenio, y con el precio, concretado en ese pago, total o parcial, a algunos o todos los créditos concursales, sobra en realidad la remisión a los artículos 215 («*modo ordinario de enajenación de unidades productivas*»), 216 («*autorización judicial para la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada*»), 217 («*determinaciones a cargo de la administración concursal*»), 218 («*contenido de las ofertas*»), 219 («*regla de la preferencia*») y 220 («*audiencia de los representantes de los trabajadores*»), este último, porque el carácter imperativo de la audiencia a los representantes de los trabajadores ya figura en el artículo 342 del TRLC.

Sin embargo, esa remisión alcanza sus plenos efectos en lo atinente a los aspectos más cruciales de estas especialidades en la transmisión de unidades productivas, esto es, la sucesión de empresa (artículo 221 del TRLC) y el alcance de la subrogación (artículo 222 del TRLC). Ahora bien, ¿qué sucede con los efectos sobre los créditos pendientes de pago (artículo 224 del TRLC)? No cabe otra conclusión posible que entender que la regla del artículo 224 debe ceder ante la regla especial del artículo 324, que se refiere a la «*obligación de pago, total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales*»⁷⁹. De ahí que, en este particular extremo, habrá que estar al contenido efectivo de la propuesta, si bien habrá que tener siempre presente que la misma deberá contar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 376.3 del TRLC, con el voto favorable del sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario⁸⁰.

Por lo demás, el texto legal, que no ha sido reformado con ocasión de la aprobación de la Ley 16/2022, sigue planteando algunas cuestiones que solo podrán ser resueltas también conforme al contenido de la propia propuesta del convenio de asunción, como es el caso de cuál sea el plazo mínimo al que se refiere ese compromiso de mantenimiento de la actividad, por cuanto la norma nada dice al respecto; la problemática referida a si con el deber de asunción, el proponente libera al deudor de su obligación de pago o si, sencillamente, se añade a la misma como obligado solidario⁸¹; y muy particularmente, la de las consecuencias del incumplimiento del compromiso de mantenimiento de la actividad al que nos hemos referido.

Con relación a esto último, se suscita la duda acerca de qué acción puede ejercitarse frente al incumplimiento de tal compromiso. El problema es que, aunque haya un incumplimiento de lo establecido en el convenio, no puede considerarse propiamente un incumplimiento del concursado, sino del tercero que ha incumplido sus obligaciones. Además, ¿quién va a denunciar ese incumplimiento? Pensemos que la administración concursal habrá cesado ya en

⁷⁹ MUÑOZ PAREDES, A.: «Las nieblas del convenio de asunción», en *Diario La Ley*, nº9677, 20 de julio de 2020.

⁸⁰ ESCOLÀ BESORA, M^a E.: «La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento», en *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, 2ª edición, Madrid (2021), obra colectiva dirigida por LLORET VILLOTA y MARQUÉS VILLALONGA, pp. 83-125, en concreto, p. 102.

⁸¹ Puede verse sobre estas cuestiones: ASENCIO PASCUAL, C.: «Aspectos de contenido innovador de la venta de unidad productiva a la luz del nuevo TRLC», en *Diario La Ley*, nº9660, 24 de junio de 2020; FERNÁNDEZ ABELLA, J. M^a: *op. cit.*; y SANZ SANZ, A.: *op. cit.*, pp. 169-171.

sus funciones (artículo 395 del TRLC) y que los acreedores no tendrán excesivo interés, pues a ellos se les ha pagado y no se ven afectados por el mismo, salvo el caso de que hubiesen aceptado un convenio por asunción del que se haya obtenido menos beneficio económico que si se hubiera recurrido a una liquidación separada de los bienes, lo que resultará ciertamente extraño. El único interés verdaderamente afectado será el de los trabajadores, de quienes será muy difícil calcular o precisar los perjuicios sufridos, más allá de las indemnizaciones que pudieran corresponderles por la finalización de su relación laboral y que, en todo caso, deberán ser efectivamente satisfechas.

Cuestión distinta es si el incumplimiento no va referido al compromiso de mantenimiento de la actividad, sino al pago mismo de los créditos contenidos en el convenio con asunción, en cuyo caso el interés de los acreedores en denunciar esa conducta del adquirente se vislumbra mucho más evidente. En estos casos, algunos autores consideran que los acreedores pueden proceder a la declaración de incumplimiento del convenio de asunción, de manera que el mismo quedaría sin efecto y se abriría la fase de liquidación, con la apertura de la sección de calificación pertinente, satisfaciéndose todos los créditos por parte del deudor concursado original y no por el adquirente, en tanto el convenio habría quedado sin efecto. Todo ello, naturalmente, dejando a salvo el derecho de los acreedores insatisfechos a solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados a consecuencia del incumplimiento del convenio⁸².

De este modo, hemos finalizado la exposición y análisis de lo que podríamos denominar régimen general de la enajenación de unidades productivas en sede concursal. A continuación, procede seguir con la explicación de dos procedimientos especiales (artículo 224 *bis* y 224 *ter a septies* del TRLC), que constituyen una auténtica novedad de la reforma del TRLC. Ambos presentan una característica común que las diferencia del régimen general ya expuesto: en efecto, tanto en uno como en otro caso, se exige al adquirente un compromiso de mantenimiento de actividad, de dos años en un caso y de tres en el otro, que no se exige en el régimen general de los artículos 215 a 224 del TRLC que acabamos justamente de analizar. Recordemos que este compromiso tan solo se exige en el caso del convenio de asunción, en el que ya hemos visto el proponente deberá incluir el compromiso mínimo temporal que asume en punto a la continuidad de la actividad empresarial.

3. Los mecanismos iniciados antes de la declaración de concurso para la enajenación de unidades productivas del deudor: el denominado prepack concursal

3.1. Consideraciones de tipo preliminar

Sin lugar a dudas, la principal novedad que ha representado la Ley 16/2022 en lo que atañe a la transmisión de unidades productivas del deudor insolvente, o en situación de probable insolvencia, es la referida al denominado prepack concursal, caracterizado, como anticipábamos en un momento previo, por su preparación anterior a la propia declaración judicial de concurso⁸³. Si bien es cierto que este tipo de medidas no se contemplan de modo

⁸² Véase, en dicho sentido: ENCISO ALONSO-MUÑER, M.: «Comentario al artículo 324», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2020, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA, pp. 891-897, en concreto, pp. 896 y 897; y MARTÍNEZ MUÑOZ, M.: *op. cit.*, p.84.

⁸³ Según puede leerse en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, «especialmente importantes son las nuevas normas relativas a la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas. El deudor, junto con la solicitud de concurso, puede presentar una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas. De este modo, la ley da carta de naturaleza a instrumentos técnicos arraigados en otras experiencias jurídicas, como es el pre-pack administration».

expreso en la Directiva sobre reestructuración⁸⁴, no lo es menos que contribuyen a mejorar la eficiencia del procedimiento concursal en su conjunto, y se inscriben, en definitiva, en ese anhelo de fomentar la reestructuración preventiva y de reducir al máximo la duración y los costes del procedimiento concursal⁸⁵.

La idea que subyace bajo dicha previsión es, naturalmente, la necesidad de evitar la depreciación de los activos del deudor que se produce normalmente conforme va avanzando el procedimiento concursal, asociada en buena parte a la imagen negativa que toda situación de insolvencia genera en el mercado. De este modo, lo que se persigue es que, tan pronto como se declare el concurso, se esté ya en disposición de proceder a la enajenación de la unidad productiva. Además, no puede ignorarse que, en ese contexto preconcursal, la enajenación de una unidad productiva puede contribuir también a paliar la falta de liquidez del deudor, pudiendo incluso, en ocasiones, especialmente en el contexto de un plan de reestructuración, erigirse en la única solución viable para evitar la inminente o probable situación de insolvencia⁸⁶.

Expuesto de este modo, se comprenderá que el mecanismo al que nos referimos se coloque en una situación extramuros del procedimiento concursal, en la que se persiga incluso una cierta dosis de discreción, que evite precisamente la devaluación de los activos del deudor por mor de la proximidad de la insolvencia y la imagen negativa a ella asociada. De ahí que, contrariamente a lo que sucede en el caso de la enajenación de una unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal ya declarado, el mecanismo de prepack tienda a huir de la publicidad propia de toda decisión concursal relevante. A lo sumo, se recurrirá al auxilio y a la colaboración de expertos que, además de valorar la unidad productiva, podrán poner en contacto al deudor con potenciales adquirentes de la misma, al efecto de ir configurando un cuaderno de venta de sus unidades productivas.

Antes de proceder a la explicación de este nuevo régimen, consideramos conveniente efectuar algunas precisiones iniciales. La primera de ellas para consignar que, ya con anterioridad a la reforma operada por la Ley 16/2022, algunos juzgados de lo Mercantil de nuestro país se anticiparon a la necesidad antes apuntada, ofreciendo algunas alternativas y mecanismos orientados precisamente a maximizar el precio de venta de los bienes y derechos de las empresas insolventes aún no declaradas en concurso, en clara línea con el objetivo previsto en la Directiva comunitaria sobre reestructuración de incrementar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas⁸⁷.

La trascendencia e importancia de ello se tradujo en la adopción de una serie de acuerdos colegiados, de entre los que destacan especialmente los siguientes: (i) las Directrices sobre el procedimiento de tramitación del prepack concursal, elaboradas por los Juzgados Mercantiles de Barcelona el 20 de enero de 2021; (ii) el Protocolo Pre-Pack concursal, aprobado por la Junta sectorial de Jueces de lo Mercantil de Baleares, de 28 de abril de 2021, y ratificado por acuerdo de pleno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 5 de mayo de 2021; y (iii) la

⁸⁴ Cuestión distinta es la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, que dedica ya todo un título, el IV, a la regulación de los procedimientos prepack (artículos 19 a 35).

⁸⁵ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación...», *op. cit.*, p. 3.

⁸⁶ GILO GÓMEZ, C.: «La venta de la unidad productiva...», *op. cit.*, p. 41.

⁸⁷ Se considera pionero en este terreno el auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 29 de julio de 2020 (ROJ: AJM B 373/2020).

Guía de buenas prácticas procesales en materia del artículo 530 del TRLC, aprobado por los Jueces Mercantiles de Madrid el 22 de enero de 2021⁸⁸.

Por elementales razones de espacio, no vamos a poder profundizar en su análisis y detalle, pero sí interesa cuando menos dejar constancia de los aspectos más relevantes a los que se hacía referencia en esos acuerdos, a saber: (i) el momento de la solicitud, ya fuera el escrito de comunicación de apertura de negociaciones, ya fuera un escrito posterior; (ii) la forma y contenido de la solicitud, previéndose en algunos casos la posibilidad de solicitar el nombramiento de un experto independiente o administrador en materia de reestructuración⁸⁹; (iii) el contenido de la fase preliminar de las operaciones de prepack concursal; (iv) las funciones a desarrollar por parte del experto, así como su estatuto y retribución, con especial referencia a la emisión de un informe sobre el resultado de la fase preliminar; (v) y la fase judicial de autorización e implementación de las operaciones de prepack concursal.

La segunda precisión va referida a que, también con anterioridad a la reciente reforma, existían ya en el TRLC algunos preceptos que se orientaban hacia un similar o parecido objetivo. Este era el caso, por ejemplo, del artículo 530, hoy suprimido, que en sede de liquidación, ya preveía la posibilidad de que el deudor, junto a la solicitud de concurso, presentara un plan de liquidación que contuviera una propuesta escrita vinculante de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento, en cuyo caso el juez debía proceder de inmediato a la apertura de la fase de liquidación.

Por razones elementales y muy fáciles de comprender, esta previsión normativa amparaba que la negociación de la venta se produjera en un momento previo a la declaración del procedimiento concursal, con todo lo beneficioso que ello pudiera suponer tanto para el fin solutorio como conservativo del concurso. Del mismo modo, la previsión contenida en el artículo 215 del TRLC, al utilizar la expresión «*en cualquier estado del concurso*», podía también ser interpretada en el sentido de otorgar respaldo legal suficiente a la posible venta de la unidad productiva antes incluso de que el procedimiento concursal hubiese sido declarado⁹⁰.

Precisamente en línea con lo anterior, resulta de interés profundizar en la distinción entre ventas anticipadas de unidades productivas y ventas prepack propiamente dichas. Las primeras son aquellas que se llevan a cabo en un momento temprano tras la apertura del procedimiento de insolvencia, pero que no han sido objeto de preparación con anterioridad a la declaración de concurso. Son, en síntesis, las que hemos analizado en el apartado anterior, sobre todo cuando se anticipan a la fase de liquidación, y su finalidad es evidente: no demorar en exceso la enajenación del activo, puesto que ello contribuye a su deterioro. Por su parte, las ventas prepack vienen caracterizadas por un plus adicional, su preparación anterior a la solicitud de declaración de concurso, lo que implica una labor previa de comercialización e identificación de potenciales adquirentes, al objeto de que, una vez declarado el concurso, la venta sea prácticamente inmediata⁹¹.

Más allá de lo anterior, se hace necesario efectuar también una reflexión crítica acerca de la sistemática utilizada en la nueva regulación. En efecto, el artículo 224 *bis* del nuevo TRLC, destinado a regular la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o

⁸⁸ Puede verse un interesante y detallado estudio de estos documentos y de su incidencia y aplicación en los momentos previos a la reforma de la Ley 16/2022, en BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, p. RR-2.4.

⁸⁹ Esta posibilidad quedó sin embargo excluida en la Guía aprobada por los Jueces Mercantiles de Madrid.

⁹⁰ Puede verse, con relación a estos aspectos, GILO GÓMEZ, C.: «La venta de la unidad productiva...», *op. cit.*, pp. 43 y 44; y GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, pp. RR-2.4.

⁹¹ Puede verse, con relación a esta distinción, GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.1.

varias unidades productivas, se ubica al final de una subsección destinada a regular las especialidades de la enajenación de unidades productivas. Sin embargo, sin razón aparente alguna, los artículos 224 *ter* a *septies*, cuyo objeto es la regulación de la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, se ubican en una subsección siguiente distinta, fuera por tanto de esas especialidades atinentes a la enajenación de unidades productivas. Además, según se ha evidenciado por algún autor, estos artículos se suceden según un orden cronológico inverso al que sería normal en términos de venta prepack, ya que primero se regula la solicitud de concurso con su tramitación posterior, y solo después, aquello que debería aparecer en un estadio anterior a la presentación de esa solicitud, es decir, la designación del experto⁹².

Esta circunstancia, añadida a la supresión en la versión definitiva de la Ley 16/2022 del artículo 224 *octies* del Anteproyecto, en el que se declaraba la aplicación supletoria de las normas contenidas en la subsección sobre especialidades de la enajenación de unidades productivas, a la dedicada a la solicitud de nombramiento de experto, puede provocar dudas sobre la coherencia y coordinación normativa entre ambas subsecciones, sobre todo si las mismas se proyectan sobre aspectos tan trascendentes como la eficacia de la transmisión en todo lo referido a la sucesión de empresa y sus importantes efectos laborales y de seguridad social⁹³. En cualquier caso, y a tales efectos, resulta oportuno recordar que, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 28 de abril de 2022 (C-237/20), tanto en un supuesto como en otro serán igualmente de aplicación las reglas concursales sobre sucesión de empresa previstas para la transmisión de unidades productivas.

Sea como fuere, lo cierto es que la Ley 16/2022 ha venido a consagrar legalmente ese espíritu consistente en favorecer la anticipación de esas operaciones destinadas a obtener el mayor rendimiento posible de la enajenación de una o varias unidades productivas de la empresa en situación de crisis. En líneas generales, el juicio global que merece la reforma en este punto debe ser positivo, entre otras razones, porque contribuye a dotar de mayor seguridad jurídica un escenario en el que, hasta ahora, debíamos movernos con pies de plomo, y siempre con la natural inseguridad que generaba tener que depender de unas directrices judiciales que, pese a su indudable buena intención, no ofrecían las garantías adecuadas a este fin.

Ahora bien, este primer juicio no debe impedir una reflexión crítica del nuevo régimen, ya que, a nuestro entender, presenta aspectos manifiestamente mejorables. De hecho, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, su aplicación ha generado ya notables e importantes controversias, en cuanto a su interpretación y significado, que han motivado nuevamente la aparición de guías y criterios aprobados por algunos juzgados de lo Mercantil, al objeto de procurar y facilitar una aplicación uniforme de sus reglas.

En cualquier caso, lo cierto es que este nuevo escenario plantea una serie de problemas y de cuestiones que precisan de una regulación específica y diferenciada de la enajenación que se efectúa en sede concursal. En las páginas que siguen, vamos a ocuparnos precisamente de ese nuevo régimen, diferenciando dos situaciones distintas: por un lado, la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas (artículo 224 *bis* del TRLC) y, por otro, la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC). Como apunte final,

⁹² GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

⁹³ Puede verse, en este sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación...», *op. cit.*, quien advierte que aunque la concreción del perímetro de la sucesión se realiza antes de la declaración de concurso, su aprobación y ejecución se producirán en el marco del procedimiento concursal, por lo que es lógico que le afecten las mismas reglas y limitaciones.

efectuaremos una valoración crítica del nuevo régimen, así como algunas propuestas o reflexiones *de lege ferenda*, que pretenden básicamente ofrecer un marco de mayor seguridad jurídica al nuevo escenario concursal que se ha diseñado.

3.2. La solicitud de concurso con presentación de oferta vinculante de adquisición de una o varias unidades productivas

La aparición de este artículo 224 *bis* ha venido acompañada, como decíamos en un momento anterior, de la derogación del antiguo artículo 530 del TRLC. No en vano, ambos parten de una misma premisa: la presentación por parte del deudor, junto a la solicitud de declaración de concurso, de una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas. Desde este punto de vista, ambas regulaciones inciden esencialmente en lo mismo, esto es, en el curso que debe darse a esa solicitud o, si se prefiere, en el discurrir del procedimiento concursal a partir de la presentación de la misma.

La diferencia entre ambas radica, no obstante, en un matiz esencial: el artículo 530 del anterior TRLC exigía siempre para su aplicación la presentación de un plan de liquidación a cargo del deudor, de manera que esa venta de unidad productiva, preparada con antelación a la declaración de concurso, debía ir acompañada necesariamente de la liquidación subsiguiente del patrimonio del deudor. Sin embargo, el artículo 224 *bis* del nuevo TRLC permite ahora que el deudor no solicite la apertura de la fase de liquidación, siendo por consiguiente perfectamente posible que la venta se lleve a cabo en fase común⁹⁴, e incluso que se pretenda, con la otra u otras unidades productivas que resten en su patrimonio, la continuación de su actividad por medio de un convenio concursal con sus acreedores⁹⁵.

Veamos, a continuación, los rasgos más sobresalientes de este nuevo régimen, siguiendo ordenadamente el procedimiento contemplado en el artículo 224 *bis* del TRLC, que halla su razón de ser, a diferencia de la sencillez procedimental del trámite que analizaremos en el apartado siguiente, referido a la solicitud de nombramiento de un experto para recabar ofertas de adquisición de una o varias unidades productivas, en la ausencia precisamente de esa figura del experto como delegado del juez para la búsqueda y selección de ofertas ventajosas para los intereses generales del concurso, es decir, lo que se podría calificar estrictamente de prepack concursal.

Como ya hemos indicado, la iniciativa en este caso corresponde al deudor, quien con anterioridad a la solicitud de declaración de concurso, se habrá ocupado de delimitar el perímetro de la unidad productiva, con todos sus bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones, y de identificar un tercero, que puede ser perfectamente un acreedor, dispuesto a presentar por escrito una propuesta vinculante para la adquisición de esa unidad productiva.

En esta tarea previa de delimitación del perímetro, que podrá alcanzar a una o a varias unidades productivas, el deudor podrá, como es natural, servirse del auxilio de entidades especializadas en este tipo de operaciones, a cuyo efecto las podrá escoger libremente, a diferencia del supuesto contemplado en el artículo 224 *ter* del TRLC, en el que, como veremos, el deudor solicita al juez el nombramiento de un experto para recabar las ofertas de adquisición. En todo caso, como bien se cuida de aclarar el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Sevilla, de 10 de noviembre de 2022 (ROJ: AJM SE 1911/2022), el juez puede, en el momento en que declare el concurso, requerir al oferente para que señale, de modo más preciso, el perímetro concreto de la unidad productiva que se pretende adquirir.

⁹⁴ GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

⁹⁵ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 3.

El mismo día en que se publique la declaración de concurso del deudor en el Registro público concursal, se publicará igualmente, en el portal de liquidaciones concursales de dicho Registro, la oferta de adquisición de una o varias unidades productivas de ese deudor (artículo 224 *bis* 9 del TRLC). Con respecto a esta cuestión, es necesario efectuar una serie de consideraciones. La primera, que este portal de liquidaciones concursales supone una herramienta de nueva creación en la Ley 16/2022, en cuya disposición adicional sexta se otorga un plazo de seis meses desde su entrada en vigor para su puesta en funcionamiento, al objeto de que puedan figurar en el mismo una relación de las empresas en fase de liquidación concursal y cuanta información resulte necesaria para facilitar la enajenación del conjunto de los establecimientos y unidades productivas.

La segunda, tiene aún mayor relevancia, y consiste en evidenciar, en línea con lo que comentábamos anteriormente, que el precepto vincula esa publicidad al momento en que se publique la propia declaración de concurso, de manera que resulta perfectamente posible que la confección de esa oferta no haya salido nunca del ámbito de control o conocimiento del propio deudor. Decimos esto porque, en la versión que figuraba en el artículo 224 *bis* del Anteproyecto de reforma del TRLC, la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, requería literalmente que *«el deudor o el experto realice con carácter previo una publicación en el portal de liquidaciones concursales del Registro público concursal, al que se deberá remitir cuanta información resulte necesaria para facilitar la realización de ofertas por acreedores o terceros»*.

Es decir, a diferencia del texto finalmente aprobado, en el que se omite ya la referencia al experto, se buscaba facilitar un proceso de captación de ofertas en un momento previo al del propio inicio del procedimiento concursal, lo que resultaba inherente al mecanismo de venta anticipada prepack propiamente dicho⁹⁶. De este modo, el legislador ha parecido optar por reservar este tipo de operaciones al supuesto contemplado en los artículos 224 *terties* a *septies*, al que nos referiremos en un momento posterior. Así, a diferencia también de este último supuesto, es perfectamente posible que el deudor no haya desarrollado labor de prospección alguna y se haya limitado a alcanzar un acuerdo con un tercero para que este último presente esa propuesta vinculante de adquisición.

Con independencia de lo anterior, la obligación, a cargo del primer oferente, y no solo del deudor, de facilitar, a requerimiento del juez, cuanta información considere necesaria o conveniente para facilitar la presentación de otras ofertas por acreedores o terceros, y que será publicada en el portal de liquidaciones del Registro concursal (artículo 224 *bis* 9 *in fine* del TRLC), plantea aún una ulterior cuestión de indudable interés, cual es la de la situación de desventaja en la que se acaba situando a este primer oferente, que deberá compartir con eventuales competidores cierto tipo de información que ha manejado para presentar la oferta, que tal vez hubiese preferido mantener en reserva⁹⁷.

En cualquier caso, habrá que coincidir en que la puesta a disposición de esa información, al margen de respetar la normativa general sobre protección de datos o de tutela de los secretos empresariales, deberá preservar también el valor mismo de la unidad productiva objeto de enajenación, por lo que no dejará de ser siempre información agregada y de carácter muy general, reservando, a nuestro entender, en todo caso, la facilitación de información más

⁹⁶ Puede verse, en este sentido, GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

⁹⁷ Véase, en dicho sentido, ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 4.

sensible y delicada a la previa firma de un acuerdo de confidencialidad por parte del tercer inversor interesado en la presentación de una oferta vinculante⁹⁸.

Por lo que se refiere estrictamente al contenido de la oferta o propuesta de adquisición, que tendrá carácter vinculante para quien la presente, deberá indicarse, como es natural y aunque nada se diga de ello en el texto, el precio de adquisición, así como la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera por un mínimo de tres años. Se introduce así un requisito que pretende salvaguardar, en la medida de lo posible, la continuidad de la actividad empresarial, contemplando expresamente que el incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de daños y perjuicios causados (artículo 224 *bis* 1 *in fine* del TRLC). Cabe consignar, en este punto, que dicho compromiso no aparecía en el Anteproyecto de Ley de reforma del TRLC, y su inclusión ha supuesto equiparar, en lo que se refiere a esta obligación, el mecanismo de este artículo 224 *bis* con el del 224 *ter*, en el que ya aparecía dicho compromiso en el texto del Anteproyecto de Ley.

Con relación a esta última cuestión, no se acaba de comprender, en realidad, la razón de que esta previsión no se contemple, con carácter general, para todas las enajenaciones de unidades productivas. De hecho, como se ha señalado acertadamente, no se recoge ni tan siquiera para el resto de ofertas alternativas que pudieran plantearse a la primera oferta presentada con la solicitud de declaración de concurso, si bien el sentido común no permite una interpretación distinta a la de su igual exigencia⁹⁹. En otro orden de cosas, tampoco se aclara quién será el juez competente para conocer de esta acción de responsabilidad, si el del concurso, lo que parece lo más razonable conforme al carácter exclusivo y excluyente de su jurisdicción *ex* artículo 52.1 del TRLC, o el juez de primera instancia que resultara competente de acuerdo a las normas procesales generales de atribución de competencia objetiva o material.

Con todo, respecto del juicio crítico que, con carácter general, merece la inclusión de esta obligación, se han efectuado también otras reflexiones ciertamente interesantes. Así, se señala que, en realidad, no obliga a casi nada, ya que no se precisa con exactitud qué significa realmente continuar o reanudar la actividad. En este sentido, al no exigirse que se mantenga igual, nada impide, en efecto, que se modifiquen determinados aspectos del negocio, incluida la posibilidad de despedir a algunos trabajadores. Pero es que, además, la indemnización a la que se anuda el incumplimiento de la obligación precisará de la justificación de unos daños y perjuicios de muy difícil acreditación, ya que, como indicábamos antes, si se puede modificar la actividad o algunos aspectos del negocio, las decisiones que se tomen (cambio de proveedores, despido de trabajadores, etc.) quedarán amparadas en el principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución, excepción hecha, por descontado, de las indemnizaciones que se generen, legal o contractualmente, por la extinción de determinadas relaciones jurídicas¹⁰⁰. Por otro lado, cabe aún una reflexión ulterior, de difícil respuesta: ¿se mantiene la obligación aún en el caso de que la explotación de esa unidad productiva se manifieste claramente deficitaria?

Resulta interesante destacar en fin que, con respecto al plazo de tres años contenido en el artículo 224 *bis* 1 del TRLC, se aprecia una notable diferencia con relación al plazo de dos años

⁹⁸ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: «Píldoras sobre la reforma concursal (XLV). El concurso de acreedores: solicitud de concurso con oferta vinculante de adquisición de unidad productiva (sin prepack)», accesible en <https://www.linkedin.com/pulse/pildoras-sobre-la-reforma-concursal-xlv-el-concurso-gonz%C3%A1lez-v%C3%A1zquez/?originalSubdomain=es>

⁹⁹ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: *op. cit.*

que se contempla en el supuesto del que nos ocuparemos en el apartado siguiente, esto es, el de las ofertas de adquisición recabadas por un experto nombrado por el juez a solicitud del deudor (artículo 224 *septies* 2 del TRLC). Al parecer, esta diferencia no obedece a lógica alguna, sino que se debe a un burdo error en la tramitación parlamentaria de la Ley 16/2022. De hecho, en el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, se ha introducido ya una enmienda que, fundada en razones de simple mejora técnica, modifica el artículo 224 *bis* 1 del TRLC y unifica ambos plazos en dos años¹⁰¹.

En cualquier caso, una vez dictado el auto de declaración de concurso, y publicada la oferta de adquisición en el portal de liquidaciones, el juez concederá un plazo de quince días para que los acreedores que se personen puedan formular a la propuesta las observaciones que estimen convenientes, así como para que cualquier interesado, que puede ser también un acreedor, presente propuesta vinculante alternativa a la presentada junto a la solicitud de declaración de concurso. Dentro de ese mismo plazo de quince días, el juez requerirá a la administración concursal para que emita informe de evaluación de la oferta presentada (artículo 224 *bis* 2 del TRLC).

De nuevo, pueden efectuarse algunas reflexiones con respecto a la apertura de este plazo. En primer lugar, para constatar que la invitación a otros potenciales oferentes se produce ya en sede concursal, es decir, una vez que ha trascendido ya al mercado la situación de insolvencia del deudor, con los condicionantes indudables que ello representa en punto a un mayor o menor valor de la unidad productiva que pretende enajenarse aisladamente. Y, en segundo lugar, para dejar constancia que la brevedad del plazo de esos quince días coloca en una evidente situación de asimetría informativa a favor del primer oferente con respecto a los que pudieran postularse después¹⁰².

En el hipotético supuesto de que se presenten propuestas alternativas de adquisición, el juez deberá requerir a la administración concursal para que, en este caso un plazo de cinco días, emita informe de evaluación sobre las mismas (artículo 224 *bis* 4 del TRLC). En este informe, la valoración de cada una de las propuestas se efectuará atendiendo al interés del concurso, prestando especial atención a los efectos que pudieran tener en las masas activa y pasiva la resolución de los contratos que resultare de cada una de ellas (artículo 224 *bis* 5 del TRLC). Resulta destacable reseñar que, a diferencia de lo que sucede con la propuesta primera presentada por el deudor, no se contempla para estas subsiguientes el trámite de alegaciones sobre su contenido a favor de los acreedores.

Una vez cumplimentado o evacuado el trámite de informe a cargo de la administración concursal, pueden darse tres situaciones distintas:

- a) Que la única oferta presentada sea la que acompañó la solicitud de declaración de concurso por parte del deudor. En este caso, las alegaciones que, en su caso, hubieran formulado los acreedores y, sobre todo, el informe de la administración concursal, serán decisivos a la hora de su aceptación definitiva por parte del juez, quien deberá valorar, siempre y en todo momento, los intereses generales del concurso y, de modo particular, la incidencia que la propuesta pueda tener en orden a satisfacer la finalidad solutoria y conservativa del procedimiento concursal.

¹⁰¹ Enmienda n°212 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista y por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

¹⁰² GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

- b) Que se hubieran presentado propuestas alternativas a la inicialmente presentada. En este supuesto, el juez concederá un plazo simultáneo de tres días a los oferentes para que, si lo desean, mejoren las que cada uno de ellos hubiera presentado (artículo 224 *bis* 6 del TRLC). Se abre, por consiguiente, un periodo que podríamos calificar de puja, cuyo objetivo no es otro que mejorar, en beneficio del interés general del concurso, la contraprestación obtenida a cambio de la enajenación de una determinada unidad productiva. En todo caso, lo relevante es que, dentro de los tres días siguientes al término de ese plazo, el juez procederá a la aprobación de la que resulte más ventajosa para el interés del concurso. Observemos pues que no se aplica en este caso la regla de la subasta, sino que el juez podrá decidir en función de aquello que considere más conveniente para el interés general del concurso, lo que no deja de ser, como se ha puesto de relieve, un concepto jurídico indeterminado de excesiva elasticidad¹⁰³.
- c) Que entre las propuestas presentadas figure una realizada por personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada, posibilidad esta admitida expresamente por el artículo 224 *bis* 3 del TRLC, aunque en realidad no hiciera falta, lo que solo puede obedecer a un guiño ideológico de claro signo social. En este caso, si la oferta en cuestión es igual o superior a la de las demás propuestas alternativas presentadas, el juez priorizará dicha propuesta siempre que ello atienda al interés del concurso, considerando la continuidad de la empresa, la unidad productiva y el mantenimiento de los puestos de trabajo, entre otros criterios (artículo 224 *bis* 6 *in fine* del TRLC).

Con respecto a esta regla, ALCOVER GARAU ha reflexionado sobre su carácter absurdo, ya que no se acaba de comprender esa referencia a si la oferta es superior a las otras, ya que de ser así, debe elegirse, sin necesidad de que se aclare en una regla adicional, mientras que si es igual, se puede optar por ella en interés del concurso, es decir, en virtud del mismo criterio por el que se ha llegado a la conclusión de que son iguales, lo que resulta, como decíamos, ciertamente absurdo¹⁰⁴. De hecho, no se garantiza en absoluto que, en igualdad de condiciones, la unidad productiva se adjudique a estos colectivos de trabajadores, ya que para ello será necesario siempre que dicha decisión «*atienda al interés del concurso, considerando en el mismo la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo entre otros criterios*»¹⁰⁵.

Una vez adjudicada la enajenación de una determinada unidad productiva del deudor concursado, las reglas aplicables a esta transmisión serán las mismas que resultan de aplicación a cualquier enajenación de esta naturaleza, y que han sido analizadas con anterioridad (artículo 224 *bis* 8 del TRLC y, por efecto de su remisión, artículos 215 y siguientes del TRLC), de entre las que recordemos destacan las de subrogación del adquirente en los contratos, licencias o autorizaciones necesarios para la continuación de la actividad empresarial y la reducción del perímetro de la sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social.

Tan solo se hace necesario precisar que, si la ejecución de la oferta vinculante aprobada estuviera sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, entre las que se menciona expresamente la aprobación de la adquisición por parte de las autoridades de la competencia o supervisoras, o la realización de una modificación estructural que afecte a los activos a transmitir, el concursado y la administración concursal llevarán a cabo las actuaciones precisas para asegurar el pronto cumplimiento (artículo 224 *bis* 7 del TRLC). En el caso de la

¹⁰³ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁴ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 3; y en sentido similar, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: *op. cit.*

¹⁰⁵ Véase, en idéntico sentido, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: *op. cit.*

modificación estructural se plantea el problema de que lo que se debe obtener con la enajenación de la unidad productiva es numerario, mientras que, con ciertas modificaciones estructurales, como es el caso de la fusión o la escisión, no se obtiene tal cosa, de manera que quizá sea conveniente que se realice primero la modificación estructural y, justo después, el oferente adquiera las acciones o participaciones sociales que corresponden al deudor concursado en virtud de esa operación de fusión o escisión¹⁰⁶.

En cualquier caso, debe indicarse que, en estos supuestos en los que la adquisición de la unidad productiva queda condicionada al cumplimiento de una condición suspensiva, se faculta además al juez para exigir al adjudicatario la prestación de caución o garantía suficiente de consumación de la adquisición, si las condiciones suspensivas se cumplieran en el plazo máximo para ello establecido en la oferta vinculante, o de resarcimiento de los gastos o costes incurridos por el concurso, para el caso de que la adquisición no se llevara a cabo finalmente (artículo 224 *bis* 7 del TRLC *in fine*).

En síntesis, como ha puesto en evidencia ya algún autor, la configuración legal del régimen que acabamos de describir, caracterizada fundamentalmente por la previsión de un procedimiento que, por sus plazos, raramente permitirá esperar la presentación de ofertas vinculantes de adquisición de unidad productiva, alternativas a la presentada por el deudor en su solicitud de declaración de concurso, permite concluir que más bien se trata de «*una coartada para bendecir la venta al oferente que presenta el propio concursado, que un procedimiento útil para que puedan realmente presentarse ofertas alternativas que garanticen que se ha obtenido el mejor precio posible*»¹⁰⁷. En verdad, y a nuestro entender, este propósito o finalidad se conseguirá mucho mejor por medio del recurso a la solicitud del deudor de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de unidades productivas, del que nos vamos a ocupar seguidamente.

3.3.La solicitud de nombramiento judicial de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva

Corresponde en este punto proceder al análisis de la regulación contenida en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC, que suponen la recepción legal, estrictamente hablando, del mecanismo de prepack concursal del que se ha venido hablando hasta este momento. Y ello porque, a diferencia del supuesto regulado en el artículo 224 *bis*, en el que la preparación de la oferta de adquisición no sale de la esfera de control del deudor, ni se prepara bajo la supervisión o tutela de un experto nombrado por el juez, el procedimiento al que nos vamos a referir a continuación se caracteriza, esencialmente, por la participación de un tercero, designado por el juez a solicitud del deudor, que será justamente la persona encargada de efectuar una labor de prospección en el mercado, encaminada a recabar ofertas de adquisición, con pago al contado, de una o varias unidades productivas de las que sea titular el solicitante.

De ahí precisamente que esa intervención o tutela judicial, manifestada por medio de la designación del experto, justifique un tratamiento legal en el que no se contemple necesariamente un trámite procedimental de naturaleza concursal como el que hemos visto anteriormente, en el que a la propuesta vinculante presentada por el deudor se sucede la apertura de un plazo para la presentación de nuevas ofertas y contraofertas, y ello porque, en

¹⁰⁶ ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: *op. cit.*

teoría, todo ese procedimiento habrá sido realizado previamente, extramuros del concurso, con la participación y liderazgo del experto nombrado por la autoridad judicial¹⁰⁸.

a. *La solicitud del deudor*

El mecanismo al que nos referimos se inicia nuevamente a instancias del deudor, de quien el artículo 224 *ter* del TRLC precisa que puede ser persona natural o jurídica, cualquiera que sea la actividad a la que se dedique. Esta precisión subjetiva y objetiva de la persona del deudor no se efectúa en el supuesto contemplado en el artículo 224 *bis*, si bien cabe considerar, por sentido común, que le es igualmente aplicable, ya que no existen razones que justifiquen un tratamiento distinto o separado en función de su naturaleza personal o de la actividad a la que se dedique.

Sin embargo, a diferencia del supuesto anterior, en el que la solicitud solo puede formularse en supuestos de insolvencia inminente o de insolvencia actual, que constituyen el presupuesto objetivo sobre el que descansará la solicitud de concurso voluntario de acreedores (artículo 2 del TRLC), a la que se acompañará la propuesta vinculante de adquisición de unidad productiva formulada por tercero, en el caso que analizamos ahora, el presupuesto objetivo se conforma de un modo más amplio, abarcando incluso el supuesto de probabilidad de insolvencia, lo que explicita aún más el carácter preconcursal del mecanismo al que nos estamos refiriendo.

Respecto de lo que deba entenderse por esta situación de probabilidad de insolvencia, debemos remitirnos, como es natural, a las normas contenidas en el Libro segundo del TRLC, reservado a la regulación del Derecho preconcursal, en cuyo artículo 584.2, al referirse al presupuesto objetivo del precurso, señala que «*se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años*»¹⁰⁹. Se observa aquí claramente el deseo del legislador de que la actuación se manifieste en una fase temprana, con el consabido objetivo de reducir la pérdida de valor empresarial y el consiguiente perjuicio para los acreedores y el propio deudor¹¹⁰.

El TRLC guarda silencio acerca del contenido de esta solicitud, si bien cabe consignar que la Guía de buenas prácticas, de carácter orientativo y no vinculante, para el nombramiento de experto en fase preconcursal («*prepack*»), aprobada recientemente por los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, en junta reunida el día 21 de febrero de 2023¹¹¹, ha precisado ya el alcance de la misma. Entre su contenido, destacan los siguientes extremos: la identificación del deudor; si se halla en situación de insolvencia actual, inminente o en probabilidad de insolvencia; una exposición razonada de la petición; la rama de actividad o sector al que se dedica; la identificación del perímetro de la unidad productiva y su valoración; si la empresa se halla en funcionamiento o ha cesado en su actividad; la cifra de negocio y el número de trabajadores; el nombramiento de experto independiente y su preferencia o interés

¹⁰⁸ Ya hemos advertido en un momento anterior que la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia incorpora ya previsiones específicas para los procedimientos de *prepack*, definidos en la Exposición de Motivos de dicho proyecto normativo, como aquellos en los que «*la empresa del deudor o parte de la misma se vende como empresa en funcionamiento en virtud de un contrato negociado de forma confidencial antes del inicio de un procedimiento de insolvencia bajo la supervisión de un supervisor designado por un órgano jurisdiccional y seguido de un breve procedimiento de insolvencia, en el que la venta prenegociada se autoriza y ejecuta formalmente*».

¹⁰⁹ Sobre dicho concepto en particular, puede verse CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.: «Los estados de insolvencia», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58, enero-abril (2023), pp. RR-1.1-RR-1.7, en concreto, pp. RR-1.4.

¹¹⁰ Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022.

¹¹¹ <https://www.cemad.es/wp-content/uploads/2023/02/Guia-de-Buenas-Practicas-de-Venta-de-Unidades-Productivas.pdf>

por la designa de un experto en reestructuraciones o administración concursal, debiendo justificar su petición, a fin de dotar al juez de los elementos de juicio necesarios para designar al profesional que resulte más idóneo para el cargo; y una propuesta justificada de duración de las operaciones de venta¹¹².

En definitiva, en la solicitud en cuestión, el deudor reclamará del juzgado competente para la declaración de concurso el nombramiento de un experto que recabe ofertas de tercero para la adquisición, con pago al contado como decíamos, de una o de varias unidades productivas de las que sea titular, aunque hubieran cesado en la actividad. Formulada la solicitud de referencia, se le dará trámite en el juzgado y el juez competente dictará resolución en la que, además del nombramiento del experto, determinará la duración del encargo y la retribución que considere procedente atendiendo al valor de la unidad o unidades productivas (artículo 224 *quater* 2 del TRLC).

b. La resolución judicial: nombramiento, retribución y carácter reservado de la designación

Con respecto a esta resolución, son varias las cuestiones a destacar. En primer lugar, la referida a las condiciones que debe reunir el experto designado por el juez. El artículo 224 *quater* 1 del TRLC nos aclara que el nombramiento puede recaer en persona natural o jurídica que reúna las condiciones para ser nombrado experto en reestructuraciones o administrador concursal, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes y 674 y siguientes del TRLC, a cuyo contenido nos remitimos. A nuestro entender, es un acierto que se utilice la palabra «experto» y que se huya del término «administrador», por cuanto no se puede ignorar que todavía no estamos en una fase de intervención o disposición en las facultades de administración y disposición del patrimonio del deudor¹¹³.

En una de las primeras resoluciones judiciales que se han dictado en aplicación de esta nueva normativa, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, el juez decide nombrar como experto a la persona propuesta por el propio deudor en su solicitud, razonando, a tal efecto, que la sociedad profesional en cuestión cumple los requisitos subjetivos del artículo 224 *quater* y que, habiéndose ya negociado un plazo de ejecución del encargo y un precio, no existe motivo para que la resolución judicial se aparte del acuerdo alcanzado entre el deudor y la sociedad profesional propuesta por este. En igual sentido, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Gerona, de 17 de noviembre de 2022 (ROJ: AJM GI 5473/2022), basándose en este caso en la normativa sobre nombramiento de experto en reestructuración (artículo 676.1 del TRLC), a la que no remite en absoluto el artículo 224 *ter*, salvo en lo referido a las condiciones que debe reunir (artículo 674), admite que el nombramiento puede recaer en la misma persona propuesta por el deudor en su solicitud.

No acabamos de estar del todo convencidos de que dicha opción se acomode realmente al espíritu contenido en la norma, que más bien parece pensar en una figura de carácter independiente a la del propio deudor, algo que puede no quedar suficientemente asegurado si es este último quien propone su identidad, especialmente, si como tendremos ocasión de analizar más adelante, apostamos por una función esencialmente de supervisión por parte del experto, en línea con lo que se recoge sobre esta institución en el artículo 22 de la reciente

¹¹² La misma Guía se cuida de precisar que esa documentación mínima no será necesaria cuando quien solicite el nombramiento de experto sea una microempresa, sin perjuicio del deber del deudor de colaborar con el experto designado por el juzgado y de proporcionarle la información que este le requiera para poder monitorizar el proceso.

¹¹³ Véase, en dicho sentido: GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, pp. RR-2.5., nota 50.

Propuesta de Directiva sobre insolvencia¹¹⁴. En cualquier caso, eso sí, cabe presuponer que la persona designada, si ha sido propuesta por el propio deudor, no se halla incurso en ninguna de las incompatibilidades previstas en el artículo 64 del TRLC para los administradores concursales, de entre las que destaca, a estos efectos, la que afecta a «*quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con este en los últimos tres años, así como quienes durante ese plazo hubieran compartido con aquel el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza*». E, igualmente, habrá que tener en cuenta también las que prevé el artículo 675 del TRLC, en este caso, para los expertos en reestructuración¹¹⁵.

En segundo lugar, a diferencia de lo que sucede con el nombramiento de administrador concursal, en el que el artículo 66 establece el deber de aceptación, en el caso que estamos analizando ahora el tercero podrá rehusar el ofrecimiento efectuado por el juez (artículo 224 *quater* 1 *in fine* del TRLC), sin que ello implique las consecuencias que se producen en caso de no aceptación de la designación por el administrador concursal (artículo 70 TRLC). Parece que ello puede obedecer a una justa correspondencia con el carácter facultativo y no necesario de esta solicitud por parte del deudor¹¹⁶.

En cuanto a la retribución, el juez deberá fijarla en atención al valor de la unidad o unidades productivas objeto de adquisición, lo que nos plantea el problema de quién se encarga de efectuar dicha valoración, puesto que debemos insistir en que nos hallamos ante un escenario extramuros del procedimiento concursal, en el que no queda más remedio que concluir que esa tarea solo podrá llevarse a cabo por el propio deudor, ya que el juez va a carecer de elementos suficientes para poder determinarla por su propia cuenta.

Sea como fuere, lo que parece evidente es que el legislador se ha apartado de la regla seguida en otros casos, como el del administrador concursal, en los que la retribución se determina de forma objetiva, lo que, entre otras consecuencias, puede representar un considerable aumento de la carga de trabajo para el juez derivado de su concreción¹¹⁷. En otro orden de cosas, será el deudor, como no puede ser de otro modo, quien deba hacerse cargo de la retribución, con la particularidad de que, si finalmente es declarado en concurso de acreedores, aquella parte de la retribución que no hubiera sido percibida aún, tendrá la consideración de crédito contra la masa (artículo 224 *sexies* 3 del TRLC).

¹¹⁴ En el auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cantabria, de 14 de octubre de 2022 (ROJ: AJM S 2233/2022), es el juez quien decide libremente la identidad del experto, si bien es cierto que no consta la existencia de propuesta alguna en este sentido por parte del deudor.

¹¹⁵ «No podrán ser propuestos ni nombrados expertos en la reestructuración y, en caso de ser nombrados, no podrán aceptar las siguientes personas: 1. ° Quienes hayan prestado servicios profesionales relacionados con la reestructuración al deudor o a personas especialmente relacionadas con esta en los últimos dos años, salvo que se prestaran como consecuencia de haber sido nombrado experto en una reestructuración previa. 2. ° Quienes se encuentren en alguna de las situaciones de incompatibilidad previstas en la legislación en materia de auditoría de cuentas en relación con el deudor o las personas especialmente relacionadas con este».

¹¹⁶ RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁷ La reciente Guía de buenas prácticas, de carácter orientativo y no vinculante, para el nombramiento de experto en fase preconcursal («prepack»), aprobada por los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, en junta reunida el día 21 de febrero de 2023, establece ya una serie de criterios al respecto.

Del mismo modo, el Acuerdo nº2/2022, de 25 de octubre de 2022, adoptado por los Jueces de lo Mercantil de Sevilla, ha precisado que la retribución del experto se fijará de acuerdo con lo dispuesto para la fase de liquidación en el arancel de retribución de la administración concursal (<https://www.icas.es/wp-content/uploads/ACUERDO-2.22.pdf>).

Ahora bien, ¿qué sucede con esta retribución si, como resulta posible, el experto cumple sus funciones y la venta o la declaración de concurso no llegan a producirse? La cuestión no es nada sencilla de esclarecer y solo podemos presumir que si no se declara el concurso, el experto debería percibir la retribución a cargo del precio obtenido por la venta, ya que su actuación ha sido imprescindible para lograr la transmisión¹¹⁸. Y, si la venta no se produce, habrá que entender también que corre a cargo del deudor, siguiendo ello las reglas concursales o generales en función de que se haya declarado finalmente o no el concurso¹¹⁹.

Por lo demás, según indica el artículo 224 *quater* 2 *in fine*, este derecho a la retribución puede o no vincularse, de modo total o parcial, a la obtención de resultados. Nuevamente, esta previsión nos plantea algunas cuestiones interesantes, como pueden ser los criterios que debe utilizar el juez para condicionar o no la retribución, que no aparecen explicados ni detallados en la norma, o lo que deba entenderse por resultado como elemento condicionante de la retribución, ya que no se aclara si con ello se refiere a la simple culminación de la venta o a su enajenación por encima de un determinado valor. A la vista de ello, no cabe otra conclusión que la de dejar de nuevo en manos del juez la decisión final sobre estos extremos.

En el auto, ya reseñado, del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, el juez se inclina por determinar la retribución por medio de una cantidad fija, pactada previamente entre el deudor concursado y la sociedad profesional, a la que se añade una prima adicional de éxito del 2% del precio de venta en caso de conseguirse la enajenación de la unidad productiva. En este último sentido, la propia resolución se encarga de aclarar que «*el encargo del experto se agota bien por expiración del plazo, bien con la presentación de las ofertas recabadas al solicitante, sin que sea necesaria la perfección ni ejecución de la compraventa*», lo que implica que la retribución inicial no está condicionada a la obtención de éxito alguno.

Con todo, cabe consignar la existencia de opiniones que critican abiertamente la indefinición con la que el TRLC ha resuelto el tema de la retribución del experto, particularmente, en lo referido a la prima de éxito. Se argumenta, en este sentido, que si la retribución solo se vincula al buen fin de la operación, se puede minar la credibilidad e independencia del experto, cuya ganancia queda solo asegurada en caso de que se realice la venta, al margen de su mayor o menor conveniencia para los intereses generales del concurso. De ahí que se afirme que, en realidad, el cobro de los eventuales honorarios, o de una prima de éxito, no debiera nunca depender de que se produzca o no la enajenación, sino de que el precio obtenido por la misma sea superior al valor estimado inicialmente, alineando de este modo los intereses del experto con los del juez y los de la masa¹²⁰.

Sobre esta misma cuestión, en el auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cantabria, de 14 de octubre de 2022 (ROJ: AJM S 2233/2022), el resultado se identifica con la obtención de ofertas, no con la efectiva transmisión de la unidad productiva, ya que esto último depende, en primera instancia, de la voluntad del deudor y, posteriormente, de la autorización judicial de venta. De este modo, la retribución del experto, cuya labor se centra, según el juez, en la obtención de información, comprobación y delimitación del perímetro de la unidad productiva, para

¹¹⁸ Véase, en dicho sentido: RÍOS LÓPEZ, Y.: «Pre-pack concursal: una solución para la venta de empresas en crisis», en *Boletín Mercantil*, Lefebvre, nº 93.

¹¹⁹ Sobre este particular, en la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia se advierte expresamente que «*los Estados miembros velarán por que la remuneración del supervisor sea abonada: a) por el deudor en caso de que no se produzca la fase de liquidación posterior; b) por la masa del concurso como gasto administrativo preferente cuando se produzca la fase de liquidación posterior*».

¹²⁰ THERY MARTÍ, A.: «El pre-pack en la Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº9 (2023), pp. 93-131, en concreto, pp. 106 y 107.

posteriormente dar publicidad y recabar a posibles interesados con el objeto de valorar sus eventuales ofertas, no puede quedar condicionada única y exclusivamente a la materialización efectiva de la venta. Además, para fijar el parámetro de cálculo de la retribución, no debe considerarse solo el eventual ingreso efectivo de numerario como parte de la contraprestación del comprador, ya que suele ser habitual también que esta se satisfaga en parte mediante la asunción de pasivos de la transmitente. De ahí que el parámetro de cálculo deba ser siempre el valor de la unidad productiva.

Por último, el artículo 224 *quater in fine* del TRLC nos indica que la resolución por la que se acuerda el nombramiento del experto se mantendrá reservada, lo que, sin duda, es consecuencia directa de ese carácter preconcursal del mecanismo al que nos estamos refiriendo, en el que todavía no habrá lugar a la publicidad propia y característica del procedimiento concursal. Con ello, además, se evita dar publicidad o conocimiento a una situación que, por el descrédito que puede suponer para el deudor, solo puede contribuir a minimizar el valor de venta de esa unidad o unidades productivas.

c. La labor del experto y su resultado

Una vez efectuado el nombramiento y aceptado, en su caso, el encargo, el experto deberá llevar a cabo la actividad para la que ha sido designado, para lo cual precisará contar con la colaboración del deudor, quien deberá facilitarle toda la información y documentación necesarias para llevar a cabo esta tarea de prospección, encaminada a la identificación de posibles terceros interesados en la adquisición de una o varias unidades productivas. Lo cierto es, sin embargo, que el nuevo TRLC no precisa mucho más, ni tan siquiera precisa la duración del encargo¹²¹.

En realidad, el artículo 224 *septies* del TRLC tan solo nos aclara que el tercero que efectúe la oferta no puede actuar por cuenta del propio deudor y, aunque a diferencia del supuesto del artículo 224 *bis* del TRLC no se mencione expresamente la posibilidad de que ese tercero sea un acreedor, no se perciben motivos o razones suficientes que permitan sostener lo contrario. Del mismo modo que tampoco los existen para entender también incluidas en ese ámbito a las personas especialmente relacionadas con el deudor¹²².

Con relación a esta última cuestión, tal vez sea interesante consignar que la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, en su artículo 31, contempla expresamente dicha posibilidad, advirtiendo tan solo que, en tales supuestos, deberán cumplirse las siguientes condiciones: (i) que se haya declarado al experto y al juez esa especial relación con el deudor; (ii) que los demás potenciales oferentes reciban información adecuada sobre la existencia de esa relación; y (iii) que se conceda a esos otros potenciales oferentes tiempo suficiente para la presentación de su oferta. Además, si la oferta de esa persona especialmente relacionada con el deudor es la única existente, tanto el juez como el administrador concursal deberán rechazarla si no supera la prueba del interés superior de los acreedores, entendiendo como tal, según la propia Propuesta

¹²¹ De nuevo, la Guía aprobada por los jueces de lo Mercantil de Madrid nos ofrece algunos criterios al respecto, a saber: (i) en insolvencia actual, la duración del cargo del experto independiente no podrá ser superior a dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 224 *quinquies* del TRLC; (ii) en insolvencia inminente, la duración del cargo no podrá ser superior a tres meses, prorrogables excepcionalmente por otros dos meses más, por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 224 *quinquies*, 607, 683.3 y 690 del TRLC; y (iii) en probabilidad de insolvencia, la duración del cargo no podrá ser superior a tres meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres meses más, por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 224 *quinquies*, 607, 683.3 y 690 del TRLC.

¹²² Véase, en el mismo sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 11.

(artículo 2, letra h), aquella según la cual *«ningún acreedor se vería perjudicado en caso de liquidación en un procedimiento de pre-pack en comparación con su situación si se aplicara el orden normal de prelación de la liquidación en caso de liquidación fragmentaria»*.

Sea como fuere, habría sido de agradecer una mayor precisión en cuanto al alcance del cometido o de las funciones del experto, en línea con los protocolos prepack judiciales anteriores a la reforma de la Ley 16/2022, en los que, entre otras cuestiones, se contemplaba, al menos, la emisión de un informe final valorando el proceso de venta y la oferta u ofertas propuestas¹²³, y del cual no se efectúa mención alguna en el texto legal finalmente aprobado. De hecho, el tenor literal del artículo 224 *ter* del TRLC, al limitarse a decir que su función es la de recabar ofertas de adquisición, plantea legítimamente la cuestión de si ello implica una labor meramente pasiva o si, por el contrario, le es exigible una función de carácter más proactivo¹²⁴.

A los efectos anteriores, la reciente Guía aprobada por los jueces de lo Mercantil de Madrid ha venido a precisar algo dicho extremo, al indicarnos, sin ánimo exhaustivo, que la labor del experto se extenderá a los siguientes extremos: (i) asistir al deudor en la preparación de las operaciones de delimitación del perímetro de la unidad productiva; (ii) comprobar que el valor de la unidad productiva supera el valor de mercado de los activos individuales integrados dentro del perímetro; (iii) conocer y familiarizarse con la actividad y negocio en funcionamiento; (iv) verificar y supervisar que el proceso de venta es abierto, objetivo, concurrente y transparente, pudiendo emitir recomendaciones a tal fin; (v) asistir en la búsqueda y selección de ofertas; (vi) para el caso de que dentro de la unidad productiva haya bienes afectos al pago de un privilegio especial, es recomendable que el experto verifique que se ha informado de ese proceso de venta a los acreedores privilegiados (artículo del 224 TRLC), así como a los representantes legales de los trabajadores (artículo 220 del TRLC); (vii) presentar al Juzgado de lo Mercantil un informe en el que documente cómo se ha desarrollado ese proceso de venta y cuál ha sido su resultado, indicando, en su caso, la oferta seleccionada y si la misma es acorde al valor de mercado y al interés de los acreedores; y (viii) emitir cuantos informes le sean requeridos por el Juzgado de lo Mercantil.

Con relación a ello, debemos traer nuevamente a colación el contenido de la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia, por cuanto su artículo 22 nos ofrece una regulación de esta figura, bajo la denominación de *«supervisor»*, que genera ciertas dudas con respecto a si nuestro TRLC vigente se acomoda, en este concreto aspecto, al texto comunitario proyectado. Muy en particular, el apartado segundo del citado artículo dispone que los Estados miembros velarán por que el supervisor (experto) documente cada fase del proceso de venta e informe acerca de ellas; justifique por qué considera que el proceso de venta es competitivo, transparente y equitativo y cumple las normas del mercado; recomiende al mejor licitador como adquirente del prepack; e indique, finalmente, si considera que la mejor oferta no constituye una violación manifiesta del criterio de la prueba del interés superior de los acreedores.

De la lectura de estas funciones, se ha concluido que la labor del supervisor, como su propio nombre indica, es la de supervisar el proceso competitivo de venta realizado por iniciativa del

¹²³ Especialmente relevante, en este sentido, fue el Acuerdo de los Jueces de Mercantil de Barcelona, de 20 de enero de 2021, en el que se detallan las siguientes funciones: *«a) asistir y supervisar al deudor en la preparación de operaciones; b) familiarizarse con el negocio; c) informar a los acreedores del proceso, participando, en su caso, en las negociaciones, especialmente, con los acreedores privilegiados y públicos, así como con los representantes de los trabajadores; d) verificar y supervisar la regularidad, publicidad y transparencia en la preparación de operaciones sobre los activos de la empresa, especialmente garantizando la igualdad de acceso a la misma información y oportunidades entre los potenciales interesados o postores y la justa competencia; y e) emitir un informe final de la gestión realizada y, en particular, de las ventas preparadas sobre los activos de la empresa»*.

¹²⁴ COHEN BENCHETRIT, A.: *op. cit.*, p. 140.

deudor, pero es importante recalcar que ese supervisor no es quien lleva a cabo el proceso de selección, sino solo quien lo supervisa, pudiendo amonestar al deudor o a sus asesores para que su labor no pueda quedar en entredicho en su informe final que entregará al juez. En este sentido, se argumenta, no sin razón, que solo podrá informar de manera eficaz y objetiva quien no haya llevado a cabo en primera persona aquello que va a ser objeto de supervisión¹²⁵. Esta cuestión pone de relieve las incógnitas que plantea nuestro TRLC vigente en tan importante materia, que a buen seguro obligarán en un futuro próximo a precisar y aclarar, de modo más exacto, las funciones que debe desarrollar el experto (supervisor) y también, cómo no, toda la temática referida a su responsabilidad, de la que, a diferencia de la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, se guarda un elocuente silencio¹²⁶.

Por lo que se refiere ya propiamente al contenido de la oferta de adquisición recabada por el experto, más allá del compromiso de pago al contado (artículo 224 *ter* del TRLC) -exigencia esta que no acaba de comprenderse y que supone, por consiguiente, la exclusión de posibles ofertas con pago aplazado¹²⁷-, el oferente deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera la oferta por un mínimo de dos años¹²⁸, dando igualmente lugar el incumplimiento de este compromiso a la posibilidad de que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Una vez que hemos explicado en sus líneas generales este nuevo régimen legal, contenido en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC, consideramos conveniente distinguir los distintos supuestos o escenarios en los que entendemos se puede desenvolver la labor de este experto o, si se prefiere, en los que puede desembocar esa labor de prospección de posibles interesados en la adquisición de una o varias unidades productivas del deudor. De este modo, podemos diferenciar, a nuestro juicio, dos situaciones distintas.

d. La enajenación de unidad productiva por medio de oferta recabada por experto designado por el juez, efectuada sin declaración de concurso de acreedores

La hipótesis a la que nos vamos a referir a continuación se enmarca en una fase o estadio anterior a la declaración de concurso, y halla su justificación en el hecho de que el artículo 224 *ter* del TRLC no vincula, en ningún momento, la solicitud de nombramiento de un experto, ni tan siquiera su designación posterior, a la necesaria solicitud de declaración de concurso por parte del deudor. De hecho, como hemos visto anteriormente, uno de los presupuestos objetivos de esta hipótesis en cuestión descansa precisamente en la probabilidad de insolvencia de ese deudor, situación esta que no ampara la declaración de concurso, al no ser presupuesto objetivo de esta¹²⁹.

¹²⁵ Puede verse, en este sentido: THERY MARTÍ, A.: *op. cit.*, pp. 103 y 104.

¹²⁶ El artículo 31 de la Propuesta, en sede de responsabilidad del supervisor, señala que «los Estados miembros velarán por que el supervisor y el administrador concursal sean responsables de los daños que el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente título cause a los acreedores y terceros afectados por el procedimiento de *pre-pack*».

¹²⁷ Véase, en parecido sentido: ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 5; y RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 13.

¹²⁸ Repárese aquí la diferencia con el plazo mínimo de tres años contemplado en el artículo 224 *bis* 1 del TRLC, pendiente de homogeneizar por medio del Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia.

¹²⁹ Véase, en el mismo sentido. GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

Siendo ello así, resulta perfectamente posible que aquel deudor que prevea que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años –concepto legal de la probabilidad de insolvencia recogido en el artículo 584.2 del TRLC-, presente una solicitud ante el juez de lo Mercantil en la que solicite el nombramiento de un experto para recabar ofertas de adquisición de una o varias de sus unidades productivas.

Sin embargo, llegados a este punto, es necesario convenir que, una vez efectuada dicha solicitud y logrado el nombramiento del experto, la norma no establece en ningún momento tampoco la obligación del deudor de presentar un plan de reestructuración para su homologación ante el juez. Ciertamente es que el artículo 224 *quinquies* señala que el nombramiento del experto no exime a ese deudor del deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual, pero, insistimos, nada impide que esa situación no se acabe dando y que, por consiguiente, el deudor siga situado extramuros del procedimiento concursal.

Por consiguiente, es verdaderamente factible que el experto designado por el juez haya recabado ofertas de adquisición de esa unidad o unidades productivas y que, valoradas convenientemente y aceptada o aceptadas una o varias de ellas, esa enajenación o enajenaciones en particular se produzca, como decíamos, no solo en una fase anterior al concurso, sino incluso sin la presentación previa de un plan de reestructuración. Si se observa con atención, el supuesto que estamos describiendo se aproxima mucho al mecanismo de prepack concursal auspiciado por nuestra jurisprudencia con anterioridad a la reforma del TRLC, con la particularidad, eso sí, de que antes se enmarcaba mayoritariamente en el contexto de un plan de liquidación, sobre la base del anterior artículo 530 del TRLC¹³⁰.

De ser ello así, lo relevante es tener en cuenta que habremos asistido a la venta de una parte del patrimonio del deudor que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 224 *septies* 2 del TRLC, supondrá para su adquirente la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera su oferta por un mínimo de dos años. Sabemos también que el incumplimiento de este compromiso dará lugar a cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que puede resultar un desincentivo considerable para potenciales adquirentes de esos activos.

Sin embargo, lo verdaderamente relevante es que la venta de la unidad productiva en esta fase abiertamente extramuros del concurso, queda plenamente sometida a las reglas generales mercantiles, administrativas, tributarias, laborales y de seguridad social, aplicables a cualquier otro tipo de enajenación, y particularmente, siendo ello lo más relevante, a las reglas de la sucesión de empresa y a la responsabilidad solidaria del adquirente por deudas tributarias, laborales y de seguridad social. Un argumento que sostiene esta importante conclusión es la eliminación del texto del Anteproyecto de Ley de reforma del TRLC, del artículo 224 *octies*, que explícitamente indicaba que, «*en todo lo no previsto en este Título (sic) serán de aplicación las normas contenidas en la subsección anterior sobre enajenación de unidades productivas*»¹³¹.

¹³⁰ Constituyen un buen ejemplo de esta línea jurisprudencial los autos de 29 de julio de 2020, dictados por los Juzgados de lo Mercantil nº7 y nº10 de Barcelona, en dos preconcursos coordinados, a los que siguieron sendos autos de 30 de octubre de 2020, por los que la venta preparada en un escenario preconcursal con participación del administrador interino, posterior administrador concursal, fue autorizada a los tres días de la solicitud de concurso.

¹³¹ Como advierte GALLEGU CÓRCOLES (*op. cit.*, p. RR-2.5) la mención al «Título» era, sin duda, un error, puesto que debía referirse a la «subsección».

Esta supresión expresa y consciente del legislador es la que nos permite concluir que no se ampara una transmisión de unidad productiva fuera del concurso, pero con los mismos efectos que si hubiera tenido lugar en sede concursal, ya que si así se hubiera querido, así se hubiera dispuesto, como en tantos otros casos en los que se prevé una remisión expresa a un determinado régimen¹³². De hecho, en el reciente auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, se vislumbra ya claramente esta posición, al indicarnos que el solicitante, mientras no sea declarado en concurso, mantendrá intactas sus facultades de gestión y administración, también obviamente para la venta de unidades productivas, que solo gozarán de los efectos de los artículos 215 y siguientes del TRLC si son efectuadas una vez declarado ya el concurso¹³³.

Situados en este contexto, avanzando un paso más, lo que podemos plantearnos es qué ocurrirá si, en los dos años siguientes a esa adquisición, el deudor es finalmente declarado en concurso de acreedores. En particular, la cuestión fundamental que se suscita es si la adquisición de referencia puede ser objeto de rescisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 226 del TRLC, cuyo contenido, tras la significativa reforma de la Ley 16/2022 en este aspecto, conviene recordar. En efecto, dicho precepto contempla dos situaciones distintas:

- a) Por un lado, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (artículo 226.1 del TRLC).
- b) Y, por otro, serán igualmente rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, siempre que no se hubiera aprobado y homologado judicialmente un plan de reestructuración y que, además, el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida (artículo 226.2 del TRLC).

Pues bien, en este escenario, si la enajenación se considera perjudicial para la masa activa, aunque no haya existido intención fraudulenta, no queda otra conclusión posible que la de entenderla rescindible, como cualquier otro acto realizado por el deudor en ese mismo contexto, sin que la intervención o participación de un experto designado por el juez tenga valor suficiente para determinar su inmunidad frente a los acreedores que se estimen

¹³² A la misma conclusión llegan AZOFRA VEGAS, F.: *op. cit.*, p. 50; GALLEGU CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5; y LÓPEZ BARRAU, P.: «La unidad productiva tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal», en *Actualidad profesional. Dictum Abogados*, 16 de noviembre de 2022, enlace disponible en: <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/la-unidad-productiva-tras-la-reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-concursal/30444/>

¹³³ En efecto, indica literalmente el auto citado que «*el solicitante, mientras no sea declarado en concurso, mantendrá sus facultades (sin intervención ni suspensión) también para la venta de activos esenciales (sin blindaje legal frente un examen de posible perjuicio rescisorio), pero la venta solo gozará de los efectos previstos en los artículos 221 a 224 TRLC si se realiza una vez declarado el concurso*».

En sentido similar se expresa la Guía aprobada por los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, en junta reunida el día 21 de febrero de 2023, en cuyo apartado octavo se señala que, fuera del escenario concursal, si el deudor quiere vender la unidad o unidades productivas a favor de la mejor de las ofertas recibidas, podrá hacerlo, al estar en el pleno ejercicio de sus facultades de administración y disposición, pero no podrá apelar a los efectos previstos en los artículos 221 y 224 del TRLC.

perjudicados por la misma¹³⁴. Esta conclusión ha sido refrendada recientemente por el ya citado auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, en el que claramente se sostiene que la venta de la unidad productiva, efectuada antes de la declaración de concurso, carece de blindaje legal frente a un examen de posible perjuicio rescisorio.

De cuanto antecede podemos concluir pues que el supuesto de venta de unidad productiva gestionada por experto designado por el juez, en aquellos casos en los que no derive, como veremos a continuación, en su acompañamiento junto a una solicitud de declaración de concurso, será una hipótesis que, aunque posible desde el punto de vista legal, será verdaderamente improbable en la realidad económica en la que vivimos. La aplicación a dicha venta de las reglas generales mercantiles propias de toda enajenación, así como su posible rescisión dentro de los dos años siguientes en las circunstancias comentadas, obligan a pensar que carecerá del atractivo suficiente para su utilización práctica.

e. *La oferta de adquisición de unidad productiva recabada por el experto y acompañada a la solicitud del deudor de declaración de concurso voluntario de acreedores*

Este mecanismo al que nos vamos a referir ahora parece ser realmente la respuesta de nuestro legislador a la práctica judicial desarrollada con anterioridad a la reforma de la Ley 16/2022, y que dio lugar, como hemos visto, a la aprobación de una serie de protocolos que se englobaron, de modo más o menos genérico, bajo el término de prepack concursal. En efecto, se trata de prever la realización de una tarea previa de prospección del mercado, llevada a cabo por un experto nombrado por el juez, cuya finalidad última es la de recabar ofertas de adquisición de una o varias unidades de productivas, con el objeto de seleccionar una de ellas, la más beneficiosa o conveniente para los intereses generales del futuro concurso, y acompañarla con la correspondiente solicitud de concurso por parte del deudor. De hecho, no podemos olvidar que el mismo artículo 224 *quinquies* aclara expresamente que la designación del experto no exime al deudor, en su caso, del deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los plazos establecidos en la normativa concursal.

Por lo que se refiere al contenido de estas ofertas, ya hemos visto al iniciar el estudio de esta intervención de un experto, que el artículo 224 *septies* indica que el oferente deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera la oferta por un mínimo de dos años, contrariamente a lo que sucede en el caso del artículo 224 *bis* en el que el plazo de vigencia de ese compromiso de continuidad es de tres años.

Con la previsión de este mecanismo, según han puesto en evidencia algunos autores, en realidad se contemplan dos sistemas de enajenación de la unidad productiva preparados con anterioridad a la declaración de concurso: por un lado, el del artículo 224 *bis* del TRLC, en cuya virtud ya hemos visto que hay una sola propuesta, sin intervención previa de experto, y varios posibles ofertantes en el seno de una subasta llevada a cabo dentro del procedimiento concursal; y, por otro, un sistema especial, en el que un experto lleva a cabo la labor previa antes comentada con el fin de presentar la oferta más adecuada a los intereses generales del concurso¹³⁵.

Con relación a esta última cuestión, se ha señalado también que no se advierte la razón de ser de esta dualidad de soluciones, ya que, «a fin de agilizar el proceso, hubiera sido más adecuado que se pujase en subasta exclusivamente sobre la oferta ya valorada y que no se admitiesen ofertas

¹³⁴ Véase, en igual sentido: LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*

¹³⁵ Véase, en dicho sentido: ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 5.

alternativas»¹³⁶. Sin embargo, entendemos que la misma halla su esencia precisamente en las diferencias que se contemplan legalmente para cada una de ellas. Así, para la recogida en el artículo 224 *bis* se contempla, en efecto, ese procedimiento con posibilidad de ofertas alternativas, mientras que en la prevista en el artículo 224 *ter*, al haberse suprimido el numeral *octies* que figuraba en el Anteproyecto de reforma del TRLC, y por consiguiente, la remisión a las normas contenidas en las otras subsecciones de esa sección, puede igualmente concluirse la inadmisibilidad de esas ofertas alternativas y la simplificación de todo el procedimiento.

No obstante, lo cierto es que el nuevo TRLC guarda silencio sobre los efectos y el procedimiento en el que se habrá de dar curso, dentro del procedimiento concursal, a la oferta recabada por un experto en los términos del artículo 224 *ter* y siguientes de dicho texto legal, y ello porque no existe una remisión expresa ni al régimen general de los artículos 215 y siguientes, ni al específico del artículo 224 *bis*, además de situarse en una subsección distinta y separada de la de estos. En base a ello, se hace inevitable plantearse qué sucederá cuando nos encontremos ante una de estas situaciones¹³⁷.

Pues bien, conviene reseñar que este silencio legal ha sido ya abordado, pese a lo reciente de la reforma, por alguna resolución judicial de nuestros juzgados de lo Mercantil. Así, el Acuerdo n°2/2022, de 25 de octubre, de los Juzgados de lo Mercantil de Granada, sobre articulación procesal del prepack y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, al cuestionarse cómo debe tramitarse esta oferta dentro del concurso, plantea dos posibles situaciones. La primera, que el deudor presente junto a la solicitud de concurso la oferta que le parezca preferible de entre las recabadas por el experto, en cuyo caso a esa oferta se le dará la tramitación prevista en el artículo 224 *bis*; y la segunda, que la oferta se hubiera obtenido ya bajo los requisitos de publicidad, contradicción y posibilidad de mejora sucesiva, en cuyo caso a dicha oferta se le dará el trámite prevenido en el artículo 518 del TRLC, para las autorizaciones judiciales. La diferencia entre ambas consiste en la aplicación de un distinto plazo de dos o tres años de compromiso de mantenimiento de la actividad por parte del adquirente, según hemos visto en un momento anterior.

Según el propio Acuerdo, la conclusión a la que se llega tiene a su favor los siguientes argumentos: (i) si el mecanismo de los artículos 224 *ter* y siguientes tuviera que canalizarse imperativamente a través del artículo 224 *bis*, lo lógico hubiera sido que, desde un punto de vista de sistemática legal, el mecanismo estrictamente de prepack (artículo 224 *ter* y siguientes) se hubiera situado antes que el mecanismo del artículo 224 *bis*; y (ii) parece lógico, por mera economía procesal, que si el experto ha recabado ofertas con publicidad, contradicción y posibilidad de mejora sucesiva, no deba reiterarse el procedimiento de búsqueda en los términos del artículo 224 *bis*.

Sobre la base de lo anterior, el Acuerdo, que cita a tal efecto otra decisión previa de la Junta de jueces de lo Mercantil de Sevilla¹³⁸, entiende que si el deudor presenta, junto a la solicitud de concurso una oferta obtenida conforme a los artículos 224 *ter* a 224 *septies*, no se seguirá el trámite del artículo 224 *bis*, sino que se sujetará al trámite de la autorización judicial previsto en el artículo 518 del TRLC, permitiéndose exclusivamente alegaciones a todas las partes que deban ser oídas y al administrador concursal, sin que se admitan ofertas nuevas.

¹³⁶ Véase, nuevamente: ALCOVER GARAU, G.: *op. cit.*, p. 5.

¹³⁷ Pueden verse, sobre este particular, las interesantes reflexiones contenidas en ALCOVER GARAU, G.: «La guía de buenas prácticas concursales para el nombramiento de experto en fase preconcursal (prepack): una mala práctica», en *Diario La Ley*, n°10238, 1 de marzo de 2023, pp. 1-4; y LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*, pp. 4-6.

¹³⁸ Acuerdo n°2/2022, de 25 de octubre de 2022, sobre articulación procesal del prepack (art. 224 *ter* a 224 *septies*) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas.

En síntesis, si el administrador concursal, anteriormente nombrado como experto¹³⁹, y el deudor demuestran que el proceso previo ha sido transparente, concurrente y en igualdad de condiciones, es decir, acreditan que en la fase previa al concurso, se han respetado esos principios, que son los que caracterizan el procedimiento del artículo 224 *bis*, no será necesario respetar de nuevo todo ese proceso, acudiéndose directamente a la vía mucho más sencilla del artículo 518 del TRLC. Ahora bien, si no se demuestra dicho cumplimiento, parece que la conclusión a la que ha de llegarse es la de pasar por el procedimiento del artículo 224 *bis* del TRLC. Con todo, habrá que esperar a ver si el resto de juzgados de lo Mercantil comparten o no este mismo criterio, puesto que ni la sistemática utilizada, ni el tenor literal de los artículos permiten alcanzar una conclusión irrefutable¹⁴⁰.

En este último sentido, la Guía de los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, ya citada, de fecha 21 de febrero de 2023, parece alinearse asimismo en la misma dirección, al considerar que, solicitado ya el concurso, a la oferta de compra de unidad productiva obtenida con motivo de la intervención del experto, no deberá dársele ya el trámite previsto en el artículo 224 *bis* del TRLC, en todos aquellos supuestos en que el informe del experto sea favorable a la operación, por entender en tal caso que la oferta resulta de interés para el concurso. A estos efectos, la Guía razona que, desde la experiencia acumulada a lo largo de la vigencia de la ley concursal, se puede afirmar que si los potenciales interesados saben que, declarado el concurso, se dará una nueva oportunidad de licitar, se abstendrán de participar en el proceso de concurrencia previo, tutelado por el experto, con el fin de no hacer públicas las condiciones de su oferta en ese momento anterior¹⁴¹.

No obstante, la Guía de referencia afirma también que, si el informe del experto es negativo, ya sea porque la oferta no es acorde al valor de mercado, o el valor que se obtiene con la venta de la unidad productiva es inferior a lo que se obtendría con la venta fragmentada de los activos, o sencillamente el deudor no ha seguido un proceso de concurrencia, abierto y transparente, desoyendo las sugerencias que en este sentido le formuló el experto, lo procedente es que el juez inadmita directamente la operación, puesto que el único legitimado para solicitar la autorización judicial a la que se refiere el artículo 518 del TRLC es la administración concursal (anteriormente, el experto), quien con total seguridad se opondrá a solicitar dicha autorización¹⁴². Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que pueda iniciarse, en su caso, un proceso concurrente de venta de unidad productiva, en el seno del concurso, con las debidas garantías.

¹³⁹ De hecho, en el auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, se exige que si se acaba declarando el concurso, el experto deberá emitir un informe en el que, entre otros extremos, detalle si la publicidad del proceso ha sido suficiente para garantizar la máxima participación de todos los interesados, así como si la información suministrada a todos los interesados durante el proceso se ha realizado en términos que han garantizado la igualdad de oportunidades. Es decir, debe reflejar ese informe si, a juicio del experto, ha quedado garantizada la libre y justa competencia entre los interesados.

¹⁴⁰ El auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, parece decantarse por este mismo criterio, al prever que, en caso de que se declare finalmente el concurso, el experto deberá emitir un informe en el que, entre otros extremos, explique si se han respetado o no esos principios de concurrencia y transparencia, lo que parece obedecer a la necesidad de seguir un procedimiento u otro según el caso.

¹⁴¹ Véase, en sentido similar al expuesto en el texto: THERY MARTÍ, A.: *op. cit.*, p. 108, quien advierte que si los potenciales postores «saben que pueden prescindir de participar en dicho proceso competitivo porque siempre tendrán la oportunidad de reengancharse en la subastilla post-concursal posterior, entonces el proceso competitivo en cuestión está llamado a fracasar y con él todo el sistema».

¹⁴² Coincidimos en este sentido con ALCOVER GARAU, G. («La guía de buenas prácticas...», *op. cit.*, p. 4), quien afirma que, en realidad, este caso es irreal, ya que «no se comprende el porqué el deudor y un tercero presentarán una oferta de adquisición de unidad productiva que directamente se inadmita».

Expuestos estos primeros pronunciamientos judiciales sobre la materia, se hace necesario dejar constancia aquí de la existencia de autorizadas opiniones doctrinales que parecen discrepar abiertamente de esta interpretación del mecanismo contemplado en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC. Este es el caso, por ejemplo, del profesor ALCOVER GARAU, quien refiriéndose a la Guía antes citada, afirma expresamente que lo que se contiene en ella es un procedimiento nuevo, sin base legal, en el que los jueces de lo mercantil asumen, en realidad, el papel de legisladores, de modo muy similar a lo sucedido con anterioridad a la reforma operada por la Ley 16/2022¹⁴³.

En defensa de su opinión, el autor citado sostiene que, en realidad, la duda acerca del trámite a seguir con la oferta de compra recabada por el experto, y adjuntada a la solicitud de concurso, no existe, ya que tanto si se ha nombrado un experto como si no, debe seguirse siempre el procedimiento regulado en el artículo 224 bis del TRLC, y ello porque, en verdad, no existen dos procedimientos distintos, sino solo uno, al que la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 se refiere con el nombre de «*pre-pack administration*». En este sentido, la razón por la cual el nombramiento del experto se regula en una subsección distinta a la del artículo 224 bis es clara: el nombramiento de experto puede acabar, bien sin solicitud de concurso posterior, haya habido o no oferta y, si la habido, con o sin eventual informe favorable del experto; bien con solicitud de concurso, con o sin oferta¹⁴⁴.

A este último respecto, conviene tener presente, sin embargo, que la reciente Propuesta de Directiva sobre insolvencia, ya citada en un momento anterior, parece decantarse por un sistema de tramitación de la oferta recabada por el experto muy similar al acogido por los jueces de lo Mercantil de Madrid, Sevilla y Granada, que como hemos indicado anteriormente, prescinden del procedimiento del artículo 224 bis del TRLC, si el experto, en su informe, manifiesta que el proceso de selección de la oferta ha sido competitivo, transparente y equitativo¹⁴⁵.

De hecho, en la propia Exposición de Motivos de la Propuesta, en sus páginas 17 y 18, se nos indica claramente que el propósito de la misma es el de prever una serie de salvaguardias para garantizar que se llegue a los compradores potenciales y que se logre el mejor valor del mercado posible como resultado de un proceso de venta competitivo. Y, a tales efectos, estas salvaguardias se configuran de tal modo que los Estados miembros pueden elegir entre garantizar la competitividad, la transparencia y la equidad del proceso de venta llevado a cabo en la fase de preparación, normalmente, de carácter confidencial, o bien organizar una subasta pública rápida tras la apertura del procedimiento concursal propiamente dicho. Es decir, parece

¹⁴³ ALCOVER GARAU, G.: «La guía de buenas prácticas concursales...», *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁴ ALCOVER GARAU, G.: «La guía de buenas prácticas concursales...», *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁵ En efecto, el artículo 26 de la Propuesta dispone expresamente que «los Estados miembros velarán por que, cuando se abra la fase de liquidación, el órgano jurisdiccional autorice la venta de la empresa del deudor o de parte de la misma al adquirente propuesto por el supervisor, siempre que este último haya emitido un dictamen que confirme que el proceso de venta desarrollado durante la fase de preparación se llevó a cabo con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 22, apartados 2 y 3, y en el artículo 24, apartados 1 y 2». Por su parte, el artículo 24.1 señala que «los Estados miembros velarán por que el proceso de venta llevado a cabo durante la fase de preparación sea competitivo, transparente y equitativo y cumpla las normas del mercado».

Respecto de lo que deba entenderse por estándares de mercado, el Considerando nº26 de la Propuesta explica que «el cumplimiento de las normas del mercado en este contexto debe exigir que el proceso sea compatible con las normas y prácticas estándar sobre concentraciones y adquisiciones en el Estado miembro de que se trate, lo que incluye una invitación a las partes potencialmente interesadas para que participen en el proceso de venta, la divulgación de la misma información a los compradores potenciales, la capacitación de los adquirentes interesados para ejercer la diligencia debida y la obtención de las ofertas de las partes interesadas a través de un proceso estructurado».

que en la Propuesta comunitaria se apuesta específicamente por esa doble opción a la que ha recurrido nuestra jurisprudencia en su interpretación de los mecanismos previstos en el artículo 224 *bis* y en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC¹⁴⁶.

En este contexto, la Propuesta indica, además, que en aquellos casos en los que no se haya respetado ese proceso de transparencia y de libre concurrencia en la selección de la oferta y que, por consiguiente, deba darse curso al trámite de una subasta –en un procedimiento equivalente al contemplado en el artículo 224 *bis* de nuestro TRLC–, esta no durará más de cuatro semanas y deberá iniciarse en un plazo de dos semanas a partir de la apertura de la fase de liquidación (hay que entender aquí, del procedimiento concursal), siendo particularmente relevante que la oferta seleccionada por el experto se utilizará como oferta inicial en la subasta pública, y que es posible que se contemplen medidas de protección al licitador inicial, pero estas deberán ser siempre proporcionadas y adecuadas, sin que disuadan a otras personas potencialmente interesadas en la presentación de ofertas dentro del concurso de acreedores (artículo 26 de la Propuesta).

En cualquier caso, debemos advertir, como ya hemos anticipado en un momento anterior, que el papel asignado al experto en el mecanismo contemplado en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC, presenta rasgos ciertamente diferenciados del previsto para el supervisor en la Propuesta de Directiva sobre insolvencia. Recordemos, a este respecto, que en esta última norma, su función se limita a supervisar, no a participar directamente en el proceso de selección, de manera que, además de reflejar en su informe final si el proceso de venta que ahora se propone ha sido competitivo, transparente y equitativo, nada impide que el sentido final del mismo sea desfavorable a la operación, puesto que no en vano está en juego también su propia responsabilidad (artículo 31 de la Propuesta).

Más allá de estas interesantes reflexiones, que no hacen sino poner en evidencia las imperfecciones técnicas del texto legal finalmente aprobado, y la más que probable necesidad de su reforma en un escenario temporal no excesivamente lejano, debe recordarse que, si el deudor que ha solicitado el nombramiento de un experto insta finalmente también la declaración de concurso de acreedores, será competente para conocer de la misma el mismo juzgado que hubiera designado a ese experto, pudiendo revocar o ratificar dicha designación, en cuyo último caso adquirirá la condición de administrador concursal (artículo 224 *sexies* 1 y 2 del TRLC).

Esta última posibilidad ha sido criticada por algún autor, al estimar que, si bien es cierto que se asemejaba a la posibilidad que tenía el juez de nombrar administrador concursal en supuestos de concurso consecutivo a aquel que hubiera llevado a cabo, en ese mismo procedimiento, las labores de mediador concursal (artículo 709.1 del TRLC, en su versión anterior a la reforma de la Ley 16/2022), lo cierto es que, en este último caso, el nombramiento era automático, salvo justa causa en contrario, mientras que en el que estamos analizando, la decisión queda sometida siempre al criterio del juez, lo que no deja de crear una cierta inseguridad jurídica. Además, se señala, resuelta cuestionable permitir que quien haya intervenido como experto en

¹⁴⁶ Puede verse, en el mismo sentido, el considerando nº25 de la Propuesta, en el que se señala expresamente que «con el fin de garantizar que la empresa se venda al mejor valor de mercado durante el procedimiento de pre-pack, los Estados miembros deben garantizar unas normas estrictas en materia de competitividad, transparencia y equidad del proceso de venta llevado a cabo en la fase de preparación, o disponer que el órgano jurisdiccional organice una breve subasta pública tras la apertura de la fase de liquidación del procedimiento».

una fase preliminar, pueda ser nombrado después administrador concursal, por el riesgo de falta de imparcialidad e independencia que puede acabar guiando su actuación¹⁴⁷.

a. Valoración crítica de la nueva regulación

No nos ofrece duda que el mecanismo de prepack concursal contemplado en el TRLC, que acabamos de exponer en los apartados precedentes, constituye una de las herramientas que más y mejor puede contribuir a la consecución de una solución real y efectiva a las situaciones de insolvencia empresarial. En este sentido, son muchas las esperanzas que se han depositado en el mismo, aunque numerosos también los interrogantes que su aplicación en la práctica ha suscitado. Un buen ejemplo de ello lo constituyen los acuerdos y las guías judiciales que, a semejanza de lo sucedido bajo la vigencia del régimen anterior, han ido ya apareciendo, al objeto de facilitar a los operadores económicos y jurídicos respuestas concretas a las innumerables dudas que su aplicación plantea.

A este último respecto, si bien es cierto que su previsión legal constituye un indudable acierto, no podemos sino insistir también en esas lagunas e imperfecciones que presenta. Siendo bastantes estas, queremos centrar nuestra atención en dos de ellas: por un lado, el encaje entre el procedimiento previsto en el artículo 224 *bis* del TRLC y el contemplado en los artículos 224 *ter* a *septies*; y, por otro, las dudas e incertezas que genera la figura del experto, sus funciones, su retribución y su responsabilidad. En las líneas que siguen, vamos a tratar de recapitular y profundizar en ambos aspectos, proponiendo incluso, al hilo de la reciente Propuesta de Directiva comunitaria sobre insolvencia, algunas propuestas *de lege ferenda*, que posibiliten dotar de un marco de mayor seguridad tan importante materia.

Por lo que se refiere al encaje entre ambos procedimientos, ya hemos visto que se suscitan serias dudas acerca de si, en realidad, nos encontramos ante un único procedimiento, el del artículo 224 *bis*, que deberá ser respetado en todo caso, con independencia de que la oferta presentada con la solicitud de concurso del deudor haya sido recabada o no con la participación de un experto designado por el juez; o si, por el contrario, pueden vislumbrarse dos trámites procedimentales distintos: por un lado, aquel que no ha salido de la esfera de control del deudor y que precisará, por tanto, de un proceso transparente y competitivo en el seno del concurso (artículo 224 *bis*); y, por otro, aquel otro en el que, bajo determinados requisitos y condiciones, podrá prescindirse ya de ese procedimiento, en atención precisamente a que ya se ha llevado a cabo el mismo en un escenario preconcursal (artículos 224 *ter* a *septies*).

Lo cierto es que la regulación ofrece serias dudas al respecto y, pese a que las primeras guías y acuerdos colectivos de los jueces de lo Mercantil, así como las primeras decisiones judiciales, apuestan claramente por la existencia de esos dos procedimientos diferenciados, sería deseable en el futuro próximo que se clarificara, a nivel legal, tan crucial dilema. En este sentido, en línea con lo dispuesto en la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, no creemos que lo relevante sea definir o decidir si existen dos procedimientos o tan solo uno, sino precisar, de manera clara e indubitada, cuál es el trámite que debe seguir, en sede concursal, la oferta que se acompaña a la solicitud de concurso presentada por el deudor, provenga o no de una labor previa llevada a cabo por un experto designado por el juez.

De este modo, si la oferta no ha salido, por así decir, de la esfera de control del deudor, y se quieren obtener los efectos propios de la venta concursal de unidad productiva, parece evidente que la misma solo puede constituir un punto de salida a partir del cual deberá conocerse la opinión del administrador concursal y posibilitar, sobre todo, su mejora por medio de la

¹⁴⁷ Véase, en dicho sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, p. 12.

presentación de ofertas alternativas, al modo y manera recogido en el artículo 224 *bis* del TRLC. En este aspecto, habrá que ver si los plazos que se contemplan en el marco de ese procedimiento son o no suficientes para garantizar o asegurar un cierto nivel de concurrencia en este tipo de ofertas, siendo, en cualquier caso, sumamente relevante el papel del administrador concursal y, en última instancia, del juez, para preservar la defensa del interés superior de los acreedores, lo que debe servir para rechazar aquellas ofertas de adquisición que no mejoren lo que pudiera obtenerse por medio de otras vías concursales.

Por el contrario, si en el escenario preconcursal ha participado un experto designado por el juez, del que se garantice una adecuada independencia, y en su informe final ha puesto en evidencia que la oferta que se acompaña a la solicitud de declaración de concurso por el deudor ha sido seleccionada después de un proceso regido por los principios de concurrencia, transparencia y equidad, no parece razonable que a la misma se le exija afrontar un nuevo procedimiento de contraste ahora ya en el marco del proceso concursal. Y ello por diversos motivos: en primer lugar, porque no deja de ser una duplicidad innecesaria, que retrasa la realización de la operación sin que exista motivo alguno que lo justifique; y, en segundo lugar, porque si los licitantes en la fase preconcursal saben que, al iniciarse el procedimiento de concurso, se abrirá de nuevo la posibilidad de presentar ofertas alternativas a la que acompaña a la solicitud del deudor, muy probablemente carecerán de interés en participar en esa primera fase. De ahí que, en justa correspondencia con el objetivo real perseguido por el legislador, que no es otro que el de anticipar la realización de estas operaciones, resulte recomendable que si el informe del experto es favorable, pueda procederse directamente a la autorización de la propuesta de enajenación que se contiene en la solicitud de concurso presentada por el deudor, sin necesidad de trámite adicional posterior.

Por lo que se refiere a la figura del experto, se hace necesario, a nuestro juicio, un mayor esfuerzo legal en la concreción de su verdadero papel en este mecanismo de prepack concursal, lo que condiciona, a su vez, cuestiones tan importantes como su retribución y su responsabilidad. En este sentido, entendemos que pueden asumirse dos concepciones ciertamente distintas de ese papel: por un lado, la que se ha adoptado en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC, en la que su función parece centrarse, esencialmente, en una labor proactiva de búsqueda y selección de posibles oferentes interesados en la adquisición de la unidad productiva; y, por otro, la que parece deducirse de la Propuesta de Directiva sobre insolvencia, en la que el mismo término que se utiliza para nombrarlo («*supervisor*»), evidencia la asunción de un rol más centrado en la supervisión, de cara a la emisión de un informe final que deberá ser entregado al juez, de que el proceso preconcursal, por medio del que se ha seleccionado la oferta que acompaña a la solicitud de concurso, ha sido concurrente, transparente y equitativo, y con ello, supera el test del interés superior de los acreedores.

Lo anterior no resulta baladí, por cuanto de ello dependen cuestiones ciertamente relevantes. Ante todo, y en primer lugar, la propia independencia de ese sujeto. No parece razonable, en efecto, que si la labor es esencialmente de supervisión, el juez pueda nombrar, como así ha sucedido en el auto del Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, de 13 de diciembre de 2022, a la propia persona propuesta por el deudor concursado. Con ello, queremos poner de manifiesto que, en el marco de la regulación actual, esta decisión judicial puede ser compartida, pero no lo sería, desde luego, en el de la figura contemplada en el artículo 22 de la Propuesta de Directiva sobre insolvencia.

De conformidad con ello, sería deseable, precisamente para aclarar este primer aspecto, definir cuáles son las funciones que debe llevar a cabo el experto designado por el juez, ya que de las mismas podrá inferirse la admisibilidad de una designación propuesta por el propio deudor, que lo será si su función se limita a la de ser un colaborador o intermediario que actúa comisionado

por el deudor para recabar ofertas de adquisición, pero no lo será si su labor incorpora la supervisión de todo este proceso en aras a garantizar los intereses superiores del concurso.

Desde luego, si tomamos como referencia las funciones que le encomienda la Guía de los jueces de lo Mercantil de Madrid, de 21 de febrero de 2023, en su apartado quinto, no parece que se limiten a esa mera labor de recabar ofertas de adquisición, en estrecha colaboración con el deudor concursado, sino que se le asignan otras tareas que nos hacen pensar en la necesidad de un cierto grado de independencia en el ejercicio de las mismas. Nos referimos, en particular, a las de «*comprobar que el valor de la unidad productiva supera el valor de mercado de los activos individuales integrados dentro del perímetro*», y muy en particular, la de «*verificar y supervisar que el proceso de venta es abierto, objetivo, concurrente y transparente, pudiendo emitir recomendaciones a tal fin*».

Sobre la base de lo anterior, consideramos necesario, *de lege ferenda*, que el legislador aclare, con mayor precisión, cuál es el verdadero alcance de las funciones de este experto, así como su auténtico papel en el mecanismo de prepack concursal. Entre otros motivos, porque como bien se ha evidenciado, no resulta demasiado congruente que se encomiende la emisión de un informe, que debe versar sobre la transparencia y objetividad del proceso, a quien precisamente ha participado y liderado el mismo¹⁴⁸. Y, del mismo modo, se estima oportuno clarificar también toda la temática referida a su retribución, al modo y manera de la percibida por el administrador concursal, estableciendo unos criterios predeterminados que otorguen mayor seguridad jurídica a dicha cuestión, evitando, en todo caso, que si la retribución se vincula solo al buen fin de la operación, pueda quedar en entredicho la propia independencia del experto, estableciéndose expresamente que ese buen fin va referido, no a la enajenación en sí, sino a su conveniencia a los intereses generales del concurso.

Por último, la delimitación precisa del papel a desempeñar por el experto designado por el juez, debe servir asimismo para perfilar con mayor detalle su régimen de responsabilidad, del que nada se dice en el TRLC actualmente vigente. En este sentido, se hace necesario recordar que el artículo 31 de la Propuesta de Directiva sobre insolvencia dispone expresamente que «*los Estados miembros velarán por que el supervisor y el administrador concursal sean responsables de los daños que el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente título cause a los acreedores y terceros afectados por el procedimiento de pre-pack*». En línea con lo anterior, nos parece absolutamente razonable que, particularmente en el caso de que el experto asuma ese papel de supervisión y de garantía de transparencia del procedimiento, se le asigne un régimen de responsabilidad en consonancia con la importancia de sus funciones, de manera que si a resultados de las mismas, se causa un daño a acreedores o terceros, este deba ser objeto de resarcimiento.

4. La enajenación de unidad productiva en el contexto de un plan de reestructuración

En íntima conexión con lo analizado en el apartado precedente, en el que nos referíamos a la designación judicial de un experto cuya función esencial es la de recabar ofertas de adquisición que permitan la enajenación de una o varias unidades productivas, con el propósito de maximizar su valor y preservar, tal vez, la continuidad de la actividad empresarial del deudor insolvente o en situación de probable insolvencia, debemos referirnos ahora a uno de los mecanismos preconcursales diseñados por el nuevo TRLC, los planes de reestructuración¹⁴⁹,

¹⁴⁸ Véase, de nuevo: THERY MARTÍ, A.: *op. cit.*, pp. 103 y 104.

¹⁴⁹ Puede verse, con carácter general, sobre esta específica figura: LEÓN SANZ, F. J.: «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº30 (2013), pp. 75-98.; PULGAR

toda vez que, como veremos a continuación, es perfectamente posible que, entre el contenido de los mismos, se halle precisamente la venta de una o varias de las unidades productivas del deudor.

De hecho, ya hemos señalado repetidamente que en la medida en que la empresa sea viable, la opción por la que se decanta preferentemente el legislador, en consonancia con la Directiva sobre reestructuración, es precisamente la de la reestructuración temprana¹⁵⁰. En este contexto, el deudor que se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual puede solicitar la homologación de un plan de reestructuración (artículo 584.1 del TRLC), teniendo dicha consideración, entre otras muchas situaciones, las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, siempre que tengan como propósito la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios (artículo 614 del TRLC).

Constituye esta una de las principales novedades incorporadas con ocasión de la reforma operada por la Ley 16/2022, puesto que, hasta ese momento, la venta de una unidad productiva no aparecía en la relación de medidas o efectos sobre los que podía versar una homologación de acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos¹⁵¹. En la actualidad, parece evidente ya que, con la nueva regulación del Derecho preconcursal, podrá someterse a la consideración de los acreedores, y a la posterior y preceptiva autorización judicial, una herramienta de reestructuración que contemple, entre su contenido, la enajenación de una o varias unidades productivas del deudor.

Siendo ello así, nos corresponde analizar ahora las particularidades que puede presentar esa adquisición de una o varias unidades productivas en el marco de un plan de reestructuración sometido a la aprobación de los acreedores de ese deudor en situación de probable, actual o inminente insolvencia. Para ello, conviene advertir, ante todo, que no nos hallamos ante un supuesto, como los anteriores, en el que lo que se presenta es una oferta de adquisición susceptible de ser mejorada por otras propuestas alternativas, ya sea en el marco de una subasta (artículos 215 y siguientes del TRLC, salvo el supuesto de venta directa autorizado por el juez, y artículo 224 *bis* del TRLC), o en el de una labor previa de prospección llevada a cabo por un experto independiente (artículo 224 *ter* y siguientes).

En el caso que ahora analizamos, la propuesta de adquisición de una o varias unidades productivas aparecerá incorporada a un plan de reestructuración que, como decíamos, va a someterse a la aprobación de los acreedores. Esto último es importante, ya que, como se ha advertido, no sin razón, el TRLC nada dice, en sede de planes de reestructuración, sobre la delimitación del perímetro de la unidad productiva, sobre la sucesión de empresa a efectos de los trabajadores, contratos, licencias, etc., ni tampoco aparece exigencia alguna al adquirente de un compromiso mínimo de actividad, a diferencia de lo que sucede en los supuestos contemplados en los artículos 224 *bis* y 224 *ter* y siguientes del TRLC¹⁵².

EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Madrid (2021); «Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores», en *Revista de Derecho Mercantil*, n°323 (2022), pp. RR-1.1-RR-1.15; GÓMEZ ASENCIO, C.: *Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Aranzadi (2019); y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: «Los marcos de reestructuración preventiva en el derecho europeo: reflexiones sobre sus fundamentos normativos», en *Las reestructuraciones de la sociedades de capital en crisis*, obra colectiva dirigida por BERMEJO, N., MARTÍNEZ, A. y RECALDE, A., Civitas (2019), pp. 35-66.

¹⁵⁰ BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

¹⁵¹ BRENES CORTÉS, J.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

¹⁵² Véase, en dicho sentido: LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*, pp. 2-4.

Es más, el artículo 633 del TRLC, al referirse al contenido del plan de reestructuración, se cuida de aclarar que, entre otros extremos, como mínimo, deberá incluir una mención a los acreedores cuyos créditos van a quedar afectados por el plan; los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que vayan a ser resueltos; las medidas de reestructuración propuestas, su duración y los flujos de caja estimados del plan; así como las consecuencias globales para el empleo, como es el caso de despidos, acuerdos sobre reducción de jornada o medidas similares.

De conformidad con lo anterior, parece pues que será el contenido de cada concreta oferta la que nos aclarará extremos tan importantes como los anteriormente reseñados, partiendo siempre de la base de que, ante un hipotético silencio, al negocio de transmisión le será de aplicación el régimen mercantil general de compraventa de negocio; en particular, a efectos de sucesión laboral y de Seguridad Social, de asunción de responsabilidad por las obligaciones fiscales derivadas de la explotación del negocio o de necesidad de obtención del consentimiento de las contrapartes de los contratos transmitidos como parte de la unidad productiva.

Sin embargo, si la oferta contiene algunos extremos que deroguen ese régimen general, no puede decirse que ello vaya a ser en detrimento o perjuicio de los acreedores, puesto que ya hemos advertido que se precisará de su aprobación (artículos 627 y siguientes del TRLC). Pero es que, además, si el plan en cuestión contiene medidas cuyos efectos se pretendan extender a acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan o a los socios del deudor persona jurídica, o cuando se pretenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración, el plan deberá ser sometido a homologación judicial (artículo 635. 1º y 2º del TRLC).

Esta necesaria y preceptiva homologación judicial para determinados supuestos es la que nos invita a concluir que, de conseguirse, podría llegar a extender sus efectos incluso a aquellos acreedores que no hubieran votado a favor del plan, siempre naturalmente que se hubiera obtenido la correspondiente mayoría de acreedores en la votación efectuada al efecto. Del mismo modo, si tras la aprobación y homologación judicial de ese plan de reestructuración, el deudor fuera declarado en concurso dentro de los dos años siguientes a esa circunstancia, la rescisión de la venta de la unidad o unidades productivas ya no sería tan clara como en el caso de venta efectuada extramuros del concurso, puesto que esa homologación judicial está pensada precisamente para ofrecer seguridad jurídica al adquirente¹⁵³.

Por consiguiente, como se ha indicado acertadamente, el auténtico test de que la oferta contenida en el plan es apropiada lo constituye su aprobación por una mayoría suficiente de acreedores y de sus respectivas clases, que vienen a manifestar con ello su conformidad con el resultado que se obtiene con la liquidación del negocio que se lleva a cabo con la venta. Y, en todo caso, la respuesta frente a posibles abusos será la impugnación del plan conforme a los motivos previstos en los artículos 654 y siguientes del TRLC, destacando de manera muy especial la necesidad de superar la prueba del interés superior de los acreedores¹⁵⁴, entendido este como el mayor perjuicio que sufrirían si lo que obtuvieran bajo el plan fuera inferior a lo

¹⁵³ Véase, nuevamente: LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*, pp. 2-4; y SANCHO GARGALLO, I.: «La protección de los planes de reestructuración homologados frente a la rescisión concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58 (2023), pp. 253-278.

¹⁵⁴ Se trata esta de una regla importada del derecho anglosajón, que tiene como finalidad esencial garantizar que ningún acreedor disidente se halle, a consecuencia de la aprobación del plan de reestructuración, en una situación peor de la que estaría en caso de liquidación de los bienes del deudor.

que obtendrían en concurso de la venta de activos o de la unidad productiva¹⁵⁵. Cabe consignar, sin embargo, que esta regla resulta ciertamente difícil de aplicar, ya que, como se ha indicado por algún autor, supone traer del futuro al presente un riesgo contingente, basado necesariamente en estimaciones inciertas y futuras¹⁵⁶.

Resulta necesario destacar asimismo que, cuando la venta de la unidad productiva vaya acompañada de la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la parte afectada por la resolución podrá impugnar el auto de homologación en ese específico aspecto en cualquiera de estos dos supuestos: (i) cuando esa resolución del contrato no resulte necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso; y (ii) cuando no sea adecuada la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato (artículo 657 del TRLC). Ni que decir tiene que ambos motivos dejan un margen de discrecionalidad ciertamente elevado en manos del juzgador, que será quien, en última instancia, deba ponderar la verdadera necesidad de la resolución y, de manera muy especial, la adecuada protección de los intereses de la contraparte afectada por la misma.

Para acabar este somero análisis de las vicisitudes que puede experimentar la enajenación de una unidad productiva en el contexto de un plan de reestructuración presentado por el deudor y homologado por el juez competente, se hace necesario referirse a la eventualidad de su incumplimiento, por cuanto la Ley 16/2022, a diferencia de la regulación anterior, en la que el artículo 628 habilitaba a cualquier acreedor a solicitar la declaración de incumplimiento de un acuerdo de refinanciación, no prevé dicha posibilidad. Es más, el artículo 671 del TRLC indica expresamente que, con la homologación, desaparece la posibilidad de solicitar la resolución del plan de reestructuración por incumplimiento o la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados, salvo que el propio plan previese otra cosa, y con la conocida y consabida excepción tradicional del crédito público¹⁵⁷.

Como bien se ha puesto de relieve, nos hallamos ante una desviación radical frente a la normativa civil general¹⁵⁸, que busca su justificación, según se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, en incentivar a las partes para que tengan en cuenta un escenario de incumplimiento del plan durante su negociación y regulen los posibles remedios frente al mismo o, incluso, las consecuencias en caso de producirse. De ahí que pueda ser recomendable para los acreedores, a quienes deberá someterse a aprobación el plan presentado por el deudor, en el que puede tener cabida la enajenación de una unidad productiva, exigir la inclusión, por ejemplo, de condiciones resolutorias que permitan la reinstauración de los créditos originarios en caso de que se incumpla el contenido del plan.

¹⁵⁵ Véase, en dicho sentido: ALONSO HERNÁNDEZ, A.: «La compraventa de negocios en crisis según la reforma: planes de reestructuración liquidativos vs. prepack», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº58, enero-abril (2022), pp. 137-158, en concreto, p. 149.

¹⁵⁶ REBOLLO DÍAZ, P.: *Introducción al Derecho Concursal*, Barcelona (2023), p.72.

¹⁵⁷ Véase, en dicho sentido: FLORES SEGURA, M.: «El incumplimiento de los planes de reestructuración: novedades e incógnitas de la reforma», en *Almacén de Derecho*, 1 de junio de 2022, disponible en el siguiente enlace: <https://almacendederecho.org/el-incumplimiento-de-los-planes-de-reestructuracion-novedades-e-incognitas-de-la-reforma>, quien acertadamente advierte que, en todo caso, esta ausencia de virtualidad resolutoria del incumplimiento no se extiende a otros potenciales efectos del mismo, de manera que resta siempre en manos de los acreedores afectados la posibilidad de recurrir al remedio indemnizatorio o al del cumplimiento específico.

¹⁵⁸ FLORES SEGURA, M.: *op. cit.*

5. Especialidades de la enajenación concursal de una unidad productiva para microempresas

Como es sabido, una pieza clave en la reciente reforma del TRLC, en clara consonancia con la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Directiva sobre reestructuración, ha sido la voluntad del legislador de procurar un marco moderno y fiable con el que dar respuesta a la crisis de las microempresas, entendiéndose por tales aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros, o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros, según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud (artículo 685 del TRLC)¹⁵⁹.

Según la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, las microempresas constituían, a 31 de agosto de 2020, el 93,82% de las empresas españolas y daban empleo a casi cinco millones de personas, lo que representa cerca del 32% del empleo total de nuestro país. Pese a ello, también es harto conocido que este tipo de empresas está sometido a una alta volatilidad y a una enorme rotación, como lo demuestran los datos atinentes a sus expectativas de vida o supervivencia¹⁶⁰. Si a ello se le suma que el sistema concursal se ha mostrado ciertamente ineficaz para dar salida a la crisis que han padecido estas microempresas, se comprenderán inmediatamente las razones que han abogado por la necesidad de diseñar un procedimiento especial para este tipo de empresas que reduzca notablemente los costes fijos del propio sistema¹⁶¹.

Como es natural, el propósito de estas líneas no es ofrecer un panorama completo y detallado de este nuevo régimen, sino única y exclusivamente las particularidades que se pueden dar para el caso de la enajenación concursal de una o varias unidades productivas de una empresa de estas reducidas características. Para ello, es necesario indicar, ante todo, que si bien el TRLC prevé que este procedimiento especial para microempresas podrá tramitarse como procedimiento de continuación o como procedimiento de liquidación (artículo 685.5 del TRLC), tan solo aborda la cuestión referida a la venta de unidades productivas en el contexto de un procedimiento especial de liquidación, ya sea por medio de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 224 *bis* a 224 *quater*¹⁶², a los que se remite expresamente el artículo 710.2 del TRLC, ya sea mediante el procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento previsto en el artículo 694 *bis* y en el 710.1 del TRLC¹⁶³.

¹⁵⁹ El artículo 685 del TRLC se refiere indistintamente a personas naturales o jurídicas, de manera que el procedimiento queda abierto también a empresarios individuales, quienes no solo podrán ejercer una actividad empresarial, sino también profesional, como sería el caso de multitud de profesionales liberales y trabajadores autónomos. Véase, en dicho sentido: RIVAS URBINA, R.: *op. cit.*, p. RR-5.5.

¹⁶⁰ Apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022.

¹⁶¹ Puede verse, con relación al mismo, VELA PÉREZ, J.: «El procedimiento especial de microempresas», en *Anuario de Derecho Concursal*, n°58 (2023), pp. 475-510.

¹⁶² Observemos que la remisión no lo es al resto de artículos que se refieren a las especialidades del concurso posterior, por cuanto nos hallamos ante un procedimiento de naturaleza especial diseñado para microempresas. Puede verse, en este sentido: RUBIO VICENTE, P. J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas...», *op. cit.*, pp. 13 y 14, quien advierte, sin embargo, que menos clara resulta la exclusión de la regla que dispone la exigencia de continuar o reiniciar la actividad económica durante un mínimo de tres años.

¹⁶³ LÓPEZ BARRAU, P.: *op. cit.*, pp. 5 y 6.

Por lo que se refiere a la primera de las posibilidades, cabe entender por tanto que el deudor puede acogerse a los denominados mecanismos prepack concursales¹⁶⁴, puesto que puede haber solicitado el nombramiento judicial de un experto independiente (artículo 224 *ter*), o bien solicitar directamente la declaración de concurso con presentación conjunta de una propuesta vinculante de adquisición formulada por un acreedor o un tercero (artículo 224 *bis*). En este caso, se ha señalado, no sin razón, se aprecia una interconexión entre estos dos artículos que no se refleja en el procedimiento de carácter general ya analizado, en el que ya hemos visto parece que pueden funcionar de modo independiente o separado. Sin embargo, ello no implica necesariamente, a nuestro juicio, que la solicitud y el nombramiento del experto deban preceder siempre y en todo caso a la solicitud de declaración de concurso del deudor¹⁶⁵.

Por lo que respecta a la segunda posibilidad, el artículo 710.1 efectúa una remisión específica a las reglas contenidas en la sección 1ª, del capítulo IV, del título III, del libro I, aunque con una serie de especialidades que se reseñarán a continuación. Como particularidad relevante de este procedimiento para microempresas, el legislador ha dado prioridad a la transmisión de la unidad productiva a través de la venta directa sobre el sistema de subasta, al que solo se recurrirá si no fuere posible aquella (artículo 710.1.3ª del TRLC). A tales efectos, téngase presente que el artículo 707.3 del TRLC indica que el plan de liquidación debe contener una valoración de la empresa o de las unidades productivas realizada por un administrador concursal o, en caso de que no hubiera sido nombrado, por un experto designado al efecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 714 del TRLC.

Pues bien, sobre la base de esa valoración es sobre la que debe articularse precisamente esa venta directa. Para ello, el artículo 710.1.2.ª del TRLC señala que la misma se llevará a cabo de acuerdo con los principios de concurrencia y transparencia, a cuyo fin las condiciones generales y el precio fijado de acuerdo con la valoración se notificarán a los acreedores y se publicarán en el Registro público concursal. A partir de ahí, se sucede una suerte de tanteo general por medio del cual la transmisión se llevará a cabo por venta directa a favor del tercero que ofrezca, como mínimo, un quince por ciento más del valor acordado y mantenga el resto de condiciones (artículo 710.1.1.ª del TRLC)¹⁶⁶.

En el caso de que la venta directa resulte infructuosa, no quedará otro remedio que acudir ya a la subasta, en cuyo caso el precio de adjudicación no podrá ser inferior a la suma del valor de los bienes y derechos del deudor incluidos en el inventario (artículo 710.1. 4.ª del TRLC), con el evidente propósito de evitar que la transmisión de la empresa en funcionamiento pueda acabar perjudicando el derecho de los acreedores a su cuota de liquidación. En el supuesto de que concurren varias ofertas y difieran estas en su contenido referido al modo en que se garantiza la continuidad de la empresa, el mantenimiento de los puestos de trabajo o la satisfacción de los

¹⁶⁴ RIVAS URBINA, R.: *op. cit.*, pp. RR-5.5-RR-5.8.

¹⁶⁵ Puede verse, con relación a estas cuestiones: GALLEGO CÓRCOLES, A.: *op. cit.*, p. RR-2.5.

En contra, sin embargo, RIVAS URBINA, R. (*op. cit.*, pp. RR-5.5-RR-5.8.), quien entiende, no sin razón, que hubiera sido deseable concretar mucho mejor el encaje procesal entre el procedimiento de solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas y este procedimiento especial de liquidación para microempresas. En opinión del citado autor, para que pueda presentarse una oferta de adquisición de empresa o de unidad productiva con la solicitud de procedimiento especial de liquidación, en la práctica es necesario el previo nombramiento de experto para recabar dichas ofertas, y ello porque el procedimiento se inicia no con la solicitud del concurso con simultánea presentación de oferta, sino con la solicitud del experto para recabar las ofertas, para que, una vez obtenida la oferta, se presente junto a la solicitud del concurso.

¹⁶⁶ La propia Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 nos señala que esta regla persigue empujar al alza el precio en la venta directa de la empresa para beneficio de todos los acreedores del procedimiento especial de liquidación.

créditos, el deudor o la administración concursal, una vez oídos los representantes de los trabajadores, elevarán un informe al juez con propuesta de resolución para que sea este quien resuelva lo más pertinente, de conformidad con la regla de preferencia ya analizada del artículo 219 del TRLC.

Todo lo anteriormente reseñado debe completarse, a su vez, con una especial referencia a la plataforma electrónica de liquidación que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional segunda de la Ley 16/2022, ha puesto ya en marcha el Ministerio de Justicia, y que consiste en un portal público electrónico, de acceso gratuito y universal, previsto para la venta de los activos de las microempresas en liquidación. Naturalmente, esta herramienta puede ser utilizada también para la enajenación de unidades productivas, a cuyo efecto el deudor o la administración concursal podrán incluirlas en la plataforma a efectos de su exposición al mercado, siendo, de hecho, obligatoria dicha inclusión cuando la oferta posterior de adquisición provenga de persona especialmente relacionada con el deudor.

En particular, la información que deberá facilitarse a la plataforma es la siguiente: (i) forma de la persona jurídica concursada; (ii) sector al que pertenece la empresa; (iii) ámbito de actuación; (iv) tiempo durante el que ha estado en funcionamiento; (v) volumen de negocio; (vi) tamaño del balance y número de empleados; (vii) inventario de los activos más relevantes de la empresa; (viii) contratos vigentes con terceros; (ix) licencias y autorizaciones administrativas vigentes; (x) pasivos de la empresa con garantía real y la determinación de los bienes y derechos afectos; (xi) procesos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación en los que estuviera incurso; y (xii) aspectos laborales relevantes.

En la comunicación efectuada por el deudor o el administrador concursal, se determinará qué parte de la información puede ser publicada en abierto y qué parte solo tras su autorización. Una vez accesible la información, los interesados en la adquisición de la empresa o de una de sus unidades productivas comunicarán una expresión de interés no vinculante a través de la plataforma, que trasladará la misma al deudor o a la administración concursal inmediatamente, quienes deberán tramitarla de acuerdo con el sistema de enajenación previsto en el artículo 710 del TRLC, es decir, por venta directa y, en caso de que no sea posible, por subasta.

Por lo demás, conviene añadir que el TRLC contempla asimismo una serie de medidas adicionales, referidas a la suspensión de las ejecuciones, al nombramiento de un administrador concursal y a la solicitud de nombramiento de experto para la valoración de la empresa o de establecimientos mercantiles, que pueden ser solicitadas en el transcurso de este procedimiento especial de liquidación. Por su especial incidencia en la eventual enajenación de una unidad productiva, haremos cumplida referencia a cada una de ellas.

En lo que se refiere a la solicitud de suspensión de las ejecuciones, el artículo 712 del TRLC recoge una norma que puede ser de vital importancia para el buen éxito de la operación, al disponer que, desde la apertura del procedimiento especial de liquidación, y en tanto exista una posibilidad objetiva razonable de que la empresa o las unidades productivas puedan transmitirse en funcionamiento, el deudor podrá solicitar la suspensión de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional que deriven del incumplimiento de un crédito con garantía real, con independencia de si la ejecución se había ya iniciado o no en el momento de la solicitud y de la condición del crédito o del acreedor. Con ello, se pretenden evitar las negativas consecuencias que para la pervivencia y consiguiente transmisión de la empresa o de la unidad productiva pueden representar la ejecución de las garantías reales que pesan sobre un bien indispensable para la continuación de esa actividad.

En estos supuestos, la solicitud del deudor, que se realizará mediante formulario normalizado, será cursada por el letrado de la Administración de Justicia, quien comprobará la concurrencia de los requisitos legales de forma y, en su caso, ordenará su publicación en el Registro público concursal y en el Registro Mercantil y de la Propiedad competentes, notificando electrónicamente la suspensión al acreedor y al juzgado o a la autoridad que estuviese conociendo de la ejecución. Esta suspensión, que producirá efectos desde la recepción de esa notificación, se mantendrá hasta el momento en que se compruebe objetivamente que la empresa no se transmitirá en funcionamiento y, en todo caso, transcurridos tres meses desde el decreto en que se tenga por efectuada la solicitud, momento a partir del cual se levantará de manera automática.

Por lo que respecta a la solicitud de nombramiento de administrador concursal, debemos partir de la base de que el procedimiento especial para microempresas no requiere necesariamente de dicha figura, puesto que el artículo 694 del TRLC dispone expresamente que, desde la apertura del procedimiento especial hasta su conclusión, el deudor mantendrá intactas las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pudiendo realizar aquellos actos de disposición que tengan por objeto la continuación de la actividad empresarial o profesional, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado. No obstante, tanto en sede de procedimiento de continuación (artículo 703 del TRLC), como de procedimiento especial de liquidación (artículo 713 del TRLC), resulta perfectamente posible que se solicite una limitación de las facultades de administración y disposición del deudor. En particular, en este último procedimiento, en cualquier momento de su estado, el deudor o los acreedores cuyos créditos representen al menos el veinte por ciento del pasivo total, podrán solicitar el nombramiento de un administrador concursal que sustituya al deudor en sus facultades de administración y disposición. Pues bien, lo relevante, a nuestros efectos, es que ese administrador concursal, según lo dispuesto en el artículo 713.2 del TRLC, podrá emitir opiniones técnicas relativas a la valoración de los activos y de las ofertas de adquisición de la empresa o de unidades productivas, de manera que su participación podrá resultar especialmente decisiva en la concreción definitiva de la operación de venta.

Finalmente, el artículo 714 del TRLC prevé también la posibilidad de que el deudor, los acreedores o, en casos muy excepcionales, el administrador concursal, puedan solicitar el nombramiento de un experto a los solos efectos de la valoración de la empresa o de una o más de sus unidades productivas. En realidad, el artículo 707 del TRLC, al regular la tramitación del plan de liquidación, ya se anticipa a ello, puesto que exige que dicho plan incluya una valoración de la empresa o de las unidades productivas realizada por un administrador concursal o, en caso de que no se hubiera nombrado, por un experto designado al efecto.

Dicha hipótesis plantea, en esencia, dos problemas: por un lado, el nombramiento y la fijación del importe de la retribución de ese experto; y, por otro, el de quien debe hacerse cargo del pago de la misma. Respecto de lo primero, el artículo 714.2 del TRLC vincula dicha cuestión al acuerdo entre el deudor y los acreedores que representen la mayoría del pasivo, aclarando, en su defecto, que será el letrado de la Administración de Justicia quien dirima la cuestión, de conformidad con lo dispuesto para el sistema de nombramiento y retribución de peritos judiciales. Por su parte, la retribución deberá ser satisfecha por el solicitante, que ya hemos visto puede ser el deudor, los acreedores, o incluso el administrador concursal, aclarándose tan solo que si existe ya un administrador concursal nombrado en el procedimiento, no podrá detrarse dicho importe de la masa del concurso, con independencia de quien solicite el nombramiento, y que si la solicitud proviene del deudor, el cobro se producirá en todo caso tras la satisfacción del crédito público privilegiado (artículo 714.3 del TRLC).

6. Bibliografía

ALCOVER GARAU, Guillermo: «La enajenación concursal de unidades productivas, ¿otra oportunidad perdida?», en *La Ley Mercantil*, nº96, noviembre de 2022, pp. 1-5.

ALCOVER GARAU, Guillermo: «La guía de buenas prácticas concursales para el nombramiento de experto en fase preconcursal (prepack): una mala práctica», en *Diario La Ley*, nº10238, 1 de marzo de 2023, pp. 1-4.

ALONSO HERNÁNDEZ, Ángel: «La compraventa de negocios en crisis según la reforma: planes de reestructuración liquidativos vs. prepack», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº58, enero-abril (2022), pp. 137-158.

ALONSO LEDESMA, Carmen: «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario como contenido del convenio concursal», en *E-Prints Complutense*, nº40 (2011).

ARGÜELLES MORA, Almudena: «La venta de unidades productivas en sede concursal como vía para la salvaguarda del tejido empresarial en la nueva Ley Concursal RDL 1/2020», en *Diario La Ley*, nº9826.

ASENCIO PASCUAL, Cristina: «Aspectos de contenido innovador de la venta de unidad productiva a la luz del nuevo TRLC», en *Diario La Ley*, nº9660, 24 de junio de 2020.

AZOFRA VEGAS, Fernando: «Enajenación de unidades productivas», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº54 (2020), pp. 39-66.

BARROS GARCÍA, Mario: «Comentario al artículo 221», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por Abel VEIGA COPO, pp. 1259-1266.

BETHENCOURT-RODRÍGUEZ, Geraldine: «Concurso de acreedores y venta de unidad productiva: análisis de los límites a la exoneración de responsabilidad», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº37, 2018, pp. 85-103.

BRENES CORTÉS, Josefa: «Venta de unidades productivas y pre-pack concursal», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº55, mayo-agosto (2021), pp. RR-2.1-RR-2.6.

CALERO GARCÍA, Salvador: *La venta de empresas y unidades productivas en la liquidación concursal*, Valencia (2017).

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Los estados de insolvencia», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58, enero-abril (2023), pp. RR-1.1-RR-1.7

COHEN BENCHETRIT, Amanda: «El pre-pack tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº9 (2023), pp. 133-148.

CORDERO LOBATO, Encarna: «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», en *Diario La Ley*, nº8272 (2014).

CÓRDOBA ARDAO, Bárbara: «Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal», en *Diario La Ley*, nº9617, de 21 de abril de 2020.

CORDÓN MORENO, Faustino: «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº34 (2015), pp. 91-100.

ENCISO ALONSO-MUÑER, María: «Comentario al artículo 324», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo II, 2020, Madrid, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, pp. 891-897.

ESCOLÀ BESORA, María Elisa: «La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento», en *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, 2ª edición, Madrid (2021), obra colectiva dirigida por LLORET VILLOTA, Juan y MARQUÉS VILLALONGA, José María, pp. 83-125.

ETXARANDIO HERRERA, Edorta: «La enajenación concursal de unidad productiva», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº43 (2018), pp. 147-185.

FACHAL NOGUER, Nuria: «El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades», en *Aranzadi Digital*, 2020, nº1.

FERNÁNDEZ ABELLA, José María: «Novedades en la venta de la unidad productiva, a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal, expectativas y dudas que genera», en *Mercantil y Concursal: revista digital*, Editorial Sepin, nº39 (2021).

FERNÁNDEZ-ACEYTUNO SÁENZ DE SANTA MARÍA, Ramón: «Comentario a los artículos 215 y siguientes», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, Abel, pp. 1239-1243.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, tomo 2º, obra colectiva dirigida por ROJO, Ángel y CAMPUZANO, Ana Belén, Valencia (2015), pp. 2119-2253.

FLORES SEGURA, Marta: «El incumplimiento de los planes de reestructuración: novedades e incógnitas de la reforma», en *Almacén de Derecho*, 1 de junio de 2022, disponible en el siguiente enlace: <https://almacenederecho.org/el-incumplimiento-de-los-planes-de-reestructuracion-novedades-e-incognitas-de-la-reforma>

GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «Solicitud de concurso con oferta de adquisición de unidades productivas y ventas prepack en la proyectada reforma concursal», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº166, 2022, pp. RR-2.1-RR-2.7.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «Los marcos de reestructuración preventiva en el derecho europeo: reflexiones sobre sus fundamentos normativos», en *Las reestructuraciones de la sociedades de capital en crisis*, obra colectiva dirigida por BERMEJO, Nuria, MARTÍNEZ, Aurora y RECALDE, Andrés, Civitas (2019), pp. 35-66.

GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: *El convenio de asunción*, Madrid (2014).

GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «La pretendida uniformidad legislativa en materia de enajenación de unidades productivas tras las últimas reformas concursales», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº39 (2016), pp. 59-93.

GENTO CASTRO, Zulema: «La venta de la unidad productiva en el concurso», en *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, obra colectiva dirigida por CAMPUZANO, Ana Belén y SANJUÁN MUÑOZ, Enrique, Valencia (2015), pp. 676-701.

GILO GÓMEZ, César: «Pre-pack concursal y Derecho comparado», en *Estudios de Deusto*, vol. 69/2, julio-diciembre 2021, pp. 111-121.

GILO GÓMEZ, César: «La venta de la unidad productiva como solución a la insolvencia», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 25, 2021, pp. 38-49.

GÓMEZ ASENSIO, Carlos: *Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Aranzadi (2019).

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos: «Comentario al artículo 149», en *Comentario a la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PULGAR EZQUERRA, Juana, Madrid, 2016, pp. 1644-1683.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos: «Píldoras sobre la reforma concursal (XLV). El concurso de acreedores: solicitud de concurso con oferta vinculante de adquisición de unidad productiva (sin prepack) », accesible en <https://www.linkedin.com/pulse/pildoras-sobre-la-reforma-concursal-xlv-el-concurso-gonz%C3%A1lez-v%C3%A1zquez/?originalSubdomain=es>

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Comentario al artículo 214», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo I, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, Abel, pp. 1233-1239.

LEÓN SANZ, Francisco José: «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº30 (2013), pp. 75-98.

LÓPEZ BARRAU, Pilar: «La unidades productiva tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal», en *Actualidad profesional. Dictum Abogados*, 16 de noviembre de 2022, enlace disponible en: <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/la-unidad-productiva-tras-la-reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-concursal/30444/>

MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «Comentario al artículo 324», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, tomo II, 2021, obra colectiva dirigida por VEIGA COPO, Abel, pp. 80-85.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso: *Protocolo concursal*, 2ª edición, Cizur Menor, 2017.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso: «Las nieblas del convenio de asunción», en *Diario La Ley*, nº9677, 20 de julio de 2020.

MUÑOZ PAREDES, José María y DÍAZ LLAVONA, Covadonga: «Comentario a los artículo 215 y siguientes», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, Editorial Sepín, 2020, pp. 163-171.

PERDICES HUETOS, Antonio: «La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº34 (2015), pp. 101-112.

PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María: «La venta de la unidad productiva en la reforma concursal de la Ley 16/2022», en *Boletín Mercantil*, Lefebvre, nº112, noviembre 2022.

PULGAR EZQUERRA, Juana: *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Madrid (2021).

PULGAR EZQUERRA, Juana: «Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº323 (2022), pp. RR-1.1-RR-1.15.

REBOLLO DÍAZ, Pedro: *Introducción al Derecho Concursal*, Barcelona (2023).

RÍOS LÓPEZ, Yolanda: «Pre-pack concursal: una solución para la venta de empresas en crisis», en *Boletín Mercantil*, Lefebvre, nº 93.

RIVAS URBINA, Roberto: «Enajenación de la unidad productiva y pre-pack concursal en el proyectado procedimiento especial para microempresas» en *Anuario de Derecho Concursal*, nº56, mayo-agosto 2022, pp. RR-5.1-RR-5.11.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo: «Comentario al artículo 214», en *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*, tomo I, obra dirigida por PRENDES CARRIL, Pedro y FACHAL NOGUER, Nuria, 2021, pp. 1067-1074.

ROJO FERNÁNDEZ, Ángel: «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid (2014), pp.1864-1899.

ROJO FERNÁNDEZ, Ángel: «El Texto Refundido de la Ley Concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº51, septiembre-diciembre (2020), pp. RR1.1-RR1.12

RUBIO VICENTE, Pedro J.: *La aportación de empresa en la sociedad anónima*, Madrid (2001).

RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº22 (2015), pp. 149-162.

RUBIO VICENTE, Pedro J.: «La problemática de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación concursal», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº292, 2014, pp.177-250.

RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas en el Proyecto de Ley de reforma del TRLC», en *Diario La Ley*, nº10108, 12 de julio de 2022.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: «La protección de los planes de reestructuración homologados frente a la rescisión concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58 (2023), pp. 253-278.

SANZ SANZ, Alberto: *La enajenación de la unidad productiva en el concurso de acreedores*, Editorial La Ley, 2022.

SENENT MARTÍNEZ, Santiago: «La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº26, enero de 2017, pp. 95-116.

THERY MARTÍ, Adrián: «El pre-pack en la Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, nº9 (2023), pp. 93-131.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: «Artículo 146 bis. Especialidades de la transmisión de unidades productivas», en *Comentario a la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PULGAR, Juana, Madrid (2016), pp. 1582-1603.

VELA PÉREZ, José: «El procedimiento especial de microempresas», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº58 (2023), pp. 475-510.

VERDUGO GARCÍA, Juan y FARIÑAS PEÑA, José Manuel: «Transmisiones de unidades productivas y cesiones de contratos: ¿deben comunicarse a las contrapartes cedidas?», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº34, enero de 2021, pp. 259-268.

VILATA MENADAS, Salvador: «Comentario al artículo 214», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, obra colectiva dirigida por PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, Editorial Sepín, 2020, pp. 155-162.

Efectos de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de sincronización audiovisual de fonogramas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19), caso «Atresmedia».

Sumario

El 18 de noviembre de 2020 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó un importante fallo en materia de sincronización audiovisual de fonogramas. A pesar de haber transcurrido más de dos años, aún no se han materializado los efectos directos de esa resolución, llamada a alterar significativamente la tarifa que las entidades de gestión de los productores de fonogramas y los artistas musicales pueden percibir de los organismos de radiodifusión televisiva y de otros operadores que realicen actos de comunicación pública de obras audiovisuales en las que se hayan sincronizado fonogramas. La doctrina del Tribunal de Justicia implica que, tras la sincronización del fonograma en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual, la ulterior comunicación pública de esa grabación audiovisual no comporta una comunicación al público del fonograma o fonogramas sincronizados en ella. Por consiguiente, no ha lugar a exigir de los sujetos que realicen esos actos de comunicación pública el pago de la remuneración equitativa que, a nivel interno, prevén los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas respectivamente, y a nivel comunitario el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115. Más allá de los efectos inmanentes al proceso judicial del que traía causa la cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal de Justicia, circunscritos al operador televisivo que era parte en ese litigio, debemos preguntarnos las consecuencias que el nuevo entendimiento sobre la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales provoca para el sector en su conjunto. Asimismo, es deber del intérprete del Derecho preguntarse si la doctrina de la sentencia «Atresmedia» está llamada a producir repercusiones más allá de los objetos a los que el caso se refería (fonogramas y obras audiovisuales), debiendo extenderse a otros casos de sincronización (de fonogramas en otros bienes inmateriales o de otros objetos en obras audiovisuales); así como de la concreta modalidad de explotación que estaba en juego en el litigio de origen. El artículo también se interroga sobre la proyección en el tiempo de la doctrina sentada en la sentencia.

Abstract

On November 18, 2020, the Court of Justice of the European Union issued an important ruling on the synchronization of phonograms in audiovisual works. Despite more than two years having elapsed, the direct effects of this resolution, which calls for a significant change in the tariff that collective management organizations of phonogram producers and musical performers can claim from television broadcasting organizations and other similar operators, have not yet materialized. The doctrine of the Court of Justice implies that, after the synchronization of the phonogram in an audiovisual recording containing the fixation of an audiovisual work, the subsequent public communication of that audiovisual work does not imply a communication to the public of the phonogram or phonograms synchronized on it. Therefore, there is no room to require the

subjects who carry out these acts of public communication to pay the equitable remuneration that, internally, is provided for in articles 108.4 and 116.2 of the Copyright and Related Rights Acts, for performers and phonogram producers respectively, and at the European level, in article 8.2 of Directive 2006/115. Beyond the immanent effects of the judicial process that gave rise to the preliminary ruling request resolved by the Court of Justice, circumscribed to the television operator that was a party to said litigation, one must find the consequences that the new understanding on the synchronization of phonograms in audiovisual works brings to the entire sector as a whole. Likewise, it is the duty of the interpreter of the Law to ask himself if the doctrine of the "Atresmedia" judgment is bound to produce repercussions that go beyond the objects to which the case refers (phonograms and audiovisual works), by means of extending it to other cases of synchronization (of phonograms in other objects or of other objects in audiovisual works); as well as the specific form of exploitation that was at stake in the original dispute. The article also asks about the projection in time of the doctrine established in the ruling.

Title: *Effects of the doctrine established by the Court of Justice of the European Union in matters of audiovisual synchronization of phonograms. Judgment of the Court of Justice of the European Union of November 18, 2020 (C-147/19), «Atresmedia» case.*

-

Palabras clave: Remuneración equitativa y única por la comunicación al público de fonogramas — Sincronización de fonogramas — Comunicación al público de una grabación audiovisual que contiene la fijación de una obra audiovisual en la que se han incorporado uno o más fonogramas

Keywords: *Single equitable remuneration for the communication to the public of phonograms — Synchronization of phonograms — Communication to the public of an audiovisual recording containing the fixation of an audiovisual work in which one or more phonograms have been incorporated*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.04

3.2023

Recepción
10/4/2023

-

Aceptación
3/7/2023

Índice

1. Introducción

2. Los antecedentes del caso: la controversia planteada en el asunto principal

3. El pronunciamiento del TJUE: comunicar al público una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en que se haya sincronizado un fonograma no implica comunicar al público el fonograma

3.1. El fonograma como fijación exclusivamente sonora

3.2. Una fijación audiovisual que no es un fonograma tampoco es una «reproducción» de un fonograma

4. La resolución del litigio principal: la sentencia del Tribunal Supremo

5. La doctrina de la Sentencia del TJUE en el asunto «Atresmedia» y sus efectos inmediatos o directos

5.1. Recapitulación sobre la doctrina de la Sentencia

5.2. Los efectos inmediatos del fallo: el ajuste de la tarifa de AGEDI-AIE para televisiones

a. El ajuste tarifario propuesto por AGEDI-AIE a las televisiones

b. Obras audiovisuales versus grabaciones audiovisuales según AGEDI y AIE

c. Los anuncios publicitarios

d. Los videoclips o vídeos musicales

6. La doctrina de la Sentencia del TJUE en el asunto «Atresmedia» y sus efectos mediatos o indirectos

7. Extensión de la doctrina de la Sentencia a la sincronización de y en otros bienes inmateriales

7.1. La aplicación de la doctrina de la Sentencia a otros bienes inmateriales de origen

a. La extensión natural de la doctrina de la Sentencia a los fonogramas en general

b. La extensión natural de la doctrina de la Sentencia a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en los fonogramas

c. Sobre la posibilidad de extender la doctrina de la Sentencia a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas directamente en una grabación audiovisual

d. La imposibilidad de extender la doctrina de la Sentencia a la sincronización de obras musicales en obras audiovisuales

7.2. La aplicación de la doctrina de la Sentencia a otros bienes inmateriales de destino

a. La extensión del alcance de la Sentencia a toda clase de obras audiovisuales

b. Los videojuegos

c. Las grabaciones audiovisuales que no contienen la fijación de una obra audiovisual

d. Las emisiones o transmisiones de radiodifusión televisiva

8. Extensión de la doctrina de la Sentencia a otras modalidades de explotación de las obras audiovisuales

9. Extensión en el tiempo de los efectos de la Sentencia

10. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Hace ya más de dos años que fue dictada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19), ECLI:EU:C:2020:935, en el caso Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. («Atresmedia») v. Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales («AGEDI») y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España («AIE»), en adelante la «Sentencia». Se trata de una resolución clave para el mercado de explotación de fonogramas sincronizados en producciones audiovisuales.

A pesar del tiempo transcurrido, y de la importancia del fallo, la aplicación práctica de la doctrina sentada en la Sentencia aún no se ha consumado y siguen existiendo muchas dudas acerca del alcance exacto de todas sus repercusiones. El propósito de este trabajo no es tanto, o no solo, exponer la doctrina de la Sentencia, lo que es menos necesario pues resulta ya relativamente conocida para el público especializado¹, como tratar de aclarar algunas dudas interpretativas a que se sigue prestando y reflexionar sobre la serie de consecuencias, tanto directas como indirectas, que puede comportar, empezando desde luego por el impacto sobre la gestión colectiva de los derechos sobre los fonogramas.

El plan al que me atenderé será el siguiente. En primer lugar, parece ineludible hacer una descripción, aunque sea sintética, del caso y de la historia procesal en las sucesivas instancias, tanto antes como después de que el asunto fuera referido al TJUE. A continuación, tras acuñar la doctrina que se desprende de la Sentencia, procede delimitar los efectos *directos* de la Sentencia,

* Rafael Sánchez Aristi (rafael.aristi@urjc.es) es catedrático de Derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid) y socio del Área de Propiedad Intelectual de Cuatrecasas (Madrid). Las opiniones expresadas en este artículo expresan su punto de vista personal y no de las organizaciones para las que presta servicios. El autor agradece la lectura del manuscrito inicial y los comentarios al mismo hechos por sus compañeros Nora Oyarzabal Oyonarte y Álvaro Bourkaib Fernández de Córdoba.

¹ Reseñas o comentarios breves de la Sentencia pueden encontrarse varios. Cabe dar aquí las principales referencias: CASAS VALLÉS, «Nueva Cuestión Prejudicial ante el TJUE. AGEDI/AIE c. ATRESMEDIA, Sincronización de fonogramas, comunicación pública de obras audiovisuales y remuneración equitativa y única de artistas y productores», Blog de ALADDA (<http://aladda.es/nueva-cuestion-prejudicial-agedi-aie-c-atresmedia-sincronizacion-de-fonogramas-comunicacion-publica-de-obras-audiovisuales-y-remuneracion-equitativa-y-unica-de-artistas-y-productores/>); CUERVA DE CAÑAS, «Reseña de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19): ¡váyase con su música a otra parte (que no sea una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual que incorpore un fonograma sincronizado)!\», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n° 93 (mayo-agosto 2021), pp. 87 ss.; FERNÁNDEZ AÑÓN, «Atresmedia se libra de una indemnización millonaria», Blog del Máster en Propiedad Intelectual UAM-CIPI (<https://blog.cipi.es/blog2-intelectual/item/182-atresmedia-se-libra-de-una-indemnizacion-millonaria>); GONZÁLEZ SAN JUAN, «La remuneración equitativa y única relativa a la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales [Comentario de la STJUE (Sala Quinta), de 18 de noviembre de 2020, Asunto C-147/19, Atresmedia]», *ADI*, n° 41 (2020-21), pp. 377 ss.; LÓPEZ RICHART, «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 18 de noviembre de 2020», en SÁNCHEZ ARISTI y MORALEJO IMBERNÓN (eds.), *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual* (coord. R.), 2ª ed., Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2022, pp. 1163 ss.; OYARZABAL OYONARTE, Y ZABALLOS DEL RÍO, «Sentencia TJUE: sincronización de fonogramas en obras audiovisuales y derecho de remuneración por comunicación pública», Blog de Propiedad Intelectual y Tecnologías de Cuatrecasas (<https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/sentencia-tjue-sincronizacion-de-fonogramas-en-obras-audiovisuales-y-derecho-de-remuneracion-por-comunicacion-publica-1>); SERRANO FERNÁNDEZ, «El Derecho de Comunicación pública de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas. Comentario a la sentencia TJUE de 18 de noviembre de 2020 (Sala Quinta), asunto C-147/19», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 55, 2021.

no en el sentido de los desatados en el procedimiento en cuyo seno se dictó, sino de los llamados a producirse en el sector de actividad de que se trata. Finalmente, exploraré lo que podrían llamarse consecuencias o repercusiones *indirectas* de la Sentencia, distinguiendo a su vez entre las que tienen que ver con el ámbito objetivo de referencia (aplicación de la doctrina a otros objetos o bienes inmateriales), con el ámbito material (aplicación de la doctrina a otras modalidades de explotación) y con el marco temporal (aplicación de la doctrina a situaciones pasadas y efectos hacia el futuro).

2. Los antecedentes del caso: la controversia planteada en el asunto principal

La controversia resuelta por la Sentencia tiene su origen en un litigio que enfrentaba a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de los productores fonográficos (AGEDI) y de los artistas intérpretes o ejecutantes del ámbito musical (AIE), frente a Atresmedia en su condición de operador de televisión comercial en abierto. AGEDI y AIE habían demandado a Atresmedia reclamando el pago de alrededor de 17 millones de euros por la remuneración equitativa ligada a actos de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos realizados entre junio de 2003 y diciembre de 2009 a través de los canales de televisión explotados por Atresmedia, y por la reproducción no autorizada de fonogramas realizada para dichos actos de comunicación. Así como la remuneración equitativa por la comunicación pública es única para ambos colectivos y se trata de un derecho remuneratorio de gestión colectiva obligatoria que AGEDI y AIE gestionan a través de la Oficina Conjunta de Recaudación creada al efecto por esas entidades, la reproducción es un derecho exclusivo hecho valer únicamente por los productores a través de AGEDI.

El derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de fonogramas se contempla para los artistas en el artículo 108.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, («TRLPI»), y para los productores en el artículo 116.2 TRLPI. Esos preceptos son reflejo a nivel interno del derecho previsto a nivel comunitario en el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual («**Directiva 2006/115**»)², y a nivel internacional en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 («**Convención de Roma**») y el artículo 15 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (la «OMPI») sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas («TOIEF»). El derecho de reproducción de los productores de fonogramas está recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 115 TRLPI.

El Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, en su sentencia 110/2013, de 10 de junio, ECLI:ES:JMM:2013:439, estimó en parte la demanda de AGEDI y AIE y acordó que, con el límite de lo solicitado en ella, la indemnización por los expresados conceptos debía determinarse en ejecución de sentencia de acuerdo con dos criterios: (i) el uso efectivo del repertorio de las demandantes llevado a cabo por Atresmedia durante ese periodo; y (ii) los acuerdos a los que

² Versión codificada de la Directiva 92/100/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (la «**Directiva 92/100**» y, junto con la Directiva 2006/115, las «**Directivas 92/100 y 2006/115**»).

dichas entidades de gestión hubieran llegado con otras cadenas de televisión de similares características para autorizar el uso de su repertorio. Pero señaló que debían excluirse de los usos que darían lugar a indemnización los actos de comunicación pública de fonogramas que hubieran sido incorporados o «sincronizados» en obras audiovisuales (películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios), así como la reproducción de los mismos. En opinión del Juzgado, la sincronización de un fonograma en una obra audiovisual mediante una licencia remunerada provoca, necesariamente, la desaparición del fonograma como tal y la aparición de una obra derivada nueva y autónoma (sic), y por tanto los derechos de remuneración por comunicación pública y reproducción del fonograma se extinguen con el pago de la sincronización³.

Se trata de una decisión que viene a concordar en gran medida con la que, a la postre, se desprende de la Sentencia del TJUE, si bien desde un punto de vista conceptual cabe reprochar a la sentencia de primera instancia que tratase la sincronización del fonograma como si equivaliera a la sincronización de las obras musicales en él fijadas, ya que se refería a que la sincronización del fonograma comporta una transformación o realización de una obra derivada. En rigor, como explicará después el TJUE, no es que la sincronización comporte una transformación del fonograma, aunque provoque en cualquier caso su dilución como bien inmateral, la cual sin embargo opera por vía de reproducción.

Recurrida en apelación la sentencia de instancia por AGEDI y AIE, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) en su sentencia 29/2016, de 25 de enero, ECLI:ES:APM:2016:3842, suscribió la tesis de las recurrentes, favorable a la pervivencia del fonograma incluso tras su sincronización en una obra audiovisual, por lo que la ulterior comunicación pública de ésta implicaría una comunicación pública del fonograma en ella sincronizado, y por tanto devengaría la remuneración equitativa y única a favor de artistas y productores fonográficos. El razonamiento de la Audiencia es de signo opuesto al del Juzgado: la sincronización no puede provocar la transformación del fonograma porque el fonograma no es una obra, lo que implica es simplemente la reproducción del fonograma en la obra audiovisual, y esta –a diferencia de lo que luego apreciará el TJUE– no es suficiente para causar su dilución⁴.

³ Según la sentencia del Juzgado (F. de D. 7º), “la sincronización del fonograma preexistente en una obra audiovisual mediante la correspondiente licencia remunerada provoca necesariamente la aparición de una obra derivada absolutamente nueva y autónoma. Por tratarse de una obra con autonomía propia, frente al fonograma [...] que en ella se ha incorporado, no pueden seguir generándose derechos de remuneración por comunicación pública y reproducción instrumental de ésta para los productores del fonograma y los artistas que la interpretaron/ejecutaron, porque tales derechos expiran con el pago de la sincronización y la transformación de la obra musical y el soporte fonográfico en una obra musical”.

⁴ Según la sentencia de la Audiencia, “Ahora bien, el fonograma no es una obra. El fonograma es un mero soporte que contiene la fijación del concreto modo de ejecución que un determinado artista ha llevado a cabo, en un momento dado, de la secuencia de sonidos que constituye la obra propiamente dicha. En otras palabras: la obra es la ideación creativa y original de la secuencia de sonidos y el fonograma es el objeto que recoge una cierta ejecución de esa secuencia. Consiguientemente, si el fonograma no es una obra, no es posible ejercer sobre él operación alguna que comporte un fenómeno de transformación en sentido técnico-jurídico y, correlativamente, tampoco es posible que nazca del fonograma una obra derivada, precisamente porque aquello sobre lo que se opera en el curso de la sincronización no puede ser catalogado como obra en sentido alguno. Por más que la sincronización del fonograma en la obra audiovisual genere en el plano estético y creativo una síntesis superadora de sus elementos visuales y auditivos, y por más que ello dé lugar a la transformación de la obra sonora (normalmente musical) cuya concreta ejecución se encuentra fijada en el fonograma objeto de sincronización, lo cierto es que las cualidades de los sonidos fijados en el fonograma son objetivamente las mismas antes y después de la sincronización. Ello hace que la fijación sonora que queda en la obra audiovisual después de la sincronización

En consecuencia, la Audiencia revocó la sentencia de instancia y estimó íntegramente la demanda, dando por bueno el montante de la indemnización reclamada, ya que, según observa el tribunal, dicha suma había sido fijada teniendo en cuenta los acuerdos a los que AGEDI y AIE habían llegado con otras cadenas de televisión de similares características –generalistas y de ámbito estatal–, y no se había constatado que Atresmedia hubiera hecho un uso efectivo del repertorio de las actoras menor que el de esas otras cadenas.

Atresmedia interpuso recurso de casación cuestionando la interpretación que la Audiencia había hecho de los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI, así como de los preceptos comunitarios de referencia: el artículo 8.2 de la Directiva 92/100 y el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115 [de idéntico contenido, pero aplicables ambos *rationae temporis*, dado que la reclamación abarcaba el periodo de junio de 2003 a diciembre de 2009].

Antes de resolver el recurso, por providencia de 10 de enero de 2019, la Sala acordó dejar en suspenso la deliberación, votación y fallo y oír a las partes sobre la procedencia de plantear cuestión prejudicial. Tras formular cada una las alegaciones que consideró pertinentes, por auto de 13 de febrero de 2019 el Alto Tribunal entendió necesario plantear al TJUE sendas cuestiones prejudiciales, a saber:

«1. El concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8, apartado 2, de las Directivas 92/100 y 2006/115, ¿incluye la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual?»

2. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, ¿está obligada al pago de la remuneración equitativa y única prevista en el art. 8, apartado 2, de tales Directivas una entidad de radiodifusión televisiva que utilice, para cualquier tipo de comunicación al público, una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra cinematográfica o audiovisual en la que se haya reproducido un fonograma publicado con fines comerciales?»

Presentaron observaciones escritas Atresmedia, AGEDI, AIE, el Gobierno español y la Comisión Europea. Las mismas partes formularon sus observaciones orales durante la vista, celebrada el 30 de enero de 2020. El abogado general, Sr. Evgeni Tanchev emitió sus conclusiones el 16 de julio de 2020.

3. El pronunciamiento del TJUE: comunicar al público una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en que se haya sincronizado un fonograma no implica comunicar al público el fonograma

del fonograma no pueda ser considerada, en tanto que simple réplica de los sonidos fijados en el fonograma sincronizado, sino como una reproducción de ese mismo fonograma. Reproducción cuya comunicación pública, al igual que la del fonograma propiamente dicho, genera el derecho de remuneración equitativa que contemplan los Arts. 108-4 y 116-2 de la Ley de Propiedad Intelectual”.

3.1. El fonograma como fijación exclusivamente sonora

Antes de entrar en el fondo del asunto, el TJUE aclara, con carácter preliminar, que las cuestiones prejudiciales remitidas no versan sobre los propios actos de sincronización de fonogramas comerciales en las grabaciones audiovisuales controvertidas en el asunto principal, pues constaba que la incorporación de los fonogramas se había efectuado con la autorización de los titulares de derechos afectados y a cambio de una remuneración abonada de conformidad con los acuerdos contractuales aplicables.

Lo que el órgano jurisdiccional remitente deseaba saber, señala el TJUE, es si los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de los fonogramas publicados con fines comerciales tienen derecho a percibir la remuneración equitativa y única prevista en el artículo 8, apartado 2 de la Directiva 92/100 [refundida después en la Directiva 2006/115], cuando las grabaciones audiovisuales en que los fonogramas comerciales se hayan incorporado sean objeto de comunicación pública posterior.

En este sentido, considera que las cuestiones planteadas deben analizarse conjuntamente y las reformula así: *«si el artículo 8.2 de la Directiva 92/100 y el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115 deben interpretarse en el sentido de que los usuarios tienen que pagar la remuneración equitativa y única que contemplan ambas disposiciones cuando efectúen la comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contenga la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas».*

La Sentencia recuerda que el respectivo artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 prevé que los Estados miembros establecerán la obligación del usuario de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma, que se utilice para la radiodifusión inalámbrica o para cualquier tipo de comunicación al público, de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores del fonograma.

Partiendo de esa base, el TJUE considera que es necesario, para responder a la cuestión prejudicial, determinar si una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de fonogramas comerciales debe calificarse de «fonograma» o «reproducción de dicho fonograma» a efectos del artículo 8.2 de la Directiva 92/100 y de la Directiva 2006/115.

El Tribunal de Justicia observa que ni las Directivas 92/100 y 2006/115, ni otros instrumentos adoptados por la Unión en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, definen el concepto de «fonograma», así como tampoco contienen una remisión a los ordenamientos de los Estados miembros para determinar el alcance de ese concepto. Siendo así, el TJUE recuerda que es reiterada la jurisprudencia que determina que, en estos casos, el tenor de una disposición del Derecho de la Unión debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la UE. Los criterios interpretativos serán, de acuerdo con la jurisprudencia, el tenor de esa disposición, su contexto (en particular su génesis y el Derecho internacional), y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. En este caso, según la Sentencia, las disposiciones de las Directivas 92/100 y 2006/115 deben interpretarse a la luz del Derecho internacional, en especial de los tratados que dichos instrumentos jurídicos tienen justamente por objeto aplicar, tal y como se recoge explícitamente en los considerandos de ambas Directivas.

Como ya hiciera el abogado general en sus conclusiones, el TJUE señala que de la exposición de motivos de la propuesta de directiva que precedió a la adopción de la Directiva 92/100, se desprende que, habida cuenta de que los términos empleados en ella eran fundamentales en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines y de que su significado ya había quedado armonizado en su mayoría por tratados internacionales, procedía remitirse a los conceptos que figuran en especial en la Convención de Roma que, si bien no forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión (la UE no es parte de ella), produce efectos indirectos en el seno de la Unión.

A tenor del artículo 3, letra b), de la Convención de Roma, un fonograma es toda fijación «exclusivamente sonora» de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos, de lo que el Tribunal deduce que no puede incluirse en ese concepto una fijación de imágenes y sonidos, ya que esta fijación no puede calificarse de «exclusivamente sonora».

Por su parte, la sentencia recuerda que procede interpretar el concepto de «fonograma» que figura en el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115 (que sustituyó al de la Directiva 92/100 sin modificarlo) respetando el concepto equivalente del TOIEF, ya que las disposiciones de este tratado sí que forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión. Así, el artículo 2, letra b), del TOIEF, define fonograma como *«toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual»*.

Observa el Tribunal, en línea con las conclusiones del abogado general, que de la «Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI», elaborada por la OMPI (la «**Guía OMPI**»)⁵, documento interpretativo elaborado por la OMPI que, aunque no tiene fuerza vinculante, contribuye a la interpretación del TOIEF, se desprende que el TOIEF habría actualizado la definición de «fonograma» de la Convención de Roma, con el efecto de que *«en el caso de que una fijación audiovisual no cumpla los requisitos para poder considerarse obra, la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en dicha fijación audiovisual debe considerarse fonograma»*.

Sin perjuicio de esta última observación, el TJUE concluye que procede considerar que tanto el TOIEF como la Guía OMPI excluyen que una fijación de sonidos incorporada en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual esté comprendida, a efectos de dicha disposición, en el concepto de «fonograma».

El Tribunal es consciente de que, como destacaron AGEDI y AIE, la declaración concertada sobre el artículo 2, letra b), del TOIEF que adoptó la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 20 de diciembre de 1996 (la «Declaración Concertada»), constituye también un factor importante para la interpretación de esa disposición, y que de acuerdo con la Declaración Concertada, *«la definición de fonograma prevista en el Artículo 2.b) no sugiere que los derechos sobre el fonograma sean afectados en modo alguno por su incorporación en una obra cinematográfica u otras obras audiovisuales»*. Sin embargo, para el TJUE, ello no desvirtúa la conclusión anterior.

⁵ Disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

El TJUE aclara que de la Declaración Concertada puede deducirse que un fonograma incorporado en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual pierde su condición de «fonograma» en la medida en que forme parte de tal obra, sin que ello afecte a los derechos sobre ese fonograma en caso de que se utilice con independencia de la obra en cuestión. Según la Sentencia, esta interpretación se ve corroborada por la Guía OMPI, que indica que la Declaración Concertada pretende dejar claro que los «*fonogramas solo pueden utilizarse en [una obra cinematográfica u otra obra audiovisual] a partir de los arreglos contractuales adecuados, teniendo en cuenta debidamente los derechos de los productores de fonogramas previstos en el [TF]. En caso de que se utilicen de nuevo con independencia de la obra audiovisual, deben ser considerados fonogramas*»⁶.

Como explica el TJUE, en el presente caso la incorporación de los fonogramas controvertidos en obras audiovisuales se efectuó con la debida autorización de los titulares de derechos afectados y a cambio de una remuneración que les fue abonada de conformidad con los acuerdos contractuales. Por otro lado, las pretensiones de AGEDI y AIE no hacían alusión alguna a que esos fonogramas se utilizasen de nuevo con independencia de la obra audiovisual en la que se incorporaron.

Con base en todo lo anterior, se ratifica que procede considerar que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no puede calificarse de «fonograma» a los efectos del artículo 8, apartado 2, de las Directivas 92/100 y 2006/115.

3.2. Una fijación audiovisual que no es un fonograma tampoco es una «reproducción» de un fonograma

Tras dejar aclarado que la fijación de sonidos incorporada a una obra audiovisual no es un fonograma, el Tribunal analiza, en consonancia con las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial remitente, si la incorporación de un fonograma en la grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual constituye la «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales», en el sentido del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115. Como tampoco las Directivas 92/100 y 2006/115 definen el concepto de «reproducción de un fonograma» ni se remiten de forma expresa al Derecho de los Estados miembros para definir su alcance, debe realizarse una interpretación autónoma y uniforme.

Según el abogado general en sus conclusiones, para realizar la interpretación y comenzando con el contexto, debe recordarse que el término «reproducción» no solo se encuentra en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, sino también en el artículo 7 de la Directiva 92/100 y en la posterior reaparición de esta disposición en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (la «**Directiva 2001/29**»).

⁶ De otro modo, la sincronización no sería una explotación más del fonograma sino una suerte de *canto del cisne* que causaría la extinción del fonograma a todos los efectos. La Declaración Concertada significa también que se puede crear un nuevo álbum fonográfico a partir de los temas de la banda sonora de una película, el cual pase a comercializarse como fonograma de manera separada del propio film, fenómeno harto frecuente en la práctica.

A este respecto, según el abogado general, puede entenderse que el término «reproducción» se refiere, bien al proceso de reproducir un determinado elemento, o bien al resultado de esa reproducción; ambas nociones estarían vinculadas además a derechos de distinta naturaleza: lo que prohíbe el artículo 2, letra c) de la Directiva 2001/29 es el acto de reproducción no autorizado, mientras que el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 se refiere a la remuneración por ciertos usos de *una* reproducción, entendida como copia de un fonograma, es decir, el uso de un ejemplar del fonograma. Se trataría de dos acepciones distintas de la misma palabra.

Así, continúa el abogado general, el acto de copiar una grabación preexistente de una canción en la banda sonora de una película puede considerarse un acto de reproducción, porque es lo que se está haciendo: la canción se reproduce e incorpora en el conjunto audiovisual. Tal acto de reproducción –en el sentido en que este término se utiliza a los efectos del derecho de reproducción– tiene lugar cuando se sincroniza el fonograma. Sin embargo, considera el abogado general que el hecho de que la sincronización de un fonograma preexistente sea un *acto* de reproducción de ese fonograma no convierte a la obra audiovisual resultante en *una* reproducción de ese fonograma.

El TJUE, siguiendo la misma línea que la del abogado general en sus conclusiones, señala que el artículo 3, letra e), de la Convención Roma, define la «reproducción» como «la *realización* de uno o más ejemplares de una fijación» y que, resulta obligado declarar que tal definición se refiere al *acto de realizar* una reproducción de la fijación de que se trate. Ahora bien, ese acto, que es objeto del derecho de carácter preventivo contemplado en el artículo 2 de la Directiva 2001/29, no es objeto de las disposiciones del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, las cuales no establecen tal derecho de carácter preventivo, sino un derecho de carácter compensatorio, cuyo elemento desencadenante es la comunicación al público de la interpretación o ejecución de una obra fijada sobre un fonograma o sobre la reproducción de dicho fonograma. Es decir, la reproducción en el contexto de las Directivas 92/100 y 2006/115 debe entenderse en el sentido de un *ejemplar del fonograma* derivado de dicho acto de reproducción.

Lo anterior conduce al TJUE a establecer que, dado que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no puede calificarse de «fonograma» a los efectos del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, tal grabación tampoco podrá, por razones idénticas, constituir un «ejemplar» de ese fonograma ni, por tanto, estar incluida en el concepto de «reproducción» de dicho fonograma a los efectos de esas mismas disposiciones.

Sentado lo anterior, el TJUE concluye en el sentido de que procede considerar que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no podrá calificarse ni como «fonograma» ni como «reproducción de dicho fonograma» a los efectos del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115. Por consiguiente, la comunicación al público de esa grabación audiovisual no genera el derecho de remuneración que contemplan las mencionadas disposiciones.

El TJUE aclara que la interpretación llevada a cabo no pasa por alto los objetivos de las Directivas 92/100 y 2006/115 tendentes a garantizar la continuidad del trabajo creativo y artístico de los autores y artistas intérpretes y ejecutantes y, de este modo, permitir que se alcance un equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de

fonogramas a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros en poder emitir dichos fonogramas o comunicarlos al público en condiciones razonables. Según el Tribunal de Justicia, en circunstancias como las controvertidas en litigio principal, esos objetivos deben alcanzarse mediante la celebración, con motivo de la incorporación de los fonogramas o las reproducciones de dichos fonogramas en las obras audiovisuales de que se trate, de acuerdos contractuales entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de las obras, de modo que la remuneración de los derechos afines sobre los fonogramas como consecuencia de esa incorporación se realice a través de esos acuerdos contractuales (v. apartado 55 de la Sentencia).

La respuesta final a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente es que el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 y el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/1158 deben interpretarse en el sentido de que los usuarios no tienen que pagar la remuneración equitativa y única que contemplan ambas disposiciones cuando efectúen una comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas.

4. La resolución del litigio principal: la sentencia del Tribunal Supremo

Tras la contestación del TJUE, el Tribunal Supremo dio solución al litigio principal mediante la STS 67/2021, Civil, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:354). En ella el Alto Tribunal explica, en primer lugar, que la transposición llevada a cabo en los artículos 108.4 y 116.2 del TRLPI del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 no ha incrementado la protección de los titulares de derechos afines, puesto que se ha limitado a trasladar a los preceptos de Derecho nacional la previsión de las Directivas 92/100 y 2006/115, sin realizar ningún añadido relevante. Por tal razón, el TS sostiene que para resolver el recurso se debe seguir la interpretación del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 realizada por el TJUE en la Sentencia. A continuación, tras realizar un resumen de la Sentencia, el Tribunal Supremo concluye que, en atención a la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales, procede estimar el recurso de casación formulado por Atresmedia, revocar la sentencia de apelación y confirmar la del Juzgado.

En el fundamento de derecho cuarto, el Tribunal Supremo da respuesta a la cuestión alegada por AGEDI y AIE relativa a que el pronunciamiento del TJUE es irrelevante para la decisión del litigio principal. Sostenían AGEDI y AIE que la indemnización que solicitaron en la demanda no había sido calculada sobre la base de la intensidad de uso de dichos fonogramas en los canales explotados por Atresmedia, sino a partir de un informe pericial que tomaba como metodología de cálculo la comparación de los acuerdos alcanzados por AGEDI y AIE con otras televisiones de la misma clase, estando esa metodología desvinculada de la intensidad de uso de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos.

El Tribunal Supremo rechaza ese alegato, al entender que la cuestión de si la comunicación pública de obras audiovisuales en las que se habían incorporado fonogramas originaba para Atresmedia la obligación de pagar una remuneración equitativa a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes o ejecutantes, había sido decisiva tanto en primera como en segunda instancia. Según el Alto Tribunal, si la sentencia de apelación estimó el recurso de AGEDI y AIE no fue por considerar que esa cuestión fuera irrelevante, sino porque, considerándola relevante: (i) consideró que el usuario estaba obligado a pagar la remuneración por la comunicación pública

de obras audiovisuales en las que se hubieran incorporado fonogramas, y no solo por los fonogramas no incorporados en obras audiovisuales, y (ii) entendió que en los convenios de otras cadenas de televisión generalistas con AGEDI y AIE se había tenido en cuenta igualmente el uso de fonogramas incorporados en obras audiovisuales.

En el fundamento de derecho quinto, el Tribunal Supremo se refiere a una nueva cuestión suscitada por AGEDI y AIE en el contexto del recurso de casación, a saber, si los anuncios publicitarios deben considerarse obras audiovisuales. AGEDI y AIE sostenían que no, y que por tanto la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales sincronizados en anuncios publicitarios devenga la remuneración equitativa prevista en los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI.

Con independencia de que señala que se trata de una cuestión planteada de modo extemporáneo en casación, puesto que no formaba parte de la demanda y solo se enunció de forma muy sucinta por AGEDI y AIE en el recurso de apelación, motivo suficiente para que decayese, el Tribunal Supremo no pierde la oportunidad de dar una guía al respecto, indicando que no puede excluirse a priori que un anuncio publicitario pueda protegerse por derechos de autor, salvo que no reúna los requisitos exigibles para ser considerado como obra, en concreto la originalidad. Continúa el Alto Tribunal explicando que el propio TRLPI, en su artículo 90.6, hace expresa referencia a «las obras audiovisuales de carácter publicitario», con lo que deja claro que la finalidad publicitaria de una creación audiovisual no excluye su carácter de obra protegible por derechos de autor, lo cual es coherente con el principio de que las creaciones originales se protegen por la propiedad intelectual con independencia de su posible función o finalidad práctica o comercial.

5. La doctrina de la Sentencia del TJUE en el asunto «Atresmedia» y sus efectos inmediatos o directos

En lo que sigue, vamos a explorar los efectos a los que, con independencia de la opinión que a cada cual merezca, debe o puede conducir –en buena lógica– la doctrina fijada en la Sentencia. A tal fin distinguiremos entre los efectos directos y los indirectos. Los primeros guardan relación con el estricto problema suscitado en el litigio principal que dio origen a la cuestión prejudicial y a la respuesta del TJUE, esto es, la sincronización de fonogramas en grabaciones que contienen la fijación de obras audiovisuales, y son los que examinaremos en este apartado tras efectuar una recapitulación de la doctrina fijada en la Sentencia, para no perder nunca de vista el núcleo de partida de nuestro análisis.

5.1. Recapitulación sobre la doctrina de la Sentencia

La Sentencia se centra en la interpretación de si comunicar al público una grabación que contenga una obra audiovisual implica comunicar al público los fonogramas que se hubieran sincronizado en tal clase de grabación. La conclusión es que no, y la razón tiene que ver con la definición de qué es un fonograma (*corpus mysticum*) y una reproducción de un fonograma (*corpus mechanicum*).

Dado que un fonograma es una fijación exclusivamente sonora, y la fijación audiovisual que contiene una obra audiovisual es un bien inmaterial que combina imágenes y audio, no puede al mismo tiempo *ser* o *contener* un fonograma: al incorporarse en el film, el fonograma pasa a

integrarse en la banda sonora de ese otro bien inmaterial que es la obra audiovisual, perdiendo su propia autonomía como bien inmaterial.

Al mismo tiempo, esa fijación audiovisual donde se incorpora o sincroniza un fonograma tampoco es una reproducción de un fonograma, en el sentido de un «ejemplar», porque el ejemplar de un fonograma debe reunir las mismas características que este, es decir, debe contener una fijación exclusivamente sonora de una ejecución o de otros sonidos. El TJUE aclara que el hecho de que para sincronizar un fonograma en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual haya que *efectuar un acto de reproducción*, no hace que la grabación audiovisual resultante *sea una reproducción* del fonograma.

En suma, debido al proceso de sincronización del fonograma en una obra audiovisual, cuando esta se comunica al público no puede decirse que se esté comunicando ni un fonograma ni una copia o reproducción de un fonograma. Sin perjuicio de lo cual, la pérdida de la condición de fonograma causada por la sincronización audiovisual no afecta a las explotaciones de que el fonograma sea objeto como tal a posteriori, siempre que sea con independencia de la obra audiovisual en la que se hubiera incorporado.

5.2. Los efectos inmediatos del fallo: el ajuste de la tarifa de AGEDI-AIE para televisiones

Las consecuencias directas del fallo del TJUE son de la especie que apunta el Tribunal Supremo en su sentencia: dado que en las tarifas reclamadas AGEDI y AIE contemplaban la comunicación pública tanto de fonogramas no incorporados en fijaciones audiovisuales de obras audiovisuales como de fonogramas incorporados en ellas, será necesario determinar la proporción de unos y de otros, dado que el derecho a percibir la remuneración se circunscribe a los primeros. Eso significa que la tarifa de AGEDI y AIE por la comunicación pública de fonogramas para operadores de televisión debe sufrir un ajuste general, más allá del ajuste que se aplique a la indemnización reclamada frente a Atresmedia en el litigio principal del caso resuelto por el TJUE, el cual se determinará en ejecución de sentencia.

No puede acogerse el argumento, según el cual, lo dictaminado por la Sentencia sería a fin de cuentas inocuo para la tarifa de AGEDI y AIE porque esta no estaba calculada sobre la base de la intensidad de uso de los fonogramas. Como hemos visto, este argumento fue esgrimido en casación por dichas entidades y rechazado por el Alto Tribunal. Una tarifa por disponibilidad no fluctúa en función de la mayor o menor intensidad de uso del repertorio, pero se apoya en la premisa de que el usuario está retribuyendo por un uso potencial del repertorio, es decir, por un uso que podría llegar a hacer. Sin embargo, conforme a lo dictaminado por la Sentencia, no es cuestión de que los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales sean objeto de un uso menor –*rectius* nulo– pudiendo ser objeto de un uso potencialmente mayor, sino de que *no pueden ser objeto de uso en absoluto* cuando se comunica al público la obra audiovisual en la que se hayan incorporado. Ninguna tarifa por disponibilidad puede servir para retribuir por un uso que es potencialmente inviable.

Así pues, la no toma en consideración de los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales no es un aspecto de orden cuantitativo relacionado con la intensidad de uso, sino de orden cualitativo o conceptual, y como tal se trata de un *prius* para la (re)construcción de la tarifa de AGEDI y AIE. La tarifa de AGEDI y AIE para televisiones siempre ha estado basada en la premisa

de que los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales eran objeto de comunicación pública cuando tales obras se comunicaban al público. Como vamos a ver en el siguiente epígrafe al glosar las tarifas de AGEDI y AIE de los años 2015 y 2016, esas entidades proporcionaban en sus tarifas una estimación indirecta del uso típico de fonogramas en cada tipología de programación televisiva. Entre las tipologías de programación que tenían en consideración estaban la de ficción-películas y los espacios de publicidad. Ello es indicativo de que, desde su punto de vista, los fonogramas sincronizados en esos tipos de obras audiovisuales debían computarse a efectos de su tarifa.

De este modo, con independencia de que fuese o no una tarifa por uso efectivo, el importe de la tarifa provenía de un cálculo, aunque fuera estimativo, en el que se reflejaba el uso medio o típico de fonogramas por un canal de televisión, en el bien entendido de que los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales también eran objeto de comunicación pública cuando dichas obras eran comunicadas al público. Dado que la Sentencia ha dictaminado que esa premisa era errónea, cualquier tarifa anterior al fallo del TJUE no puede considerarse espontáneamente ajustada con dicho pronunciamiento.

Cuál deba ser el ajuste dependerá del peso que en cada tipología de canal tenga el uso de los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales frente a los no sincronizados en tales obras. Así, para un canal temático de cine y series la aplicación de la doctrina establecida en la Sentencia implicará la práctica imposibilidad de que AGEDI y AIE puedan reclamar tarifa alguna al sujeto que explota el canal, pues todos los contenidos comunicados serían fijaciones audiovisuales del tipo contemplado en la Sentencia. En un canal generalista el ajuste deberá ser correlativo a la parte de la programación que se corresponda con cine, series, spots publicitarios y cualesquiera otras obras audiovisuales.

En fin, la mejor evidencia de que las tarifas anteriores de AGEDI y AIE sí tenía en consideración el uso de fonogramas sincronizados en obras audiovisuales, es que las propias AGEDI y AIE, a pesar de su alegato en sede casacional, han elaborado una propuesta para las televisiones en la que se refleja un ajuste del tipo tarifario como consecuencia de lo dictaminado por la Sentencia.

a. El ajuste tarifario propuesto por AGEDI-AIE a las televisiones

En efecto, el 28 de marzo de 2022 AGEDI y AIE hicieron pública una propuesta de tarifa para televisiones, con el propósito declarado de llevar a cabo una adaptación a la doctrina que se desprende de la Sentencia (la «**Propuesta**»)⁷. En ella se lee:

«En los términos establecidos en la parte dispositiva de la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19, queda excluido del ámbito de la tarifa de AGEDI-AIE la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos incorporados o sincronizados en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales de acuerdo con la definición de éstas que describe en esta nota previa.

⁷ Disponible en: http://www.agedi-aie.es/images/stories/2022/Propuesta_tarifa_TV.pdf. La Propuesta no es una tarifa general propiamente dicha, pues no consta aprobada por AGEDI-AIE como tal. Tampoco constituye un replanteamiento general de la estructura tarifaria de esas entidades, sino que solo pretende dar cauce al ajuste derivado de la Sentencia.

Igualmente, como consecuencia del contenido de la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19, queda excluido del ámbito de la tarifa de AGEDI la reproducción de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se encuentren incorporados o sincronizados fonogramas publicados con fines comerciales, de acuerdo con la definición de éstas que se indica a continuación».

La Propuesta contiene una tarifa de uso efectivo («TUE») en la que, sobre una base de ingresos gravable, eliminadas algunas deducciones, se aplica un tipo tarifario en forma de un porcentaje del 5,72% modulado a su vez por la intensidad de uso de fonogramas publicados con fines comerciales de cada usuario⁸. No se proporciona ninguna parametrización para determinar la intensidad media de fonogramas en cada tipología de programación, como en cambio sí hacían AGEDI y AIE en sus tarifas generales anteriores.

Así, tanto las tarifas de 2016 como las de 2015 admitían que, para aplicar la TUE, el usuario optara entre llevar a cabo una medición precisa del uso efectivo, o acogerse a una suerte de estimación indirecta denominada «medición por tipología de programación». Conforme a esta, cada usuario estimaba cuál era su intensidad en el uso de fonogramas con base en su parrilla de programación y el porcentaje de uso de fonogramas aplicable a cada tipo de programa de acuerdo con el cuadro facilitado por AGEDI y AIE, a saber: un 5% para concursos, un 11,9% para deportes, un 3,3% para programas divulgativos y culturales, un 4,9% para ficción y películas, un 3% para informativos, un 4,1% para *infoshows*, un 12,6% para «miscelánea», un 20,1% para los programas musicales, un 14,2% para los espacios de publicidad, un 1,4% los televentas y un 21,3% para otros programas⁹.

Tampoco incluye la Propuesta una tarifa por disponibilidad promediada («TDP»), en la que se predetermine un valor general del uso de fonogramas, sin necesidad de medir el nivel concreto de intensidad de uso del usuario y ni siquiera de aproximarlos mediante estimación indirecta. De nuevo, ello contrasta con lo que hacían AGEDI y AIE en épocas anteriores. En las tarifas de 2015 y 2016, además de la ya mencionada parametrización de la medición de la intensidad de uso para la TUE, estaba la posibilidad de acogerse a una TDP, consistente en aplicar una asignación predeterminada del uso de fonogramas basada en la media de intensidad de uso de fonogramas, según se tratase de canales generalistas o temáticos. Para los canales generalistas la intensidad media asignada en el tarifario de 2015 era de un 7,6%. Por su parte, los diferentes canales temáticos recibían una asignación de uso de fonogramas que iba desde el 6,3% en canales de ficción-películas, al 80,6% en los musicales o el 0% en los televentas. Ídem en las tarifas de 2016,

⁸ En las tarifas generales de AGEDI y AIE para emisoras de televisión del año 2016, que son las tarifas vigentes, el tipo tarifario es del 6,58%, a multiplicar por la intensidad de uso de los fonogramas. Ese mismo tipo tarifario se preveía en las tarifas generales de esas dos entidades para el año 2015. Ello implicaría que AGEDI y AIE cifran en aproximadamente un 13% el ajuste derivado de descontar los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales. Vid. las tarifas de AGEDI y AIE del año 2016 en: https://www.agedi-aie.es/images/stories/pdf_tarifas/Tarifas-Generales-AGEDI-AIE-LIBROIV.pdf; mientras que las del año 2015 se pueden ver aquí: http://agedi-aie.es/images/stories/pdf_tarifas/tarifastelevision.pdf.

⁹ Estos valores de intensidad de uso de fonogramas, por lo demás, no dejan de resultar llamativos: así, que el uso de fonogramas en programas deportivos más que duplique el uso en la programación de ficción y películas; o que en la categoría innominada de «otra programación», a pesar de no especificar su género, se pueda no obstante establecer que el uso de fonogramas será superior al de los programas musicales.

aunque en estas, para los canales generalistas, se fijaba directamente el tipo tarifario para cuatro tramos posibles de intensidad de uso de fonogramas.

Es decir, por paradójico que pueda resultar, la Propuesta está peor pertrechada que los tarifarios precedentes para poder llevar a cabo una estimación del ajuste que habría que realizar a fin de eliminar de la ecuación los fonogramas utilizados en géneros de programación, o en canales temáticos, donde se localicen fijaciones audiovisuales que contengan obras audiovisuales. No solo ha desaparecido el método de estimación indirecta para los usuarios que se acojan a la TUE, sino que se deja de proporcionar una TDP que refleje una asignación predeterminada del uso de fonogramas basada en la media de intensidad de uso para cada tipo de programación o de canal temático. De haberla proporcionado, se podría apreciar, por contraste con la preasignación efectuada en tarifarios anteriores, cómo valoran AGEDI y AIE el impacto del uso de fonogramas en los canales generalistas o en los canales temáticos de ficción-películas, entre otros.

b. Obras audiovisuales versus grabaciones audiovisuales según AGEDI y AIE

En la Propuesta, tras transcribir la definición legal de obras y de grabaciones audiovisuales, se trazan dos subconjuntos en los que se enumeran los distintos tipos de contenidos que «se considerarán por AGEDI y AIE» obras o grabaciones audiovisuales respectivamente. En el primer subconjunto, el de obras audiovisuales, se incluyen las películas cinematográficas (largometrajes y cortometrajes), así como las obras audiovisuales de ficción creadas o divulgadas por televisión (telefilmes, tv *movies*, series de televisión, telenovelas, series de gran formato, dibujos animados, mini series y series de animación).

Por su parte, en el subconjunto de grabaciones audiovisuales se incluyen¹⁰: los espacios informativos, incluidos reportajes de contenido informativo, entrevistas, encuestas, coloquios, charlas y tertulias; las retransmisiones deportivas, taurinas, circenses y de actos públicos en general; los programas de variedades, magacines, *talk shows*, *reality shows*, galas, festivales y los programas llamados «de entretenimiento» (v. gr. cámara oculta, zapping, vídeos caseros); los programas de carácter didáctico; los concursos, competiciones y sorteos; los espacios de presentación, avance de programaciones y «de continuidad» (v. gr. carta de ajuste, minutos musicales); los programas musicales y los videoclips; los espacios y anuncios publicitarios, incluidos los programas de televenta, tele tienda y los espacios de autopromoción; los sketches, chistes, monólogos, pantomimas y parodias; las obras teatrales, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas (conocidas como «obras de gran derecho»); y los documentales y docudramas, *salvo los que reúnan las notas de originalidad y creatividad propias de cualquier obra audiovisual* y consten reconocidos como obras audiovisuales por las entidades de gestión de derechos de los autores del ámbito audiovisual (actualmente, SGAE y DAMA).

Cabe hacer diversas apreciaciones sobre esta clasificación. Comenzando por los documentales y docudramas, las propias AGEDI y AIE admiten la posibilidad de que sean calificables como obras y no como meras grabaciones audiovisuales. Lo subordinan a la presencia del elemento de originalidad y creatividad y al reconocimiento como tales por parte de otras entidades de gestión,

¹⁰ Las categorías de la enumeración son tributarias, incluso en su denominación literal, de las manejadas en la “clasificación de espacios teledifundidos” que se contiene en el art. 201 del Reglamento SGAE, si bien la calificación que realizan AGEDI y AIE no coincide en todos los casos con la que efectúa SGAE. En seguida lo vamos a ver con algunos ejemplos concretos.

en particular las de autores del ámbito audiovisual. En efecto, tanto SGAE como DAMA consideran los documentales y docudramas como contenidos incluidos en la categoría de obras audiovisuales (cfr. art. 142 del Reglamento SGAE y arts. 19 y 20 del Reglamento General de DAMA)¹¹. Será por tanto la regla, no la excepción, que los documentales y docudramas sean obras audiovisuales, por lo que deberían incluirse en el primer subconjunto estableciendo allí, si acaso, una salvedad de signo contrario.

Más allá de ese caso, si nos atentemos a los criterios de esas mismas entidades de gestión de los autores audiovisuales, estas también califican como obras audiovisuales algunos programas que, sin embargo, AGEDI y AIE incluyen en el segundo subconjunto. Así sucede con las adaptaciones dramatizadas de obras literarias, las obras dramáticas adaptadas específicamente para televisión, y las obras dramático-musicales adaptadas específicamente para televisión, que pueden ser registradas como obras audiovisuales ante SGAE y entrar por consiguiente en el reparto de la bolsa audiovisual con los porcentajes correspondientes a las distintas partes de autoría (cfr. art. 142 del Reglamento de SGAE). Otro tanto cabe decir de los sketches y monólogos, que DAMA incluye en el elenco de obras audiovisuales, siempre que reúnan el rasgo de la originalidad (cfr. arts. 19 y 20 del Reglamento General de DAMA).

De hecho, la clave para diferenciar una obra audiovisual de una grabación audiovisual es, como las propias AGEDI y AIE intuyen al delimitar qué documentales y docudramas podrán ser considerados obras, que el contenido de la grabación consista en una creación original. Esa originalidad, a su vez, según el legislador (art. 87 TRLPI), le puede venir dada a la obra audiovisual por la conjunción de tres posibles factores, de los cuales el tercero es contingente: (i) la labor de dirección-realización; (ii) las llamadas «partes literarias» de la obra audiovisual (argumento, adaptación, guion y diálogos); y (iii) la parte musical. Decimos que esta tercera parte es contingente porque la propia definición de obra audiovisual del artículo 86 TRLPI ya dice que estas consisten en una serie de imágenes asociadas, *con o sin sonorización incorporada*, de tal modo que se asume que una serie de imágenes asociadas, incluso sin sonido, también puede ser una obra audiovisual. Por otro lado, si la composición musical incorporada a la obra audiovisual no está creada *ad hoc* para esa obra, el compositor tampoco será autor de la obra audiovisual (art. 87.3 *in fine* TRLPI).

El legislador no ha establecido tipologías o categorías de obras audiovisuales. Lo que hace es trazar una definición de obra audiovisual (art. 86 TRLPI), exigir el requisito general de la originalidad (art. 10.1 TRLPI) y establecer las posibles aportaciones autorales a esa clase de obras (art. 87 TRLPI). A partir de ahí delimitar qué sea y qué no sea una obra audiovisual es algo que deberá ser determinado caso a caso, sobre la base de estimar si en la grabación audiovisual se da la presencia de elementos autorales originales (v. gr. dirección-realización, guion, diálogos, en

¹¹ DAMA define los documentales como obras audiovisuales en las que, como rasgo principal, la estructura narrativa se configura como un proyecto de investigación o recopilación de datos o hechos singulares que utiliza el lenguaje audiovisual como forma de exposición y desarrollo de ciertas hipótesis propuestas al espectador a modo de elementos de convicción y que, además sirve a sus autores para alcanzar una conclusión temática o simplemente estética a través de los hechos expuestos de sus autores. Los docudramas, por su parte, son definidos como una especie de documental que incorpora, como característica específica adicional, una acción dramática o dramatizada para subrayar determinadas partes del contenido del documental. Para evitar dudas –dice DAMA– el *making of* de una obra audiovisual se entenderá incluido en el género “documental”. Vid. art. 20.4 y 5 del Reglamento General de DAMA.

su caso banda sonora). A lo sumo se podría llegar a convenir que en todo un género de programación televisiva no es dable pensar que vayan a existir esa clase de elementos, pero eso es algo que –a falta de determinación legal o reglamentaria– debería establecerse en virtud de un acuerdo de amplio consenso, en el que concurren no solo las entidades de gestión afectadas¹², sino también los propios usuarios del medio televisivo. No en vano, ya hemos visto cómo algunos géneros son calificados como potenciales obras audiovisuales por otras entidades, y del mismo modo que un sketch o un monólogo pueden eventualmente ser una obra audiovisual televisiva, otro tanto puede ocurrir con un programa de otro tipo, a condición de que presente aportaciones autorales originales (v. gr. un programa cultural, didáctico, de concurso o de entretenimiento)¹³.

Dentro del subconjunto de grabaciones audiovisuales no obras, tal y como está delimitado por la Propuesta, nos fijamos todavía en dos categorías cuya adscripción en ese subconjunto es más que cuestionable. Nos referimos, por un lado, a los espacios y anuncios publicitarios, y por otro a los videoclips o vídeos musicales.

c. Los anuncios publicitarios

La exclusión por AGEDI y AIE de los anuncios publicitarios resulta tanto más llamativa, por cuanto conforman, junto a las películas cinematográficas y las series de televisión, las tres categorías de obras audiovisuales así definidas por la sentencia del Juzgado, a la postre confirmada por el Tribunal Supremo al resolver definitivamente la controversia entre AGEDI y AIE y Atresmedia. Recordemos que AGEDI y AIE solicitaron excluir en casación a los anuncios publicitarios de los efectos de lo dispuesto por el TJUE en la Sentencia, y que el Tribunal Supremo lo rechazó, aclarando que los anuncios publicitarios se pueden proteger por derechos de autor, hasta el punto de que son expresamente aludidos como obras audiovisuales en el artículo 90.6 del TRLPI, lo cual se debe considerar perfectamente plausible, dado que la finalidad publicitaria de una creación no está reñida con su carácter de obra protegible.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad regula, en sus artículos 20 y 21, el contrato de creación publicitaria, partiendo de la base de que el desarrollo de este tipo de creaciones da lugar al alumbramiento de un objeto sobre el que recaen derechos de autor, los cuales se presumen cedidos al anunciante o agencia. En este sentido, es un fenómeno bien conocido que las agencias de publicidad se esfuerzan por lograr la realización de spots cada vez

¹² Que por cierto no son solo las de autores audiovisuales. EGEDA también maneja sus propias definiciones de obras y grabaciones audiovisuales. Y es una distinción importante para esa entidad porque, en principio, a efectos de reparto de algunos derechos solo se considerarán las grabaciones audiovisuales que sean al mismo tiempo obras audiovisuales, mientras que en los restantes derechos podrán entrar a reparto pero previa reivindicación por parte de sus titulares (art. 3º del Reglamento de Reparto de Derechos EGEDA). Tras recordar que el elemento definitorio de las obras audiovisuales es el de la originalidad, se especifica que se considerarán obras audiovisuales las cinematográficas, las *telemovies*, series de ficción, series de animación, documentales y teleteatro, y en cambio no se incluirán en reparto como obras audiovisuales los reportajes, los programas de variedades y magazines, ni el resto de grabaciones audiovisuales *que no tengan la consideración de obras de creación* (art. 4º del Reglamento de Reparto de Derechos).

¹³ Significativamente SGAE contempla, dentro de las obras audiovisuales, la subcategoría residual de las “obras originales escritas para televisión” (art. 154 del Reglamento SGAE), la cual puede abarcar cualquier creación con un ingrediente literario que derive en una realización audiovisual original. Por su parte, DAMA no descarta que puedan ser obras audiovisuales “las obras audiovisuales de contenido informativo creadas para publicaciones de prensa digital” (art. 19 Reglamento General de DAMA), las cuales no tienen características diferentes de las piezas videográficas de contenido informativo que se emplean en el medio televisivo.

más creativos e impactantes, lo cual hace que los anuncios publicitarios contengan ingredientes artísticos y estéticos elevados, a lo cual no obsta que se trate de creaciones de corta duración¹⁴.

Cuestión distinta es que las creaciones audiovisuales publicitarias puedan quedar fuera del perímetro de gestión de algunas entidades de gestión de autores audiovisuales. Es el caso de DAMA, que deja expresamente fuera del repertorio que gestiona «los espacios publicitarios» (vid. art. 19.2 de su Reglamento General). Ello está en conexión con que DAMA no gestiona derechos exclusivos de gestión colectiva voluntaria¹⁵, sino solo derechos de gestión colectiva obligatoria, y en particular los recogidos en el artículo 90 TRLPI, siendo así que con relación a la comunicación pública que llevan a cabo las televisiones (art. 90.4 TRLPI)¹⁶, el apartado 6 de ese artículo señala que «los derechos establecidos en los apartados 3 y 4 de este artículo (...) no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario». Nótese que lo dispuesto en este precepto revela una dilución de las obras incorporadas en las obras audiovisuales de carácter publicitario, al menos a los efectos de la percepción de los derechos remuneratorios ligados a la posterior comunicación pública de esas obras publicitarias, lo cual avalaría que los fonogramas incorporados en obras audiovisuales publicitarias deban correr una suerte pareja.

Frente a ello, dado que SGAE sí dice extender su gestión a los derechos exclusivos que los autores se hayan podido reservar en el contrato de producción audiovisual, esta entidad no excluye los espacios publicitarios de su ámbito de gestión. Así, el apartado séptimo del artículo 54 del Reglamento SGAE se refiere a la posibilidad de registrar «obras musicales creadas expresamente para una obra publicitaria», que se condicionará a que se acredite documentalmente la reserva expresa de algún derecho exclusivo de explotación de los administrados por la entidad. Más adelante, el artículo 164 bis de ese Reglamento define el concepto de «primera fijación de obras musicales» como «la incorporación en una obra audiovisual (película cinematográfica, spot publicitario para televisión, obras audiovisuales escritas para televisión, documentales [...], etc.), en una obra multimedia o en una cuña radiofónica de carácter publicitario de obras musicales pertenecientes al repertorio SGAE». Es decir, para SGAE los spots publicitarios son un tipo de obra audiovisual en la que se puede sincronizar una obra musical, y la música del spot se puede haber creado para la incorporación en él, con lo que el autor musical obtendrá la condición de autor de esa obra audiovisual que es el spot.

d. Los videoclips o vídeos musicales

Por lo que se refiere a los videoclips, que AGEDI y AIE igualmente catalogan como meras grabaciones audiovisuales, parece aún más claro que se trata en la práctica totalidad de las ocasiones de auténticos cortometrajes con un contenido audiovisual muy sofisticado¹⁷, el cual es

¹⁴ Existen célebres certámenes y festivales en los que los spots son premiados por este tipo de elementos. Así, el Cannes Lions (<https://www.canneslions.com/>), o los AME Awards (<https://www.ameawards.com/>).

¹⁵ Salvo el caso de los derechos respecto de obras audiovisuales incluidas en publicaciones de prensa (vid. art. 7.13 de los Estatutos de DAMA).

¹⁶ Vid. apartados 1 a 12 del artículo 7 de los Estatutos de DAMA.

¹⁷ Como «cortometraje en que se registra, generalmente con fines promocionales, una única canción o pieza musical» es definido el videoclip por el Diccionario de la RAE, siendo así que el cortometraje es a su vez definido como una «película de corta duración, inferior a la del medimetraje y frecuentemente no superior a 30 min.», y que la película es, entre otras acepciones, una «obra cinematográfica».

resultado de la conjunción de una labor de dirección-realización, sobre la base de un guion y/o argumento, que puede resultar tan original como en otros tipos de obras audiovisuales¹⁸.

Algunos de los videoclips más célebres de la historia evidencian una compleja labor de montaje, a la vez que suelen incorporar efectos de vestuario, decorados y coreografías, cuando no se valen de efectos especiales y de animación¹⁹. La ejecución corre a cargo de los artistas musicales intérpretes de la obra musical de que se trate, aunque normalmente se les exige una actuación que penetra también en el terreno de lo actoral, y con frecuencia aparecen acompañados de otros intérpretes, tales como bailarines o actores que suelen ejecutar acciones mudas en interacción con el artista o artistas musicales a cuya promoción sirve el videoclip. En rigor, los videoclips, en tanto productos de naturaleza promocional, se incardinan en la más general categoría de las obras audiovisuales de carácter publicitario, junto con los spots.

6. La doctrina de la Sentencia del TJUE en el asunto «Atresmedia» y sus efectos mediatos o indirectos

La Sentencia está delimitada, como es lógico, por los hechos del caso y las cuestiones prejudiciales que habían sido elevadas al TJUE, pero es deber del aplicador del Derecho preguntarse si lo establecido por el TJUE arrastra consecuencias que van más allá de los estrictos hechos del caso, o si su doctrina concuerda con lo que cabría interpretar para otras realidades similares llegado el caso.

Es algo que se hace comúnmente con las sentencias que sientan jurisprudencia, puesto que esta, en general, *complementa* el ordenamiento jurídico (art. 1º.6 del Código civil), de forma que puede ayudar al intérprete a resolver casos idénticos o que presenten suficiente relación de analogía con los resueltos por el órgano judicial del que emane la jurisprudencia. En el caso de la jurisprudencia del TJUE se establece además la vinculación del juez nacional con los dictados que emanen de aquella, cuando se trate de aplicar el Derecho de la Unión. Conforme al artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»²⁰.

A modo de ejemplo, baste recordar lo sucedido en su día con la sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006, *SGAE v. Rafael Hoteles S. A.*, C-306/05, EU:C:2006:764. Como es sabido, esta

¹⁸ Si acudimos de nuevo al Reglamento de SGAE, vemos que para esta entidad los videoclips son obras que pueden tener un director-realizador (art. 54.6º y 145.4). Concretamente se refiere a ellos como “una realización visual de una obra musical preexistente que, habitualmente, utiliza para su difusión un soporte videográfico, analógico o digital y destinada a su explotación comercial o promocional” (art. 202.B.3).

¹⁹ Piénsese en videoclips como los de “Thriller”, de Michael Jackson (<https://www.youtube.com/watch?v=sOnqjkITMaA>), “Vogue”, de Madonna (<https://www.youtube.com/watch?v=GuIQSAiODqI>), “Sledgehammer”, de Peter Gabriel (<https://www.youtube.com/watch?v=OJWJE0x7T4Q>), “Take on me”, del grupo A-ha (<https://www.youtube.com/watch?v=djV11Xbc914>) o “Losing my Religion”, de R.E.M. (<https://www.youtube.com/watch?v=xwtdhWltSlg>), por mencionar solo algunos de los más conocidos. El primero de los citados fue incluido en 2009 en el National Film Register de la Library of Congress de Estados Unidos.

²⁰ Pasa algo parecido con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Según el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

resolución determinó que la instalación de receptores de televisión en las habitaciones de un hotel constituye un supuesto de comunicación al público, por más que los clientes del hotel se encuentren dentro de la zona de cobertura de las emisiones originales.

Aunque la petición de decisión prejudicial se refería a la interpretación del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, relativo al derecho de comunicación al público de los autores, pues los derechos que estaban en juego eran los de los autores musicales y audiovisuales miembros de SGAE, el Tribunal Supremo no dudó en aplicar esa doctrina al caso de las grabaciones audiovisuales, a pesar de que el derecho de comunicación al público de los productores audiovisuales no se regula en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, como es obvio, y ni siquiera radica en el artículo 3.2 de esa misma Directiva, en el cual se contempla el derecho de puesta a disposición del público de los titulares de derechos afines²¹.

Así sucedió desde la primera de las resoluciones de nuestro Alto Tribunal en la que se recibió la doctrina del caso Rafael Hoteles, la STS 428/2007, Civil, de 16 de abril, ES:TS:2007:3246, que se refería a una reclamación de la entidad de gestión de los productores audiovisuales, EGEDA, frente a la empresa titular del establecimiento Hotel Puente Romano, de Málaga²². En ella se estima el recurso de casación interpuesto por EGEDA, razonando, entre otras cosas, que *«tampoco obsta que la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea aluda concretamente a los autores, en tanto el caso que se enjuicia se refiere a los productores de grabaciones audiovisuales, porque, aparte del carácter general de la «comunicación al público» respecto de todos los derechos de propiedad intelectual, en cualquier caso, una elemental regla de lógica formal no permite que una misma cosa pueda ser y no ser a la vez o al mismo tiempo. Por ello, si en el supuesto de los hoteles contemplado hay acto de comunicación pública para los autores también lo hay para los titulares de derechos afines»* (fundamento de derecho tercero).

Sintomáticamente, en este caso EGEDA había solicitado que se suspendiera la tramitación de la casación hasta tanto se resolviera la cuestión prejudicial en el asunto C-306/05, el del caso Rafael Hoteles, que provenía de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; o que subsidiariamente el Tribunal Supremo planteara su propia cuestión prejudicial ante el TJUE. La Sala llegó a dictar un Auto, de 20 de julio de 2006, acordando plantear una cuestión prejudicial, pero como quiera que el 19 de diciembre de 2006 recibió comunicación del secretario del TJUE adjuntando copia de la Sentencia de 7 de diciembre de 2006, dio traslado a las partes para que se pronunciasen sobre si procedía mantener o no aquella cuestión. En este trámite, EGEDA manifestó que, visto el contenido de la Sentencia dictada en el asunto Rafael Hoteles, resultaba innecesario mantener la cuestión prejudicial planteada por la Sala, lo que determinó que el Alto Tribunal acordase no mantener la solicitud de decisión prejudicial y continuara la tramitación del recurso de casación.

²¹ De hecho, no existe a nivel comunitario ningún reconocimiento del derecho de comunicación al público de los productores de grabaciones audiovisuales, aparte de la modalidad consistente en la puesta a disposición del público.

²² Fue seguida por muchas otras, también referidas curiosamente a los derechos sobre grabaciones audiovisuales y no al derecho de los autores. Vid., por ejemplo, las SSTS, Civil, 845/2007, de 6 de julio, ECLI:ES:TS:2007:4830, 700/2008, de 10 de julio, ECLI:ES:TS:2008:3636, 1081/2008, de 14 de noviembre, ECLI:ES:TS:2008:6230, 36/2009, de 26 de enero, ECLI:ES:TS:2009:75, y 203/2009, de 25 de marzo, ECLI:ES:TS:2009:1248.

Estas extensiones son por tanto lógicas y a nadie sorprenden, siempre que en efecto existan los suficientes elementos comunes entre el supuesto de hecho enjuiciado por el TJUE y el supuesto nuevo. El propio Reglamento de Procedimiento del TJUE no es ajeno a esta realidad, cuando en su artículo 99 contempla la posibilidad de que el Tribunal de Justicia resuelva mediante auto motivado, a propuesta del juez ponente y oído el abogado general, *«cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable»*. Esta previsión es una invitación a no plantear nuevas cuestiones prejudiciales cuando la respuesta a las mismas pueda ya encontrarse en la jurisprudencia del TJUE, y ello no solo ocurre cuando haya una relación de perfecta identidad entre la cuestión prejudicial nueva y aquella que el TJUE ya hubiera resuelto, sino también cuando la respuesta a la cuestión se pueda claramente *deducir* de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia.

Pues bien, volviendo al tema que nos ocupa, si el TJUE ha dictaminado que los fonogramas que se sincronizan en fijaciones audiovisuales que contienen obras audiovisuales se diluyen en el seno de esas fijaciones y no son objeto de comunicación pública cuando la grabación audiovisual se comunique, es legítimo preguntarse si ese efecto se podría producir también en relación con otros bienes inmateriales, tanto si contemplamos el bien inmaterial de recepción o de destino, como si contemplamos el bien inmaterial incorporado o de origen. Es decir, si hay razones para que una dilución análoga a la descrita en la Sentencia se produzca aunque lo sincronizado en una obra audiovisual no sea un fonograma, o aunque un fonograma se sincronice en algo distinto de una fijación audiovisual que contenga una obra audiovisual.

En segundo lugar, es dable plantear si, dado que la comunicación pública de una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no comporta la comunicación pública de los fonogramas incorporados en aquella, ese mismo efecto se produce con relación a otras formas de explotación de la grabación audiovisual en cuestión, distintas de la comunicación al público, y en particular con la puesta a disposición del público.

Por último, con independencia del efecto de la Sentencia en el procedimiento que dio origen a la cuestión prejudicial y del ajuste sobre la tarifa de AGEDI y AIE a que deba dar lugar, se debe indagar qué consecuencias tiene lo establecido por el TJUE respecto de las cantidades pagadas por los usuarios del sector televisivo a esas entidades en el pasado, así como respecto de las que deban pagar los productores audiovisuales por la sincronización de fonogramas en el futuro; es decir, los efectos de la doctrina de la Sentencia desde el punto de vista temporal.

7. Extensión de la doctrina de la Sentencia a la sincronización de y en otros bienes inmateriales

En el caso de la Sentencia, el siguiente escalón interpretativo al que se enfrenta el aplicador del derecho, una vez constatado que los fonogramas pierden su autonomía cuando se sincronizan, es si, desde el punto de vista del objeto de origen sometido al proceso de sincronización, el efecto de dilución podría sucederle a algo que no fuese un fonograma publicado con fines comerciales, por ejemplo a una obra musical sincronizada en una obra audiovisual o a una interpretación artística fijada directamente en ella.

Un interrogante similar aparece desde el punto de vista del objeto de destino, en el sentido de si un efecto análogo de dilución del fonograma se produce cuando sea objeto de sincronización en otro tipo de bien inmaterial, y señaladamente en una mera grabación audiovisual, esto es, una grabación audiovisual que no contenga la fijación de una obra audiovisual²³.

7.1. La aplicación de la doctrina de la Sentencia a otros bienes inmateriales de origen

a. La extensión natural de la doctrina de la Sentencia a los fonogramas en general

Debemos comenzar por aclarar la aplicación de la doctrina de la Sentencia a ciertos bienes inmateriales, como precipitado de los propios términos de la Sentencia. Hablamos aquí de una extensión *natural* de la Sentencia a ciertos objetos porque ese efecto se produce sin necesidad de realizar un esfuerzo interpretativo propiamente dicho.

El primer ejemplo de esa extensión natural de la doctrina sentada en la Sentencia se refiere a la categoría de los fonogramas en general. Aunque el tribunal remitente había formulado una duda interpretativa relativa al artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, y aunque estas se refieren exclusivamente a la remuneración equitativa anudada a la comunicación pública de «fonogramas publicados con fines comerciales», lo cierto es que el TJUE realiza todo su análisis en torno al concepto de «fonograma» en general, género que engloba la especie de los fonogramas publicados con fines comerciales.

Para llegar a la conclusión de que la comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de los mismos no genera el derecho de remuneración equitativa del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, el TJUE razona que esa clase de grabaciones audiovisuales no son «fonogramas», debido a un efecto de dilución que aqueja a *todo fonograma* que se sincronice en la banda sonora de obras audiovisuales. Por consiguiente, la doctrina de la Sentencia es válida para la sincronización de cualquier clase de fonogramas, sean o no fonogramas publicados con fines comerciales.

Los fonogramas publicados con fines comerciales son aquellos que no están destinados, en origen, a la actividad de comunicación pública por usuarios profesionales, sino al consumo directo por los miembros del público. Este consumo directo por el público se hacía tradicionalmente mediante la distribución de ejemplares físicos, mientras que en la actualidad puede hacerse a través de la descarga en línea o el disfrute en *streaming*. Es en esos casos donde tiene sentido que se genere un derecho remuneratorio por dar a esos fonogramas una *segunda vida* a través de la radiodifusión u otras formas de comunicación pública. Los fonogramas que son *nativos* del medio profesional no pasan por la fase de consumo directo por el público y, en consonancia con ello, no generan ese derecho remuneratorio²⁴.

²³ Sabemos que la Sentencia contiene alguna alusión a este tema pero se debe sopesar el alcance que procede darle, como después veremos.

²⁴ En la jerga del sector se suele hablar de “música de librería” (o *library music*) para referirse a esos fonogramas no comerciales. En el Reglamento de Reparto de AGEDI se observa la contraposición entre ambos tipos de fonogramas, cuando en su artículo 4.3.b) dice: “*con el fin de primar la música que supone una mayor inversión, originalidad y una apuesta por el desarrollo de los artistas, a la hora de asignar los derechos que les corresponden, se incluirá una ponderación diferente sobre las grabaciones producidas con el objetivo principal de ser consumidas a través de los canales habituales, tanto físicos como digitales, por el público en general (conocida como “música comercial”),*”

Tenemos así un primer nivel de extensión de la doctrina de la Sentencia a un bien inmaterial que no es estrictamente el contemplado en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, pero este paso es fácil de dar porque al fin y al cabo los fonogramas comerciales no son sino una especie del género fonogramas, y es lógico que el efecto disolvente de la sincronización audiovisual no se limite a ese tipo concreto de fonogramas, que viene definido únicamente por el modo de comercialización (venta/suministro al por menor al público *versus* venta/suministro en el mercado mayorista para usos profesionales), y no por las características del objeto en tanto bien inmaterial.

b. La extensión natural de la doctrina de la Sentencia a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en los fonogramas

En el ámbito todavía de los efectos naturales de la Sentencia, debemos también incluir a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en el fonograma, que siguen la suerte del fonograma en el que se hubieran incorporado. Si el fonograma pierde su autonomía como bien inmaterial, la pierden las interpretaciones que hubieran quedado fijadas en él, porque estas no se fijan de modo directo en la grabación audiovisual, sino que llegan hasta ella previamente fijadas en el fonograma.

Cuando se autoriza la sincronización se está ejercitando el derecho de reproducción, tanto sobre el fonograma como sobre las interpretaciones artísticas fijadas en él. Normalmente, esa autorización la presta el productor de fonogramas, quien ejercita tanto su propio derecho de reproducción, que le pertenece originariamente por el hecho de generar la producción fonográfica, como el derecho de reproducción de los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones estén fijadas en el fonograma, que le pertenece derivativamente a través del contrato de producción fonográfica celebrado con esos artistas²⁵.

El derecho de reproducción no se proyecta sobre la *actuación* en sí, sino sobre la *fijación* de la misma que quedó incorporada en el fonograma. La interpretación o ejecución artística fijada en un fonograma sufre ya una dilución anterior a la dilución del propio fonograma cuando este se sincroniza en una fijación audiovisual. De esta forma, no cabe sostener que la actuación artística, como tal, es *vuelta a fijar* en la grabación audiovisual en la que se sincronice el fonograma, ya que aquella habría perdido su condición de bien inmaterial cuando fue objeto de previa fijación en el fonograma.

respecto de aquellas otras grabaciones publicadas con fines comerciales pero producidas con un objetivo principal distinto del anterior, que suponen, por tanto, una menor inversión y creatividad y que no apuestan por el desarrollo de artistas (conocida comúnmente como “música de librería” o “música de producción”). Esa ponderación diferente que aplica AGEDI a unos y otros fonogramas se traduce en un peso en el reparto diez veces menor de los fonogramas de música de librería frente a los fonogramas de música comercial (un coeficiente de reparto del 0,2 frente a otro del 2).

²⁵ La Ley establece una presunción de cesión de los derechos de explotación al productor cuando el artista esté ligado a él por un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios (art. 110 TRLPI). En cualquier caso, aunque el artista conservara su derecho de reproducción y autorizase directamente al productor audiovisual, al sumarse a la autorización dada en paralelo por el productor, causaría el mismo efecto. Es indiferente que el artista se relacione contractualmente de manera directa con el productor audiovisual, pues no por ello su actuación llegará directamente a la grabación audiovisual, sino igualmente a través del fonograma. La pérdida de la condición de fonograma la liga la Sentencia a la sincronización como fenómeno, no al modo en que se hayan adquirido los derechos para realizarla.

Así lo corroboran las normas aplicables sobre la materia, de las cuales se desprende que los artistas intérpretes o ejecutantes gozan del derecho de autorizar o prohibir la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, pero no la (re)fijación de las que ya se encuentren fijadas²⁶. Por otro lado, a los artistas se les reconoce el derecho de autorizar o prohibir la reproducción de las fijaciones de sus actuaciones²⁷, pero no de las actuaciones en sí, las cuales, una vez fijadas, desaparecen como bien inmaterial para dar a luz un bien inmaterial nuevo: la fijación de la interpretación o ejecución²⁸. Ese bien inmaterial es el que queda integrado en el soporte de que se trate (v. gr. fonograma) para, a partir de ahí, explotarse junto con dicho soporte y, en su caso, diluirse con el mismo.

La fijación también influye en el derecho de comunicación al público de los artistas: estos ostentan un derecho de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus actuaciones, pero dejan de ostentarlo cuando estas han sido fijadas²⁹, a salvo la modalidad de puesta a disposición del público³⁰. Todo lo más, los artistas pueden percibir un derecho de simple remuneración ligado a los actos de comunicación al público de sus actuaciones fijadas, si y en la medida en que un derecho de ese tipo se contemple por el legislador. Por el momento, en el Derecho de la Unión, solo está contemplado en relación con los fonogramas y con el alcance ahora delimitado por la Sentencia³¹.

En la figura número uno se representa ese primer proceso de dilución de la actuación artística en el fonograma y la ulterior dilución de este en la fijación audiovisual. La actuación artística se simboliza mediante un triángulo, el fonograma mediante un círculo y la fijación audiovisual mediante un cuadrado. El contorno discontinuo expresa la dilución del correspondiente bien inmaterial en el siguiente³².

²⁶ Cfr. artículo 6 (ii) del TOIEF, artículo 7.1 de las Directivas 92/100 y 2006/115 y artículo 106.1 TRLPI.

²⁷ Cfr. artículo 2.b) de la Directiva 2001/29 y artículo 107.1 TRLPI. Ídem el artículo 7 del TOIEF, aunque este solo respecto de las fijaciones fonográficas.

²⁸ La actuación solo es susceptible de fijación o de comunicación pública en vivo (arts. 106 y 108.1.a/ TRLPI); la fijación de la actuación es el objeto sobre el que se proyectan todos los demás derechos de los artistas (arts. 107, 108.1.b/, 108.4, 108.5 y 109 TRLPI). La duración de los derechos de los artistas varía dependiendo de si solo se ha alumbrado la actuación, o también una fijación de la misma: una vez que esta existe y se divulga lícitamente, el plazo se cuenta a partir de ese momento (artículo 112 TRLPI).

²⁹ Cfr. artículo 6 (i) del TOIEF, artículo 8.1 de las Directivas 92/100 y 2006/115 y artículo 108.1.a) TRLPI.

³⁰ Cfr. artículo 10 del TOIEF (para actuaciones fijadas en fonogramas), artículo 3.2 de la Directiva 2001/29 y artículo 108.1.b) TRLPI.

³¹ El Tratado OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de la OMPI, adoptado por la conferencia diplomática celebrada el 24 de junio de 2012 en Beijing ("**Tratado de Beijing**"), prevé en su artículo 12.3 que, independientemente de la cesión de los derechos exclusivos, en las legislaciones nacionales se podrá otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir una remuneración equitativa por todo uso de la interpretación o ejecución fijada en una fijación audiovisual. El Tratado de Beijing no ha sido ratificado por la UE ni por sus Estados miembros.

³² Nótese que el primer nivel de dilución se refiere a la interpretación o ejecución artística: la explotación del fonograma donde se haya grabado una *actuación* artística comporta una explotación de la *fijación* de esa actuación. Cuando el fonograma se sincroniza en una obra audiovisual, opera la dilución de segundo nivel que se representa en la figura más a la derecha, y que es la establecida por la Sentencia.

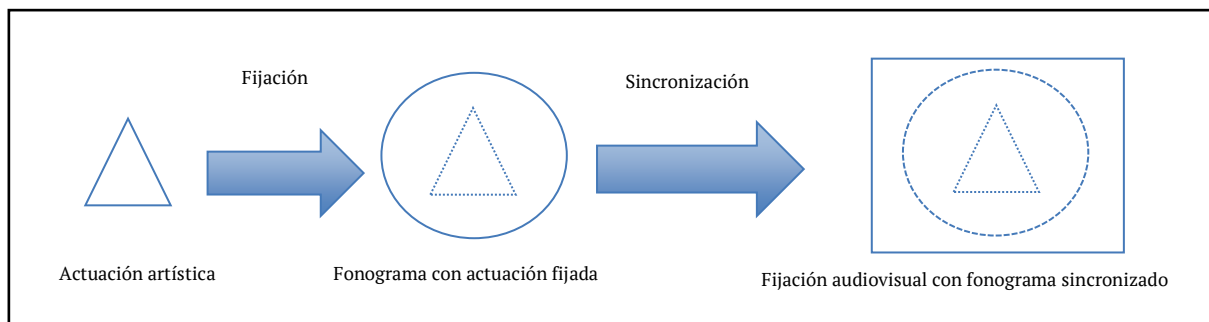


Fig. 1.- Sucesiva dilución de una actuación artística en un fonograma y del fonograma en una fijación audiovisual

En resumidas cuentas, no hay modo de que la interpretación o ejecución del artista musical que ha quedado fijada en un fonograma, logre *traspasar*, en su condición de actuación artística, hasta el nivel de la grabación audiovisual, sobreponiéndose al hecho de que el fonograma –que es el vehículo en el que quedó fijada– se diluya dentro de la grabación audiovisual. La reproducción del soporte fonográfico en que haya quedado fijada una interpretación o ejecución artística en un soporte audiovisual posterior, no constituye una suerte de nueva fijación de esa actuación artística en el segundo soporte.

c. *Sobre la posibilidad de extender la doctrina de la Sentencia a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas directamente en una grabación audiovisual*

Nos proponemos ahora intentar dilucidar si las interpretaciones o ejecuciones artísticas que quedan fijadas de manera directa en una grabación audiovisual que contiene la fijación de una obra audiovisual, pueden sufrir una dilución similar a las que, fijadas previamente en un fonograma, son objeto de sincronización junto con el fonograma en tal clase de grabación audiovisual.

Cuando una interpretación o ejecución artística se fija directamente en una grabación audiovisual sufre solo el primer nivel de dilución, propio del acto de fijación, al que nos hemos referido en el epígrafe anterior: la interpretación o ejecución *stricto sensu* se habría desvanecido y lo que quedará es su fijación, objeto de las explotaciones subsiguientes a través del soporte en que haya sido grabada.

Si la grabación audiovisual es explotada como tal directamente, el artista conserva los derechos que el ordenamiento le reconoce sobre la fijación de una de sus actuaciones, que básicamente son los derechos exclusivos de reproducción y de distribución. En sede de comunicación al público el artista no conserva derecho exclusivo más que sobre la modalidad de puesta a disposición del público, sin perjuicio de que se le pueda reconocer algún derecho de tipo remuneratorio³³.

³³ Es verdad que habitualmente estos derechos los cederá al productor audiovisual, de manera que en la práctica el artista no conservará ningún derecho sobre su actuación fijada en la obra audiovisual, e incluso puede haber presunciones legales al respecto. Así, en España rige una presunción de ese tipo (art. 110 TRLPI), que es coherente con el Derecho UE (vid. artículo 2.6 de las Directivas 92/100 y 2006/115). El Tratado de Beijing contempla que los Estados parte introduzcan presunciones de cesión de esos derechos en los contratos en que el artista haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual (art. 12.1).

El legislador de la Unión, a diferencia de lo que sucede en sede de fonogramas, no ha previsto un derecho de remuneración equitativa a favor de los artistas por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales en que hayan quedado fijadas sus actuaciones. No obstante, a nivel interno sí tienen los artistas intérpretes o ejecutantes derecho a percibir la remuneración que proceda, como derecho de gestión colectiva obligatoria, por los actos de comunicación al público en general de grabaciones audiovisuales donde hayan quedado fijadas sus actuaciones (art. 108.5 TRLPI), así como en caso de haber cedido el derecho de puesta a disposición del público (art. 108.2 y 3 TRLPI)³⁴.

A partir de ahí, para que sucediera algo análogo a lo establecido por la Sentencia tendría que producirse una ulterior sincronización de la propia grabación audiovisual en un bien intelectual superior, como consecuencia de la cual aquella perdiera su condición de tal. Habría que pensar en casos, ciertamente infrecuentes, como la creación de una obra audiovisual consistente en un *collage* o recopilación de obras audiovisuales preexistentes, o la inclusión de partes de una obra audiovisual en una obra multimedia. Al dar el productor audiovisual su consentimiento para la incorporación de la obra audiovisual, se produciría la dilución de esta en el nuevo ente inmaterial, sin que la posterior comunicación pública del bien resultante equivaliese a una explotación de la grabación audiovisual que en él hubiese quedado incorporada, lo que afectaría al derecho del productor de la grabación audiovisual de origen y, por añadidura, a las actuaciones artísticas que estuvieran fijadas en ella³⁵.

En la figura dos se muestra cómo operaría ese proceso de dilución de la actuación artística en la grabación audiovisual y de ésta en una obra audiovisual o multimedia posterior. La actuación artística se simboliza mediante un triángulo, la grabación audiovisual mediante un cuadrado y la obra de recepción posterior mediante un pentágono. El contorno discontinuo expresa la dilución del correspondiente bien inmaterial en el siguiente³⁶.

³⁴ Estos derechos remuneratorios no tienen correlato en ningún precepto comunitario ni internacional que rija en España, pues –como hemos dicho– el Tratado de Beijing no ha sido ratificado por nuestro país ni por la UE. Por tanto, esa protección adicional dispensada por nuestro legislador no responde a la necesidad de dar cumplimiento a mandatos normativos supranacionales.

³⁵ Como veremos en el epígrafe a continuación, no se verían afectados en cambios los derechos autorales que se proyectasen sobre la obra-grabación audiovisual de origen, porque en ese caso el derecho de transformación hace que perviva un vínculo permanente entre la obra originaria y la obra derivada, de tal modo que la explotación de la segunda implica la explotación de la primera.

³⁶ El primer nivel de dilución se refiere a la interpretación o ejecución artística: la explotación de la grabación audiovisual que incorpore una interpretación o actuación artística sí comporta una explotación de la fijación de esa interpretación o ejecución artística. A partir de ahí puede operar la dilución de segundo nivel cuando la grabación audiovisual se sincroniza en otra, lo que se representa en la figura más a la derecha.

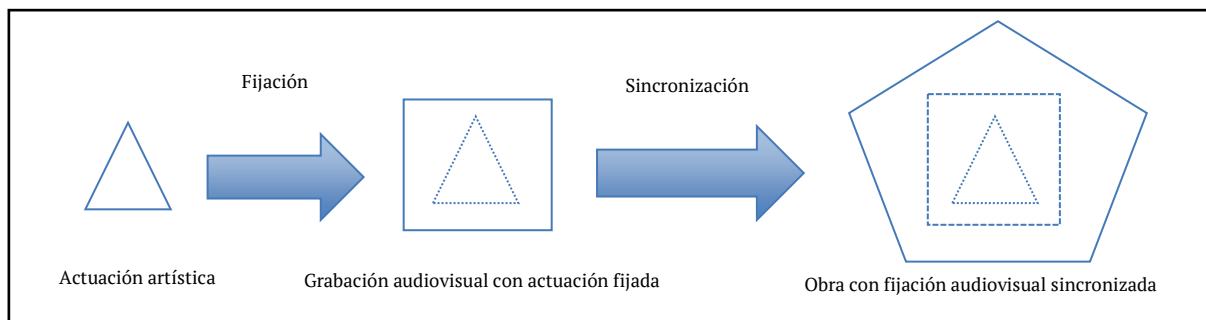


Fig. 2.- Sucesiva dilución de una actuación artística en una primera grabación audiovisual y de ésta en una obra posterior

No obstante, a diferencia del caso resuelto por la Sentencia, tendría que darse que ese nuevo ente inmaterial en el que se incorporase la primera grabación audiovisual, tuviese unas características que resultasen inconciliables con la propia definición de grabación audiovisual. En el caso de los fonogramas, hemos visto que su conceptualización como fijaciones puramente sonoras impide seguir reconociendo su autonomía cuando ese discurso sonoro se asocia a un discurso visual. Sin embargo, la definición de grabación audiovisual comporta ya la suma de sonido e imágenes, por lo que se trata de un ente inmaterial mucho más resistente que el fonograma a los procesos de incorporación en entes inmateriales superiores.

d. La imposibilidad de extender la doctrina de la Sentencia a la sincronización de obras musicales en obras audiovisuales

Trasladándonos al campo de los derechos de autor y de las obras, nos proponemos evaluar si la sincronización de una obra musical en una obra audiovisual produce una dilución parecida a la que el TJUE ha establecido para los fonogramas, de manera que la ulterior comunicación pública de la obra audiovisual no comporte la comunicación pública de la obra musical en ella sincronizada. Anticipamos ya que nuestra conclusión es que no se produce una dilución de ese tipo, y que esa conclusión no varía con independencia de si la obra musical llega a la obra audiovisual tras haber sido grabada en un fonograma, o bien por vía de una sincronización directa a través de una interpretación artística directamente fijada en la banda sonora de la obra audiovisual. A continuación desarrollamos las razones que conducen a esa conclusión.

Para ello nos centraremos en el caso en el que la obra musical ha sido previamente grabada en un fonograma y es objeto de sincronización audiovisual a través de ese fonograma, por ser el que guarda más similitud con el supuesto resuelto en la Sentencia y porque, dada su mayor complejidad, las conclusiones que se alcancen en él son extrapolables al otro.

La grabación de una obra musical en un fonograma causa en aquella un efecto puramente reproductivo. La obra musical, que consiste en un discurso sonoro, no sufre ninguna alteración expresiva ni contextual por el hecho de ser reproducida en un fonograma, que no en vano es definido como una fijación *exclusivamente sonora*. De hecho, se habla de «reproducción mecánica» para referirse a la reproducción fonográfica, precisamente porque se trata de la clase más neutra de reproducción que cabe imaginar de una obra musical.

A diferencia de las interpretaciones artísticas fijadas en el fonograma, la obra musical grabada en el fonograma no se ve alterada en su conformación inmaterial. La interpretación artística se diluye una vez fijada, hasta el punto de que el bien inmaterial «actuación» desaparece y nace el

bien inmaterial «fijación». Esto no sucede con las obras, en las que la fijación no marca un antes y un después, y por tanto mantienen intacta su configuración inmaterial aunque hayan sido fijadas en un soporte de grabación³⁷.

No hay pues dilución de la obra musical en el fonograma en que haya quedado reproducida. Cualquier ulterior explotación del fonograma será también explotación de la obra musical en él reproducida. Entre esas posibles explotaciones del fonograma, y de la obra musical en él reproducida, está la sincronización en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual.

Cuando el fonograma es fijado en la banda sonora de una obra audiovisual ello provoca un efecto reproductivo del fonograma, poniéndose por tanto en juego el derecho de reproducción (del fonograma y de la actuación artística en él fijada). Con ello no se quiere decir que la grabación audiovisual sea una reproducción o copia del fonograma –que no lo es, como bien ha señalado la Sentencia–, sino que para poder llevar a efecto la sincronización del fonograma este debe ser sometido a un acto o proceso de reproducción.

En el caso de la obra musical fijada en el fonograma ese mismo proceso de sincronización tiene la virtualidad de producir un impacto transformativo, no meramente reproductivo. La transformación de una obra preexistente se puede producir no solo a través de la creación de una nueva obra en la que se hayan alterado los elementos expresivos de aquella, como ocurre cuando se confecciona una traducción o un arreglo musical, sino también cuando la obra preexistente, aunque intacta desde el punto de vista expresivo, se incorpora en una obra posterior, de tal forma que queda rodeada de un contexto expresivo diferente, lo que provoca el efecto transformativo. Se habla en estos casos de incorporación material, para subrayar que la obra, pese a ser insertada o incluida en el objeto de destino, permanece intacta en su configuración intelectual. El caso prototípico de incorporación material es precisamente la sincronización de una obra musical en otra audiovisual, procedimiento mediante el cual el discurso sonoro de la obra musical originaria queda asociado o superpuesto a una secuencia de imágenes³⁸.

Sin embargo, y curiosamente, mientras que para el fonograma el impacto reproductivo resulta suficiente para provocar su dilución como bien inmaterial, para las obras ni siquiera un efecto transformativo es capaz de borrar los contornos de su conformación inmaterial. Son las características del fonograma como fijación, y como fijación exclusivamente sonora por más señas, y la consecuente no atribución al productor de fonogramas de un derecho de transformación, las que explican ese fenómeno, aparentemente contradictorio.

En primer lugar, el fonograma padece las consecuencias de ser un bien inmaterial de espiritualización débil, por oposición a las obras, que son bienes inmateriales en donde el *corpus mysticum* se halla claramente alejado del *corpus mechanicum*. El fonograma no puede prescindir de su base material, no en vano se define como una «fijación». Las obras en cambio pueden existir

³⁷ Es sintomático que, mientras para los artistas el derecho de fijación y el derecho de reproducción se reconocen de forma separada como derechos autónomos (cfr. arts. 106 y 107 TRLPI), para las obras la fijación es solo una variante, junto a la multiplicación en ejemplares, dentro del derecho de reproducción (cfr. art. 18 TRLPI).

³⁸ Vid. MARISCAL GARRIDO-FALLA, *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 128-132, y las referencias que allí se dan sobre la transformación por incorporación material.

aunque se manifiesten a través de soportes incorporales. Son mucho menos dependientes, o nada dependientes –con matices en el caso de las obras fotográficas y plásticas en general–, de su exteriorización en un soporte físico.

Por otro lado, al ser definido el fonograma como fijación exclusivamente sonora, no es posible seguir aceptando su pervivencia dentro de un bien inmaterial que consiste en la conjunción de los sonidos con una serie de imágenes. Sin embargo, la obra musical, incorporada en la banda sonora del film merced al fonograma, sobrevive sin problemas al proceso de sincronización audiovisual porque, a diferencia del fonograma, no hay una definición legal de «obra musical» que impida asumir su pervivencia como bien inmaterial a pesar de su asociación con un discurso visual al cual se sincronice.

Tercero, y enlazado con lo acabado de decir, la atribución a los autores de un derecho de transformación permite seguir sosteniendo un vínculo intelectual entre la obra derivada y la obra preexistente, lo que hace que esta nunca termine de diluirse en aquella a pesar del proceso transformativo. De conformidad con el artículo 21.2 del TRLPI, *«los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación»*³⁹. Si no es porque las obras preexistentes sometidas a un proceso de derivación intelectual subsisten como entes inmateriales en el seno de la obra derivada, no se explicaría que el autor de la obra preexistente tuviese algo que decir sobre la explotación de la obra derivada, incluida la explotación a través de una nueva transformación⁴⁰.

En definitiva, el derecho de transformación es el testigo que indica que las obras sobreviven, desde el punto de vista inmaterial, pese a haber sido sometidas a un proceso de incorporación o derivación que dé como resultado una obra nueva. O, si se prefiere, es el instrumento que se pone en manos de los autores, tras constatar esa supervivencia, para que de forma consecuente puedan controlar unas explotaciones –las de la obra derivada– que también son explotaciones de su obra.

Por esa misma razón, al carecer los artistas y los productores del derecho de transformación, sus prestaciones no sobreviven al proceso de sincronización de los fonogramas y de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en ellos. A diferencia de lo que sucede con los autores y las obras en un proceso de derivación, no existe un vínculo intelectual entre la grabación audiovisual y el fonograma (junto con las interpretaciones que incorpore) sincronizado en ella.

En la figura número tres se muestra cómo pervive la obra musical sincronizada en una obra audiovisual a través de un previo fonograma, el cual sin embargo se diluye en la obra audiovisual. La obra musical se simboliza mediante un rombo, el fonograma mediante un círculo y la obra

³⁹ Como es sabido, el derecho de transformación, que solo existe para los derechos de autor, no está armonizado a nivel comunitario.

⁴⁰ Ciertamente, la mejor muestra de que la obra originaria sigue estando reconocible, como bien inmaterial, dentro de la obra derivada es que el autor de aquella conserva el derecho de autorizar las transformaciones hechas a partir de la obra derivada.

audiovisual mediante un cuadrado. El contorno discontinuo expresa la dilución del correspondiente bien inmaterial, allí donde se produce.

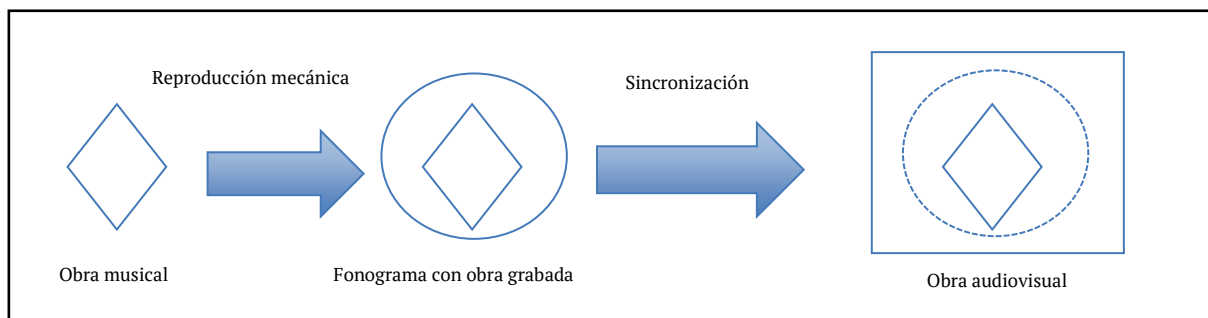


Fig. 3.- Sincronización en obra audiovisual de obra musical previamente grabada en fonograma.

Si esa supervivencia de la obra musical se produce incluso habiendo sido incorporada en el film a través de un previo fonograma en el que se hubiera reproducido, tanto más sucederá así cuando la obra musical se haya sincronizado directamente en la obra audiovisual, mediante interpretación artística que se fija en el audiovisual, sin que se recurra a una grabación fonográfica previa que sirva de médium para el acceso de la composición musical a la banda sonora del film.

Recapitulando, no obstante el proceso de transformación, la ley ha dispuesto la subsistencia intelectual de la obra preexistente en el seno de la obra derivada, cosa que no sucede con los fonogramas, en los que el proceso de sincronización audiovisual, incluso con efectos puramente reproductivos, destruye la esencia de su *corpus mysticum*. En consecuencia, la comunicación al público de la obra audiovisual sí comporta la comunicación al público de las obras musicales sincronizadas en el film, tanto si la sincronización se ha efectuado a través de una interpretación artística directamente fijada en el film, como si se ha hecho a partir de una grabación fonográfica preexistente en la que la obra musical ya se hubiera grabado.

7.2. La aplicación de la doctrina de la Sentencia a otros bienes inmateriales de destino

a. La extensión del alcance de la Sentencia a toda clase de obras audiovisuales

Pasemos ahora a pensar en otros posibles soportes de destino del fonograma. La Sentencia se refiere estrictamente a las grabaciones audiovisuales que contengan fijaciones de obras audiovisuales.

Aunque las obras audiovisuales a las que se refería la contienda de origen entre AGEDI-AIE y Atresmedia eran películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios, y estos son los tres objetos a los que se circunscribe la cuestión prejudicial, la conclusión a la que llega el TJUE no habla de tipos concretos de obras audiovisuales, sino en general de «grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas». Por lo tanto, su doctrina ha de extenderse a cualesquiera clases de obras audiovisuales.

Según hemos visto, las propias AGEDI-AIE admiten que los documentales y los docudramas son susceptibles de incluirse en esa categoría. A ellos cabe añadir, conforme a lo señalado *supra*, las

adaptaciones de obras literarias, dramáticas y dramático-musicales para televisión, los videoclips y, potencialmente, los sketches, los monólogos y los programas de tipo didáctico, cultural, concurso o entretenimiento, todos ellos en la medida en que se compongan de aportaciones autorales originales.

Más allá de eso, parece lógico preguntarse si la sincronización del fonograma en otros bienes inmateriales está llamada a producir un mismo efecto de dilución. La pregunta parece pertinente cuando tales entes inmateriales contengan un discurso expresivo similar al de las obras audiovisuales, en el sentido de que el sonido se combine con imágenes en movimiento. Si la razón por la que el fonograma deja de serlo y explotarse como tal, es porque pasa a integrarse en un bien inmaterial que ya no se define como una fijación exclusivamente sonora, esto puede suceder no solo en el caso de la sincronización en obras audiovisuales. Así, se nos ocurren al menos tres supuestos en los que los fonogramas pueden quedar integrados en un bien intelectual compuesto por algo más que sonidos, y más en concreto por una combinación de sonidos con imágenes.

b. Los videojuegos

El primero de ellos es el caso de la sincronización de fonogramas en videojuegos. Sobre la naturaleza jurídica de estos se ha discutido mucho y se sigue discutiendo. Por un lado, es claro que para su funcionamiento necesitan basarse en un *software*, el cual permite la interacción del jugador y el desarrollo de partidas con distintos desenlaces. Sin embargo, su capacidad expresiva no se agota en la propia de un programa de ordenador, antes al revés, los elementos más característicos del videojuego son sus elementos gráficos, sonoros y textuales. En efecto, los videojuegos se componen de aportaciones de diversos géneros (texto, música, imágenes) que se perciben como una secuencia dinámica a través de una pantalla, razón por la cual se les ha asimilado habitualmente a las obras audiovisuales, como si se tratara de un género de ellas, cercano al de las películas de animación⁴¹.

Sea como fuere, más allá de su exacta categorización, lo cierto es que los videojuegos son obras que se componen de elementos de distintos géneros, y que uno de esos elementos es la banda sonora, para cuya elaboración a menudo se acude a la sincronización de fonogramas, y en esto es claro que se asimilan a las obras audiovisuales: como el productor audiovisual, el del videojuego deberá acudir al productor de fonogramas para obtener una licencia de sincronización, la cual se compondrá de un clausulado muy similar al de la licencia de sincronización para una película o una serie.

⁴¹ Vid. GONZÁLEZ GOZALO, “La obra audiovisual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. La STJUE de 23 de enero de 2014, Nintendo vs. PchBox, C-355/12, ECLI:EU:2014:25, dice que los videojuegos son un tipo de material complejo que incluye no sólo un programa de ordenador, sino también “elementos gráficos y sonoros que, aunque codificados en lenguaje informático, tienen un valor creativo propio que no puede reducirse a dicha codificación”, y que en la medida en que esos elementos gráficos y sonoros participan de la originalidad de la obra, “están protegidos, junto con el conjunto de la obra, por los derechos de autor en el régimen establecido por la Directiva 2001/29”. Las recientes aportaciones doctrinales sobre el tema parecen situarse en esta línea, según la cual el videojuego es una obra atípica de tipo híbrido, protegible en tanto creación intelectual original (art. 10.1 LPI), sin una regulación específica en nuestro ordenamiento (vid. RAMOS GIL DE LA HAZA Y MARTÍNEZ CRESPO, “Comienza la partida. Punto de situación sobre determinados aspectos jurídicos de los videojuegos”, *pe. i., revista de propiedad intelectual* nº 62, 2019).

Por consiguiente, si el fonograma que se sincroniza en una obra audiovisual no genera, en caso de comunicación pública de esta, el derecho remuneratorio del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, todo parece indicar que la sincronización del fonograma en un videojuego deberá producir un efecto similar, de manera que la posterior comunicación pública del videojuego tampoco tendrá la virtud de generar la remuneración equitativa a la que se refiere el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115.

Es cierto que los videojuegos se comercializan de forma diferente a las obras audiovisuales. Su forma tradicional de llegar al consumidor ha venido siendo a través de ejemplares tangibles distribuidos al por menor en tiendas y grandes superficies, algo que recordaba a la modalidad de explotación de las obras audiovisuales conocida como *home video*. Sin embargo, en la actualidad los videojuegos se adquieren y consumen en línea, como tantos otros productos que han pasado a comercializarse como servicios (v. gr. el software, o las propias películas). En ese sentido, las plataformas de distribución de videojuegos en línea llevan a cabo actos de comunicación al público. Asimismo, entra dentro del ámbito de ese derecho la transmisión por Internet de partidas de jugadores famosos, celebradas en recintos a los que también acude público presencial, así como la transmisión en servicios de compartición de contenidos en línea de vídeos en los que un *influencer* va comentando el videojuego a medida que juega una partida, proporcionando consejos para que otros jugadores consigan superar las dificultades que ofrece, o simplemente manifestando su opinión sobre la calidad del videojuego, comparándolo con otros similares o con versiones anteriores.

Por lo tanto, tiene relevancia determinar si en todos esos casos en que el videojuego es objeto de actos de comunicación pública, se estaría produciendo la comunicación pública de los fonogramas en él sincronizados. A la luz de la doctrina de la Sentencia, la respuesta más probable es que no, pues sería jurídicamente incoherente llegar a una conclusión distinta por el hecho de que el TJUE solo se estaba pronunciando a propósito de obras audiovisuales, o a propósito de determinados tipos de obras audiovisuales.

c. Las grabaciones audiovisuales que no contienen la fijación de una obra audiovisual

El segundo caso que se debe examinar es el de las meras grabaciones audiovisuales o grabaciones audiovisuales que no contienen la fijación de una obra audiovisual. Es el único supuesto de los tres que estamos analizando sobre el que la Sentencia contiene una alusión, para contraponerlo al caso de la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales.

Tras señalar, en el apartado 39, la definición de fonograma plasmada en el artículo 2.b) del TOIEF («*toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual*»), en el apartado 40 la Sentencia acude a la Guía OMPI para observar que «*en el caso de que una fijación audiovisual no cumpla los requisitos para poder considerarse obra, la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en dicha fijación audiovisual, debe considerarse «fonograma»*».

Ciertamente, la cuestión no tiene ulterior recorrido ni se traslada a la *ratio decidendi* de la Sentencia, pudiendo considerarse un *obiter dicta* sin impacto real en el objeto del procedimiento ante el TJUE ni en el del litigio principal. De hecho, el TJUE se viene a remitir a las conclusiones

del abogado general sobre este punto⁴², las cuales se limitaban a parafrasear la Guía OMPI, sin aportar argumento alguno adicional para sostener esa apreciación⁴³. Es decir, la Sentencia refleja esa observación procedente de la Guía OMPI a fin de apuntalar la respuesta dada a la cuestión que le había sido planteada, que se refería a obras audiovisuales, pero no se llega a pronunciar sobre la sincronización de fonogramas en meras grabaciones audiovisuales, dado que no necesitaba emitir un pronunciamiento sobre eso para resolver el asunto llegado a su conocimiento.

Debemos recordar, por lo demás, que la Guía OMPI, como la propia Sentencia no ignora, carece de fuerza vinculante, pues se trata de un material de estudio publicado a posteriori por la propia OMPI, que por descontado no ha sido suscrito por los Estados parte de los Tratados adoptados en la Conferencia Diplomática mantenida en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996⁴⁴.

Para ser más exactos, aunque con el respaldo editorial de la OMPI, que fue su comitente, la Guía OMPI no pasa de ser un trabajo doctrinal elaborado por el Dr. Mihály FICSOR, tal y como consta al comienzo de la misma. Según se lee en el Prefacio de la Guía OMPI, escrito por el entonces Director General de OMPI, Sr. Kamil Idris, *«esta guía fue encomendada por la OMPI y escrita por el Dr. Mihály Ficsor, especialista de este tema de renombre internacional. Los puntos de vista expresados en la Guía son los del Dr. Ficsor y no reflejan necesariamente los de la Organización»*. Así lo resalta también el propio FICSOR en sus agradecimientos, donde advierte: *«Cabe señalar que, aunque he basado, en toda la medida de lo posible, los análisis de esta publicación en fuentes oficiales (actas de conferencias diplomáticas, documentos de la OMPI, etc.), también he hecho constar mi propia opinión sobre muchos aspectos - que no reflejan necesariamente la posición de la OMPI»*⁴⁵.

En el pasaje que ahora nos ocupa es evidente que FICSOR no basa su afirmación en ningún material o fuente oficial, sino que se trata de una inferencia basada en su punto de vista personal. Si se observa, tras consignar que el periodo añadido en la definición de fonograma del artículo 2.c) del TOIEF, por contraposición con la del artículo 3.b) de la Convención de Roma (*«que no sea en forma*

⁴² El apartado 40 de la Sentencia, tras la remisión al pasaje de la Guía OMPI acabado de transcribir, según el cual cabe considerar fonograma la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en una fijación audiovisual que no cumpla los requisitos para considerarse obra, concluye: *“extremo recordado asimismo en esencia por el Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones”*.

⁴³ Tras transcribir en el apartado 49 de sus conclusiones la definición de fonograma en el artículo 2 del TOIEF, el abogado general observa cómo esa definición supone ampliar el concepto de «fonograma» definido en la Convención de Roma de dos maneras: *“En primer lugar, como reflejo de la evolución de la tecnología en la música, la definición del WPPT comprende asimismo las «representación[es] de sonidos», por ejemplo las grabaciones de sonidos sintéticos, como sintetizadores, que nunca se han generado como sonidos reales antes de la realización de la fijación”*. En el apartado siguiente añade: *“Además, en segundo lugar, la definición de «fonograma» a efectos del WPPT también engloba las fijaciones de sonidos o representaciones de sonidos incluidas en una fijación audiovisual que no constituya una «obra» a efectos de los derechos de autor. Se trata de un cambio sustancial”*. Y sin más añadidos ni explicaciones, da por concluida esta cuestión.

⁴⁴ La Sentencia es bien consciente de ello, pues prácticamente a continuación resalta cómo, por contraste, “la declaración concertada sobre el artículo 2, letra b), del TF que adoptó la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 20 de diciembre de 1996, que constituye, conforme al artículo 31, apartado 2, letra a), del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un factor esencial para la interpretación de esa disposición” (apartado 42).

⁴⁵ Por consiguiente, buscar apoyo en la Guía OMPI para interpretar algún pasaje del TOIEF es equivalente a buscarlo en cualquier otra obra doctrinal suscrita por un académico de prestigio, sin que proceda sobredimensionar su valor interpretativo, ni desde luego atribuirle un carácter normativo.

de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual»), «se acordó durante las consultas informales, y se adoptó como parte de la definición sin una explicación de fondo de las razones de ello y sin debate alguno»⁴⁶, el autor de la guía agrega: «el efecto de esta frase es que, en el caso de que una fijación audiovisual no cumpla los requisitos para poder considerarse obra, la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en dicha fijación audiovisual, debe considerarse fonograma».

Como se desprende de lo dicho por el propio FICSOR esta conclusión no puede provenir de las justificaciones dadas a la introducción de esa frase en la parte final del artículo 2.b) TOIEF, puesto que ninguna explicación de fondo se había dado para introducirla ni tampoco se había producido debate alguno en torno a ella. FICSOR enuncia lo que, en su opinión, sería un efecto concomitante de la alusión a «una obra cinematográfica o audiovisual», y es que si la fijación audiovisual no reúne los requisitos para poder considerarse obra, entonces *la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en aquella*, sí debe considerarse fonograma⁴⁷.

Existen otras interpretaciones, que FICSOR no baraja, y que permitirían explicar de forma alternativa por qué el artículo 2.b) del TOIEF alude a las obras cinematográficas o audiovisuales y no, en general, a las grabaciones audiovisuales. alguna de esas explicaciones es tan sencilla como que el concepto de fijación audiovisual, como bien intelectual separable de la obra audiovisual (o de otro tipo) que se haya fijado en ella, es ajeno a los tratados administrados por la OMPI.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas («**Convenio de Berna**») se refiere a las obras cinematográficas, a las cuales asimila las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía (art. 2.1); en definitiva, se refiere a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales. Para ellas contiene diversas reglas, en materia de criterio de protección (art. 4) país de origen (art. 5), duración de la protección (art. 7), derechos de reproducción y adaptación cinematográficas (art. 14), derechos de los titulares de obras cinematográficas (art. 14 bis) y presunción relativa al productor de ese tipo de obras (art. 15)⁴⁸.

⁴⁶ Vid. M. FICSOR, “Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI”, ed. OMPI, Ginebra (Suiza), 2003, § PPT-2.7, p. 242.

⁴⁷ Es significativo que no se hable aquí de no reunir los requisitos para considerarse obra *audiovisual*, sino para considerarse obra *en general*. Si la fijación audiovisual contuviera la fijación de una obra dramática, dramático-musical o coreográfica, entonces no se daría el supuesto de hecho que conduce a la conclusión enunciada por la Guía OMPI en el pasaje luego extractado por el abogado general y por el TJUE.

⁴⁸ Junto con ello, el Anexo del Convenio de Berna, que contiene disposiciones especiales relativas a los países en vías de desarrollo, se refiere hasta en dos ocasiones a las “fijaciones audiovisuales”, pero en ambos casos se trata de fijaciones audiovisuales que contienen obras. De un lado, está la alusión a la fijación audiovisual que incorpore la traducción de textos, realizada para finalidades docentes por un organismo de radiodifusión (art. II.9.c/), y por otro la previsión de que la posibilidad de reemplazar el derecho exclusivo de reproducción por una licencia forzosa remunerada también se aplicará a “*la reproducción audiovisual de fijaciones audiovisuales efectuadas legalmente y que constituyan o incorporen obras protegidas, y a la traducción del texto que las acompañe en un idioma de uso general en el país donde la licencia se solicite, entendiéndose en todo caso que las fijaciones audiovisuales han sido concebidas y publicadas con el fin exclusivo de ser utilizadas para las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria*” (art. III.7.b/).

Por su parte el Tratado OMPI de Derecho de Autor («**TODA**»), aprobado en la misma conferencia diplomática que el TOIEF, se refiere única y exclusivamente a los autores de obras cinematográficas para reconocer a su favor el derecho de alquiler (art. 7)⁴⁹, sin que encontremos en ese tratado alusión alguna a las fijaciones audiovisuales que puedan contener esas u otra clase de obras, o una combinación de imágenes y sonidos que no merezcan la consideración de obra.

En cuanto a la Convención de Roma, encontramos en ella una alusión a las fijaciones visuales o audiovisuales de interpretaciones o ejecuciones artísticas, para establecer que si el artista consentía la incorporación de su actuación en una de esas fijaciones dejaba de ser aplicable la protección mínima prevista a su favor en el artículo 7 de dicha convención (art. 20). Pues bien, esas fijaciones visuales o audiovisuales en las que hubiese intervenido un artista no podían sino *ser o contener* obras, dado que la propia definición de artista parte de la premisa de que este es «*todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística*» (art. 3.a/ de la Convención de Roma). Se trata asimismo de la definición de artista intérprete o ejecutante que acogió el propio TOIEF y que se reflejará posteriormente en el más reciente Tratado de Beijing⁵⁰.

En suma, en ninguno de los tratados administrados por la OMPI hay la menor contemplación de fijaciones audiovisuales que no contengan obras audiovisuales, u otra clase de obras, en las que hayan intervenido artistas intérpretes o ejecutantes, sin que tampoco se reconozca un derecho afín a los productores de grabaciones audiovisuales sobre la fijación producida por ellos. No hay dos categorías de fijaciones audiovisuales, sino solo una. Habida cuenta de ello, es perfectamente entendible que el TOIEF, al trazar la definición de fonograma, tan solo excluyese la incorporación de sonidos o de una representación de sonidos en la banda sonora de una obra cinematográfica o audiovisual. Lo extraño habría sido que se hubiera referido a un bien inmaterial –fijación audiovisual– que ni siquiera posee la categoría de tal en el marco de los tratados de la OMPI.

Pues bien, frente a la carencia de peso normativo de la Guía OMPI, en la hipótesis de que se planteara ante el TJUE una cuestión prejudicial referida, de manera específica, a la sincronización de fonogramas en meras grabaciones audiovisuales, el TJUE no podría dejar de tener en consideración que el artículo 2.1.c) de la propia Directiva 2006/115 contiene una definición de «película», conforme a la cual se entiende por tal «*la obra cinematográfica o audiovisual o imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido*»⁵¹. Es decir, el Derecho de la Unión maneja un concepto unitario que abarca no solo otras obras audiovisuales distintas de las cinematográficas,

⁴⁹ La asimilación al concepto de obra cinematográfica de cualquier obra audiovisual es aplicable también en este contexto, dada la remisión del artículo 3 del TODA a los artículos 2 a 6 del Convenio de Berna.

⁵⁰ Vid. el respectivo artículo 2.a) de cada uno de esos instrumentos, en donde se puntualiza que lo interpretado o ejecutado podrán ser también expresiones del folclore. La definición de “fijación audiovisual” que se contiene en el artículo 2.b) del Tratado de Beijing no describe la fijación audiovisual como objeto sino como acto, como lo demuestra la salvedad que respecto de esa definición se contiene en la declaración concertada relativa al artículo 2.b) del Tratado de Beijing, la cual remite al artículo 2.c) y no al artículo 2.b) del TOIEF. En todo caso, solo se puede referir a fijaciones audiovisuales que contengan obras en las que intervengan artistas intérpretes o ejecutantes pues el fin y ámbito de aplicación del Tratado de Beijing se circunscribe a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes.

⁵¹ Esta previsión ya estaba en el artículo 2.1.c) de la Directiva 92/100/CEE. La definición de película, a efectos de determinar el plazo de protección de los derechos de los productores de la primera grabación de una película, se contiene igualmente en el artículo 3.3. de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

sino incluso cualquier conjunto de «imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido».

En la Directiva 2006/115 se reconocen algunos derechos a los productores de películas, mejor dicho de las primeras fijaciones de películas. Así, el derecho de alquiler o préstamo (art. 3.1.d/) y el derecho de distribución (art. 9.1.c/). A ellos se añaden el derecho de reproducción y el de puesta a disposición del público reconocidos a esos productores en los artículos 2.d) y 3.2.c) de la Directiva 2001/29 respectivamente. En suma, en el Derecho de la Unión todas las grabaciones audiovisuales tienen estatus de objeto protegible por sí mismas, tanto si contienen como si no la fijación de una obra audiovisual o de cualquier otra obra.

La contraposición entre unas y otras grabaciones audiovisuales se aprecia al leer el artículo 2.2 de la Directiva 2006/115, en virtud del cual los Estados miembros deberán atribuir, como mínimo a su director principal, la condición de autor o coautor «de la obra cinematográfica o audiovisual». Ello es indicativo de que, en Derecho de la Unión, si bien las meras «imágenes en movimiento con o sin acompañamiento de sonido» son también «películas», no son obras y no conllevan una labor de dirección que merezca ser premiada con un derecho autoral, sino a lo sumo conllevan una labor de producción que debe ser recompensada con un derecho afín al de autor.

Tenemos pues que obras audiovisuales por un lado y grabaciones audiovisuales que no son obras por otro, son dos especies pertenecientes a un mismo género, el de las películas, siendo así que en algunas películas habrá como mínimo un director que merecerá que se le asigne un derecho de autor, mientras que en otras tan solo se podrá reconocer la labor –no autoral– del productor de la primera fijación de la película.

En definitiva, no parece haber motivos, bajo Derecho de la Unión, para que la sincronización de un fonograma en una mera grabación audiovisual desate efectos distintos a la sincronización de un fonograma en una grabación audiovisual que a su vez contiene una obra audiovisual. Porque la diferencia entre uno y otro tipo de películas no guarda relación con los factores que determinan que el fonograma pierda su condición de tal y se diluya en la fijación audiovisual.

La diferenciación entre las películas que son obras audiovisuales y las películas que no lo son radica en la presencia en las primeras de aportaciones autorales, que sin embargo están ausentes en las segundas. Sin embargo, el motivo por el que el fonograma pierde su autonomía como bien inmaterial cuando se sincroniza en una grabación audiovisual no tiene que ver con la conjunción del fonograma con elementos de tipo autoral o creativo, sino sencillamente con el hecho de que el discurso sonoro del fonograma se asocie a un discurso mixto, en parte sonoro y en parte visual. No podría ser de otra manera, dado que el fonograma no es una obra, ni los productores y artistas fonográficos ostentan un derecho de transformación. La sincronización de un fonograma, a diferencia de la de una obra musical, no pone en marcha el derecho de transformación, sino el de reproducción. Y esto sucede tanto si el fonograma se sincroniza en una película que es obra audiovisual como en una película que no lo es.

Cuando el fonograma se sincroniza en una mera fijación audiovisual, el resultado no es *todo él* un fonograma, puesto que un fonograma no incorpora imágenes, ni siquiera es una fijación

mixta, en parte fonográfica y en parte audiovisual. Es *solo* una fijación audiovisual, mejor dicho *sigue siendo* una fijación audiovisual, aunque *con* sonorización o *con más* sonorización que la que tenía antes de esa sincronización.

Este resultado es el más coherente desde un punto de vista conceptual, pues los fonogramas se definen primeramente por su carácter de fijaciones exclusivamente sonoras, mientras que la advertencia adicional del TOIEF sobre la no calificación como fonograma de la banda sonora de un film, no añade en rigor nada esencial a aquella primera caracterización. La opinión doctrinal de la Guía OMPI de que se puede seguir llamando fonograma a la banda sonora de una fijación que incorpora imágenes y sonidos es refutable, máxime cuando se averigua por qué el TOIEF se limitó a mencionar a las obras cinematográficas y audiovisuales y no aludió en general a toda clase de fijaciones audiovisuales, y se combina con la conceptualización que el Derecho de la Unión hace de las «películas».

Recapitulando, si el fonograma se reproduce de un modo análogo tanto si el bien inmaterial de destino es una película que contiene una obra audiovisual como si es una película que contiene una mera grabación audiovisual, y en ambos casos ha habido un licenciamiento en origen del acto de sincronización, la consecuencia consistente en que el fonograma sometido a ese proceso de sincronización pierda su condición de fonograma, y la comunicación pública de la película de destino no comporte la comunicación pública del fonograma en ella sincronizado, debería ser la misma.

d. Las emisiones o transmisiones de radiodifusión televisiva

Si se observa la actividad de los organismos de radiodifusión televisiva, y más en concreto la de aquellos canales denominados generalistas, se ve que los contenidos audiovisuales pregrabados (v. gr. películas, series, documentales) representan un porcentaje variable de su parrilla de programación, pero en todo caso son solo una parte de la misma. Al lado de esos contenidos, las televisiones ofrecen programas de producción propia que, a menudo, ni siquiera se registran con carácter previo a su emisión sino que se realizan en directo en los estudios de la cadena.

Es habitual que esos programas televisivos también hagan uso de música pregrabada para la sonorización de las imágenes, aunque frecuentemente se busca generar un tapiz sonoro que se oiga en segundo plano al mismo tiempo que las voces de los presentadores o invitados que aparecen en pantalla. También hacen uso las televisiones de música grabada para generar efectos de sonido con finalidad de demarcar el inicio y fin de los programas o la transición entre los mismos (sintonías de cabecera y cierre, cortinillas, ráfagas, etc.).

Por todo ello, en la medida en que esos usos afecten a fonogramas publicados con fines comerciales, los operadores de televisión vienen satisfaciendo a AGEDI y AIE la remuneración equitativa contemplada en los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI, que a su vez son el reflejo a nivel interno del derecho contemplado en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115. De hecho, tras el dictamen de la Sentencia y de conformidad con la Propuesta, cabe pensar que este sería el único uso por el que las cadenas de televisión deberían retribuir a partir de ahora a los artistas y productores fonográficos, ya que el TJUE ha establecido que los fonogramas previamente sincronizados en obras audiovisuales no generan el derecho de remuneración del artículo 8.2 de

las Directivas 92/100 y 2006/115 cuando las películas a las que se hayan incorporado son objeto de comunicación al público.

La cuestión es si, más allá de la dilución del fonograma previamente sincronizado en una obra audiovisual, cabe pensar en un efecto parecido cuando los fonogramas se sincronizan de manera directa por los propios entes televisivos en el resto de su programación, y son por tanto embebidos en las emisiones o transmisiones de radiodifusión.

La incorporación de un fonograma en un programa de televisión no pregrabado implica, como la incorporación en una obra audiovisual o en una mera grabación audiovisual, un acto de reproducción que puede calificarse de sincronización. De hecho, es así como lo vienen a tratar los propios productores de fonogramas, por más que la forma de gestionar ese tipo de sincronización difiera de la que los productores fonográficos emplean cuando se trata de la sincronización en una obra cinematográfica o audiovisual.

Mientras que la sincronización de un fonograma en una obra audiovisual se canaliza a través de permisos que otorgan los propios productores de forma individualizada, es decir, no es una forma de explotación que sea objeto de gestión colectiva, la incorporación de fonogramas en la actividad ordinaria de los operadores de televisión se articula mediante una autorización que los productores de fonogramas confieren a través de AGEDI. De ahí que la tarifa de AGEDI-AIE para televisiones haya incorporado siempre el derecho de reproducción, en el entendimiento de que los organismos de radiodifusión llevan a cabo actos de reproducción de fonogramas para realizar su propia programación.

Esto se refleja en la ya citada Propuesta, lanzada por AGEDI-AIE a las televisiones en 2022, como se reflejaba también en las tarifas generales que ambas entidades aprobaron en 2016. Así, en la Propuesta, al enumerar las distintas modalidades de explotación que serían objeto de la tarifa, se describen dos conceptos: la comunicación pública de fonogramas («CPF») y la reproducción («REP»), diciendo con relación a esta última lo siguiente:

«Por lo que respecta a la REP llevada a cabo por emisoras de televisión de difusión inalámbrica y plataformas digitales, cableoperadores y otras entidades con oferta multicanal, la autorización concedida y que es objeto de aplicación de esta tarifa, faculta a la entidad radiodifusora, en concepto de REP, a realizar la grabación de los fonogramas del repertorio de AGEDI por los propios medios de la entidad y para sus propias emisiones, sin limitación en cuanto al número de utilizaciones de tales grabaciones.

Sin perjuicio de las exclusiones previamente expuestas, quedan excluidas otras modalidades de reproducción de fonogramas que AGEDI no gestiona colectivamente. Entre otros, esta tarifa no incluye:

- *la sincronización o primera fijación de los fonogramas:*
 - *En soportes sonoros o audiovisuales destinados a la publicidad, sin perjuicio de que la reproducción para la comunicación pública y/o comunicación pública de esos fonogramas sincronizados quedan comprendidas en el ámbito de las presentes tarifas.*

- En obras cinematográficas conforme a la definición dada a tal concepto en el apartado 1 (Nota Previa).

- La asociación directa o indirecta de los fonogramas con marcas, productos o servicios».

Como puede verse, se asume que el operador de televisión necesita realizar actos de reproducción de fonogramas para sus propias emisiones, y se pone cuidado en deslindar esta modalidad de reproducción de «otras modalidades de reproducción de fonogramas que AGEDI no gestiona colectivamente», entre las que está la sincronización de fonogramas en obras cinematográficas y otras obras audiovisuales como los *soportes* destinados a publicidad.

Es decir, la Propuesta califica la sincronización en productos audiovisuales pregrabados como otra modalidad de reproducción de fonogramas, con la diferencia de que parece reservar el término «sincronización» para los casos en que el derecho de reproducción se gestiona de forma individualizada, mientras que cuando se gestiona a nivel colectivo se refiere sin más a reproducción del fonograma. Sin embargo, el derecho que se pone en juego es exactamente el mismo, dado que los productores de fonogramas no ostentan un derecho de transformación, por lo que toda sincronización de fonogramas no pasa de comportar un acto de reproducción del fonograma.

Por consiguiente, a priori, las mismas razones que conducen a plantear la dilución del fonograma cuando este es sincronizado en cualquier tipo de fijación audiovisual, llevan a considerar que el fonograma reproducido en el marco de un proceso de producción de programas de televisión pierde igualmente su condición de fijación exclusivamente sonora, de forma que la comunicación al público ulterior, a través de alguna de las modalidades de comunicación que las entidades de radiodifusión tienen reconocidas, de las emisiones o transmisiones televisivas que contengan programas en los que se hayan sincronizado fonogramas, no comportaría una comunicación al público de los fonogramas en ellas incorporados, ni devengaría la remuneración equitativa reconocida en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115.

8. Extensión de la doctrina de la Sentencia a otras modalidades de explotación de las obras audiovisuales

El derecho que estaba en juego en el litigio de origen de la Sentencia era el de remuneración equitativa del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, el cual abarca la utilización del fonograma para la radiodifusión inalámbrica o cualquier otro tipo de comunicación al público. En los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI se habla directamente de la utilización del fonograma «*para cualquier forma de comunicación pública*».

En consonancia con ello, AGEDI-AIE gestionan ese derecho remuneratorio de productores y artistas fonográficos para una variada gama de modalidades de comunicación pública, desde la ambientación musical a la ejecución pública en establecimientos de hostelería, hoteles y otros locales, hasta llegar a la radiodifusión por emisoras de radio u operadores de televisión.

A su vez, dentro de los específicos epígrafes tarifarios, se pueden comprender diversas formas de comunicación. Así, conforme a las tarifas generales de AGEDI-AIE aprobadas en 2016, que son

las que continúan en vigor, en el epígrafe para emisoras de televisión se explica que la tarifa abarca, en concepto de comunicación pública, las siguientes modalidades de explotación:

- «• *Emisión o difusión inalámbrica de fonogramas por medio de la televisión y en programas propios de la emisora.*
- *Retransmisión o difusión inalámbrica, por el citado medio, de fonogramas contenidos en programas emitidos lícitamente por otra emisora de televisión.*
- *La transmisión, dentro del territorio nacional, que lleve a cabo la propia emisora, de forma simultánea, inalterada e íntegra de las emisiones antes descritas, sin posibilidad de incorporación a la señal de otros contenidos o datos adicionales a los de la emisión original, a través de Internet o telefonía móvil de dichas operaciones (Simulcasting).*
- *Transmisión por cable, de forma simultánea e íntegra y dentro del ámbito territorial en el que se lleve a cabo la emisión, de fonogramas difundidos en sus propios programas por la emisora.*
- *Incorporación de las emisiones del usuario a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de dicha emisión a través de otra emisora de televisión o de transmisión por cable.*
- *Ejecución pública por parte de una emisora con vistas a su emisión, sin exigir del público asistente precio de entrada ni contraprestación de clase alguna».*

Los efectos directos que la Sentencia está llamada a causar tienen por tanto, como mínimo, la amplitud que se deriva de todas esas modalidades de explotación, las cuales vienen siendo consideradas por AGEDI-AIE como formas de comunicación pública susceptibles de gestionarse en el marco de lo dispuesto en los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI. Si la emisora de televisión efectúa cualquiera de esos actos de explotación con obras audiovisuales no habrá duda de que eso no comportará la comunicación al público de los fonogramas sincronizados en ellas⁵².

La cuestión es si, toda vez que el TJUE concluyó que la comunicación al público de una obra audiovisual en la que se hubiese sincronizado un fonograma no comportaba la comunicación al público del fonograma en cuestión, dada la pérdida de su condición de fonograma a causa del proceso de sincronización, tiene algún sentido pensar que ese efecto en cambio no se produce cuando la obra audiovisual de destino, en lugar de ser objeto de un acto de comunicación pública, lo sea de un acto de puesta a disposición del público.

Para resolver esa cuestión debemos preguntarnos si, en el razonamiento del TJUE sobre la pérdida de la condición de fonograma, jugó algún papel la consideración del posterior acto de explotación de la obra audiovisual de destino. La respuesta es negativa, ya que la razón por la que el fonograma se diluye en la obra audiovisual tiene que ver con el acto de reproducción a que es sometido el fonograma para lograr su incorporación a la obra audiovisual, no con la ulterior explotación de esta. Es aquella incorporación la que, según el TJUE, provoca que el fonograma deje de ser lo que era. La conclusión a la que arriba la Sentencia es solo una declinación de ese primer postulado: dado que el fonograma pierde su condición de tal cuando es sincronizado en

⁵² Dejamos ahora aparte si eso también sucede o no con todas las grabaciones audiovisuales en general. En este epígrafe nos proponemos examinar la extensión de la doctrina de la Sentencia desde el punto de vista de los actos de explotación, no de los objetos explotados. Lógicamente, puede darse la acción combinada de esas dos clases de extensión.

la obra audiovisual, los actos de explotación a que ulteriormente se someta la obra audiovisual ya no serán actos de explotación del fonograma.

Ciertamente, la Sentencia no habla *in genere* de actos de explotación, sino que se refiere de manera específica a la comunicación al público de la obra audiovisual. Ello se debe a que la cuestión prejudicial se circunscribía a ese tipo de actos de explotación, contemplados en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115. Los hechos del litigio de origen se remontaban a los años 2003 a 2009, época en la que las cadenas de televisión no efectuaban actos de puesta a disposición del público, por lo que es lógico que la controversia versara sobre actos de comunicación al público propios de la radiodifusión terrestre.

Si el asunto se hubiese planteado en un estadio tecnológico más reciente, habrían estado en juego con toda probabilidad otras formas de explotación que las televisiones realizan de sus programas, lo mismo que si la demandada en el asunto principal hubiese sido una plataforma de vídeo a la carta. La cuestión no habría tenido como telón de fondo, o no solo, el derecho de remuneración equitativa del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, pero el razonamiento acerca de lo que sucede cuando un fonograma se sincroniza en una obra audiovisual no parece que hubiera podido variar, en tanto dicho razonamiento no guarda relación con el modo en que la obra audiovisual se explote posteriormente. En efecto, no tendría demasiado sentido pensar que el fonograma puede estar al mismo tiempo diluido y no diluido en la grabación audiovisual, dependiendo del modo en que esta sea explotada⁵³: la dilución del fonograma acontece con carácter previo a conocer la clase de actos de explotación a que se someterá la grabación audiovisual de destino.

Así pues, de acuerdo con esta interpretación, cuando una obra audiovisual en que se haya sincronizado un fonograma sea objeto de explotación a través de un acto de puesta a disposición del público, ello no comportará la explotación del fonograma sincronizado, el cual no podría ser ya por su parte objeto de explotación, ni a través de la puesta a disposición del público ni a través de la comunicación al público⁵⁴.

Esta última precisión viene a cuento de que, haciendo abstracción de las consecuencias de la Sentencia, la puesta a disposición del público de un contenido audiovisual en el que se hayan sincronizado fonogramas no parece que pudiera dar lugar, en cualquier caso, a la puesta a disposición del público de los fonogramas en cuestión, y sí, a lo sumo, a su comunicación al público.

⁵³ Piénsese que un mismo operador televisivo puede hacer actos de explotación diversos del mismo contenido audiovisual, por ejemplo de comunicación pública lineal y de puesta a disposición en Internet. No vemos que la Sentencia dé pie a sostener que para este segundo tipo de actos el fonograma sí que subsiste al proceso de sincronización y puede ser objeto de una explotación en paralelo a la de la grabación audiovisual.

⁵⁴ Es sintomático que, conforme a la Propuesta, AGEDI y AIE prevean que el ajuste derivado de la Sentencia no solo tiene consecuencias en el valor del derecho de comunicación al público, sino también en el del derecho de reproducción instrumental. En efecto, el tipo tarifario de la propuesta, del 5,72%, se desglosa en un 4,88% por la comunicación pública y un 0,84% por la reproducción, mientras que en las tarifas generales de 2016 el tipo tarifario del 6,58% se desglosa en un 5,61% para la comunicación pública y un 0,97% para la reproducción [en las de 2015 era un 4,87% para la comunicación pública y un 1,71% la reproducción]. Sin embargo, la Sentencia se pronuncia únicamente sobre el derecho de remuneración por la comunicación al público del artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115: la afectación sobre el valor de la reproducción es un efecto reflejo, probablemente lógico, pero no directamente extraíble de la doctrina de la Sentencia.

La posibilidad de acceder a demanda a una película o capítulo de serie a través de un servicio de televisión interactiva o una plataforma de vídeo a la carta, no implica que los fonogramas sincronizados en el film sean, por eso mismo, susceptibles de un acceso a petición por parte de los miembros del público: toda vez que el sujeto a quien se haya hecho accesible a petición la película o la serie comienza el disfrute de la misma, el contenido fonográfico que acompaña a las imágenes le vendrá dado de manera lineal, exactamente igual que si visionase la película o la serie en el marco de una parrilla de programación de una televisión convencional⁵⁵.

Ello es así, en primer lugar, porque el espectador no conocerá siquiera qué fonogramas se encuentran incorporados en el film⁵⁶. La falta de información precisa sobre qué fonogramas se contienen en el film, equivale a una falta de accesibilidad real a esos fonogramas, pues solo en un sentido muy hipotético se puede afirmar que permanece en el plano de lo accesible aquel contenido cuya presencia se ignora. Segundo, aun suponiendo que se facilitara información lo bastante detallada sobre los fonogramas sincronizados en el film, incluido minuto y segundo del metraje en que suena cada uno, es inverosímil pensar que los usuarios van a emplear la película o la serie como conducto para acceder a los fonogramas, o fragmentos de los mismos, que hayan servido para la sonorización del film⁵⁷. En suma, no se puede decir que hay acceso a petición a la sonorización del contenido audiovisual, cuando el espectador ignora de antemano de qué sonorización se trata y cuándo va a empezar a disfrutarla⁵⁸.

La doctrina que emana de la Sentencia sería coherente con este entendimiento, e incluso lleva un punto más allá las consecuencias de la sincronización de fonogramas: la explotación del contenido audiovisual de destino no comporta la explotación del contenido fonográfico de origen sincronizado en aquel, ni bajo la misma modalidad de explotación del propio audiovisual, ni bajo ninguna otra. Así, tanto dará que la obra audiovisual se ponga a disposición del público o se comunique al público, pues ni lo uno ni lo otro provocará que el fonograma, por su parte, sea objeto de puesta a disposición del público o de comunicación al público.

⁵⁵ Si la interactividad viene dada por tener la facultad de decidir el momento en que se comienza a disfrutar de un contenido, o se reinicia su disfrute tras una pausa, es claro que el usuario de un servicio audiovisual a petición toma esas decisiones con respecto al visionado de la película o la serie, no con respecto a la escucha de los fonogramas eventualmente sincronizados en ella.

⁵⁶ La información que se proporciona al usuario cuando se pone a disposición un contenido audiovisual en un servicio interactivo no incluye detalle de los álbumes fonográficos, o partes de los mismos, que se encuentren incorporados en aquel. Esa es una información de carácter técnico que permanece en el nivel de las *cue sheets* que manejan las productoras y las entidades de gestión, o que a lo sumo puede hallarse en sitios web especializados, pero que no traspasa al canal de comercialización al público de las series o films.

⁵⁷ A lo sumo, la experiencia demuestra que la banda sonora de una película o una serie puede ser un feliz hallazgo musical para el espectador, quien a posteriori hallará la manera de disfrutarla mediante la adquisición de un ejemplar del disco, o a través de su escucha en un servicio de música en *streaming*. Sin embargo, comportamientos patológicos aparte, nadie recurre a las películas o a las series como soportes para disfrutar de forma habitual de la música en ellas sincronizada.

⁵⁸ No está de más recordar que las propias AGEDI y AIE, en el Libro I de su tarifario general de 2016 (p. 6), hacen equivaler los usos interactivos que sirven a poner los fonogramas a disposición del público de fonogramas con aquellos que permiten al usuario seleccionar fonogramas concretos. Si el contenido puesto a disposición no permite al usuario la localización y selección de fonogramas concretos, no da lugar a una puesta a disposición de los fonogramas.

9. Extensión en el tiempo de los efectos de la Sentencia

Las sentencias del TJUE en procedimientos de decisión prejudicial interpretan las normas de Derecho de la Unión en respuesta a cuestiones planteadas por los tribunales de los Estados miembros. Aunque lo habitual es que el tribunal remitente plantee la cuestión como una duda entre la compatibilidad de una norma de derecho nacional y una norma de Derecho de la Unión, cabe la posibilidad de plantearla en abstracto, solicitando una interpretación de las normas de la Unión sin contrastarlas con ninguna norma nacional.

Esto tenderá a ocurrir cuando la norma nacional sea idéntica o cuasi idéntica a la norma comunitaria: la duda se refiere entonces a los efectos de la propia norma comunitaria, y por añadidura de la norma nacional, no a la compatibilidad entre ambas. Así sucedía en el caso que nos ocupa, en donde el Tribunal Supremo solicitó al TJUE que interpretase el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, pero no porque dudase de la compatibilidad con él de nuestros artículos 108.4 y 116.2 TRLPI.

Una resolución emanada del TJUE en este tipo de procedimientos no es constitutiva de un estado de cosas, derecho o relación jurídica, porque su misión no es resolver sobre el fondo de la controversia de origen, sino proporcionar al juez remitente un criterio a propósito del alcance de una disposición de Derecho de la Unión sobre la que dicho juez ha manifestado dudas de interpretación. La respuesta a la pregunta planteada surge en el marco de un litigio concreto, pero surte el efecto de interpretar el Derecho comunitario con efectos en toda la Unión y para todas las instituciones de los Estados miembros y de la propia Unión y no solo para las partes del procedimiento principal (eficacia *erga omnes*)⁵⁹.

Son también, por definición, sentencias interpretativas de preceptos preexistentes, y en esa medida sus efectos operan *ex tunc*. Es decir, aunque su interpretación sea vinculante para los jueces nacionales a partir del momento en que son promulgadas –empezando por el órgano remitente–, los efectos de esa interpretación se remontan al momento de adopción del acto interpretado o enjuiciado⁶⁰. De hecho, otro tribunal nacional, mejor conocedor del Derecho de la Unión, ha podido haber aplicado la disposición a la que se refería la cuestión prejudicial de manera coincidente con lo resuelto por el TJUE y sin necesidad de haberle preguntado. Por tanto, las sentencias del TJUE vinculan a todos, pero obligarán a variar el comportamiento solo de aquellos operadores que no lo vinieran ajustando a la interpretación establecida en ellas.

La doctrina relativa a la retroacción de efectos al momento de adopción de la disposición o acto de cuya interpretación se trata, recogida después en numerosas resoluciones posteriores del TJUE⁶¹, fue formulada por primera vez en la Sentencia de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Denkavit italiana Srl*, C-61/79, ECLI:EU:C:1980:100, cuyos apartados 16 a 18 merecen transcribirse:

⁵⁹ Vid. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 440 y 442.

⁶⁰ Vid. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, p. 440.

⁶¹ SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, p. 440, nota nº 83, recoge un copioso elenco de esas resoluciones. Entre ellas, cita la sentencia de 4 de mayo de 1999, *Sürül*, C-262/96, ECLI:EU:C:1999:228, y la sentencia de 3 de octubre de 2002, *Barreira Pérez*, C-347/00, ECLI:EU:C:2002:560.

«(16) La interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177, da el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario, aclara y especifica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. De esto resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

(17) Únicamente con carácter excepcional podría el Tribunal de Justicia, como ha reconocido en su sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455), con arreglo a un principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario y teniendo en cuenta los graves problemas que su sentencia podría crear, por lo que respecta al pasado, en las relaciones jurídicas establecidas de buena fe, llegar a limitar la posibilidad de que cualquier interesado invoque la disposición así interpretada con el fin de cuestionar esas relaciones jurídicas.

(18) No obstante, tal limitación sólo puede admitirse en la misma sentencia que resuelva sobre la interpretación solicitada. La exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho comunitario implica que compete exclusivamente al Tribunal de Justicia decidir acerca de las limitaciones temporales que hay que poner a la interpretación dada por él» [subrayado añadido].

Es pues facultad del TJUE establecer limitaciones temporales a los efectos de sus sentencias prejudiciales, aunque en la práctica el TJUE ha hecho un uso excepcional de esa facultad⁶². En alguna sentencia ha precisado cuáles son las circunstancias bajo las cuales cabe considerar procedente introducir esa clase de limitaciones⁶³.

Por consiguiente, yendo al caso que nos ocupa, en ausencia de limitaciones temporales, que la Sentencia no ha establecido, todas las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la disposición de

⁶² Vid. SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, pp. 440-441, quien no obstante dice que el TJUE ha admitido excepcionalmente la posibilidad de limitar temporalmente los efectos de sus sentencias por tribunales nacionales, en particular en procedimientos contencioso-administrativos, cuando esos tribunales dispusieran de tal facultad con arreglo al Derecho procesal nacional. También recuerda este autor que los Estados miembros están facultados para introducir requisitos para el ejercicio de los derechos que puedan surgir como consecuencia de una sentencia retroactiva del TJUE, por ejemplo cuando la sentencia confirma el carácter ilegal de un impuesto nacional.

⁶³ Así, cabe citar la Sentencia de 27 de abril de 2006, Sarah Margaret Richards y Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256, en la que, tras establecer que “sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición que haya interpretado con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe” (apartado 40), se añade: “el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, cuando, por una parte, existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión de las Comunidades Europeas” (apartado 42).

cuya interpretación se trata, en este caso el artículo 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115, deben ponerse en línea con lo resuelto por el TJUE.

Eso implica, por descontado, que desde la fecha de la Sentencia en adelante las entidades que gestionan los derechos de los productores de fonogramas (en España AGEDI) y de los artistas intérpretes o ejecutantes del medio musical (en España AIE), no podrán seguir percibiendo una tarifa que remunere la comunicación pública de fonogramas sincronizados en obras audiovisuales, lo que implica ajustar su tarifa previa a la Sentencia, en la que se partía de la premisa de que la comunicación pública de obras audiovisuales comportaba la comunicación al público de los fonogramas sincronizados en ellas. Como ya hemos analizado *supra*, en España ese ajuste todavía no se ha producido.

Pero, más allá de ese ajuste hacia el futuro, debe tenerse en cuenta la situación que se plantea respecto de aquellos usuarios que han estado satisfaciendo a AGEDI y AIE una tarifa por el uso de fonogramas en televisión que no excluía la parte de los fonogramas sincronizados en obras audiovisuales. Como la Sentencia ha puesto de manifiesto *ex post facto*, esos usuarios estuvieron pagando cantidades que no retribuían ningún uso del repertorio de AGEDI-AIE, que era supuestamente el concepto por el que se recaudaron, por cuanto tal uso no se producía cuando los operadores de televisión comunicaban al público obras audiovisuales con fonogramas sincronizados en ellas.

En consecuencia, más allá del ajuste a futuro de la tarifa de AGEDI y AIE, con efectos desde la publicación de la Sentencia, los usuarios que hubieran hecho pagos anteriores a esa fecha podrán solicitar a esas dos entidades la regularización de lo pagado de más, en la misma proporción del ajuste que corresponda hacer para lo venidero. Las acciones a interponer, en caso de que AGEDI y AIE no se aviniesen a regularizar voluntariamente la situación de esos usuarios, irían dirigidas a obtener la restitución de unas cantidades para las que el contrato habría dejado de procurar una cobertura causal suficiente.

Por último, un efecto mediato de la Sentencia y del consiguiente ajuste de la tarifa de AGEDI y AIE para televisiones, podría consistir en una tendencia al alza de los precios exigidos a los productores de obras audiovisuales por la sincronización de los fonogramas. Los productores fonográficos, sabedores de que no podrán obtener un retorno por la ulterior comunicación al público de esas obras audiovisuales vía reparto de la recaudación de AGEDI-AIE, tratarían de repercutir sobre la cabeza de los productores audiovisuales, en el momento de autorizar la sincronización, el valor de lo dejado de percibir de manos de los operadores de televisión⁶⁴. A su vez, de producirse ese alza de precios en el mercado de la sincronización, los productores audiovisuales procurarían repercutir ese mayor coste a los operadores de televisión en el contrato de venta de los derechos.

⁶⁴ Podría entenderse que el apartado (55) de la Sentencia contiene una llamada en ese sentido, cuando tras señalar la importancia de alcanzar un equilibrio entre el interés de los artistas y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por la difusión de los fonogramas y el interés de los terceros en poder emitir dichos fonogramas o comunicarlos al público en condiciones razonables, señala que ese objetivo debe alcanzarse “mediante la celebración, con motivo de la incorporación de los fonogramas o las reproducciones de dichos fonogramas en las obras audiovisuales de que se trate, de acuerdos contractuales adecuados entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de las obras, de modo que la remuneración de los derechos afines sobre los fonogramas como consecuencia de la incorporación se realice a través de esos acuerdos contractuales”.

Ahora bien, en el trance de elevar los precios de las licencias de sincronización para intentar paliar los efectos económicos de la Sentencia, los productores fonográficos deberán cuidarse de hacer partícipes a los artistas de los rendimientos procedentes de la sincronización. La observación viene a propósito no ya de lo dispuesto en el ya citado apartado (55) de la Sentencia, donde se contiene esa llamada a asegurar un correcto equilibrio de los intereses de ambos grupos de titulares, sino de que una elevación del precio de las licencias de sincronización que no vaya acompañada de una participación equitativa de los artistas en las plusvalías procedentes de esas licencias, podría potenciar el mercado de la fijación directa de la banda sonora de obras audiovisuales a través de interpretaciones o ejecuciones artísticas, reduciendo el tamaño del mercado de la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales.

10. Bibliografía

CASAS VALLÉS, Ramón, «Nueva Cuestión Prejudicial ante el TJUE. AGEDI/AIE c. ATRESMEDIA, Sincronización de fonogramas, comunicación pública de obras audiovisuales y remuneración equitativa y única de artistas y productores», Blog de ALADDA, 2019 (<http://aladda.es/nueva-cuestion-prejudicial-agedi-aie-c-atresmedia-sincronizacion-de-fonogramas-comunicacion-publica-de-obras-audiovisuales-y-remuneracion-equitativa-y-unica-de-artistas-y-productores/>).

CUERVA DE CAÑAS, Juan, «Reseña de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020 (C-147/19): ¡váyase con su música a otra parte (que no sea una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual que incorpore un fonograma sincronizado)!\», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 93 (mayo-agosto 2021), pp. 87-105.

FERNÁNDEZ RAÑÓN, Claudia, «Atresmedia se libra de una indemnización millonaria», Blog del Máster en Propiedad Intelectual UAM-CIPI (<https://blog.cipi.es/blog2-intelectual/item/182-atresmedia-se-libra-de-una-indemnizacion-millonaria>);

FICSOR, Mihály, «Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI», ed. OMPI, Ginebra (Suiza), 2003.

GONZÁLEZ GOZALO, «La obra audiovisual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (ed.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GONZÁLEZ SAN JUAN, José Luis, «La remuneración equitativa y única relativa a la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales [Comentario de la STJUE (Sala Quinta), de 18 de noviembre de 2020, Asunto C-147/19, Atresmedia]», *ADI*, nº 41 (2020-21), pp. 377 ss.

LÓPEZ RICHART, «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 18 de noviembre de 2020», en SÁNCHEZ ARISTI y MORALES IMBERNÓN (eds.), *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual* (coord. R.), 2ª ed., Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2022, pp. 1163 ss.

MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia, *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

OYARZABAL OYONARTE, Nora y ZABALLOS DEL RÍO, Marta, «Sentencia TJUE: sincronización de fonogramas en obras audiovisuales y derecho de remuneración por comunicación pública», Blog de Propiedad Intelectual y Tecnologías de Cuatrecasas (<https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/sentencia-tjue-sincronizacion-de-fonogramas-en-obras-audiovisuales-y-derecho-de-remuneracion-por-comunicacion-publica-1>).

RAMOS GIL DE LA HAZA Y MARTÍNEZ CRESPO, «Comienza la partida. Punto de situación sobre determinados aspectos jurídicos de los videojuegos», *pe. i., revista de propiedad intelectual* n° 62, 2019).

SARMIENTO, Daniel, *El Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2020.

SERRANO FERNÁNDEZ, «El Derecho de Comunicación pública de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas. Comentario a la sentencia TJUE de 18 de noviembre de 2020 (Sala Quinta), asunto C-147/19», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 55, 2021.

Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad

El alcance de la interpretación de las disposiciones mortis causa con cláusulas favorecedoras de los cuidados

Sumario

El estudio que se presenta tiene como punto de partida el «valor del cuidado», valor en alza en las sociedades democráticas. Se propugna la instrumentalización de los apoyos a las personas con discapacidad y vulnerables a través de diversos negocios jurídicos favorecedores de los cuidados y que, además, sirven como acicate y reconocimiento a los cuidadores; sin perjuicio del análisis de otras figuras, singularmente, mortis causa, que garantizan la asistencia económica a las personas con discapacidad. A lo largo del trabajo no se descuida el alcance de la interpretación de las cláusulas testamentarias, de indudable conflictividad, que garantizan el cuidado de las personas con discapacidad y vulnerables y la inestimable función del notario, verdadero apoyo institucional e intérprete de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad y vulnerables.

Abstract

The study presented here is based on the «value of care», a rising value in democratic societies. It advocates the instrumentalization of support for people with disabilities and vulnerable people through various legal transactions that favor care and also serve as an incentive and recognition to caregivers, without prejudice to the analysis of other figures, particularly mortis causa, which guarantee financial assistance to people with disabilities. Throughout the work, the scope of the interpretation of testamentary clauses, of undoubted conflict, which guarantee the care of disabled and vulnerable people and the invaluable role of the notary, true institutional support and interpreter of the will, wishes and preferences of disabled and vulnerable people, is not neglected.

Title: Testamentary clauses aimed at guaranteeing the care of vulnerable persons or persons with disabilities. The scope of the interpretation of mortis causa dispositions with care clauses

Palabras clave: sucesión testamentaria, el valor del cuidado, personas con discapacidad, personas vulnerables, interpretación del testamento, el notario como apoyo institucional.

Keywords: testamentary succession, the value of care, people with disabilities, vulnerable people, interpretation of the will, the notary true institutional support.

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.05

3.2023

Recepción
27/2/2023

-

Aceptación
10/4/2023

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Acerca de la ética del cuidado, con especial consideración al dispensado a las personas con discapacidad y vulnerables**
- 3. La instrumentalización de los apoyos a través de negocios jurídicos favorecedores de los cuidados**
 - 3.1. Generalidades
 - 3.2. La pertinente recompensa a la labor del cuidador por medio de diversas figuras jurídicas
 - 3.3. Especial consideración al testamento a favor de *quien me cuide* —los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia—
 - 3.4. El alcance de la interpretación testamentaria para averiguar el cumplimiento o incumplimiento de la condición o del modo o carga de cuidar y para dilucidar si se trata de una institución modal o de un legado
- 4. Pactos sucesorios con carga o condición de cuidado y atención a alguno de los otorgantes o a terceros**
- 5. Otras disposiciones mortis causa que garantizan la asistencia económica a personas con discapacidad**
 - 5.1. La sustitución fideicomisaria de residuo a favor de hijos con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta de los demás legitimarios y el valor preponderante de la voluntad del testador (ex arts. 782, 808 y 813 CC)
 - 5.2. El derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad (ex art. 822 CC)
 - a. La constitución voluntaria del derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad por medio de donación o de legado
 - b. El derecho de habitación atribuido por ministerio de la ley a favor del legitimario con discapacidad
 - 5.3. La protección patrimonial indirecta a las personas con discapacidad por medio de la fiducia *mortis causa* prevista en el artículo 831 del Código civil
 - 5.4. La dispensa de colación de los gastos para cubrir las necesidades especiales de hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (ex art. 1041.2.º CC)
- 6. La función del notario como apoyo institucional e intérprete de la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad o vulnerables**
- 7. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La configuración actual de la sociedad, con la constatación de un estrechamiento del círculo familiar y el envejecimiento progresivo de la población, como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, propicia una particular y creciente forma de ordenación de la sucesión testamentaria, favorecedora de los cuidados y asistencia a las personas vulnerables, en general, y a las personas con discapacidad, en particular, y a la par de reconocimiento efectivo a las personas cuidadoras. Consecuentemente, se aprecia la pertinencia de una legislación adecuada en su interés y articulada con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y de respeto a su dignidad y libre desarrollo de la personalidad, que garantiza la Constitución española (art. 10.1). Así pues, por lo que atañe a las personas con discapacidad, el propósito, aunque no se haya conseguido absolutamente, al menos, sí se ha avanzado notablemente por medio de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de *Reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (en adelante, LRAPD); ahora, procede no descuidar, en general, a las demás personas vulnerables, que no son objetivo inmediato de la citada Ley.

El estudio que se presenta tiene como punto de partida el «valor del cuidado», valor «en alza en las sociedades democráticas» —como proclama el apartado III del Preámbulo de la citada LRAPD—, «cuidado» que bien puede entenderse referido no solo al prestado a las personas con discapacidad, a las que se dedica la Ley, sino, en general a cualesquiera personas y, singularmente, a las personas vulnerables. Paralelamente, no se descuidará el estudio de fórmulas jurídicas, en especial, de naturaleza sucesoria, que sirvan como gratificación, en suma, de reconocimiento a las personas cuidadoras, tantas veces descuidadas, y se reivindicará la instrumentalización de los apoyos a través de negocios jurídicos favorecedores de los cuidados y de reconocimiento a los cuidadores.

A lo largo del presente trabajo se analizarán diferentes disposiciones, significativamente *mortis causa*, ordenadas no solo para favorecer los cuidados y, por ende, la autonomía y dignidad de las personas con discapacidad en particular y en general de todas las personas vulnerables, sino también para que sirvan como acicate, reconocimiento y recompensa a las personas cuidadoras, valgan como ejemplo, las disposiciones testamentarias a favor del cuidador, que tienen su reflejo en los artículos 203 y 204 de la Ley 2/2006, 14 junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), o, en su caso, los pactos sucesorios con carga o condición de cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros. Sin perjuicio del estudio de otras disposiciones *mortis causa*, que, sobre todo, garantizan la asistencia económica a las personas con discapacidad —cuyas principales manifestaciones en la Ley sustantiva civil son: la sustitución fideicomisaria a favor de hijos con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta de los demás legitimarios (ex arts. 782, 808 y 813 CC); el derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad (ex art. 822 CC); la protección patrimonial indirecta a las personas con discapacidad por medio de la fiducia *mortis causa*, prevista en el artículo 831 CC, o la dispensa de colación de los gastos para cubrir las necesidades especiales de hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (ex art. 1041.2.º CC).

Pues bien, las particulares formas de ordenación de la sucesión testamentaria que serán objeto de análisis llevan aparejada indefectiblemente el pertinente estudio, sobre todo, jurisprudencial,

* El presente trabajo, desarrollado en el seno del grupo de investigación de la Universidad de Santiago de Compostela *Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio*, se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación «La voluntad real del causante en las disposiciones *mortis causa*: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad» (VOLUNTAS, PID2020-115254RB-I00, convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 septiembre 2021 a 31 agosto 2024), del que es IP la profesora Carballo Fidalgo.

del alcance de la interpretación de las cláusulas testamentarias. Este aspecto del trabajo tendrá un especial protagonismo. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de averiguar —sobre todo, por su diferente régimen legal y los efectos asociados— si el testador al disponer cualquier atribución en favor del que le cuide o asista, lo hace en forma de condición, legado o carga modal —destaca en este ámbito la significativa STS 13/2003, Sala 1.^a de lo Civil, de 21 de enero, reiterada por la STS 118/2021, Sala 1.^a de lo Civil, de 3 de marzo—; también resultará decisiva la labor interpretativa para dilucidar si la configuración de una concreta disposición, que lleve aparejada la obligación o la carga de cuidado y asistencia, se hace como institución modal o como legado —STS, Civil, de 4 de junio de 1965; RDGRN de 19 de mayo de 2005; art. 428-1 CC Cat—; o, en fin, cuando se pretende mejorar a algún legitimario por los cuidados prestados y se otorga a su favor una donación, ya que, como ha reconocido el Tribunal Supremo: «[...], la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad [...]» —STS 536/2013, Civil (Pleno), de 29 de julio, doctrina que se trae a colación por la STS 468/2019, Sala 1.^a de lo Civil, de 17 de septiembre—. Es sabido que, en principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos o, en su caso, al albacea, máxime si en él además confluye la condición de contador-partidor y, por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de justicia, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de Instancia —por todas, RDGRN 6587/2014, de 30 de abril, RDGSJFP 15773/2020, de 19 de noviembre, RDGSJFP 20509/2022, de 15 de noviembre—.

Comentario aparte merece la sección que en el trabajo se destina a destacar la inestimable función del notario, que no solo será un verdadero «apoyo institucional» —papel que le atribuye la Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, del Consejo General del Notariado—, para las personas vulnerables y, en particular, para las personas con discapacidad, sino que, además, en la ordenación de la sucesión testamentaria de estas personas, será decisiva su involucración, que no es ni puede ser un mero espectador y sí el mejor artífice para indagar la verdadera voluntad del testador y plasmarla en el documento testamentario; no en vano, el Tribunal Supremo consideró al notario como testigo «de mayor excepción», al indagar la voluntad testamentaria —STS, Sala 1.^a de lo Civil, de 3 de julio de 1957— y consideró que no podía desconocerse la función del notario «en relación con la expresión de la voluntad testamentaria» —STS 13/2003, Sala 1.^a de lo Civil, de 21 de enero—. La mejor doctrina incluso se refiere a la «jurisprudencia notarial», al «valor normativo de las interpretaciones y las prácticas notariales» y a la facilidad notarial para «penetrar en cuál es la intención subconsciente de los otorgantes» —así, CASTÁN TOBEÑAS (*Función notarial y elaboración notarial del Derecho*) y VALLET DE GOYTISOLO («La determinación notarial del Derecho»)—. En suma, si en la interpretación de la voluntad del testador, *ex post*, tras su fallecimiento, tienen papel preponderante los propios herederos, el albacea o los tribunales de justicia, se puede decir que en la interpretación de la voluntad testamentaria, *ex ante*, antes de su fallecimiento, el protagonismo lo ostenta el notario, que es al que le corresponde favorecer la configuración de la *voluntas testatoris*, mediante la indagación de lo realmente querido por el testador.

Finalmente, cumple prevenir que se realizarán algunas incursiones en el Derecho civil autonómico, de forma significativa, en el Derecho civil de Galicia, no tanto por razón del lugar de desarrollo de mi actividad académica, por proximidad, sino por tener la firme convicción de que el legislador gallego ha sido especialmente sensible al regular diversas instituciones favorecedoras de los cuidados, incluso de los cuidados «afectivos» (art. 148 LDCG) y de reconocimiento a los cuidadores. En particular, destaca la regulación que se hace de las disposiciones testamentarias a favor de quien cuide al testador (arts. 203 y 204 LDCG), normas que no conocen precedente en el Derecho estatal español, sin perjuicio de la regulación de los pactos de mejora, con imposición de cargas al favorecido, como por ejemplo la de cuidar e, incluso, con referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas, en particular, al

casamiento para casa y a la mejora de labrar y poseer, que ponen especial acento en la las posibles cargas o gravámenes que llevan ínsitos los cuidados y asistencia a los causantes, cuestiones todas estas que se desarrollarán en este trabajo.

2. Acerca de la ética del cuidado, con especial consideración al dispensado a las personas con discapacidad y vulnerables

La LRAPD reconoce en su Preámbulo el «valor del cuidado» y lo considera como un valor «en alza en las sociedades democráticas» y, además, se dice que «Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta» (apartado III).

En tal sentido, se refiere expresamente al cuidado de la persona, al regular la medida de apoyo voluntaria de la autotutela, el artículo 271 CC, cuando dispone que la persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, pueda proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador; puede igualmente, conforme al párrafo segundo, establecer diversas disposiciones: «en especial, sobre el cuidado de su persona», sin perjuicio de proponer a la persona que haya de llevar cabo tales disposiciones¹.

Procede, antes de adentrarme en el estudio de otras cuestiones del trabajo, realizar siquiera un somero recorrido por la doctrina más relevante con relación al *valor del cuidado*. De la «ética del cuidado» se ha empezado a hablar desde el libro de la filósofa y psicóloga norteamericana Carol GILLIGAN, para la que «[...] al trazar el desarrollo de una ética del cuidado, exploro las bases psicológicas de las relaciones humanas no violentas. Esta ética relacional trasciende la antigua oposición entre el egoísmo y el altruismo». Y añade que, «en la ética del cuidado, la relación requiere una especie de coraje y resistencia emocional que durante mucho tiempo ha sido una fortaleza de las mujeres, insuficientemente notada y valorada»². Como observó en su día RODOTÀ, desde hace algún tiempo se viene discutiendo precisamente el paso de la sociedad del «bienestar» a la sociedad del «cuidado»³.

Por su parte, TRONTO defiende una visión particular del cuidado, de la democracia y de la relación entre ellos. Requiere que las prácticas de cuidado se lleven a cabo de manera democrática y que el cuidado se convierta en un valor central para las democracias y extiende las obligaciones del cuidado a la democracia en su conjunto en el sentido de entender el cuidado como un valor público derivado de la teoría de que todos somos, en algunas épocas de nuestra trayectoria vital,

¹ Al regular la *institución de la asistencia* y referirse a la designación notarial por la propia persona, el Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia —Ley 25/2010, de 29 de julio—, apela explícitamente al «cuidado», al disponer en su artículo 226-3.1 que «Cualquier persona mayor de edad, en escritura pública, en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo, puede nombrar a una o más personas para que ejerzan la asistencia y puede establecer disposiciones con respecto al funcionamiento y al contenido del régimen de apoyo adecuado, *incluso con respecto al cuidado de su persona*. También puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar sus derechos, el respeto a su voluntad y preferencias y para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida» —la cursiva es añadida—.

² GILLIGAN, *Letter to Readers*, 1993— *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development* [1st. Ed., 33rd. Printing, 1994]. Cambridge: Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. xix.

³ RODOTÀ, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid, 2010. Véase, en especial, el capítulo 8, titulado «El cuidado», pp. 253-278.

«receptores de cuidados» (*care receivers*) y, en consecuencia, a todos nos corresponde recíprocamente asumir la condición de «dadores de cuidado» (*care givers*)⁴.

En España, destaco la obra de CAMPS, que, después de afirmar que «La responsabilidad de los cuidados no exime a nadie», se refiere a la «actitud de cuidar como un conjunto de atributos (o de virtudes) que dan significado al concepto: disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía, afecto»⁵. Asimismo, al respecto del «principio de cuidado», PAU PEDRÓN estima que «supone el trato a cada ciudadano conforme a sus necesidades en cada momento concreto de su vida» e incluso llega a afirmar que «Las normas jurídicas deben recoger el deber de cuidado. El cuidado es también un deber jurídico», para el jurista, la prestación del cuidado «no supone un menoscabo de la autonomía, porque el cuidado no supone autoritarismo [...], sino por el contrario un reforzamiento de la autonomía, ya que el cuidado no debe ejercerse “con la mejor intención” del cuidador, sino conforme a la voluntad de la persona cuidada, de manera que el cuidado no supone *heteronomía*, sino un reforzamiento de la *autonomía*»⁶. Particular interés presenta el estudio de VARELA CASTRO, que atinadamente sostiene que el cuidado brinda la oportunidad de ordenar la experiencia familiar teniendo en cuenta no solo la proximidad por parentesco sino también la proximidad relacional y propone «profundizar, así, en un Derecho de las familias»⁷.

En sucesivos apartados del presente estudio el valor del cuidado aparecerá asociado a diversas figuras, especialmente de naturaleza sucesoria, propiciadoras de la prestación de cuidados, de donde se inferirá la conexión de la ética del cuidado con el Derecho de sucesiones⁸. La doctrina no ha permanecido al margen de esta cuestión, ya vaticinaba GARCÍA RUBIO que «las interferencias entre las relaciones de cuidado y el Derecho de sucesiones constituye un campo de estudio de interés creciente»⁹.

3. La instrumentalización de los apoyos a través de negocios jurídicos favorecedores de los cuidados

3.1. Generalidades

⁴ TRONTO, *Caring Democracy. Markets, Equality, and Justice*, New York University Press, New York, 2013, p. 169.

⁵ CAMPS, *Tiempo de cuidados. Otra forma de estar el mundo*, Arpa, Barcelona, 2021, pp. 97-99.

⁶ PAU PEDRÓN, «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, 2020, pp. 3-5.

⁷ VARELA CASTRO, «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», en TOMÁS y VIDU (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1029.

⁸ Del «valor del cuidado» me he ocupado al estudiar «La necesaria incorporación del valor del cuidado al Derecho de la persona y de la familia —con particular atención a los negocios jurídicos propiciadores de cuidados—», en SOLÉ RESINA, (coord.), *Persona, Familia y Género. Liber Amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 221-234.

⁹ GARCÍA RUBIO, «Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: Algunos apuntes», en DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO (dirs.) y HERRERO OVIEDO (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, p. 481. También, se han ocupado de la relevancia del factor «cuidado» en el ámbito del Derecho de sucesiones, por ejemplo, DÍAZ MARTÍNEZ, «Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros», en LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRELL/TORRES LANA (dirs.) y MONJE BALMASEDA (coord.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 285-321, y NIETO ALONSO, «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas», en DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO, (dirs.) y HERRERO OVIEDO (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1043-1066.

Tras la piedra angular de la Convención de Nueva York de 2006, el artículo 12, en particular, cuando proclama que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» (art. 12.2)¹⁰, se supera el principio de la protección del mejor interés o superior interés de la persona con discapacidad, por el nuevo principio del «respeto por la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad» (como se infiere de su art. 12.4). La adaptación de la legislación española a la Convención de Nueva York, se efectúa por medio de la LRAPD, que ya en su Preámbulo (apartado I) proclama que «La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida [...]»¹¹. A mi juicio, resulta plausible la adaptación que ha realizado el legislador estatal a la Convención de Nueva York, por lo que atañe a las personas con discapacidad; pero considero que, todavía, tanto el legislador estatal como el de los Derechos civiles autonómicos tienen una tarea pendiente, que es la de ocuparse del colectivo de personas, sin discapacidad, pero sí vulnerables, por ejemplo, por razón de edad¹².

La nueva fórmula de los «apoyos» a las personas con discapacidad produce la interdicción de la sustitución en la toma de decisiones por ellas. Como se dice en la paradigmática STS 282/2009, Sala 1.ª de lo Civil, de 29 de abril¹³: «La Convención propugna el cambio del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones"» (FD Tercero). Destaco, a mayor abundamiento, la Observación general N.º 1 (2014) de las Naciones Unidas¹⁴, al interpretar el párrafo 3 del artículo 12 de la Convención¹⁵, cuando, después de declarar que «El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas», puntualiza que «En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades» y aclara, como ejemplo, que las personas con discapacidad pueden escoger

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad —hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España en Instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008)— (en adelante, CNUDPD).

¹¹ En coherencia con la Convención de Nueva York y dado que la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio (LRAPD) generaría un vacío legal en Cataluña, en el Derecho civil de Cataluña, el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad y otorga una especial atención a la regulación de la institución de la asistencia (arts. 226-1 a 226-8, del Libro Segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia —Ley 25/2010, de 29 de julio—). Ahora bien, como establece la Disposición final cuarta de este Decreto-ley 19/2021, «En el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de este Decreto ley, el Gobierno tiene que presentar un proyecto de ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad». Decreto-ley que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña (Disposición final quinta) —publicación en el DOGC, núm. 8493, de 2 de septiembre de 2021—.

¹² Aunque el legislador catalán, se exprese bien en el Preámbulo del Libro Segundo, relativo a la persona y la familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), que acierta al no descuidar a los colectivos vulnerables y disponer, entre los principios de la Ley (apartado II) que «Respecto a los intereses de los colectivos especialmente vulnerables, el ordenamiento civil debe hacer posible, no obstante las especiales necesidades de protección por razón de edad o de disminución psíquica o física, que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social».

¹³ ECLI:ES:TS:2009:2362.

¹⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (11.º período de sesiones). CRPD/C/GC/1.

¹⁵ Apartado 3 del artículo 12 de la Convención, a cuyo tenor «Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

a una o más personas de apoyo «o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares» (apartado 17).

Pues bien, en coherencia con este concepto flexible de los «apoyos», es posible su instrumentalización a través de negocios jurídicos propiciadores de los cuidados. En este sentido, convengo con GARCÍA RUBIO cuando reconoce que además de las medidas de apoyo tipificadas en la LRPD, «existen en el conjunto del sistema otros posibles instrumentos que podrían ser utilizados como vehículos de cuidado y apoyo a las personas con discapacidad» y destaca entre ellas el contrato de alimentos, recogido en los artículos 1791 a 1797 CC, redactados por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre¹⁶. Como recuerda la autora, estamos ante un tipo contractual en el que el alimentante debe al alimentista «asistencia de todo tipo», expresión en la que cabe incluir no solo la labor de cuidado personal, sino también toda la asistencia necesaria para ayudar a la persona en todas las facetas, incluido el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁷. En el Código civil de Cataluña, al regular el contrato de alimentos, el artículo 624-8 del Libro Sexto, relativo a las obligaciones y los contratos (Ley 3/2017, de 15 de febrero), la obligación incluye expresamente «todo tipo de asistencia y cuidado».

Especial mención merece, a mi juicio, la posible celebración de un contrato de vitalicio (arts. 147-156 LDCG), por la persona que recibe el apoyo o los cuidados como alimentista-cedente y el apoyo o el cuidador, como alimentante-cesionario. He optado por referirme al contrato de vitalicio, ya muy desarrollado jurisprudencialmente, por el especial interés que presenta su regulación por la Ley de Derecho civil de Galicia, en particular, en atención al protagonismo que les concede a los cuidados «incluso los afectivos» (art. 148.1)¹⁸. Como observa PEÓN RAMA, se positiviza esta modalidad contractual forjada en la práctica, que se concebía, sobre todo, como asistencia integral de la persona: «con la peculiaridad de la incorporación como elemento objetivo del contrato de los cuidados *afectivos*», tan necesarios, tanto más cuando se trata de personas mayores dependientes. Destaca el notario este aspecto: «al tratarse de la introducción

¹⁶ Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

¹⁷ GARCÍA RUBIO, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Cuaderno Jurídico SEPIN. Familia y Sucesiones*, núm. 136, 2021, p. 54.

¹⁸ Obsérvese cómo el alcance del valor del afecto ya se aprecia en la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 2 de enero 1928 (ECLI:ES:TS:1928:1496), en la disposición testamentaria se impone a la heredera universal la obligación de cuidar y asistir al testador «con verdadero afecto». El fallo contiene una importante doctrina en relación a las disposiciones testamentarias sometidas a condición o bien *sub modo*, ordenadas a favor de cuidadores; en el caso de autos, no se entendió invalidada la eficacia de la institución, por aplicación del artículo 798 CC, porque la instituida estaba a la sazón del fallecimiento del causante ausente en América, entendiéndose que el no cumplimiento de la carga impuesta no se debió a culpa o hecho propio de la heredera. Destaca la relevancia del valor del afecto, aunque como *obiter dictum*, la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858), al recalcar que no es indiferente el aspecto afectivo (como parecía sugerir la sentencia recurrida), sino que «Por el contrario, la atención afectiva puede conformar el contenido de la asistencia y cuidado queridos por el testador que tiene medios económicos propios para cubrir sus necesidades materiales y lo que desea es sentirse apoyado emocional y afectivamente» (FD Segundo). En parecido sentido, recientemente, al resolver un caso de contrato de alimentos, el Tribunal Supremo incluye en su contenido la atención a las necesidades «afectivas», al defender un concepto amplio del objetivo del contrato que alcance a «la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales)» (FD Quinto) —STS 115/2022, Sala 1.ª de lo Civil, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:608)—. Por lo que respecta a los pactos sucesorios, por ejemplo, de mejora, subordinados a la obligación de cuidado, en el que se valore el «afecto», destaco, en un pacto de mejora celebrado entre la madre y dos de sus hijos, el caso enjuiciado por la SAP Ourense 51/2015, Sección 1.ª, de 19 de febrero (ECLI:ES:SAPOU:2015:97), con el convincente argumento de que la finalidad del pacto era la de propiciar «ese marco de *convivencia, afecto y seguridad* [a la madre, destinataria de los cuidados], que constituyó la causa de contrato y que fue el fin perseguido, *del que todas las personas se encuentran íntimamente necesitadas, sobre todo, a edades avanzadas*, con las naturales limitaciones físicas que progresivamente van disminuyendo la propia capacidad de autogestión doméstica» —la cursiva es añadida—.

como objeto de la prestación una *res extra commercium*, que no se considera únicamente como un elemento causal sino como auténtica parte integrante de la prestación contractual, y que incluso puede ser el objeto realmente perseguido por el alimentista»¹⁹.

Ya centrando el punto de atención en la posibilidad de concertar un contrato de vitalicio (o, en su caso, de alimentos), se pueden plantear dos cuestiones, a saber: si resulta necesario contar con autorización judicial para celebrarlo y si se trataría de un caso de autocontratación. En relación con la primera cuestión, el artículo 287 CC regula los supuestos en los que el curador en funciones representativas necesita autorización judicial, precepto al que se remite el artículo 264.2.º CC, que se refiere a los casos en los que el guardador de hecho deberá recabar autorización judicial para prestar consentimiento. Pues bien, el artículo 287 CC, al señalar los actos en los que se necesita autorización judicial «en todo caso», entre otros, según su apartado 9.º, se exige: para celebrar contratos de «renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria». A mi juicio, no puede considerarse al vitalicio como contrato análogo a la renta vitalicia. Recuérdese con la conocida sentencia sobre el vitalicio, la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 28 de mayo de 1965²⁰, que el vitalicio es un contrato autónomo y que «no es una modalidad de la renta vitalicia». Además, la función asistencial es la esencia del contrato de vitalicio y no de la renta vitalicia. Por lo que atañe a la segunda cuestión, si la prohibición de autocontratar alcanzaría al contrato de vitalicio celebrado entre la persona que presta el apoyo que adquiriría los bienes como cesionario/alimentante de la persona con discapacidad, como cedente/alimentista, estimo que, aunque el artículo 1459.1.º CC impide adquirir por compra a los que desempeñen «funciones de apoyo», «los bienes de la persona o personas a quienes representen», el precepto se refiere a un apoyo en funciones representativas, luego, si el curador o el guardador de hecho simplemente actúan como apoyos no representativos no les alcanza la prohibición. Considero que raramente se produciría en el contrato de vitalicio un conflicto de intereses, ya que el autocontrato sería válido si de su celebración no se sigue lesión o perjuicio del interés del representado, como dijo DÍEZ-PICAZO²¹. En estos casos, es obvio que no se sigue lesión o perjuicio: el interés del perceptor de los alimentos en recibir los cuidados, incluso afectivos, no entra en conflicto con el interés del guardador o del curador en recibir bienes a cambio de tales cuidados. Convengo con MARIÑO PARDO cuando, al analizar el artículo 1459 CC, señala que «por su carácter prohibitivo, debe ser objeto de interpretación restrictiva»²². En este sentido, la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 13 de febrero de 1967²³, rechaza la aplicación del artículo 1459 CC a un contrato de vitalicio (calificado en la sentencia como renta vitalicia), recordando la necesaria interpretación restrictiva de las normas prohibitivas: «odiosa sunt restringenda».

Es más, estimo que debería fomentarse la posibilidad de celebrar este tipo de contratos, como el vitalicio, por medio del cual se facilitan a la persona con discapacidad o vulnerable, por ejemplo, cuidados, incluidos los afectivos. A mi juicio, la celebración de un contrato de vitalicio, incluso con el guardador de hecho o con el curador, contribuiría a la deseable «desinstitucionalización»

¹⁹ PEÓN RAMA, «Comentario a los artículos 147 y 148 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 624 y 625.

²⁰ ECLI:ES:TS:1965:847.

²¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. Primero. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, segunda edición [1983] —segunda reimpresión: 1988—, Tecnos, Madrid, 1988, p. 140.

²² MARIÑO PARDO, «La capacidad en el contrato de compraventa de inmuebles. Prohibiciones: el artículo 1459 del Código Civil», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2020/06/la-capacidad-en-el-contrato-de.html>, 18 de junio de 2020 [última consulta: 20.02.2023].

²³ ECLI:ES:TS:1967:1654.

a la que se refiere la Observación general N.º 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/GC/1), al relacionar el artículo 12 CNUDPD (*Igual reconocimiento como persona ante la ley*) con otras disposiciones de la Convención (apartado IV), en concreto, con el artículo 19 (*Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*), cuando declara que «La segregación de las personas con discapacidad en instituciones sigue siendo un problema generalizado e insidioso que viola varios de los derechos garantizados en la Convención [...]. La elección que haga la persona de dónde y con quién vivir no debe afectar a su derecho a acceder al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica» (apartado 46).

La repercusión de contratos como el de alimentos y el de vitalicio en el proceso sucesorio del cedente, y, especialmente, en el cálculo de las legítimas, como consecuencia de su carácter aleatorio y oneroso, dota a estos contratos de una nueva virtualidad. Como observa atinadamente PEÓN RAMA, «No se trata de introducir una vía para defraudar legítimas, sino de dar relevancia legal a la onerosidad que conlleva el cuidado de otras personas, aun cuando estas sean los propios padres [...], con las consecuencias que evidentemente derivan de dicha calificación, por cuanto al ser oneroso no solo no hay límite a la disponibilidad por el causante *inter vivos* (art. 634 CC) sino que tampoco queda sujeto a computación, colación e inoficiosidad»²⁴. Aunque, no faltan casos en los que lo que se ha pretendido, precisamente, fue utilizar un contrato de alimentos para eludir los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios, como ocurrió en el caso resuelto por la STS 115/2022, Sala 1.ª de lo Civil, de 15 de febrero²⁵, que, finalmente, declaró la nulidad de un contrato de alimentos, celebrado entre don Primitivo, viudo y jubilado, a los ochenta y cinco años, con su hijo Leonardo, con una importante cesión de bienes a cambio de alimentos. El Tribunal Supremo, después de considerar que «[...] dada la función típica asistencial del contrato, deba atenderse no solo a la situación de necesidad económica o la insuficiencia de recursos para subsistir, características de las obligaciones legales de alimentos, sino de una manera más amplia a la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales). Este posible contenido personal y asistencial del contrato de alimentos debe ser tenido en cuenta a la hora de ponderar en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, la existencia de una razonable proporción entre las prestaciones asistenciales asumidas por el alimentante y el valor de los bienes cedidos por el alimentista», entendió que en el caso de autos «no existió un contrato de alimentos sino que la verdadera intención de los otorgantes del contrato litigioso fue que el demandado, con quien sin duda el padre tenía una especial relación personal y de afecto, recibiera sus bienes sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios» (FD Quinto)²⁶.

3.2. La pertinente recompensa a la labor del cuidador por medio de diversas figuras jurídicas

El cuidador, que podría ser una de las figuras de apoyo que el Código civil, tras la reforma operada por la LRAPD, prevé, como el curador o el guardador de hecho, por ejemplo, actúa, generalmente, de forma solícita y por afecto, empatía y cariño hacia la persona cuidada, movido, tal vez, por la preocupación por esa persona a la que cuida, generalmente un familiar o persona de su entorno

²⁴ PEÓN RAMA, «Comentario a los artículos 147 a 156 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 637 y 638.

²⁵ ECLI:ES:TS:2022:608.

²⁶ Se tomaron en consideración las siguientes circunstancias: la edad del cedente (que otorgó el contrato en la etapa final de su vida, superada la estadística de esperanza de vida), la ausencia de necesidades asistenciales (pues contaba con una pensión, vivía solo en su propia casa y no precisaba especiales cuidados), la importancia económica de los bienes cedidos y la escasa exigencia de las obligaciones asumidas por el cesionario.

próximo²⁷. Sin embargo, los cuidadores, a menudo realizan una labor ardua e ignorada que necesita ser reconocida y recompensada. Por consiguiente, si el cuidado es considerado como un valor ético, también es un deber ético reconocer una suerte de contrapartida al cuidador, una gratitud, que puede singularizarse por medio de diversos negocios jurídicos que, por una parte, suponen un reconocimiento moral y, por otra parte, compensan el tiempo dedicado a los cuidados y sustraído a otras actividades, como las laborales. A este respecto, destaco y comparto las atinadas observaciones de VARELA CASTRO, cuando esboza una serie de propuestas, a modo de hipótesis, de reconocimiento de la labor del cuidador, como, por ejemplo, la posibilidad para el cuidador de solicitar judicialmente una retribución, o considerarlo como posible acreedor de un derecho de alimentos, o beneficiario de disposiciones legales en relación con ciertos contratos, como el de arrendamiento, o titular de un derecho real de habitación sobre la vivienda de la persona cuidada y con la que convive. Incluso contempla la posibilidad de que el cuidador sea reconocido como legitimario o llamado en la sucesión intestada y plantea la hipótesis de que el cuidador sea beneficiario de reducciones en el impuesto de sucesiones²⁸.

El Código civil prevé expresamente el derecho del curador a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita (art. 281.1.º CC); sin embargo, no la contempla en relación con el guardador de hecho, que, a la postre, sigue siendo la figura de apoyo más frecuente. Ahora bien, si el artículo 266 CC no establece la posibilidad de retribución al guardador de hecho —aunque reconozca su derecho al reembolso de gastos y a la indemnización de daños—, estimo que, dada la flexibilidad de la regulación de la figura y si se hace una interpretación de conjunto del nuevo modelo, habría de respetarse la voluntad de la persona con discapacidad si decidiese, por ejemplo, dada su posición económica, disponer una retribución en favor de la persona que le apoya como guardador. Todo sin perjuicio de que la persona con discapacidad establezca una recompensa, una suerte de premio, a favor de su guardador de hecho, y nada impide que pueda tratarse de una donación remuneratoria. Donación remuneratoria que considero de singular transcendencia cuando se trata de remunerar cuidados. En este sentido, obsérvese como ROCA SASTRE, al definir la donación remuneratoria, no la asocia a una retribución, al decir que se trata de «una donación con motivo causalizado, consistente en recompensar al donatario servicios prestados al donante, *sin que este se halle jurídicamente obligado a retribuirlos* y sin que los mismos sean remunerables por el uso» —la cursiva es añadida—²⁹. Ya la STS 50/2002, Sala 1.ª de lo Civil, de 1 de febrero³⁰, que resalto por la importancia que le otorga a los cuidados, declaró la eficacia de una donación remuneratoria y, entre sus razonamientos, destacó que «la donación respondió a la gratitud por los cuidados físicos, atenciones y cariño recibidos, valores que en la sociedad moderna tienen un alto grado de estima y consideración, y a través de la liberalidad se persiguió recompensar los servicios y beneficios recibidos y encargados (arts. 618, 619 y 1274 CC)» (FD Quinto). Ese carácter *diferente* de la donación remuneratoria (ex art. 619 CC), respecto de la que se puede denominar donación «pura» (ex art. 618 CC) ya lo observó el Rey Sabio en el Proemio del título IV, Partida Quinta, al

²⁷ Al referirse a la importancia del entorno familiar y social en el nuevo modelo de la discapacidad, tras la CNUDPD, GETE-ALONSO, reconoce la primacía de los apoyos no institucionales y considera que tienen especial relevancia, además de la función notarial: «los que proporcione el entorno familiar y social de la persona». GETE-ALONSO Y CALERA, «El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad», en GETE-ALONSO Y CALERA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Barcelona, 2020, p. 37.

²⁸ VARELA CASTRO, «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», en TOMÁS Y VIDU (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1029 y 1030.

²⁹ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 597.

³⁰ ECLI:ES:TS:2002:590.

decir que las donaciones «se fazen por gracias, o por bondad de aquel que las da, o por merescimiento de aquel que lo rescibe» —la cursiva es añadida—.

Aparte de la donación remuneratoria, otro tipo de donación es la que puede configurarse con la carga de cuidar, la donación modal, en ella, el incumplimiento de la carga conlleva la revocación de la donación (ex art. 647 CC)³¹; pero, sobre todo, destaco, por la pertinencia para el perfil de este trabajo, el problema interpretativo que conlleva con inusitada frecuencia la denominada «donación en concepto de mejora» (ex art. 825 CC)³². Normalmente, la atribución al legitimario hecha en calidad de mejora se ordena en testamento, por ejemplo, a título de legado (ex art. 828 CC); pero cabe caracterizar como mejora una liberalidad *inter vivos* (ex art. 825 CC); si bien, mientras que el artículo 825 exige para la condición de mejora de la donación *inter vivos* la declaración expresa de la voluntad del donante en tal sentido, el artículo 828 CC, prevé el mismo efecto para el legado, alternativamente: cuando el testador lo declare expresamente o cuando no quepa en la parte libre³³. Ahora bien, comparto las atinadas consideraciones de ROCA SASTRE, cuando observa que cuando los padres han otorgado una donación a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios, excluyéndola de la imputación a la legítima —o lo que es lo mismo, disponiendo que la misma no se colaciona cuando el donatario sea coheredero—, entonces, dicha donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre, porque aunque el artículo 825 CC no contenga las palabras del artículo 828 CC «o cuando no quepa en la parte libre», considera el autor que, «por analogía, ha de entenderse como si dicho art. 825 las contuviere, [...]». Evidentemente, al disponerse la no imputación o la no colación hay que pensar que la voluntad de los padres fue que el donatario recibiera la donación además o aparte de la legítima»; por eso, al referirse a la imputación de tal donación o, en su caso del legado (ex arts. 825 y 828 CC), concluye que «Cuando sea imputable a la legítima el legado o donación otorgada por los padres a alguno de sus hijos o descendientes, si el legado o donación excediere del valor de la cuota legitimaria del legatario o donatario, tal exceso del legado o donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre»³⁴. En esa línea se pronuncia ALBALADEJO, al defender el mantenimiento de la donación a costa, y por este orden, de los tercios de legítima, libre disposición y mejora: «Lo cual [...] supone admitir, si es preciso, el carácter de mejora de la donación»³⁵.

³¹ Resulta de interés la SAP Tarragona 208/2009, Sección 3.ª, de 10 de junio (ECLI:ES:APT:2009:588), en el caso enjuiciado, se dispuso una donación *mortis causa* de un inmueble formalizada en escritura pública, hecha por la tía a favor de su sobrina, con la carga de cuidado y atención personal a la donante, esta donación sustituyó al legado del mismo inmueble efectuado dos años antes y a un contrato privado de cesión; finalmente, se revoca la donación por incumplimiento de la carga, en síntesis, por ingreso de la donante en una residencia, posterior declaración de incapacidad y nombramiento como tutor al hijo de la donante, que, al ingresar en un hospital su madre, contrata a una cuidadora. También, procedió la revocación de una donación por incumplimiento de la carga de cuidados en el caso enjuiciado por la SAP Salamanca 147/2010, Sección 1.ª, de 15 de marzo (ECLI:ES:APSA:2010:177).

³² El estudio detallado de estas figuras se deja para otra ocasión, por razón de la extensión de este trabajo.

³³ El primer fallo en el que el Tribunal Supremo, en interpretación de los artículos 825 y 828 CC, huye de forma contundente del rango sacramental que las citadas normas conceden a las expresiones «mejora» y «mejorar», y con relación a disposiciones *mortis causa*, y la posibilidad de imputar al segundo tercio, de mejora, lo dejado en testamento, fue la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 18 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:51). El Tribunal Supremo aprovecha este fallo para fijar una doctrina en torno a la comprensión de la denominada «mejora tácita». No en vano, a lo largo de la sentencia, además de traer a colación lo dispuesto por los artículos 825 y 828 CC, se hace alusión, en diversas ocasiones, a la «mejora indirecta expresa» o bien «mejora tácita», al entender que, a la postre, lo querido por la testadora fue circunscribir los derechos hereditarios/legitimarios de su hijo a la legítima estricta, al tiempo que disponía a favor de sus nietos del segundo tercio de mejora.

³⁴ ROCA SASTRE, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de KIPP, *Derecho de Sucesiones*, en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976, § 14, pp. 174 y 175.

³⁵ Como aclara el autor, hecha una donación, a la muerte del donante debe mantenerse, en vez de reducirse, si cabe en la legítima estricta que corresponde al donatario + la parte libre del causante + el tercio destinado a mejora, por ese orden. De modo que, «aunque no se hubiese especificado ser mejora la donación o esto no se deduzca de

En efecto, una disposición *inter vivos*, con importantes connotaciones *mortis causa*, en particular en el momento de la imputación al segundo tercio, es la donación en concepto de mejora (ex art. 825 CC), que puede articularse como vía idónea para reconocer la asistencia y los cuidados prestados por el donatario. Sin duda, el fallo del Tribunal Supremo que va a sentar doctrina definitivamente al respecto de la interpretación de unas donaciones para considerarlas hechas en concepto de mejora, es la STS 536/2013, Civil (Pleno), de 29 de julio³⁶. Esta STS 536/2013, regresa, de nuevo, a la cuestión clásica de si una donación puede ser imputable al tercio de mejora por exceder su valor de los de la legítima o libre disposición. Pues bien, el centro de gravedad de este fallo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo radica en la interpretación de la *voluntas testatoris*, de hecho, el Tribunal Supremo considera que «fuera de este rango sacramental»: «[...], la calificación de mejora de la donación efectuada encierra un fenómeno interpretativo de la declaración de voluntad [...]»³⁷.

Pues bien, ya que en este apartado se estudian diversas figuras jurídicas favorecedoras de los cuidados, singularmente, donaciones, por ejemplo, remuneratorias o con carga o modo de cuidar, no puede ser baladí recordar que el nuevo artículo 251.1.º CC prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo: «Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor», sin perjuicio de que la propia persona con discapacidad excluya expresamente la prohibición del apartado primero de este artículo 251 CC, ya que, aunque esta previsión de exclusión de la prohibición se prevea en el último párrafo del citado artículo únicamente para las medidas de apoyo voluntarias, considero que tratándose de una disposición favorecedora del reconocimiento de la labor del cuidador, en sentido amplio, debería ser una norma extrapolable a las diferentes figuras de apoyo, a las que también les alcanzaría la exclusión de la prohibición. En mi opinión, debería prevalecer siempre la decisión de la persona que recibe el apoyo, si desea gratificar de alguna manera a la persona que se lo presta, respetando su voluntad, salvo que sea susceptible de captación de voluntad; pero, ya que en numerosos supuestos, como, por ejemplo, si se trata de la donación de un inmueble (ex art. 633 CC), que requiere para su validez el otorgamiento de escritura pública, la presencia notarial será la salvaguardia necesaria para evitar abusos o influencias indebidas. No puede obviarse que el artículo 251 CC es una norma limitativa de derechos que, por lo tanto, ha de interpretarse de forma restrictiva (*odiosa sunt restringenda*)³⁸.

la declaración del donante, será mejora la tal donación por la parte que tenga que ser imputada al tercio de mejora». ALBALADEJO, *La Mejora*, Servicio de estudios del Colegio de Registradores. Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*, Madrid, 2003, pp. 160-194, en especial, pp. 160, 190 y 191.

³⁶ ECLI:ES:TS:2013:4809. En el caso enjuiciado se plantea como cuestión de fondo, de índole sustantiva y doctrinal, la declaración de voluntad de mejorar mediante el cauce de la donación *inter vivos* y, precisamente, las testificales practicadas fueron coincidentes en que la causante «quería *compensar a su hijo tanto por los años de dedicación al cuidado de su patrimonio y persona*, como por el hecho de que a su hermano (padre del actor) se le había facilitado el estudio de una carrera universitaria» —la cursiva es añadida—.

³⁷ Esta doctrina elaborada por la STS del Pleno 536/2013, de 29 de julio, es reproducida por la STS 468/2019, Civil, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2019:2854), aunque, en este último caso, se descartó la solución dada al caso enjuiciado por la STS 536/2013, al estimar que no se trataba de un supuesto de mejora tácita y que el litigio no guardaba identidad de razón con el resuelto por la STS 536/2013. Así, no se consideró la donación efectuada por el testador a favor de un hijo, sin dispensa de colación, como tácita o presunta, que se impute al tercio de libre disposición y en lo que no quepa en el mismo, en el de mejora, para corresponder a los otros hermanos exclusivamente la legítima estricta, por no constar exteriorizada la voluntad del testador de mejorar al recurrente conforme al artículo 825 CC, ni el testamento contiene dispensa de colación.

³⁸ En este sentido, VAQUER ALOY propugna la interpretación restrictiva del artículo 251 CC, además de afirmar que las prohibiciones dispuestas por la norma no son aplicables en Cataluña por impedirlo el carácter completo del Código civil catalán. VAQUER ALOY, «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad» (Capítulo 18), en LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRRELL/EGUSQUIZA BALMADEDA/LÓPEZ SIMÓ (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021*,

Además, tratándose no de personas con discapacidad *stricto sensu*, sino, en general, de personas vulnerables, no podremos entender aplicable el artículo 251 CC, que únicamente se refiere a los supuestos en los que la persona con discapacidad precisa apoyos³⁹.

3.3. Especial consideración al testamento a favor de *quien me cuide* —los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia—

La persona con discapacidad podría, sino retribuir directamente al cuidador que le apoya, sí ordenar disposiciones *mortis causa* a su favor, precisamente, por haberle prestado cuidados. En efecto, el testador puede incluir estas disposiciones en el testamento, bien condicionando la efectividad de la institución de heredero al cuidado de su persona o bien imponiendo ese cuidado como una carga que el propio heredero debe cumplir. Y es que, aunque el Código civil no dice nada del instrumento sucesorio en el que pueden contenerse este tipo de cláusulas, es posible articularlas a través del testamento en el que se incorporen como condición (ex arts. 790 ss. del CC), o como modo (ex artículo 797 CC)⁴⁰.

No cabe duda de que serán dos aspectos los más relevantes para, a la postre, averiguar quién o quiénes son los destinatarios finales de la disposición testamentaria, por considerar que se ha cumplido la condición o el modo consistente en cuidar. Por consiguiente, como veremos a continuación, resultarán determinantes, por una parte, la interpretación del testamento⁴¹ y, por otra parte, la actividad probatoria, prevista en la LDCG y centrada en la facultad de apreciar el cumplimiento por el albacea (*testamenteiro*); pero, como seguidamente se advertirá, será decisiva la prueba testifical, en particular de los vecinos del testador, sanitarios y otros profesionales que se relacionan con él.

Como reconoce la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo⁴², después de hacer un importante recorrido por la jurisprudencia recaída al respecto de este tipo de disposiciones a

de 2 de junio, al año de su entrada en vigor, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, en particular, pp. 521 y 523.

³⁹ Por lo que atañe a las limitaciones de disposiciones *mortis causa* a favor de los cuidadores, singularmente, por la consideración de incapacidades relativas para suceder, procede tener presente el artículo 753 CC, al que me refiero al final del apartado siguiente de este trabajo.

⁴⁰ NIETO ALONSO, «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas», DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO (dirs.) y HERRERO OVIEDO (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, p. 1047.

⁴¹ Que atenderá, como es sabido, en primer lugar, a la averiguación de la voluntad del testador: ley de la sucesión (ex art. 675 CC); sin perjuicio del recurso a la interpretación integrativa y a la prueba extrínseca. Según opinión común de la doctrina, la *interpretación integrativa* consiste en reconstruir la voluntad del causante conforme a lo expresado en el testamento. Se trata de resolver contingencias que el testador no ha tenido presentes, para lo que se indagan las líneas esenciales de su voluntad, conforme al tenor del testamento. El recurso a la *prueba extrínseca* tiene lugar cuando los datos suministrados por el testamento no sean suficientes para averiguar el sentido de la voluntad del causante, se admite el recurso a elementos extrínsecos o extraños al testamento de que se trate, como cartas, o declaraciones verbales o escritas anteriores o posteriores al testamento, o comportamientos del testador. Como dice la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:858), «se entiende por prueba extrínseca el recurso a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento» (FD Segundo) —en este sentido, STS 13/2003, Civil, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2003:223) y STS 547/2009, Civil, de 28 de julio (ECLI:ES:TS:2009:5810), entre otras—.

⁴² ECLI:ES:TS:2021:858. Resulta de particular interés el comentario a esta sentencia por MARINO PARDO, «Institución de heredero bajo “condición” de cuidados. No sujeción de la eficacia de la institución a la prestación de los cuidados. Respeto a la verdadera voluntad del testador. Distinción entre modo y condición. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2021/04/institucion-de-heredero-bajo-condicion.html>, 8 de abril de 2021 [última consulta: 20.02.2023]. El notario observa atinadamente cómo el Tribunal Supremo en esta sentencia omite pronunciarse sobre una cuestión que sí tiene cierta relevancia y es la de que el testador tenía,

favor del cuidador: «La introducción en los testamentos de referencias a la asistencia y cuidado del testador admite una pluralidad de configuraciones en función de lo querido por el testador (también es posible la referencia al cuidado de otras personas, como hijos, cónyuges o ascendientes)». Así admite que es posible una institución de heredero, o legatario, a favor de persona indeterminada (a quien me cuide, al hijo que me cuide), o de persona determinada (quien me viene cuidando, o si me cuida, o con la obligación o la carga de que me cuide, o con la condición de que me cuide...). Como observa atinadamente este fallo «Las disposiciones a favor de quien cuide o haya cuidado al testador canalizan una posible alternativa a problemas asistenciales siempre que en su otorgamiento no concurra ninguna circunstancia de influencia indebida o captación de un testador vulnerable» (FD Segundo). En el caso de autos, el recurso plantea como cuestión jurídica la interpretación de un testamento en el que el testador (viudo, sin hijos), tras instituir herederos a unos vecinos con los que mantenía una gran relación de amistad, les «impone la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento»⁴³. Tras el fallecimiento del testador, la demanda la interponen sus sobrinos con el fin de que se declare la ineficacia de la institución de herederos. Los sobrinos del causante alegaron fundamentos legales y terminaban suplicando que se dictase sentencia declarando nula la institución de heredero hecha a favor de los demandados al no cumplirse la condición impuesta, reintegrando los bienes a la masa hereditaria. El juzgado desestima la demanda. Considera que el testador incluyó una cláusula potestativa de pasado, posible al amparo del artículo 795 CC, pero que los demandados instituidos no la conocieron antes del fallecimiento, ni hubo situación de necesidad, ni abandono, por lo que no tuvieron ocasión de cumplirla y, en consecuencia, no se podía apreciar incumplimiento⁴⁴; a mayor abundamiento añadió que, al amparo del artículo 675 CC, que no excluye la búsqueda de medios probatorios para averiguar la voluntad del testador, en el caso esa voluntad era la eficacia de la disposición del testamento, como confirma que sabiendo que ya no se podía cumplir la condición cuando ingresó en la residencia no hiciera un nuevo testamento, o que en el mismo designara la sustitución a favor de los descendientes de los instituidos, y no a favor de los sobrinos demandantes, con quien, según las declaraciones de los testigos, no tenía buena relación⁴⁵. Finalmente, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y considera que, en definitiva, como ha quedado dicho, lo decisivo para desestimar la demanda es que el testador expresó su voluntad de instituir herederos a los demandados por la amistad prolongada que les unía, sin subordinar la eficacia del llamamiento al efectivo cumplimiento de una obligación de cuidado, tal como resulta del tenor del testamento y del hecho de que mantuviera inalterada en el tiempo su designación después de

según se asume por la Audiencia Provincial, en la sentencia recurrida en casación (SAP A Coruña 373/2017, 13 diciembre [ECLI:ES:APC:2017:2561]), la vecindad civil gallega y muere estando en vigor la LDCG 2/2006, que contiene disposiciones particulares sobre la condición de cuidados (arts. 203 y 204). También, comenta esta STS 118/2021, de 3 de marzo, NIETO ALONSO, Antonia, «Disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador: condición suspensiva potestativa de pasado o institución modal. A propósito de la STS 118/2021, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858)», *IDIBE (Instituto de Derecho Iberoamericano)*, *Tribuna*, núm. 4, abril 2023. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/disposicion-testamentaria-ordenada-favor-quien-cuide-al-testador-condicion-suspensiva-potestativa-pasado-institucion-modal-proposito-la-sts-118-2021-3-marzo-ecliests202185/>.

⁴³ Balbino otorgó testamento abierto en el año 2002, en el que, tras manifestar ser viudo, habiendo fallecido sus progenitores, careciendo de descendientes, testa «con arreglo a la siguiente cláusula única: Instituye herederos de todos sus bienes a D. Cecilio y a su esposa D.ª Florencia, con sustitución vulgar a favor de sus descendientes. Impone a estos herederos la condición de atender al cuidado y asistencia del testador hasta su fallecimiento, aunque no conviva con los mismos, y la obligación de sufragar los gastos de su entierro y funerales». El testador no comunicó a nadie quiénes eran sus herederos, ni la condición impuesta.

⁴⁴ Tuvo en cuenta las declaraciones de la trabajadora social, que explicó la atención continuada requerida por el testador y por lo que se valoró el ingreso en una residencia, abonada con los ingresos del testador.

⁴⁵ La Audiencia provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirma la sentencia de primera instancia. La Audiencia tiene en cuenta para ello una idea que el juzgado expresó de manera más explícita: que la sustitución vulgar se hizo a favor de los descendientes de los instituidos y no se quiso llamar a los sobrinos.

haber ingresado en una residencia, en la que estaba contento y recibía los continuos cuidados requeridos por sus enfermedades. Al entenderlo así, el Tribunal Supremo concluye que la sentencia recurrida no infringe la regulación sobre interpretación del testamento ni tampoco el régimen legal de la institución de heredero bajo condición ni la de la institución modal, tal como han sido aplicadas por la jurisprudencia dictada por la sala y, en consecuencia, todos los motivos del recurso de casación deben ser desestimados.

Al respecto de estas disposiciones, ordenadas a favor del cuidador, merece especial mención la regulación novedosa de la Ley de Derecho civil de Galicia, en los artículos 203 y 204, que no conoce en el Derecho estatal un precedente similar. Desde la perspectiva notarial, resulta de mucho interés la opinión de ESPINOSA DE SOTO, que estudia cómo legislador gallego dedica a este tipo de disposiciones ordenadas a favor del cuidador los artículos 203 y 204 LDCG. Recuerda el notario que a pesar de que no ha merecido en el pasado la atención del legislador, la realidad social en Galicia ha mantenido de forma insistente el interés de muchas personas de vincular su disposición testamentaria a la condición de cuidar, observa que el caso más frecuente es el siguiente: el ascendiente elige a uno de sus parientes a quien le hace una mejora amplia si tiene legitimarios o incluso le instituye heredero si no los tiene, bajo la condición de cuidar; pero, a veces, lo que quieren es hacer la disposición indeterminadamente a favor de quien finalmente cumpla la condición: «es lo que se conoce como el *testamento a quien me cuide*». En cuanto al tipo de condición o disposición modal, el autor admite que este tipo de disposiciones estén sometidas a una condición, suspensiva o bien resolutoria o a un modo y puntualiza, al distinguir entre disposiciones ordenadas a favor de quien cuida al testador, de las dispuestas a favor de quien cuida a otras personas. Así, señala que cuando se trata de cuidar al testador, la condición nunca puede ser resolutoria, sino que siempre es por definición suspensiva; y suspensiva en teoría, ya que los efectos de la institución o del legado, cuando han de producirse, no quedan suspendidos; conforme al régimen del artículo 795.2.º CC, la condición se ha cumplido o no y esto puede constatarse en el momento de abrirse la sucesión. Por el contrario, cuando se trata de cuidar a otras personas la condición puede tener que cumplirse también después de la apertura de la sucesión y esta es la que plantea el problema de su calificación como suspensiva o resolutoria, ya que sus efectos serán muy diferentes. Si es suspensiva el heredero o legatario condicionales no pueden adquirir la herencia, que conforme al artículo 801 CC, ha de ponerse en administración. Si, por el contrario, es resolutoria, el llamado podrá aceptar la herencia y adquirir los bienes, pero los perderá si se cumple la condición de que no se cumpla la obligación de cuidar. Este último supuesto es el que más fácilmente se confunde en la práctica con el modo a que se refiere el artículo 797 CC, con efectos muy similares a los de la condición resolutoria⁴⁶. Obviamente, como precisa el notario, el testador puede configurar la disposición por la cual impone a un heredero o legatario la obligación de cuidar a una tercera persona después de la apertura de la sucesión de cualquiera de las tres formas: como condición suspensiva, como condición resolutoria o como modo⁴⁷.

En tal sentido, la STSJ Galicia 113/2009, Civil y Penal, de 15 de septiembre de 2009⁴⁸, recuerda que el caso resuelto «revela una práctica notarial del rural gallego en la que encuentran acomodo las disposiciones testamentarias (por lo general de los mayores), a favor de algún pariente bajo la condición o modo de que este cuide y asista al testador o a otra u otras personas». Práctica notarial, pues, de disposiciones testamentarias favorecedoras de personas determinadas, que se diferencia de las disposiciones hechas indeterminadamente, esto es, a favor de quien cuida al

⁴⁶ El Derecho civil catalán excluye, por su parte, la condición resolutoria en la institución de heredero, reminiscencia del principio sucesorio todavía vigente *semel heres semper heres* (art. 423-12 CCCat).

⁴⁷ ESPINOSA DE SOTO, «Comentario a los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, en especial, pp. 871, 878 y 879.

⁴⁸ ECLI:ES:TSJGAL:2009:12245.

testador, según expresión que se corresponde con la popular «facérle testamento a quen mire polo testador», del innovador artículo 203.2 LDCG; «pero práctica notarial y no norma consuetudinaria, la de las disposiciones testamentarias favorecedoras de persona o personas determinadas bajo la condición o modo de cuidar y asistir al testador o a otras personas», cuya validez venía haciéndose derivar respectivamente del artículo 795.2.º CC y del artículo 797 CC, sin que ofrezca duda que el primero de los citados artículos consiste en admitir la validez de la condición «puramente potestativa» impuesta al heredero o legatario de cuidar al testador, condición que además es suspensiva y no resolutoria, al consistir en hechos pasados y tener necesariamente que cumplirse o no antes de que el testamento despliegue su eficacia o, mejor, antes de la apertura de la sucesión. Aclara el tribunal que el artículo 204 LDCG lo único que en realidad incorpora *ex novo* es la atribución de una facultad al albacea de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición (resolutoria), es decir, de la condición que se ha impuesto con carácter resolutorio al heredero o legatario de cuidar a una tercera persona (por ejemplo, al cónyuge del testador, a sus ascendientes o descendientes) después de la apertura de la sucesión, supuesto no equiparable al que se resolvía en el caso de autos, en el que la obligación de cuidar se concibe como una condición que se cumple o no se cumple en vida de la testadora, pero no después.

No cabe duda de la importancia que en este tipo de disposiciones tiene la actividad probatoria para resolver quién efectivamente ha prestado los cuidados, por eso no extraña que los artículos 203 y 204 LDCG prevean que el testador designe un albacea (*testamenteiro*) para que aprecie el cumplimiento o incumplimiento de la condición⁴⁹. Todo sin perjuicio de los medios probatorios habituales. Así, fueron decisivas las declaraciones testificales practicadas en el caso resuelto por la STSJ Galicia 33/2020, Civil y Penal, de 1 de diciembre⁵⁰. En el caso enjuiciado, en el ejercicio de la acción de ineficacia del legado por incumplimiento de condición, ejercitada por los cuatro hermanos demandantes, se pretendía que, tanto estos cuatro como los otros tres demandados, fueran considerados herederos a partes iguales habida cuenta de que todos habían cuidado a sus padres y ninguno de ellos cumplía la condición en su conjunto impuesta por los progenitores en sus testamentos referida a que legaban al hijo o hijos que los asistieran, viviendo en su compañía, hasta el fallecimiento del último de ambos padres, los tercios de libre disposición y de mejora de sus herencias. El demandado Blas se opuso a tal pretensión afirmando que fue él quien cuidó de sus padres y quien convivió con ellos hasta el momento del fallecimiento de ambos por lo que, cumpliendo él la condición, deben los legados instituidos por sus padres ser respetados y atribuidos a su persona⁵¹. Y en sentido favorable a Blas se pronuncia la sentencia de primera instancia, pero, también la de segunda instancia cuando, valorando la totalidad de la prueba practicada, concluye que el cuidado diario de sus padres con dedicación y convivencia fue realizado por Blas cumpliendo así las dos condiciones fijadas por los testadores⁵². Finalmente, el

⁴⁹ Interesa destacar, en aplicación del artículo 203.2 LDCG —que dispone que «si el testador designara testamentero [albacea], corresponderá a este la facultad de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria», la SAP A Coruña, Sección 5.ª, 207/2022, 28 junio (ECLI:ES:APC:2022:1714). En la resolución del caso, fue determinante la interpretación de la contadora partidora acerca del cumplimiento de la cláusula testamentaria. Contadora partidora nombrada por la testadora, «con amplias facultades, entre ellas la de interpretar el testamento y apreciar el cumplimiento de las condiciones impuestas en el mismo», pues bien, la contadora partidora, en escritura pública, manifestó que «la condición de cuidar y asistir a la causante» fue cumplida por sus sobrinas, estimando que ambas han de ser consideradas herederas por mitad e iguales partes. Admite el Tribunal el «Valor privilegiado y complementario del testamento que ha de reconocerse a la intervención del testamentero o albacea» (FD Primero).

⁵⁰ ECLI:ES:TSJGAL:2020:6718.

⁵¹ Que fue Blas quien se encargó del cuidado y atención de sus padres conviviendo con ellos hasta que uno falleció en 1988 y otro en 2015 lo corrobora su hermana Joaquina, así como, su hermano Álvaro, quien también se encargó del cuidado de los progenitores de ambos hasta que este se marchó a vivir fuera de España.

⁵² Se valoran en la sentencia de modo exhaustivo las declaraciones testificales practicadas y, en especial, las de los vecinos y, en concreto, la de Celestina quien vendía productos comestibles en una tienda y certificaba que Blas

TSJ Galicia, acuerda la desestimación del recurso de casación planteado y la confirmación de la sentencia de segunda instancia⁵³. Aunque se había apelado a los artículos 203.2.º y 204 LDCG señala el Tribunal que el artículo 204 DCG no es de aplicación al caso enjuiciado en el que se ha descartado el carácter condicional de la disposición testamentaria y al tiempo se considera como modo, e incluso aunque tuviésemos como condición no desaparecería la irrelevancia del precepto, cuyo alcance verdaderamente normativo se reduce a la hipótesis —que es la de su segundo inciso— de que la condición sea resolutoria, pero no suspensiva, como es la del caso; alcance normativo del que en rigor carece su primer inciso en la medida en que se simplemente reitera la validez de las disposiciones testamentarias hechas bajo condición, ya sean suspensivas ya sean resolutorias (arts. 790 ss. del CC), y en particular la de las relativas a cuidar y asistir a una serie de personas (al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge), explícitamente reconocidas por el legislador de la LDCG/2006. Además, se indica por el Tribunal que, si bien la recurrente cita como infringidos los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho Civil «la invocación de los mentados preceptos [es] artificiosa y a los solos fines de tener acceso a la casación autonómica» para que se realice, como antes se ha constatado, una nueva valoración de la prueba debiendo el recurso haber sido inadmitido lo que, sin embargo, y en este momento procesal, conlleva a su desestimación (FD Tercero).

Ahora bien, esta suerte de disposiciones *mortis causa* a favor de las personas cuidadoras que presten apoyo, podrían, *prima facie*, encontrar un obstáculo en el artículo 753 CC⁵⁴, en concreto, cuando en el párrafo primero dispone que «Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela»⁵⁵. Ahora bien, la prohibición no alcanzaría al curador que no ejerciese funciones de representación, que será lo habitual, ya que solo actuará con funciones representativas excepcionalmente (ex art. 249.3.º CC). Además, generalmente, los cuidados se prestarán en familia, por quien sería considerado un apoyo informal: el guardador de hecho, así que procede observar como la incapacidad relativa que dispone este precepto se refiere únicamente al tutor y al curador *representativos* y no al guardador de hecho —ni al defensor judicial—; por lo demás, nunca podría hacerse una interpretación extensiva de la

pedía la carne blanda para su madre con quien siempre convivió según, también, acreditación del Ayuntamiento de Burela dando fe de que Blas vivió al menos 50 años en el domicilio sus padres y hasta el mismo momento del fallecimiento de ambos.

⁵³ La sentencia afirma, en este mismo sentido, que la declaración de Celestina acredita el cuidado por parte de Blas de su madre así como el testimonio del resto de vecinos que califica como de «reveladores» destacando el testimonio del hermano codemandado Álvaro reconociendo que era Blas, a la vez que él mismo, quien se encargaba del cuidado de su padre cuando enfermó hasta el punto de dejar su trabajo en el mar considerando este testimonio como «esclarecedor» lo cual corrobora la hermana codemandada Joaquina, indicando la sentencia objeto de impugnación que el hecho de que otros hermanos acompañaran en dos ocasiones al padre en la ambulancia no implica el cuidado que su estado requería.

⁵⁴ Al comentar este precepto, DÍAZ MARTÍNEZ, dedica un apartado de su estudio, precisamente, a la aplicabilidad del artículo 753 CC rigiendo la sucesión un Derecho civil autonómico, con especial referencia al Derecho civil de Galicia (en particular, pp. 945-948), y considera, opinión que comparto, que no plantea dudas el admitir que rigiendo la sucesión *mortis causa* un Derecho civil autonómico que no contenga normativa propia al respecto, será de aplicación supletoria el artículo 753 CC. DÍAZ MARTÍNEZ, «Incapacidad para heredar» (Capítulo 32), en LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRRELL/EGUSQUIZA BALMASEDA/LÓPEZ SIMÓ (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, p. 945. Por su parte, el Código civil de Cataluña, al regular las inhabilidades para suceder, dispone en su artículo 412-5.2 que «Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio».

⁵⁵ Adviértase que en el apartado anterior de este estudio se recuerda la prohibición de recibir liberalidades por parte de la persona que actúa en función de apoyo de persona con discapacidad (ex art. 251 CC).

norma, en esencia, por tratarse de una disposición limitativa de derechos, que deberá interpretarse de forma restrictiva⁵⁶. Otra cuestión, que no es baladí, es la de observar que en el presente estudio me ocupó no solo de las personas con discapacidad, sino también de las personas vulnerables, que pueden necesitar cuidados pero no apoyos, así que correspondería tomar en consideración el artículo 753 CC, cuando, en el párrafo tercero, dispone que «Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto» y en el párrafo cuarto declara que «Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que, sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*». Así pues, el cuidador/asistente, no está incurso en supuesto de incapacidad relativa para suceder, simplemente, se requeriría que la disposición se ordenase en testamento notarial abierto (art. 753.3.º CC); y serán válidas las disposiciones a favor del curador, guardador de hecho o de cualquier cuidador que tenga la condición de heredero legal o abintestato (art. 753.4.º CC), lo que, con toda probabilidad, ocurrirá habitualmente, porque el cuidador será generalmente un familiar que estará entre los posibles llamados a la sucesión legal o abintestato, llamamiento que llega, como es sabido hasta el cuarto grado: primos hermanos (art. 954 CC)⁵⁷.

3.4. El alcance de la interpretación testamentaria para averiguar el cumplimiento o incumplimiento de la condición o del modo o carga de cuidar y para dilucidar si se trata de una institución modal o de un legado

La jurisprudencia no es ajena al reconocimiento de la conflictividad que se produce con ocasión de disposiciones *mortis causa* con carga o condición de cuidar, en este sentido, destaco las observaciones de la STS 316/2018, Civil (Pleno), de 30 de mayo⁵⁸, al considerar que «la cuestión de la calificación jurídica de esta obligación [de cuidado y asistencia] en el marco de la voluntad testamentaria, cuya utilización suele ser típica en numerosos testamentos, es una cuestión compleja y controvertida». Admite el Tribunal que, sin duda, la complejidad de la calificación jurídica responde a la deficiente regulación de nuestro Código Civil sobre esta materia y recuerda que a la ausencia de regulación de la carga modal en la sucesión testamentaria se suma la incompleta regulación de la condición suspensiva en las disposiciones testamentarias (arts. 790 ss. CC)⁵⁹, así como el peculiar contenido condicional de la obligación impuesta, de carácter potestativo para el favorecido y de realización o cumplimiento en vida del testador, por lo que

⁵⁶ En tal sentido, ya la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 16 de noviembre de 1918 (ECLI:ES:TS:1918:665) declaró al referirse a las incapacidades relativas señaladas en los artículos 753 y 1459 CC que «No pueden reconocerse más incapacidades que las que la ley expresamente determina, sin que puedan extenderse a otros supuestos que no permite la naturaleza prohibitiva de aquellos preceptos» (Considerando Tercero) y la STS 231/2016, Sala 1.ª de lo Civil, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1428) señala que «[...] no se debe olvidar que las causas de inhabilidad no dejan de ser restricciones de derechos y que, por ello, deben ser interpretadas de forma restrictiva» (FD Primero).

⁵⁷ Véase, con similar *ratio legis*, el artículo 412-5.1. d) del Libro Cuarto del CC de Cataluña y el artículo 475.1.d) del Código del Derecho Foral de Aragón. En estos casos, se dice que la relación familiar prevalece sobre las cautelas frente a la captación de voluntad. Entiendo que, aunque el Código civil no incluye a la pareja de hecho entre los llamados a suceder abintestato, en aquellas legislaciones, como la Ley de Derecho Civil de Galicia que equipara a la pareja de hecho al matrimonio, en los términos previstos por su Disposición Adicional Tercera, la prohibición de suceder tampoco alcanzaría a la pareja de hecho, que sí puede suceder abintestato. Ampliamente, MESA MARRERO, «Comentario al artículo 753 del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 539-544.

⁵⁸ ECLI:ES:TS:2018:1918.

⁵⁹ Comparto la opinión de VAQUER ALOY al considerar que el que el testador pueda imponer condiciones en sus disposiciones testamentarias, es «una concreción más de la libertad de testar». VAQUER ALOY, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret*, 2015/3 (www.indret.com). *In extenso*, sobre esta cuestión, TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, *passim*.

solo tangencialmente viene contemplada en el seno de la obligación condicional (art. 795 CC), por consiguiente, concluye que no resulta extraño que la cuestión planteada haya tenido, y tenga, un carácter controvertido tanto para la doctrina científica, como para la doctrina jurisprudencial, tal y como resulta demostrativa la «dispar calificación» que, con frecuencia se otorga a disposiciones *mortis causa* que incorporan los cuidados y asistencia (FD Tercero)⁶⁰.

La Sala Primera del Tribunal Supremo se ha ocupado de supuestos subordinados a la condición o, en su caso, al modo de cuidado y asistencia, en los que, tras el fallecimiento del testador, se ha discutido la eficacia de la institución hereditaria, un recorrido por tal doctrina lo proporciona la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo⁶¹. El análisis de estas resoluciones muestra cómo, bien bajo la calificación de condición suspensiva potestativa de pasado⁶², bien bajo la calificación de institución modal, en cada caso se ha adoptado la solución que resultaba más conforme con lo querido por el testador. Los casos más frecuentes, formulados por medio de hipótesis, podrían aglutinarse en las siguientes: 1.ª) no se ha apreciado el incumplimiento del instituido: porque no conocía la condición de cuidar a la testadora, quien cambió de domicilio, haciendo imposible el cumplimiento, pero sin cambiar la institución a favor de quien la cuidó mientras ella quiso⁶³. Y el cumplimiento de la condición por el instituido debe ser una vez enterado de ella (art. 795 CC) y, además, cuando se impide el cumplimiento, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición (art. 798.2.º CC) —STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 9 de mayo de 1990⁶⁴—; 2.ª) se entiende cumplida la condición porque la institución de heredero estaba sometida a la condición de atender y asistir a la testadora «en caso de enfermedad o necesidad», dándose la inexistencia de necesidad de la causante antes de su muerte (art. 675 CC) —STS 768/2009, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de diciembre⁶⁵—; 3.ª) cláusula testamentaria en la que se

⁶⁰ En tal sentido, por ejemplo, la STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2003:223) y la STS 557/2011, Sala 1.ª de lo Civil, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2011:4881). Al comentar la STS 316/2018, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, comparte la opinión de la Sala de la conveniencia de fijar criterios para calificar jurídicamente la obligación de cuidados a la testadora y coincide en que esa calificación debe hacerse desde la interpretación del testamento, «tanto en la búsqueda de la voluntad realmente querida como en la decalración formal»; sin embargo, reconoce que le genera dudas la calificación de la obligación como condición suspensiva. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «Institución de heredera con la obligación de cuidar a la testadora hasta su fallecimiento: ¿Condición suspensiva o carga modal? Comentario a la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2314)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109, 2019, pp. 259 y 260.

⁶¹ ECLI:ES:TS:2021:858.

⁶² Como señala la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858): cuando la voluntad del testador haya sido supeditar la eficacia de la institución al cumplimiento de la «condición» de cuidarle, solo impropriadamente puede hablarse de institución bajo condición, porque como el cuidado solo se puede prestar antes del fallecimiento del testador no hay período de pendencia y el llamamiento será eficaz o ineficaz al abrirse la sucesión según se haya cumplido o no en vida del testador. De ahí que se hable de condición «de pasado» en las STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 9 de mayo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:3635), 768/2009, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7217), 557/2011, Civil, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2011:4881) y 316/2018, Civil (Pleno), de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1918). Lo explica muy bien la ya citada STS 9 mayo 1990: «Su lectura [de la condición testamentaria] revela que se trata de condición suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple, y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además, es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (también de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento».

⁶³ Afirma la sentencia, como *obiter dicta*, que «de haber querido la causante que perdiera eficacia [la disposición] habría revocado el testamento con otro posterior». De ahí que concluya con unas relevantes afirmaciones: «Es la correcta conclusión, la obtenida por las sentencias de instancia, acorde con la doctrina tradicional, con la declaración testamentaria en la que se advierte concordancia entre la voluntad expresa de la testadora y con la voluntad tácita que se desprende del mantenimiento del testamento. También con los hechos probados e indiscutidos de que el nieto cuidó de la abuela mientras esta quiso».

⁶⁴ ECLI:ES:TS:1990:3635.

⁶⁵ ECLI:ES:TS:2009:7217.

establece la condición de que los sobrinos se hagan cargo de la tía causante, sobrinos que están dispuestos a acoger a su tía, pero impide esta solución la propia demandante (hermana de la causante), al haber ingresado a su hermana en una residencia para su mejor cuidado y haciendo así que la condición devenga de cumplimiento imposible (art. 798.2.º CC) —STS 557/2011, Sala 1.ª de lo Civil, de 18 de julio⁶⁶—; 4.ª) por el contrario, cuando, al amparo del artículo 797 CC, se ha considerado que la institución era con «obligación modal», por ser esa la expresión consignada en el testamento (y referida tanto al cuidado de la testadora como de su esposo), el examen de las circunstancias concurrentes ha permitido valorar que hubo un cumplimiento alternativo del modo en los términos más análogos y conformes con la voluntad de la testadora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 798.1 CC —STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero⁶⁷—, STS 13/2003 que tuvo en cuenta que el instituido, que por razones de trabajo se marchó a vivir fuera, se preocupaba de sus padres mientras residía en el pueblo en vacaciones e indirectamente cuando no estaba a través de la persona que les cuidaba; que ni la madre —que no revocó el último testamento tras la marcha del pueblo del favorecido—, ni tras su muerte el padre o los hermanos le requirieron para que regresara a vivir al pueblo; y que no instaron la resolución de la mejora y el legado por incumplimiento del modo mientras el padre vivió⁶⁸. Solo cuando la interpretación del testamento permite concluir que la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la institución era que la llamada como heredera cuidara y asistiera a la testadora hasta su fallecimiento, y no lo hizo, se ha declarado la ineficacia de la institución —STS 316/2018, Civil (Pleno), de 30 de mayo⁶⁹—, en la que la condición vertebraba la eficacia de la institución y, en su caso, de la sustitución vulgar prevista; la instituida heredera, con cabal conocimiento de la disposición testamentaria, que se refería al cuidado hasta el fallecimiento de la testadora, no tuvo reparo en suscribir, con asistencia letrada, un documento de liquidación de los gastos ocasionados durante el tiempo que prestó la asistencia. En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala, debe estarse en cada caso a la averiguación de la voluntad real del testador.

En especial, no puede obviarse en un estudio de esta índole, en el que se otorga singular relevancia a la interpretación testamentaria, el problema que puede surgir ante la duda de si lo dispuesto en el testamento es una institución modal o un legado. Pues bien, la doctrina ha centrado la distinción entre el modo testamentario y el legado, en síntesis, en la accesoriedad del modo frente a la autonomía del legado⁷⁰. Tampoco, ni los tribunales ni la Dirección General de

⁶⁶ ECLI:ES:TS:2011:4881.

⁶⁷ ECLI:ES:TS:2003:223.

⁶⁸ El caso enjuiciado constituye un ejemplo más de la frecuencia con la que se subordina la institución de heredero o legatario no solo a la obligación de cuidados al disponente, sino también a la convivencia con él. VAQUER ALOY realiza un estudio pormenorizado en torno a las cláusulas que incorporan este tipo de condiciones, que pueden comprometer, por ejemplo, la libertad de residencia (ex art. 19 CE) del heredero o del legatario, si bien observa como en estos casos no se plantea la licitud o ilicitud de la condición, sino que el tema de debate ha sido si la condición ha sido cumplida o no. VAQUER ALOY, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret*, 2015/3 (www.indret.com). Con referencia a este tipo de condiciones de imponer la residencia en un determinado lugar, la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858), consideró que no existe un debate sobre la licitud de este tipo de cláusulas que incorporan condiciones o cargas de cuidado, «ni siquiera cuando se impone al beneficiario la convivencia o residencia en determinado lugar, pues el testador puede vincular el derecho a recibir una liberalidad que depende de su sola voluntad con la prestación de asistencia que pueda precisar por razón de enfermedad o de ancianidad» (FD Segundo).

⁶⁹ ECLI:ES:TS:2018:1918.

⁷⁰ En este sentido se pronunció TORRALBA SORIANO, que considera que el modo no implica como el legado una sucesión directa del difunto, «que mientras el legatario es un habiente causa del disponente, el beneficiario del modo lo es del gravado. Parece, por tanto, que el modo sea un beneficio indirecto, una carga accesorio de la institución de heredero o del legado», aun así, reconoce que «la distinción es muy difícil», por eso, concede especial relevancia al valor que tiene la voluntad del testador al respecto y concluye con esta clarificadora observación: habrá que examinar la voluntad del testador caso por caso, tratando de determinar si quiso establecer

los Registros y del Notariado han permanecido al margen del análisis de este supuesto⁷¹. Seguramente, uno de los fallos más reiterados al respecto de tal cuestión, por la Sala primera del Tribunal Supremo ha sido la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 4 de junio de 1965⁷², al disponer que «la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación pues en este supuesto se estaría ante un legado» (Considerando Primero)⁷³. Ahora bien, cumple aclarar este fallo, con la precisión que realiza al respecto la STS 13/2003, 21 enero⁷⁴, al reconocer que ciertamente la STS 4 junio 1965⁷⁵, declaró que la institución modal no atribuía a un tercero el derecho a exigir la prestación a cargo del favorecido, pero aclarando que «para sí», como reiteró la STS 28 mayo 1994⁷⁶, de ahí que «no quepa limitar la legitimación para exigir el cumplimiento del modo tan sólo al directamente beneficiado por el mismo, pues en cuanto deber jurídico que es también ha de reconocerse tal legitimación, como propone la doctrina científica, a los albaceas o herederos, en cuanto interesados y encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador, y a los que se beneficiarían de su incumplimiento por pasar entonces a ellos los bienes» (FD Cuarto).

El Centro Directivo tampoco se ha mantenido al margen del debate, así, en la conocida RDGRN 1/2005, 19 mayo⁷⁷, se ocupó de la distinción entre la disposición modal a favor de tercero del legado. La Dirección General trata de determinar si estamos en presencia de un verdadero legado (de cosa determinada propia del testador), o, si por el contrario, nos encontramos ante una disposición de carácter modal y niega que en el caso resuelto se esté ante un legado, en síntesis, porque es esencial en el legado la existencia de una delación (expresión que, en sentido técnico, solo es utilizable cuando se habla de herencia y de legado, art. 660 del CC) a favor del favorecido; delación, por cierto, que, en el caso que nos ocupa no tiene lugar, toda vez que no se ofrece al favorecido la posibilidad de adquirir inmediatamente la atribución ordenada en su favor, algo que sería evidente si se tratara de un legado de cosa determinada. Así, considera que la disposición cuestionada, encaja mucho mejor en la disciplina y operativa de las disposiciones modales –que obligan pero que no suspenden la adquisición, según expresión ya consagrada; ni mucho menos la inscripción en favor de los herederos– y cuya verdadera esencia se resume en la idea de constituir atribuciones patrimoniales indirectas, las cuales no suponen delaciones –ni vocaciones– sucesorias; idea –o naturaleza si se prefiere– de atribución patrimonial indirecta.

el gravamen directamente sobre los propios bienes hereditarios, aunque encargando su cumplimiento a un heredero o legatario, o si por el contrario, quiso imponer un gravamen accesorio sobre las personas beneficiadas con la institución o legado y en tanto en cuanto que han sido enriquecidas a través de la disposición principal; en el primer caso, se trataría de legado, en el segundo de modo. TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho civil*, Caja de Ahorros del Sureste de España, Alicante, 1966, en especial, sobre la distinción entre modo testamentario y legado, pp. 184-195. Para MONTÉS PENADÉS, «el legado es siempre una carga o gravamen de la herencia, mientras que la obligación modal siempre es una carga del heredero o del legatario gravado», MONTÉS PENADÉS, «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1974, p. 47. Esa cercanía entre la disposición modal y el legado ya se observó por CICU, al reconocer que cuando el interés del modo afecta a una persona determinada, «nos aproximamos sensiblemente a la figura del legado», CICU, *El testamento* —Traducción y notas al Derecho español por Manuel Fairén Martínez—, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 293.

⁷¹ El CC de Cataluña —Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto, relativo a las sucesiones— distingue el modo (art. 428-1.1) del legado u otra disposición por causa de muerte (art. 428-1.2).

⁷² ECLI:ES:TS:1965:924.

⁷³ ECLI:ES:TS:1965:924. Fallo reiterado, entre otras, por la STS 497/1994, Sala 1.ª de lo Civil, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:1994:4168).

⁷⁴ ECLI:ES:TS:2003:223.

⁷⁵ ECLI:ES:TS:1965:924.

⁷⁶ ECLI:ES:TS:1994:4168.

⁷⁷ RJ 2005\5615.

Además, aclara que la conducta propia de la disposición modal se enmarca, plenamente, en el campo del objeto de las obligaciones (de dar, de hacer o de no hacer) y concluye con esta relevante apreciación: «En suma, nos moveríamos en el campo de lo obligacional (en las antípodas de la esencial naturaleza de legado *per vindicationem* predicable del legado de cosa propia del testador), algo que, por consiguiente, no impediría la inscripción a favor de los herederos» (FD Cuarto)⁷⁸.

Por otra parte, repárese en que un estudio sistemático de la jurisprudencia civil recaída en las resoluciones de casos que incorporan cláusulas especialmente conflictivas que incluyen la carga o condición de cuidar nos lleva a la apreciación, de dos peculiaridades habituales en los supuestos resueltos, a saber, por una parte, la flexibilidad con la que proceden los Tribunales en la apreciación del cumplimiento de la condición o, en su caso, del modo y, por otra parte, la frecuencia con la que se recurre, como medio interpretativo, a la prueba extrínseca. Pues bien, se aúnan estas dos singularidades en el caso enjuiciado por la significativa STS 13/2003, Sala 1.^a de lo Civil, de 21 de enero⁷⁹. Por lo que atañe a la nota de la flexibilidad en la apreciación del cumplimiento, recuerda que: conforme al artículo 797.2.º CC, el modo no afecta a la institución, pues lo dejado de esta manera «puede pedirse desde luego»; además, reconoce que «la jurisprudencia de esta Sala muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar su cumplimiento, y también el de la condición suspensiva, atendiendo a las posibilidades del instituido» (STS, Sala 1.^a de lo Civil, de 9 de febrero 1948)⁸⁰ y al mantenimiento de la institución sin revocar el

⁷⁸ Obsérvese que no son pocos los casos en que, cuando menos, sorprende la interpretación dada por los tribunales a supuestos que aparentemente, por ejemplo, parecen más una institución modal que un legado, como por ejemplo, sucede en el caso resuelto por la STSJ Cataluña 30/1995, Civil y Penal, de 3 de noviembre (RJ 1995\9975), siendo la cláusula tercera del testamento del siguiente tenor «instituye heredera universal a su hija Rosa, con la obligación de cuidar y mantener tanto en salud como en enfermedad a su hermano Juan prestándole la asistencia precisa». Pues bien, a pesar de que aparentemente se trataba de una institución modal, se califica la figura como legado de alimentos. Adviértase que en disposiciones testamentarias que incluyen los cuidados y asistencia, la distinción suele ser entre una institución modal y un tipo concreto de legado, el de alimentos. Así ocurre en el caso analizado de la citada STSJ Cataluña 30/1995, pero también en el supuesto resuelto por la STS, Sala 1.^a de lo Civil, de 9 de junio de 1971 (ECLI:ES:TS:1971:1152), que, en el caso de autos rechaza la existencia de un legado de alimentos, «puesto que no existe la institución a título particular [...] —cuya regulación y efectos habrían de correr por los cauces de los arts. 858 y siguientes del CC—» y llega a la conclusión de que «se trata de una institución de heredero con cláusula modal que, como tal determinación accesoria de la voluntad del testador, distinta de la condición, permite el artículo 797 de nuestro primer Código sustantivo, en forma de carga o gravamen impuesto por aquel al heredero con fuerza vinculante» (Considerando Tercero).

⁷⁹ ECLI:ES:TS:2003:223. La cláusula conflictiva se contiene en el último testamento abierto de la causante, otorgado ante notario el 7 de octubre de 1964 y expresamente revocatorio de los anteriores. Así, tras ordenar en la cláusula primera que mejora a su hijo hoy demandado-recurrente, «mandándole en tal concepto el tercio destinado por la ley a ese fin», y legarle, además, «la mitad del otro tercio llamado de libre disposición de todo su caudal o haber, en propiedad», la testadora dispone, numerándola como segunda, la siguiente cláusula: «La mejora y el legado de la cláusula anterior los hace a su hijo Antonio, con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes». Y a continuación, como cláusula tercera, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye y nombra únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus seis hijos, sustituyéndolos vulgarmente, incluso en la mejora y legado, por sus respectivos descendientes legítimos. La sentencia de primera instancia, razonando que el contenido de la referida cláusula era modal y no condicional, interpretando la voluntad de la testadora en función de sus otros dos testamentos anteriores y entendiendo que la testadora se había considerado suficientemente atendida por su hijo mejorado legatario, desestimó la demanda interpuesta contra este por sus hermanos. Formulado recurso de apelación por solamente uno de los demandantes, el tribunal de segunda instancia, razonando que el contenido de la cláusula segunda del testamento era el propio de una condición suspensiva potestativa de hechos pasados y entendiendo que el demandado la había incumplido por propia voluntad al alejarse del domicilio materno en Galicia para fijar su residencia en Cataluña, estimó en cambio la demanda y dejó sin efecto la mejora y el legado de la mitad del tercio de libre disposición ordenados a favor del demandado. El Tribunal Supremo anula la sentencia recurrida para, en su lugar, confirma la de primera instancia.

⁸⁰ ECLI:ES:TS:1948:1297.

testamento por otro posterior (STS, Sala 1.^a de lo Civil, de 9 de mayo 1990)⁸¹ o conjuntamente a las posibilidades del instituido y a la ausencia de petición o requerimiento alguno de cumplimiento (STS, Civil, de 10 de mayo de 1991)⁸² —FD Cuarto—.

Al respecto de la relevancia que se concede a la prueba extrínseca, en la resolución de litigios con cláusulas que incorporan la carga o la condición de cuidar, considerándose como medios extrínsecos de interpretación, datos como la no revocación del testamento, a pesar del incumplimiento⁸³, el no requerimiento para cumplir o el no instar la resolución del negocio ante la falta de cumplimiento, por ejemplo. Así, en la citada STS 13/2003, observa el Tribunal que la testadora no manifestó indicio alguno de revocar la mejora y el legado durante años pese a la segunda marcha del hoy recurrente de la casa familiar, tampoco tras la muerte de la testadora le requirió su padre viudo para que retornara al pueblo a vivir con él pese a sobrevivir a aquélla durante casi diecisiete años y, en fin, los hermanos del recurrente ni le requirieron tampoco para que regresara a vivir con su padre ni instaron la resolución de la mejora y el legado por incumplimiento del modo mientras su padre vivió sino que, por el contrario, esperaron a que este muriera para, solo entonces, pedir la «ineficacia» de aquellas disposiciones por incumplimiento de la obligación impuesta al demandado, razones que conducen al Tribunal a considerar que «se dio el cumplimiento alternativo del modo en los términos más análogos y conformes a la voluntad de la testadora, como prevé el citado artículo 798 CC» y atinadamente entendió la juzgadora del primer grado (FD Cuarto)⁸⁴. En fin, esta STS 13/2003 puede ser considerada como un modelo de claridad y, por ende, de cortesía jurisprudencial y por proporcionar la ocasión idónea para averiguar cuándo se entiende configurada la disposición como modal y no condicional, al recurrir a diversos instrumentos, a saber: la interpretación de las palabras del causante en el sentido literal (ex art. 675 CC); además, ante notario «y por tanto sin poder desconocerse la función de este en relación con la expresión de la voluntad de la testadora, se omite el término “condición” y, en cambio, se consigna expresamente el concepto de “obligación modal”», consideración que estimo como una aspiración ambiciosa, ya que, efectivamente, el notario debería proceder con precisión a la hora de redactar este tipo de cláusulas especialmente conflictivas⁸⁵; también se concede relevancia a la prueba extrínseca, representada por los dos testamentos anteriores, que supeditan claramente mejora y legado a una condición (y no a modo); asimismo, se apela a la presunción favorable al modo y no a la condición (ex art. 797 CC), sin perjuicio de no descuidar la conducta de la testadora posterior al testamento, que mantuvo el testamento litigioso sin revocarlo (FD Tercero).

⁸¹ ECLI:ES:TS:1990:3635.

⁸² ECLI:ES:TS:1991:2438.

⁸³ El Tribunal Supremo en la STS, Sala 1.^a de lo Civil, de 9 de mayo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:3635), al considerar cumplida la condición de cuidado y asistencia y al valorar la no revocación del testamento por la testadora, ya que de haber querido la causante que perdiera eficacia habría revocado el testamento con otro posterior, realiza esta importante consideración «se advierte concordancia entre la voluntad expresa de la testadora con la voluntad tácita que se desprende del mantenimiento del testamento» (FD Tercero).

⁸⁴ Ahora bien, si la no revocación del testamento por incumplimiento de la carga o la condición de cuidar, se considera como prueba extrínseca para estimar que la voluntad del testador es el mantenimiento de la institución, se encuentra algún fallo, aislado, en el que la no revocación del testamento no impidió la ineficacia de la institución, como ocurre en el caso enjuiciado por la STS 316/2018, Civil (Pleno), de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1918), que restó importancia al hecho de que la testadora, pese al incumplimiento de la condición, no revocase el testamento, «pues precisamente el carácter condicional de la obligación impuesta [de cuidado y asistencia a la testadora] le hacía confiar razonablemente en la ineficacia de la institución de heredera contemplada en su testamento» (FD Primero).

⁸⁵ De tal manera que el testamento no dejase lugar a dudas susceptibles después de necesidad de clarificación, de interpretación, especificando claramente que el testador sujeta la disposición a un modo testamentario «no a una condición», o viceversa; o que el testador no sujeta su atribución a una carga modal sino que dispone un legado de alimentos a favor de un tercero, y así sucesivamente; desde luego que este proceder requeriría una redacción del testamento supervisada minuciosamente por el notario.

De nuevo, reaparece el transcendental papel que juega la denominada prueba extrínseca, en la interpretación de este tipo de cláusulas, que incorporan la carga o el modo de cuidar, en la STS 118/2021, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de marzo⁸⁶, reconoce el Tribunal Supremo que según la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al artículo 675 CC, la interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador y cuando a la vista del sentido gramatical de las cláusulas testamentarias surjan dudas sobre la verdadera voluntad declarada por el causante en su testamento, para ponerla de manifiesto y descubrirla, además del análisis de la literalidad del texto del testamento, puede acudir a la prueba extrínseca, es decir a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos⁸⁷ o posteriores⁸⁸ al otorgamiento (FD Segundo) —STS 13/2003, de 21 de enero⁸⁹ y 547/2009, de 28 de julio⁹⁰, entre otras—. Como observa atinadamente SALVADOR CODERCH, «La prueba extrínseca no es ningún *último recurso*. Antes bien, es un elemento más a ponderar por los tribunales en la apreciación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias. [...]. Respeto al principio formal no significa marginación de la prueba extrínseca»⁹¹. Ya uno de los mejores estudiosos de la interpretación del testamento, el profesor JORDANO BAREA, al confrontar los artículos 675 y 773 CC, había afirmado que «[...] la verdadera teoría subjetivista [...] reclama imperiosamente la posibilidad de utilizar elementos extraños al puro contexto del documento para la determinación de la real voluntad del testador» y llega a la conclusión de que «el artículo 675 circunscribe el *objeto* (voluntad declarada), pero no los *materiales* (intrínsecos o extrínsecos) de la voluntad testamentaria, [...] sería incomprensible que la ley mandase atender ampliamente a la voluntad del testador para fijar las disposiciones más importantes del testamento (institución de heredero o designación de legatario), y que por otro lado vinculase al juez o al intérprete a no considerar cosa alguna fuera del contexto del testamento para interpretar las restantes disposiciones»⁹². Entre esas «restantes disposiciones» a las que se refiere JORDANO, podrían incluirse las llamadas *modalidades accesorias* en las disposiciones *mortis causa*, determinaciones accesorias de la voluntad testamentaria, es decir, cláusulas, como las analizadas en este trabajo, que subordinan la eficacia de la disposición a la condición o al modo de cuidado y asistencia al testador o a otras personas por él designadas. En fin, comparto las consideraciones en torno a la prueba extrínseca de VAQUER ALOY, que, al defender la ausencia de jerarquía entre los medios interpretativos, «incluida la prueba extrínseca», parte de que el artículo 675 CC no limita en ningún momento los medios interpretativos, «y sí establece diáfamanamente que siempre debe prevalecer la verdadera

⁸⁶ ECLI:ES:TS:2021:858.

⁸⁷ Así, se han tomado en consideración para la interpretación del testamento actos previos de la testadora, en la STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2003: 223), cuando, para concluir que la disposición testamentaria litigiosa no era condicional sino modal, admite que «se investiga su voluntad acudiendo a circunstancias exteriores o extrínsecas al propio testamento tan significativas como sus dos testamentos anteriores, pues en éstos, en cambio, sí se supeditan muy claramente la mejora y el legado a una condición» (FD Tercero).

⁸⁸ Se acude a actos de la testadora posteriores al otorgamiento del testamento (prueba extrínseca) para resolver el caso enjuiciado, de nuevo, por la STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2003: 223), para concluir, al final, que se había dado cumplimiento alternativo del modo (ex art. 798 CC), apelando a que «la conducta de la testadora posterior al testamento interpretado autoriza igualmente la misma conclusión, porque mientras la primera marcha del demandado-recurrente del domicilio de sus padres determinó la inmediata revocación del testamento de 1955 que le favorecía, su segunda ausencia, en cambio, no produjo cambio alguno en la voluntad de la testadora, que mantuvo el testamento litigioso desde el año 1964 hasta su muerte casi doce años después» (FD Tercero).

⁸⁹ ECLI:ES:TS:2003:223.

⁹⁰ ECLI:ES:TS:2009:5810.

⁹¹ SALVADOR CODERCH, «Interpretación del testamento. Posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria. Comentario a la STS de 26 de marzo de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, núm. 1 (enero-marzo), p. 295.

⁹² JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, Bosch, 1958, en especial, pp. 47-55.

voluntad del testador sobre el texto de su declaración, por más que aquella, ni que sea del modo más imperfecto, deba tener reflejo en esta», por eso concluye que «Si el precepto no prioriza los medios interpretativos, menos legitimado está para hacerlo el intérprete»⁹³.

4. Pactos sucesorios con carga o condición de cuidado y atención a alguno de los otorgantes o a terceros

Otro instrumento sucesorio, además del testamento, apto para vehiculizar los cuidados, es el pacto sucesorio en aquellos Derechos civiles en los que la sucesión también pueda deferirse por pacto, a pesar de la prohibición que con carácter general establece el artículo 1271.2.º CC para el Derecho civil estatal. Como es bien sabido, el Código civil español es contrario a la admisión de los pactos o contratos sucesorios, pues se haya inspirado en el propio criterio prohibitivo de tales pactos adoptado ya por el Derecho romano, al que responde la regla *viventis nulla est hereditas*⁹⁴.

Por lo que atañe al Código civil español, procede aclarar, para lo que importa a este estudio, que el artículo 826 CC representa una de las posibles excepciones a la regla prohibitiva de los pactos sucesorios, al declarar la validez de la promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales y presume que la promesa es irrevocable: «La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto» (art. 826.2.º CC)⁹⁵. Además, el artículo 827 CC declara irrevocable la mejora hecha por capitulaciones matrimoniales. En efecto, de lo que no cabe duda es de que, fuera de los casos de mejora hecha en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero, la mejora es revocable, aunque se haya verificado con entrega de bienes, como señala el artículo 827 CC. Precisamente, en el caso resuelto por la STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 11 de mayo de 1964⁹⁶, procedió la revocación de la mejora, en especial, por medio de una figurada permuta, con fundamento en el citado artículo 827 CC. Además, se estimó que se trataba de una revocación tácita, en esencia, por otorgar testamento posterior a aquellos contratos, de los que podría inferirse una mejora a favor de uno de los hijos, y otorgar un testamento cuyo contenido es incompatible con aquellas disposiciones contractuales. Así, al interpretar el artículo 827 CC, considera el Tribunal Supremo que «claramente admite que la revocación puede llevarse a efecto de un modo expreso o tácito, al no sentar diferencia alguna entro ambas formas y ser principio general de Derecho, reconocido por la Jurisprudencia de esta Sala, el que dice que: “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”». Considera el Tribunal que, en el caso de autos, se entenderá realizada la revocación de la mejora de forma tácita: «siempre que las cláusulas contenidas en un testamento posterior al contrato en que se concedió sean incompatibles con ella», como sucede cuando en el

⁹³ VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, 2.ª ed., Reus, Madrid, 2008, pp. 98 y 99.

⁹⁴ «No hay herencia de una persona viva» (D. 18,4,1). Si se vendiese una herencia de una persona que todavía vive o inexistente, el acto es nulo porque el objeto vendido no existe (*Pomp. 9 Sab.*). Como recuerda D'ORS, la sucesión por contrato es desconocida en el derecho romano, y se considera nulo, por inmorale, el convenio de instituir a alguien heredero o de no instituirle. ORS, Álvaro D', *Derecho privado romano* (décima edición), Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 2004, § 243n.1.

⁹⁵ Para ROCA SASTRE, la *promesa de mejorar* es un acto de contenido positivo, pero que únicamente produce, de momento, un compromiso por parte del causante de otorgar una mejora al favorecido, bien en acto entre vivos, por donación o contrato sucesorio, o bien en testamento; mientras que la *promesa de no mejorar*, constituye un acto de signo negativo, pues indica una abdicación de la facultad de mejorar que hace que los dos tercios de la herencia futura hayan de distribuirse como legítima por iguales partes entre los legitimarios, por lo que, como dice el autor «dicho pacto tiene una eficacia normativa o estatutaria, más que atributiva». ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de KIPP, *Derecho de Sucesiones*, en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976, pp. 374 y 375.

⁹⁶ ECLI:ES:TS:1964:3271. La parte actora hace historia de cómo el demandado llevó a vivir con él al padre de los litigantes, y por medio de persuasiones hizo que, en virtud de ciertos contratos, permutas, donación..., pasaran la mayor parte de los bienes del padre a su poder, perjudicando los derechos en la sucesión de los actores.

testamento se mejora a persona diferente de la favorecida anteriormente, se adjudican todos los bienes en que la misma consiste o se instituye a todos los herederos por partes iguales, puesto que los testamentos son los que en definitiva regulan la distribución del caudal relicto del testador⁹⁷. Por consiguiente, estamos en presencia de una revocación tácita de la mejora por incompatibilidad con otra disposición testamentaria posterior. Este caso recuerda a los supuestos de ineficacia del legado, de los que se ocupa el artículo 869 CC, por lo tanto, estimo que cabe una interpretación extensiva de esta norma a los casos de revocación tácita de la mejora, en especial, si se trata de una mejora en cosa determinada, que el testador transforma o enajena la cosa, o bien, la cosa perece del todo, en los términos previstos por el citado precepto.

Ahora bien, a pesar de la irrevocabilidad de la mejora hecha en capítulos matrimoniales (ex arts. 826.2.º y 827 CC), sí cabe predicar la posible revocación de la mejora si al tiempo del otorgamiento se prevé su revocabilidad, como ocurrió en el caso resuelto por la antigua STS, Civil, de 11 de enero de 1915⁹⁸. En este fallo se acordó la revocación de la donación y mejora que los padres habían hecho a uno de sus hijos y a su futura esposa, supeditadas a la condición de que una vez casados, irían a vivir con los padres del primero, cuidándoles y asistiéndoles, por considerar acreditado del conjunto de pruebas, que, al poco tiempo de ocurrir el fallecimiento del esposo, su viuda abandonó, sin motivo, la casa de sus padres políticos, por lo que resulta «claro que la convención a la que se subordinó la subsistencia de la mejora y de la donación quedó evidentemente incumplida y, por tanto, sin efectos ulteriores».

También, se admite la posibilidad de la revocación de la mejora si el mejorado hubiese faltado a las condiciones que se hubiesen impuesto al hacerse la mejora, como ocurrió en el caso enjuiciado por la STS, Civil, de 5 de diciembre de 1930⁹⁹, que reconoció la nulidad de una donación (por razón de matrimonio) y la revocación de la mejora contenida en la escritura objeto del pleito, a instancia de los herederos¹⁰⁰. En esta Sentencia, con remisión a la ya citada STS, Civil, de 11 de enero de 1915, se apela al artículo 827 CC, cuando se refiere a la irrevocabilidad de la mejora hecha en capitulaciones o por contrato oneroso celebrado con un tercero; pero apostilla que «[...], lo cual no impide el que a instancia de los herederos se pueda resolver ese contrato cuando el mejorado hubiese faltado a las condiciones que le imponen al hacerse la mejora» (Considerando Segundo)¹⁰¹.

⁹⁷ Aclara el Tribunal que en este caso por contrato de 29 julio 1955, el padre de los litigantes donó determinados bienes al recurrente, «como mejora y, en su caso, libre disposición y anticipo de la legítima» y que por testamento de 23 enero 1959 dispuso en favor de sus tres hijas, además de los legados sobre cosas específicas, «del remanente de los tercios libre y de mejora» (Considerando Segundo).

⁹⁸ ECLI:ES:TS:1915:1406. En el caso de autos, los consortes Don Manuel y Doña Teresa, de una parte, y de otra su hijo Don Gerardo y Doña Manuela, otorgaron una escritura calificada por el notario de capitulaciones matrimoniales, por la que los padres le hacen una mejora y donación con la condición de que una vez efectuado el matrimonio de Don Gerardo y Doña Manuela irían a vivir con los padres del primero, «cuidándoles y asistiéndoles, [...], bajo pena de rescisión por el incumplimiento de dichas condiciones».

⁹⁹ ECLI:ES:TS:1930:2015.

¹⁰⁰ La razón de que procede la revocación está en que la mejorada, una vez casada, se ausentó del lado de sus padres, marchándose a América y no cuidándolos, ni sufragando los gastos de su funeral, condición, esta última, que como posterior a la muerte del padre, puede ser alegada por sus hijos que son continuadores de su personalidad. Advuértase que la donación y mejora estaban sujetas a las siguientes condiciones: «Que los mejorantes se reservan mientras vivan el uso y usufructo de los bienes y derechos a que la gracia y mejora alcancen; que la mejorada ha de vivir con ellos tanto en el estado de casada como en el de viuda, asistirles y cuidarles en sana salud y en enfermedades y funerales con arreglo a su clase. Con tales condiciones, ratifican la expuesta gracia y mejora y se obligan a no revocarlas».

¹⁰¹ Con cita y en aplicación de la doctrina de esa STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 5 de diciembre de 1930, la SAP Asturias 302/2003, Sección 4.ª, de 10 de julio (ECLI:ES:APO:2003:2764), resuelve un caso en el que se había establecido en capitulaciones matrimoniales una mejora, en la que ante el matrimonio que pretendían contraer el demandante y Dña. Trinidad, los padres del primero mejoraban a su hijo en la tercera parte de todos los bienes, derechos y acciones que cada uno de ellos dejare a su fallecimiento, añadiendo que «dichas mejoras quedan subordinadas a

En el Derecho civil de Galicia, como se ha estudiado en un apartado anterior, se regulan las disposiciones testamentarias especiales a favor del cuidador (ex arts. 203 y 204 LDCG); pero también se puede favorecer a los cuidadores mediante el pacto sucesorio de mejora (arts. 214 ss. LDCG¹⁰²), ya que la mejora puede estar subordinada a la obligación de cuidar al ascendiente otorgante del pacto o a terceros, no en vano, la LDCG prevé en su artículo 218 que la mejora sea ineficaz: «Además de por las causas que se convinieran¹⁰³, los pactos de mejora quedarán sin efecto: 1.º Si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas. [...]». Si al pacto se incorpora una persona con discapacidad, seguramente, lo más común será que dicha persona sea la perceptora de los cuidados, así que lo habitual será que uno de los otorgantes, cedente del bien o bienes, sea un ascendiente que celebra el pacto de mejora con uno de los descendientes al que mejora con la obligación de cuidar a la persona con discapacidad, probablemente, otro de los hijos, cónyuge, ascendientes del mejorante o bien, terceras personas, amigos, por ejemplo^{104 105}.

la obligación que al mejorado imponen de vivir en unión y compañía de los mejorantes o del que ellos sobreviva. De no cumplir el mejorado esta condición en su integridad, ambas mejoras quedarán sin efecto [...]». Se decía, por último, que «los futuros cónyuges, después de casados, vivirán en unión y compañía de los padres del novio, sin formar sociedad». Aclara el Tribunal que «Se está pues ante una mejora al hijo que va a contraer matrimonio y va a permanecer en la casa, relativamente frecuente en el campo asturiano, que muchas veces se combina con otros pactos sucesorios, relativos a la continuidad en la casería o a la constitución de una sociedad familiar». En lo que aquí interesa, se trata de una mejora claramente sometida a condición, referida a que el mejorado ha de vivir en unión y compañía de los mejorantes o el que de ellos sobreviva. Con la doctrina de la citada STS 5 diciembre 1930, se reconoce que pese a la dicción del artículo 827 del Código civil, del que parece desprenderse la irrevocabilidad de las mejoras realizadas en capitulaciones, nada impide que a instancia de los herederos se pueda resolver ese contrato cuando el mejorado hubiese faltado a las condiciones que se le hubiesen impuesto al hacerse la mejora, lo que parece consustancial con su carácter condicional. Pues bien, está acreditado en autos y reconocido por el propio demandante, que dejó de convivir con sus padres, con lo que parece en principio que esa condición no se cumplió. Además, la prueba revela que al menos en los últimos años mantuvo una actitud de enfrentamiento con su madre, recientemente fallecida en el curso de este procedimiento, puesta de relieve no solo por las expresivas contestaciones de esta en la prueba de confesión y su decisión de dejar sin efecto dicha mejora en el último testamento que otorgó, sino también por otros datos, como los litigios mantenidos frente a ella, la denuncia penal que esta formuló frente al demandante, o la conducta de este, a la que antes se hizo mención, reteniendo el capital percibido con motivo de una expropiación forzosa de bienes hereditarios, lo que difícilmente cabe armonizar con el espíritu de colaboración y ayuda que era inherente a la obligación de convivencia establecida en dicha mejora (FD Quinto).

¹⁰² Dispone el artículo 214 LDCG que «Son pactos de mejora aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos».

¹⁰³ Entre esas «causas que se convinieren», para que la mejora sea ineficaz, podrían estar el incumplimiento de la obligación de cuidado y asistencia de uno de los otorgantes o de terceros.

¹⁰⁴ Esta posibilidad de beneficiar a personas distintas de los otorgantes, por medio de la imposición de obligaciones o cargas, en concreto de cuidar, se observa en otras figuras jurídicas previstas por la LDCG, por ejemplo, en el contrato de vitalicio que «podrá constituirse en favor del cedente de los bienes o de un tercero» (art. 149.1 LDCG); o en el caso de las disposiciones testamentarias ordenadas bajo la condición de cuidar y asistir al testador; pero también de cuidar y asistir «a sus ascendientes, descendientes o cónyuge» (art. 204 LDCG).

¹⁰⁵ Otra de las demostraciones del alcance que en el Derecho civil de Galicia tienen los cuidados y asistencia prestados por la persona o personas que van a ser favorecidas y, tal vez, mejoradas en la herencia de sus ascendientes, está representado por instituciones de índole consuetudinarias, aunque positivizadas en la Ley de Derecho civil de Galicia, que son, primordialmente, además del pacto de mejora, una modalidad especial, la denominada «mejora de labrar y poseer». La mejora «de labrar y poseer» se regula, dentro del Capítulo dedicado a los pactos sucesorios (arts. 209 ss. LDCG), en los artículos 219 a 223 LDCG y la figura de «casar para casa», que se incardina en la llamada «compañía familiar gallega», institución regulada por la Ley de Derecho civil de Galicia (arts. 157 a 170). De nuevo, interesan estas instituciones propias de Derecho civil de Galicia, no solo por lo determinante de los cuidados en la atribución de la mejora, sino que también y por lo que importa a este estudio, por la relevancia de la interpretación de las disposiciones ordenadas por el causante. En este sentido, destaco, la norma general a cualesquiera pactos sucesorios del artículo 213 LDCG, a cuyo tenor «Las estipulaciones contenidas en los pactos de mejora que hagan referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas, como la casa, el casamiento para casa, la mejora de labrar y poseer, la compañía familiar o cualquier otra, habrán de ser interpretadas conforme a los usos y costumbres locales»; en correspondencia con el artículo 2.2 LDCG, que

El hecho de que, usualmente, la persona con discapacidad no sea uno de los otorgantes del pacto de mejora y sí beneficiario de los cuidados que se configuran como carga u obligación de la mejora a favor del cuidador, que sí es uno de los otorgantes, no empece la procedencia de valorar la incorporación de personas con discapacidad en el otorgamiento de pactos sucesorios, posibilidad hoy, *prima facie*, vedada, al menos por la Ley de Derecho Civil de Galicia, ya que su artículo 210 dispone que «Solo pueden otorgar pactos sucesorios las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar». También, el CC de Cataluña —Libro Cuarto, relativo a las sucesiones, Ley 10/2008, 10 julio—, establece tal prohibición, cuando en su artículo 431-4 comienza por disponer que «Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad y gozar de plena capacidad de obrar»¹⁰⁶. Por consiguiente, y a tenor de las citadas normas, una persona con discapacidad, aunque fuere mayor de edad, no podría otorgar en estos Derechos civiles autonómicos ningún tipo de pacto sucesorio¹⁰⁷.

A propósito del Derecho civil de Cataluña, su Código civil, con relación a la cuestión que nos ocupa, disposiciones sucesorias subordinadas a la prestación de cuidados, ya en el Preámbulo del citado Libro Cuarto, se reconoce, al referirse a los pactos sucesorios que «El tipo básico de pacto sucesorio implícito en el Libro Cuarto es un pacto con causa gratuita, en el que pueden imponerse cargas al favorecido, como por ejemplo la de cuidar a un otorgante que tenga la condición de causante de la sucesión y prestarle asistencia, así como la de hacer constar la finalidad que se pretende alcanzar con el otorgamiento del pacto» (apartado IV). En este sentido, dispone el artículo 431-6.2, al referirse a las cargas y finalidad del pacto sucesorio, que «Las cargas pueden consistir, entre otras, en el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros [...]»¹⁰⁸. Como se ha anticipado, para otorgar pactos sucesorios se requiere «plena capacidad de obrar» (art. 431-4). Pues bien, con fundamento en este último precepto, la STSJ Cataluña 20/2021, Civil y Penal, de 16 de marzo¹⁰⁹, declaró la nulidad de un pacto sucesorio otorgado con una hija por una testadora con capacidad modificada judicialmente, ya que, en síntesis, «[...] lo que no cabe, es prescindir de las previsiones legales encaminadas a preservar los intereses patrimoniales de las personas vulnerables sin sustituirlas por un sistema de soporte adecuado» (FD Cuarto); a pesar de que en el recurso de casación se apeló a la posible interpretación a futuro del artículo

dispone que «El derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan, así como con las leyes, los usos, las costumbres, la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega».

¹⁰⁶ Aunque, a continuación, precise que «Sin embargo, si un otorgante de un pacto sucesorio tiene solo la condición de favorecido y no le es impuesta ninguna carga, puede consentir en la medida de su capacidad natural o por medio de sus representantes legales o con la asistencia de su curador».

¹⁰⁷ Esta limitación de capacidad jurídica para otorgar pactos sucesorios no se observa en otros territorios en los que asimismo se prevé la delación de la herencia por pacto sucesorio, ya que, aunque sí se requiere la mayoría de edad, nada se dice respecto a la capacidad «de obrar», como hacen la LDCG y el Libro Cuarto del CC de Cataluña. Así, únicamente exigen mayoría de edad y no la «plena capacidad de obrar» para otorgar pactos sucesorios: la ley 173.1 del Fuero Nuevo de Navarra —Ley 1/1973, 1 marzo—; el artículo 378 del Código del Derecho Foral de Aragón —Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo—, o el artículo 100.3 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco —Ley 5/2015, 25 junio—.

¹⁰⁸ En aplicación del artículo 431-6 del CC de Cataluña, destaca la STSJ Cataluña 14/2022, Civil y Penal, de 24 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2022:3149). En el caso enjuiciado, sobre un pacto sucesorio de atribución particular, con la finalidad de recibir los otorgantes por parte de su sobrina «las atenciones debidas, de todo orden, personales y patrimoniales», quedando plasmados en el instrumento notarial (art. 431-6 CCCat), finalmente, se resolvió que «el incumplimiento de la carga impuesta justifica la posterior revocación del pacto», en atención a lo dispuesto por el artículo 431-14. 1.º.b) CCCat. Concluye el Tribunal que «En conclusión, la carga es una suerte de garantía de que se cumplirá con el pacto y, precisamente por ello, su incumplimiento permite al otorgante revocar el mismo» (FD Quinto). Obsérvese, además, cómo el Código civil de Cataluña, al regular la inhabilidad sucesoria, reconoce la posibilidad de favorecer a los cuidadores no solo en testamento notarial abierto, sino también en pacto sucesorio, en los términos previstos por el artículo 412-5.2.

¹⁰⁹ ECLI:ES:TSJCAT:2021:5121.

431-4 CC de Cataluña, a la luz de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad y, por consiguiente, la exclusión de la exigencia de la plena capacidad de obrar para otorgar el pacto sucesorio¹¹⁰.

Estimo que tal exigencia de «plena capacidad de obrar» para otorgar pactos sucesorios (ex arts. 210 LDCG y 431-4 Libro Cuarto CC Cataluña), no se compadece con la CNUDPD —Convención de Nueva York de 2006—, en particular, con su piedra angular, el artículo 12.2, que dispone que «[...] las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida»¹¹¹, ni con la Ley estatal, ya en vigor, la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica —que entró en vigor el día 3 de septiembre de 2021—¹¹². Por consiguiente, y ya centrándome en la regulación de la Ley de Derecho Civil de Galicia, a mi juicio el artículo 210 debería ser interpretado a la luz de la Convención de Nueva York de 2006 y de la Ley 8/2021¹¹³. La persona con discapacidad en Galicia podría otorgar pactos sucesorios,

¹¹⁰ En efecto, en el recurso de casación por interés casacional presentado por la defensa de la parte demandada se solicita que esta Sala en relación con el artículo 431-4 del CC de Cataluña declare como doctrina que, en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CNUDPD), «no procede ninguna exigencia relativa a tener que gozar de una plena capacidad de obrar para que las personas discapacitadas puedan ejercer todos sus derechos, en particular para que una persona declarada parcialmente incapaz, bajo régimen de curatela, pueda otorgar un pacto sucesorio» (FD Primero), aunque, como se aclara en el texto, finalmente, se declaró la nulidad del pacto sucesorio. Obsérvese como en otra STSJ Cataluña, de la misma fecha: STSJ Cataluña 19/2021, Civil y Penal, de 16 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2021:5437), sí se declara la validez, pero no de un pacto sucesorio, sino de un testamento otorgado por persona con discapacidad sensorial (problemas de visión), al aplicar los artículos 421-8 al 421-10 del Libro IV del CC de Cataluña. Se estima, en síntesis, que el testador podía realizar actos jurídicos con plena eficacia dado que la discapacidad sensorial que progresivamente fue afectando a su sentido de la vista no restringía su autogobierno pudiendo manifestar su voluntad consciente y libremente con la debida comprensión y discernimiento y así lo había hecho en anteriores ocasiones en actos dispositivos *inter vivos*: la presencia de dos testigos no resultaba imprescindible para validar el testamento: la situación no era equiparable jurídicamente a la del ciego en orden a su capacidad y formalidades para otorgar testamento aunque sus limitaciones visuales fuesen tan importantes que le impidieran leer si no era con aparatos especiales.

¹¹¹ Recuérdese que el artículo 96.1 de la Constitución dispone que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

¹¹² A falta de normativa *ad hoc* gallega, adaptada a la CNUDPD, sobre la capacidad para otorgar pactos sucesorios por las personas con discapacidad, puede recurrirse al Derecho estatal como derecho supletorio (ex art. 4.3 CC y art. 1.3 LDCG) y, aunque es sabido que el contrato sucesorio es un negocio jurídico de naturaleza *sui generis*, por su carácter híbrido entre la naturaleza contractual y la sucesoria, se puede, a mayor abundamiento, argumentar que según el Código civil, tras su modificación operada por la citada Ley 8/2021, las personas con discapacidad pueden contratar, como se infiere del actual artículo 1263 CC y, por lo tanto, celebrar contratos sucesorios en los territorios en los que esta forma de deferir la herencia se admita, como es el caso de Galicia.

¹¹³ Sería deseable una adaptación a la CNUDPD de la LDCG, aunque, en materia de Derecho de la persona, por ejemplo, todavía resuena el eco de la desafortunada declaración de nulidad por el Tribunal Constitucional de las disposiciones relativas a la autotutela en la LDCG. Recuérdese que por la STC (Pleno) 133/2017, de 16 de noviembre (BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017), se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los Títulos II (arts. 27 a 41) y III (arts. 42 a 45), de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, reguladores de la adopción y la autotutela, respectivamente, por extralimitación de la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio reconocida por el artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia, al regular *ex novo* [«codificación *ex novo*»] figuras jurídicas no integradas en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico gallego y no encontrarse en conexión con otras instituciones propias y características de dicho Derecho foral; vulnerando así, la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil derivada del artículo 149.1.8 CE. Sin embargo, el legislador catalán procedió, con carácter urgente, al ajuste de su ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York de 2006, por medio del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. En su Disposición final cuarta establece la previsión de que en un plazo de doce meses desde la entrada en vigor de este decreto ley se presentará un proyecto de ley de

siempre que sea mayor de edad, en ejercicio de su capacidad jurídica y la preservación del respeto por su voluntad, deseos y preferencias, en evitación de abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas puede encomendarse al notario autorizante del pacto sucesorio, ya que, como dispone el artículo 211 LDCG «Los pactos sucesorios habrán de ser otorgados en escritura pública. En otro caso el pacto no producirá efecto alguno». Obsérvese como la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, considera a los notarios como «un verdadero apoyo institucional» y, además, señala que «en el caso de la persona con discapacidad, el notario deberá ayudar a que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Se trata de un imperativo ético y legal [...]».

Los tribunales de justicia de Galicia han tenido ocasión de resolver algunos asuntos en los que el pacto de mejora incorporaba la obligación de cuidados y atención a uno de los otorgantes. En este sentido, la SAP Ourense 51/2015, Sección 1.ª, de 19 de febrero¹¹⁴ declaró la ineficacia de un pacto de mejora por incumplimiento de la condición de asistencia y cuidado a la cedente (madre del cesionario)¹¹⁵. Considera el Tribunal que, en este caso, se trata de un pacto de mejora celebrado entre la madre y dos de sus hijos, los aquí litigantes, sin la entrega del bien objeto de la mejora e imponiendo a los mismos la obligación de cuidar y asistir a la adjudicante desde que lo necesitare o reclamare hasta su fallecimiento; lo que constituye una condición suspensiva en los términos del artículo 1114 CC por remisión de los artículos 790 y 791 del mismo texto legal, de forma que solamente se adquirirá el derecho sobre el inmueble, si efectivamente se ha cumplido la condición, lo que concuerda con lo establecido en el artículo 218.1 LDCG, al señalar que, además de por las causas que se convinieren, los pactos de mejora quedarán sin efecto, entre otros supuestos, si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas (FD Tercero)¹¹⁶. Y añade que

modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Decreto-ley que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña (Disposición final quinta) —publicación en el DOGC, núm. 8493, de 2 de septiembre de 2021—.

¹¹⁴ ECLI:ES:APOU:2015:97.

¹¹⁵ Doña Zaida falleció el día 7 de noviembre de 2012, habiendo otorgado testamento abierto el 1 de febrero de 2010 en el que, además de legar a uno de los hijos Don José Ángel una serie de fincas, instituyó herederos a sus hijos Don Juan Ramón y Doña Elena, los aquí litigantes, bajo la condición de que «la cuiden debidamente, con arreglo a los usos del lugar, desde que la persona testadora lo manifestase y reclamase y hasta el momento de su fallecimiento; condición que se presumirá cumplida, salvo prueba en contrario. Los sustitutos quedarán obligados en igual condición. En caso de incumplimiento de la condición (el cual solo podrá acreditarse interponiendo la pertinente demanda en el plazo de dos meses desde el fallecimiento de la testadora) por alguno de los herederos hace este legado a aquél que lo cumpla». En la misma fecha de otorgamiento de testamento, la testadora y sus dos hijos Don José Ángel (sic) y Doña Elena, otorgaron escritura pública de pacto sucesorio de mejora, en virtud del que la mejorante, Doña Zaida mejoraba a los citados hijos adjudicándoles una casa unifamiliar, pactándose expresamente: «La mejorante impone a ambos mejorados, que asumen con carácter solidario, la obligación de cuidarla y asistirla desde que lo necesitare y reclamare y hasta el momento de su fallecimiento. La obligación de cuidado se presumirá cumplida *iures et iura* (sic) si no se interpone la demanda en vida de la mejorante o en el plazo de cuatro meses a contar desde el fallecimiento de la mejorante. La obligación de cuidado sí es compatible con que la mejorante aporte para ello algún dinero (v.gr. su pensión pública). Y se hace constar que los mejorados vienen cuidando a la mejorante desde hace más de 10 años». Con posterioridad a ello, el día 6 de septiembre de 2012, la mejorante compareció ante notario y realizó un acta de manifestaciones en la que después de relatar los antecedentes expuestos y efectuar algunas precisiones sobre los derechos que sobre el inmueble objeto del pacto sucesorio, declaró que «Que su citada hija Doña Elena no la cuidó ni asistió en modo alguno desde la formalización de dicho pacto, ni la cuida ni asiste en la actualidad», añadiendo que es su voluntad que sus derechos sobre la vivienda, la mitad indivisa, sean de su hijo Don Juan Ramón, el ahora demandante. En esta situación dicho demandante, tras aceptar la herencia, presentó, dentro del plazo de cuatro meses establecido en el pacto, la demanda a fin de que se deje sin efecto la mejora establecida a favor de su hermana por el incumplimiento de sus obligaciones.

¹¹⁶ Como reconoce el Tribunal, debe partirse de que la obligación de la demandada no se ceñía a prestaciones de subsistencia mínimas, económicamente evaluables, sino que trascendía el de mínimo material y abarcaban todo

pese a los términos en que se redactó el pacto sucesorio de los hechos posteriores se deduce que la interpretación correcta es que la obligación se constituyó con carácter mancomunado entre los hermanos. Se trata de una obligación divisible conforme al artículo 1151 CC; y en cuanto se trata de obligaciones de dar son obviamente susceptibles de cumplimiento parcial, así cada uno de los obligados mancomunadamente pueden procurar en parte los alimentos, ropa y vivienda; y en cuanto se trata de obligaciones de hacer, cada parte puede cuidar y asistir a la madre de forma parcial, esto es, dividiendo la prestación de hacer de acuerdo con el contenido obligacional mancomunado, con independencia de la dificultad relativa en el cumplimiento efectivo y práctico de esta clase de obligaciones (FD Tercero).

Sin embargo, en el supuesto enjuiciado por la SAP A Coruña 183/2020, Sección 4.^a, de 26 de mayo¹¹⁷, se desestima la nulidad de pleno derecho o, en su defecto, la ineficacia del pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes y reserva de usufructo; asimismo, se desestima la consideración de la actuación dolosa de los demandados dirigida a anular la voluntad de la testadora y neutralizar así el riesgo de que resolviese por indignidad la mejora o revocase sus disposiciones de última voluntad¹¹⁸. En la fundamentación jurídica de la demanda se menciona como aplicable al caso el apartado 3.º del artículo 218 LDCG con arreglo al cual los pactos de mejora quedarán sin efecto por incurrir el mejorado en causa de indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria y, si hubiera entrega de bienes, por ingratitud. Argumenta el actor que puesto que el pacto de mejora fue suscrito bajo condición de los cuidados que los mejorados debían prestar a la mejorante hasta su fallecimiento, el comportamiento «despiadado e inhumano» de los demandados anula la validez jurídica de la mejora convenida, arrastrando con ello al testamento «pues la mejora regulada en aquel pacto fue incluida en el testamento que doña Raquel suscribió en enero de 2013» (FD Primero)¹¹⁹. La pretensión de ser ineficaz la mejora

un campo de convivencia marcado por una relación afectiva, con permanentes cuidados y atención de todo orden. Por ello la cuestión del cumplimiento o incumplimiento de lo pactado no debe basarse en la estricta óptica económica o en la constatación de que la madre era autónoma y podía valerse por sí misma o tenía ciertas necesidades cubiertas por los servicios sociales del Ayuntamiento, sino en el análisis, a través de la correspondiente valoración probatoria, de si la hija propició ese marco de convivencia, afecto y seguridad a la madre, que constituyó la causa de contrato y que fue el fin perseguido, del que todas las personas se encuentran íntimamente necesitadas, sobre todo, a edades avanzadas, con las naturales limitaciones físicas que progresivamente van disminuyendo la propia capacidad de autogestión doméstica. En este sentido resultan determinantes las propias manifestaciones de la adjudicante, o cedente, vertidas en escritura pública de 6 de septiembre de 2012 en la que, en un acto que viene a ser una constatación de la existencia de la causa de extinción de los efectos del pacto, reconoce que su hija no ha cumplido las obligaciones asumidas, siendo su voluntad que los derechos que le correspondan en el inmueble objeto del contrato se adjudicasen únicamente al actor. Fue por el contrario el demandante el que se ocupó de atender a su madre y, cuando no pudo hacerlo, fue su esposa la que la cuidó, aunque fuese a cambio de una retribución pues tal posibilidad estaba ya prevista en el pacto suscrito. Por todo ello, estimándose correctamente valorada la prueba en la sentencia de instancia es procedente confirmar la misma en su integridad, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Elena.

¹¹⁷ ECLI:ES:APC:2020:833.

¹¹⁸ Don Demetrio y don Eduardo son los únicos hijos de doña Raquel, que falleció el 15 de agosto de 2016 en estado de viuda de don Mateo, fallecido en agosto de 2012. Don Demetrio demandó a su hermano Eduardo y al hijo de éste, don Eleuterio, para que se declare judicialmente la «nulidad de pleno derecho o en su defecto la ineficacia» del pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes y reserva de usufructo convenido entre doña Raquel y los demandados. Del contenido del pacto de mejora de 23 de abril de 2012, merced al cual doña Raquel mejoró a su nieto Eleuterio y a su hijo Eduardo adjudicándoles por partes indivisas la nuda propiedad de dos fincas de su propiedad privativa, en una de las cuales se encuentra la casa familiar y otras construcciones anejas, la demanda destaca la obligación impuesta a los mejorados en los siguientes términos: «Los mejorados quedan obligados a cuidar y atender de doña Raquel y a su esposo, como así lo vienen haciendo desde hace más de diez años, y a convivir con ellos hasta el fallecimiento de ambos. Esta obligación podrá ser cumplida por cualquiera de los mejorados, o por los dos conjuntamente».

¹¹⁹ En la estipulación Cuarta del testamento de 21 de enero de 2013, que rige su sucesión, doña Raquel estableció que las adjudicaciones de bienes que en el mismo instrumento notarial hizo a favor de sus dos hijos «se hicieran

y el testamento, abandonada ya en el recurso la alusión a la falta de capacidad de doña Raquel en el momento de otorgar los dos instrumentos sucesorios a que se refiere la demanda, se sustenta en la falta de prestación de los adecuados cuidados que le debían los dos mejorados (pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de 23 de abril de 2012) y el legatario y adjudicatario en el testamento-partición de 21 de enero de 2013, e incluso en la actuación dolosa de los demandados dirigida a anular la voluntad de la testadora y neutralizar así el riesgo de que resolviese por indignidad la mejora o revocase sus disposiciones de última voluntad. Pues bien, siendo ese el hecho constitutivo de la pretensión del demandante, lo cierto es que carece de sustento probatorio directo y suficiente. En tales circunstancias, la juez estaba obligada a desestimar la demanda (artículo 217. 1 y 2 LEC) como igualmente está el tribunal de apelación obligado a desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada (FD Tercero)¹²⁰.

En parecido sentido, la STSJ Galicia 27/2021, Civil y Penal, de 7 de octubre¹²¹, desestimó la acción de resolución del pacto de mejora sometido a la condición de que el cesionario le prestase «alimentos y cuidados en su más amplia acepción» a la cedente¹²². Aproximadamente, a los tres meses de otorgarse al pacto, en fecha de 1 de marzo de 2012, la cedente formula requerimiento al adquirente entendiendo que no cumple con sus obligaciones, al que se opone éste en fecha 7 de marzo oponiéndose al incumplimiento. En la misma fecha la cedente presenta denuncia ante la Guardia Civil alegando ser objeto de malos tratos físicos y psíquicos. En fecha 13/3/2013, ingresada en el Hospital Nicolás Peña de Vigo suscribe acta de manifestaciones constatando, por lo que ahora interesa, su voluntad de seguir tramitación judicial del expediente de resolución de la escritura de pacto de mejora. Sin embargo, dos meses después, en fecha de 9 de mayo de 2013, la cedente otorga testamento abierto en el que incluye como heredero al demandado en una finca, en pago de sus derechos legitimarios, pese a haber sido objeto de apartación (sic) anterior, e instituye heredera a la demandante. Finalmente, se desestima la acción de resolución del pacto de mejora, en aplicación del artículo 218.1 LDCG, con fundamento, en esencia, en que la cedente en ningún momento ejerció acción alguna de resolución del pacto de mejora. Antes, al contrario, y a pesar de que el demandado ya había sido objeto de apartación (sic), lo incluyó nuevamente como legitimario sin que, como acertadamente resalta la sentencia dictada en la instancia, se contemplase en el testamento causa alguna de indignidad para suceder o de desheredación, circunstancias éstas que alejan del acervo probatorio la conclusión de que la otorgante estaba contemplando en ese momento algún tipo de incumplimiento por parte de su hijo D. Pelayo (art.

en primer lugar para pago de las respectivas legítimas de los adjudicatarios, y en lo que excedan lo llevarán como mejora y legado. Sobre lo que su hijo Eduardo lleva y le ha sido adjudicado por encima de su legítima, le impone la condición de atender al cuidado y asistencia de la testadora, como así lo viene haciendo cuando lo necesita, desde hace más de treinta años, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales de la otorgante» (FD Tercero).

¹²⁰ Para resolver el caso el Tribunal consideró como especialmente relevantes las explicaciones del informe perito médico Sr. Teófilo acerca del control médico periódico a que estaba sometida doña Raquel, que razonablemente excluye la posibilidad de que estuviera recibiendo fármacos no prescritos; el testimonio del Sr. José Enrique, médico que le prestó atención domiciliaria hasta principios de 2016 y le prescribía y controlaba los medicamentos, a juicio del cual la señora estaba «perfectamente atendida»; o el del Sr. Jesús Manuel, podólogo que trataba en su consulta a doña Raquel desde 2011 y que a partir de mediados de 2015 la visitaba en su domicilio, que igualmente destaca que doña Raquel estaba bien atendida (FD Tercero).

¹²¹ ECLI:ES:TSJGAL:2021:5694.

¹²² Ante el Juzgado de Primera Instancia de Redondela D.^a Araceli formuló demanda contra D. Pelayo en ejercicio de acción de declaración de ineficacia de escritura de pacto de mejora otorgada en fecha 3/1/2012 en la cual D.^a Agustina transmitía a su hijo —el demandado— una finca reservándose el usufructo y con una condición resolutoria habida cuenta de que la cedente condicionaba la transmisión a que el demandado le prestase hasta su fallecimiento alimentos y cuidados en su más amplia acepción, en su propio domicilio o en el de la cedente. Señalándose de que en caso de incumplimiento de las obligaciones la cedente deberá requerir notarialmente al adquirente para que lo haga, volviendo la finca a poder de aquélla, si bien la resolución quedará enervada si en el plazo de un mes vuelve a cumplir con sus obligaciones o se opone a la resolución alegando no haber tenido lugar el incumplimiento.

218.3 LDCG) —FD Segundo—¹²³. Añade el Tribunal una importante observación al respecto del caso enjuiciado, que, como se ha anticipado, desestima la acción de resolución del pacto de mejora: «Todo ello en el contexto de que la regulación legal (arts. 214 y siguientes) dota de un presupuesto de irrevocabilidad al pacto de mejora (que la escritura ya recoge), a salvo de circunstancias convencionales —que no concurren— o legales, y que no son de revocación, sino de resolución o ineficacia, [...] que tampoco concurren» (FD Segundo).

Para concluir este apartado, estimo que un precepto que conviene traer a colación en esta parte del estudio es el controvertido artículo 251 CC¹²⁴. Para GARCÍA RUBIO¹²⁵, la prohibición de recibir liberalidades también parece incluir los actos *mortis causa* realizados por la persona con discapacidad beneficiando a su persona de apoyo¹²⁶, sostiene la autora que la aplicación textual del artículo 251.1º CC impediría que la persona con discapacidad celebrase un pacto sucesorio con la persona que le presta apoyo (que no sea de origen voluntario y solo en el caso de que se trate de un curador representativo). A mi juicio, no puede desconocerse que los pactos sucesorios están proscritos, con carácter general del texto codificado, luego, no parece que estuviese en la *mens legislatoris* el propósito de extender el ámbito de aplicación del precepto a tal forma de deferir la sucesión. Por otra parte, no es de recibo que una norma del Código civil español (el art. 251 CC) alcance con su prohibición a una institución, la de los pactos sucesorios, cuya interdicción se proclama, en principio, en el Código civil (ex art. 1271.2.º), en contraposición a los Derechos históricos en los que sí se ha dado carta de naturaleza a la institución hereditaria contractual. Todo sin perjuicio de que el artículo 251 CC, dada su naturaleza prohibitiva, oriente a una interpretación restrictiva, recuérdese le viejo brocardo «odiosa sunt restringenda». Además, como es sabido, con carácter general, para su validez los pactos sucesorios, han de otorgarse en escritura pública (por todos, art. 211 LDCG y art. 431-7.1 CCCat), así que la intervención del notario será, no solo el apoyo institucional preciso, sino también la salvaguardia para evitar posibles captaciones de voluntad. Pues bien, ya que el presente trabajo no se ocupa únicamente de las personas con discapacidad con necesidad de apoyos, sino también de supuestos en los que no exista la provisión de apoyos y, en general, de personas vulnerables, respecto de las cuales no entra en juego el sistema de apoyos, se excluiría la aplicación del artículo 251 CC, que dirige expresamente la prohibición que dispone «a quien desempeñe alguna medida de apoyo».

¹²³ Se aprecia por el Tribunal que el cuidado de la madre se desenvolvió, para toda la familia, en un entorno conflictivo, con problemas de convivencia continuos, y un nuevo enfoque del cuidado con fundamento en el testamento otorgado, en esta ocasión a cargo de la demandante. Pero lo relevante para todo ello no es si estas circunstancias de conflicto ya eran conocidas para el demandado en el momento de aceptar el pacto de mejora, pues, aunque así fuera, ello no añadía obligación alguna colateral a las asumidas en la escritura de pacto de mejora.

¹²⁴ El artículo 251.1.º CC prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo: «Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor». Creo que, al tratarse de una de las *disposiciones generales* de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, su ámbito puede resultar peligrosamente amplio. En efecto, el artículo 251 CC tiene su encaje sistemático en el Capítulo I (*Disposiciones generales*), del Título XI (*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*), en el Libro I (*De las personas*).

¹²⁵ GARCÍA RUBIO, «Comentario al artículo 251 del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 241.

¹²⁶ Sin embargo, para DÍAZ MARTÍNEZ, el precepto tiene por objeto únicamente las liberalidades *inter vivos*. DÍAZ MARTÍNEZ, «Incapacidad para heredar» (Capítulo 32), en LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRRELL/EGUSQUIZA BALMADEA/LÓPEZ SIMÓ (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, p. 948.

5. Otras disposiciones *mortis causa* que garantizan la asistencia económica a personas con discapacidad

5.1. La sustitución fideicomisaria de residuo a favor de hijos con discapacidad sobre el tercio de legítima estricta de los demás legitimarios y el valor preponderante de la voluntad del testador (ex arts. 782, 808 y 813 CC)

Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, el ascendiente que quisiera favorecer especialmente a alguno de sus hijos o descendientes en situación de discapacidad, podía disponer a su favor, como máximo, del tercio de libre disposición, del de mejora y de la porción que le correspondiese en el tercio de legítima estricta; a partir de la reforma operada por dicha Ley, puede, además, establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, y aclaraba el artículo 808.3.º CC: «siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos»¹²⁷. Precisaba, MARTÍN MELÉNDEZ, que con la reforma de los artículos 782, 808 y 813 CC, el legislador buscaba favorecer al hijo o descendiente incapacitado a través de la *suavización* del límite a la libre disposición *mortis causa* de su ascendiente que implica la presencia de la legítima estricta a favor de los legitimarios y decía «suavización», y no supresión, porque el mecanismo elegido para beneficiar al incapacitado (la sustitución fideicomisaria) no le permite disponer en su favor y sin ninguna limitación, de todo el tercio de legítima estricta, sino solo atribuírselo temporalmente (en principio, hasta el momento de su muerte), de modo que los legitimarios no incapacitados reciban de forma definitiva, aunque sea aplazadamente, la porción legitimaria que les corresponda¹²⁸.

La Ley 8/2021, 2 junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, modifica, de nuevo, los artículos 782, 808 y 813 CC, si bien continúa la esencia de la reforma anterior en el sentido de que la intangibilidad de la legítima sigue teniendo como límite legal la posibilidad de gravarla con una sustitución fideicomisaria en favor de los hijos que estén en situación de discapacidad¹²⁹.

El nuevo texto ya no deja dudas sobre qué legitimarios pueden ser fiduciarios: solo los hijos, y ello, aunque habiendo premuerto, concorra algún nieto con discapacidad¹³⁰. En efecto, si en la

¹²⁷ Como concluyó DÍAZ ALABART, la reforma de la Ley 41/2003 en el ámbito sucesorio realmente no amplía genéricamente la libertad del testador que sigue sin poder disponer libremente de los dos tercios de su herencia. Únicamente le permite, en el supuesto de legitimarios discapacitados o descendientes legitimarios incapacitados, alterar, de diferentes maneras, la cuantía de la cuota legal que corresponderá a unos o a otros. DÍAZ ALABART, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil -Mercantil*, núm. 3, 2006 (BIB 2006\385) —en línea—.

¹²⁸ MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 21.

¹²⁹ La situación de «discapacidad», a la que se refieren, en concreto los artículos que interesan a este apartado del estudio, 782 y 808 CC, ha de entenderse en el sentido que señala el apartado primero de la Disposición Adicional Cuarta del Código civil, modificada por la tan citada Ley 8/2021, de 2 de junio: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». *In extenso*, remisión a la nota a pie número 179.

¹³⁰ Como puntualiza DÍAZ ALABART, si el abuelo deseara favorecer a su nieto con discapacidad viviendo sus padres, puede hacerlo además de con el tercio de libre disposición con el de mejora. DÍAZ ALABART, «Derecho de sucesiones

anterior redacción, el artículo 782 CC, como fiduciarios, se refería a «un hijo o descendiente judicialmente incapacitado»; el actual 782 CC, únicamente incluye como beneficiarios «uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad»¹³¹. Estimo que, ya que se admite la tangibilidad de la legítima, bien podría haber pensado el legislador en extender el beneficio a otros legitimarios, como los ascendientes o el cónyuge del testador en situación de discapacidad.

Por consiguiente, de la lectura de los artículos 782, 808 y 813 CC se infiere que los únicos *beneficiarios*, como fiduciarios, son únicamente los hijos, personas con discapacidad y las personas *gravadas* en su legítima estricta, fideicomisarios, pueden serlo cualesquiera legitimarios, ya que el párrafo cuarto del artículo 808 CC se refiere a la legítima estricta de «los demás legitimarios» sin discapacidad, aunque el párrafo quinto del citado artículo aluda al «hijo» que impugne el gravamen de su legítima estricta. En la anterior redacción del precepto, también se consideraba como fideicomisarios a «los coherederos forzosos».

Frente a la regulación anterior, según la que el tipo de sustitución fideicomisaria que se establecía como gravamen sobre el tercio de la legítima estricta (ex antiguo art. 808.3.º CC), era, en terminología de LÓPEZ LÓPEZ, la forma «típica» de sustitución fideicomisaria, es decir, la sustitución que supone obligación de restituir el todo o parte de la herencia, en el texto vigente del artículo 808 CC se permite expresamente la sustitución fideicomisaria *de residuo*¹³². Y como decía LÓPEZ LÓPEZ, «la de residuo tiene como presupuesto la indeterminación en la cuantía, y aun en la misma existencia del sobrante de los bienes hereditarios»¹³³. Por tal razón, no extraña que algún autor, considere que, dados los amplios términos en los que se puede configurar una sustitución fideicomisaria de residuo, podemos estar ante una suerte de «desheredación encubierta» del resto de los legitimarios¹³⁴.

Ahora bien, si es verdad que la concesión del legislador de 2021, frente al del 2003, de admitir el gravamen sobre la legítima estricta de los demás legitimarios, en favor del hijo o hijos en situación de discapacidad, a través de una sustitución fideicomisaria *de residuo*, no quiere decir

y discapacidad», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 225.

¹³¹ Aunque el artículo 808 CC, al que se remite el artículo 782 CC, al principio del párrafo cuarto alude, con carácter general, a «los legitimarios» en situación de discapacidad; en el mismo párrafo, se refiere luego al «hijo beneficiado».

¹³² Sustitución fideicomisaria de residuo que permite, como es sabido, el párrafo segundo del artículo 783 CC, en la que el testador, fideicomitente, dispensa, en todo o en parte, al fiduciario del deber de conservar la herencia para que en su día la reciba íntegra el fideicomisario. En efecto, el artículo 783.2.º CC, después de disponer que «El fiduciario está obligado a entregar la herencia al fideicomisario, [...]», deja a salvo «el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa» y, precisamente, en este último inciso, se encuentra el fundamento de la admisión de la sustitución fideicomisaria de residuo en el Código civil.

¹³³ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1955, t. VIII, fascículo III, p. 786.

¹³⁴ En este sentido se pronuncia APARICIO VAQUERO, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 570. Desheredación «encubierta», que había rechazado DÍAZ ALABART, pero con relación a la regulación anterior, de la Ley 41/2003, que únicamente permitía el gravamen con una sustitución fideicomisaria típica, porque, como señalaba la autora, el precepto nada decía sobre el tipo de fideicomiso, entonces, entendía la autora, «es seguro que podrá ser el fideicomiso normal, en el que el fiduciario tiene la obligación de conservar [...]. De admitirse el fideicomiso de residuo, podría convertirse en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios; [...]». DÍAZ ALABART, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil -Mercantil*, núm. 3, 2006 (BIB 2006\385) —en línea—.

que el gravamen pueda dejar de ser una sustitución fideicomisaria, aunque el precepto deje a salvo la «disposición contraria del testador», que entiendo que se refiere al modo de configurar la sustitución fideicomisaria de residuo y que considero que puede ser como fideicomiso de *si aliquid supererit* (de lo que quede, si es que queda algo, que puede no quedar)¹³⁵, sobre todo, en atención al paso que ha dado el legislador en 2021, ya que parece querer que el fiduciario, persona con discapacidad, tenga las más amplias facultades dispositivas, eso sí, con limitaciones a las facultades dispositivas del fiduciario que no podrá «disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*» (art. 808.4.º *in fine* CC). Aunque algún autor estime que la «disposición contraria del testador», lo puede ser no solo a la forma en que se constituya ese fideicomiso «sino a su propia existencia, disponiendo de la legítima de los demás en favor del hijo con discapacidad como único destinatario de la misma en calidad de simple heredero»¹³⁶. Comparto la opinión de DÍAZ ALABART, cuando precisa que como al heredero normal, «al fideicomisario de residuo, se le quiere por heredero siempre. Y de tal modo también en el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, en el que tomará bienes si quedan, y no si no, [...]»¹³⁷.

En definitiva, creo que el gravamen será siempre el de una sustitución fideicomisaria, si se acude tanto a una interpretación histórica (art. 3.1 CC), ya que los artículos 782 y 808.2.º CC, se referían expresamente al gravamen de la legítima por medio de una sustitución fideicomisaria, como si se acude, en el texto vigente, a una interpretación sistemática (art. 3.1 CC) de los artículos 782 y 808.4.º CC. Además, el propio legislador parece que ha querido limitar, de algún modo, las facultades dispositivas, al prohibir al fiduciario, persona con discapacidad, que pueda disponer «ni a título gratuito ni por actos *mortis causa*» (art. 808.4.º *in fine* CC), sin perjuicio del alcance que quiera darle el testador a dicha sustitución fideicomisaria¹³⁸.

De nuevo, la interpretación de la *voluntas testatoris* alcanza una significación especial en este ámbito¹³⁹. Como dijo la antigua RDGRN 23 julio 1924, aunque solo fuere como *obiter dictum*, Códigos civiles como el nuestro, «conceden a la voluntad del testador en las sustituciones de tipo fideicomisario admitidas y en los legados asimilables un valor preponderante» (Considerando

¹³⁵ Como es bien sabido, la voluntad del testador puede configurar el fideicomiso de residuo (ex art. 783.2.º *in fine* CC), de muy diferentes formas, las más conocidas: la citada sustitución fideicomisaria de residuo de *si aliquid supererit* y, la otra, la sustitución fideicomisaria de residuo de *eo quod supererit*. En relación a esta distinción, destaco, por todas, la conocida STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 7 de enero de 1959 (ECLI:ES:TS:1959:107), al considerar que en la sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit* (si queda algo), el testador (fideicomitente) faculta al fiduciario «a disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán en su día lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia» y que en la sustitución fideicomisaria de residuo de *eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), «en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel» (Considerando Primero).

¹³⁶ APARICIO VAQUERO, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 571.

¹³⁷ DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 216 y 217.

¹³⁸ La Jurisprudencia, al analizar un caso de sustitución fideicomisaria de residuo *si aliquid supererit*, con facultades de disposición limitadas a los actos *inter vivos* a título oneroso y al mecanismo de la subrogación real respecto del correspondiente de la disposición realizada, se ha referido a la «finalidad conservativa del fideicomiso, *siempre acorde con la voluntad querida por el testador*» —la cursiva es añadida—. STS, Sala 1.ª de lo Civil, 624/2012, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:9156).

¹³⁹ No en vano, no he descuidado el alcance en las sustituciones fideicomisarias de residuo de la interpretación de la voluntad testamentaria, al dedicar una parte importante de una obra a «La interpretación de la voluntad testamentaria: singular relevancia en los negocios jurídicos *mortis causa* que incorporen sustituciones fideicomisarias o usufructos de disposición», pp. 104 a 162: NIETO ALONSO, Antonia, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, La Ley, Madrid, 2014.

Segundo)¹⁴⁰. Por eso, convengo con Don Manuel ALBALADEJO, al estudiar la sustitución fideicomisaria de residuo, que es, en definitiva, la que autoriza el tan citado artículo 808.4.º CC, y sus posibles configuraciones (*de si aliquid supererit* y *de eo quod supererit*), cuando resalta la «Necesidad de que conste la voluntad de dispensar el deber de conservación en el aspecto que sea», y declara de forma terminante que, puesto que, salvo dispensa del testador, la sustitución fideicomisaria encierra el deber de conservar toda la herencia (o legado) fideicomitido: «mientras no aparezca la *voluntad dispensadora*, hay que estimar que no existe»¹⁴¹.

5.2. El derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad (ex art. 822 CC)

La reforma operada en el Código civil por la Ley 41/2003, 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, incorpora una relevante novedad en el Código civil español, al no existir ninguna norma civil que favoreciese directamente a la persona con discapacidad con un derecho de habitación, derecho recogido por el artículo 822 CC, que reconoce el derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de persona con discapacidad legitimaria, que, como en la actual regulación, puede ser constituido de dos maneras, a saber: voluntariamente (mediante donación o legado [primer párrafo]), o por ministerio de la ley (segundo párrafo)¹⁴². De nuevo, se reforma el precepto, aunque de forma imperceptible, por la Ley 8/2021¹⁴³. En ambos supuestos, el párrafo tercero de la norma declara el derecho intransmisible y, según el párrafo cuarto, tal derecho no impide, en su caso, el reconocimiento al cónyuge de los derechos de adquisición preferente en la liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1406 y 1407 CC), que coexistirán con el de habitación¹⁴⁴. Destaca de la previsión de la norma

¹⁴⁰ *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* de 1924, pp. 257-265. Don Jerónimo LÓPEZ, al estudiar la sustitución fideicomisaria de residuo, reconocía que «La voluntad de testador puede originar multitud de variantes». LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1955, t. VIII, fascículo 3, p. 786.

¹⁴¹ Aclara el autor que lo dicho debe entenderse razonablemente «y aplicando las reglas normales sobre interpretación de voluntad», por ejemplo, si se autorizó al fiduciario a disponer a título gratuito de bienes fideicomitidos, normalmente, salvo datos en contra, hay que estimar que también está autorizado a disponer a título oneroso. Pero no al contrario. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil V Derecho de sucesiones* (séptima edición), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 277 y 278.

¹⁴² Asimismo, por medio de la Ley Foral 21/2019, 4 abril, se modifica el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo), en particular, la ley 425 del Fuero Nuevo, que con la rúbrica «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual de las personas con discapacidad o dependencia», dispone en su párrafo primero que «Tendrán derecho de habitación sobre la vivienda habitual los ascendientes o descendientes con discapacidad o dependencia que convivan en la misma con su titular en el momento de su fallecimiento siempre que este no hubiere previsto de otra forma cubrir la necesidad de vivienda de dichas personas o lo hubiera excluido expresamente» y puntualiza en el párrafo segundo que «El derecho reconocido en esta ley coexistirá con los derechos que sobre ella correspondan a otras personas conforme a lo previsto en la presente Compilación, concede a su titular la facultad de ocupar dicho inmueble para sí y para los que con él convivan con la exclusiva finalidad de satisfacer su necesidad de vivienda y no podrá ser objeto de arrendamiento».

¹⁴³ Para averiguar el alcance del artículo 822 CC, es preciso conocer lo que se entiende por «persona con discapacidad», para eso, procede recurrir a lo dispuesto por el apartado primero de la Disposición Adicional Cuarta del Código civil, modificada por la tan citada Ley 8/2021, de 2 de junio: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». Ampliamente, remisión a la nota a pie número 179.

¹⁴⁴ Parece como si el legislador diese respuesta a las consideraciones del Tribunal Supremo, que, aunque refiriéndose, más en concreto, al derecho de uso, pueden extrapolarse al derecho de habitación, en la STS 808/2001, Sala 1.ª de lo Civil, de 26 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6626), cuando ya vaticinaba, si convenía especular si en la dogmática moderna en su aplicación a la vida comunitaria y negocial era posible mantener «ese clasicismo

que el derecho de habitación sobre la vivienda habitual reconocido a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, «no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella». Como advierte la doctrina, todos aquellos derechos de habitación constituidos a favor de un legitimario con discapacidad, que no lo hagan, como dice el artículo 822 CC, a través de una donación o de un legado, sino, por ejemplo, por medio de una compraventa o una permuta, serán válidos, pero en estos casos estaremos hablando de un derecho de habitación ordinario de los artículos 523 y siguientes del Código civil, «por lo que no quedará exento del cómputo de la legítima del habitacionista»¹⁴⁵.

Derecho de habitación sobre la vivienda habitual que podrá disfrutar el legitimario en situación de discapacidad lleva aparejado implícitamente su derecho a convivir en la vivienda con la familia¹⁴⁶, entendida en el más amplio sentido, como dice la doctrina, con las personas que «normalmente» deben convivir con el favorecido por este derecho, que incluiría, además del cónyuge a la pareja de hecho¹⁴⁷. También hay que pensar, en su caso, en la inclusión en ese ámbito familiar de la persona que realiza la función de «apoyo» a la persona con discapacidad y, de ser el caso, al animal de compañía que precise o facilite su vida cotidiana¹⁴⁸.

La constitución de este derecho sea voluntaria (art. 822.1.º CC) o por ministerio de la ley (art. 822.2.º CC), al ser un derecho real limitativo del dominio, ha de ser exigida por el beneficiario. De concurrir varios legitimarios que reúnan las condiciones previstas por la norma, podrían ser cotitulares del derecho. Derecho de habitación que se extingue por muerte del habitacionista y por el resto de las causas previstas por los artículos 513 y 529 CC¹⁴⁹.

a. La constitución voluntaria del derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad por medio de donación o de legado

El derecho de habitación sobre la vivienda habitual puede constituirse voluntariamente, mediante una donación o bien un legado, que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad, que «no se computará para el cálculo de las legítimas si

en la figura secular del derecho de uso, o cabe ensanchar su alcance o contenido con previsiones fijadas de antemano en su título constitutivo [...]» (FD Quinto). Doctrina recogida por la SAP Ávila 50/2019, Sección 1.ª, de 5 de febrero (ECLI:ES:APAV:2019:35).

¹⁴⁵ En este sentido, BOTELLO HERMOSA, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 51.

¹⁴⁶ No en vano, el artículo 524.2.º CC, concede al que tiene derecho de habitación la facultad de ocupar en la casa las piezas necesarias para sí «y para las personas de su familia».

¹⁴⁷ DÍAZ ALABART, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil -Mercantil*, núm. 3, 2006 (BIB 2006\385) —en línea—. Téngase en cuenta la tan reiterada y significativa STC (Pleno) 222/1992, de 11 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993), que reconoció que «Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39) [...]. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural [...]» (FJ 5).

¹⁴⁸ Obsérvese la importante previsión de una Ley gallega: La *Ley de personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia de Galicia* (Ley 10/2003, de 26 de diciembre), que, precisamente, tiene por objeto «[...] garantizar, en la Comunidad Autónoma de Galicia, a toda persona que como consecuencia de su discapacidad haya de ser acompañada de un perro de asistencia su derecho a acceder, deambular y permanecer con él en cualquier lugar, establecimiento o transporte de uso público, con independencia de su titularidad pública o privada» (art. 1.1).

¹⁴⁹ Ampliamente, en relación con este particular derecho de habitación del que resulta beneficiario un legitimario, persona con discapacidad, APARICIO VAQUERO, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 559-583.

en el momento del fallecimiento ambos estuviesen conviviendo en ella». La donación requiere la aceptación del donatario, por sí solo o, en su caso, con la asistencia de la figura de apoyo pertinente (arts. 618, 623, 629, 630 CC) y dado que se constituye un derecho real sobre bien inmueble, debe formalizarse en escritura pública (art. 633 CC). Además, tal donación podrá ser revocada únicamente en los casos tipificados por el Código civil (arts. 644 a 653 CC); el derecho de habitación también puede constituirse por acto *mortis causa*, por medio de legado, en cuyo caso, el derecho quedará constituido tras la muerte del testador, su revocabilidad estará garantizada hasta la muerte del testador.

El objeto del derecho de habitación es sobre la vivienda habitual. Entiendo que la persona con discapacidad beneficiaria de este derecho podrá ocupar toda la vivienda, si fuese necesario o, al menos, «las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia» (ex art. 524.2.º CC) —la cursiva es añadida—¹⁵⁰. Además, considero que la previsión del párrafo segundo del artículo 822 CC, dispuesto para la constitución por ministerio de la ley de tal derecho, es extensible al párrafo primero, es decir, si la constitución es voluntaria (por donación o por legado), el titular del derecho «no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten». Ha de tratarse de la vivienda «habitual», en la que convivan el causante con el favorecido, legitimario en situación de discapacidad; no puede constituirse el derecho sobre segundas residencias. En todo caso, el requisito de la convivencia debería flexibilizarse, sobre todo, para favorecer la independencia de la persona con discapacidad, si en el momento del fallecimiento del causante, el legitimario no estaba conviviendo con él en la vivienda habitual, siempre que necesitase la vivienda familiar, por ejemplo, porque en la que vivía de forma independiente no la disfrutaba en propiedad.

El beneficiario, persona con discapacidad, ha de ser un «legitimario», hijos o descendientes del titular de la vivienda, el cónyuge viudo y, si faltan los hijos o descendientes, los padres o ascendientes. Dándose la paradoja, como observó DÍAZ ALABART, que cuando se protege a los ascendientes con discapacidad, «es en la situación en que más protegidos estaban ya; cuando tienen la condición de legitimarios»¹⁵¹. En la constitución voluntaria del derecho, no se requiere, como sí ocurre en la constitución por ministerio de la ley (párrafo segundo art. 822 CC), que el beneficiario «lo necesite»¹⁵². Ahora bien, a mi juicio, no procedería el disfrute de este particular derecho de habitación sobre la vivienda habitual por el legitimario, persona con discapacidad, si el donante o el testador, titular de la vivienda, al donar o legar, hubiesen condicionado la atribución de tal derecho a la situación de «necesidad» del donatario o legatario legitimario en situación de discapacidad y el legitimario beneficiario no se hallase en dicha situación «de necesidad».

b. El derecho de habitación atribuido por ministerio de la ley a favor del legitimario con discapacidad

El párrafo segundo del artículo 822 CC regula la constitución por ministerio de la ley del derecho de habitación del legitimario, persona con discapacidad, sobre la vivienda habitual del causante titular de la vivienda, siempre que el causante titular de la vivienda y el legitimario beneficiario

¹⁵⁰ Obsérvese como los artículos 1406 y 1407 CC —normas previstas para la liquidación de la sociedad de gananciales— a los que se remite expresamente, cualquiera que sea el tipo de constitución del derecho de habitación, el párrafo cuarto del artículo 822 CC, prevén un derecho de atribución preferente al cónyuge viudo de la vivienda (en su totalidad), incluso en propiedad (en concreto, arts. 1406.4.º y 1407 CC).

¹⁵¹ DÍAZ ALABART, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil -Mercantil*, núm. 3, 2006 (BIB 2006\385) —en línea—.

¹⁵² Sin embargo, DÍAZ ALABART, extiende la exigencia de la necesidad al primer párrafo, ya que se trata de un régimen extraordinario en perjuicio de los colegitimarios, que «no tendría justificación si no solventase una necesidad». DÍAZ ALABART (*ibidem*).

del derecho en el momento del fallecimiento del causante «estuvieren conviviendo en ella», con la misma consecuencia de la no computación para el cálculo de la legítima. Así, aunque el causante no haya constituido voluntariamente el derecho de habitación a favor del legitimario en situación de discapacidad, por vía de donación *inter vivos* o *mortis causa*, o por legado, se le atribuirá *ministerio legis*. Eso sí, «a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente», como dice el párrafo segundo del artículo 822 CC.

En este caso, de constitución *ex lege* del derecho de habitación, respecto de la constitución voluntaria (ex art. 822.1.º CC), como se observa en la lectura del párrafo segundo del citado precepto, se añade un doble requisito: el primero, que el legitimario «lo necesite» [el derecho de habitación] y, el segundo, que el testador no hubiere dispuesto otra cosa ni lo hubiera excluido expresamente. Aunque el tenor del precepto se refiere a la sucesión testada, comparto la opinión doctrinal que extiende esta atribución *ex lege* del derecho de habitación, en los mismos términos previstos por el artículo 822 CC, a la sucesión intestada¹⁵³. Como se ha anticipado, la situación de «necesidad» del legitimario habitacionista, no se requiere para la constitución voluntaria del derecho (párrafo primero del art. 822 CC), sin perjuicio de que, a mi juicio, pueda, o bien en la donación o en el legado, condicionarse la atribución a la situación de necesidad. En fin, concuerdo con la jurisprudencia que, aunque con referencia al típico derecho de habitación (arts. 523 a 529 CC) —pero que estimo consideraciones extrapolables a este particular derecho de habitación (ex art. 822 CC)—, propugna, «meditar» si por el título constitutivo (fuente prevalente de su contenido [ex art. 523 CC]), «se innoven» las exigencias relativas a la «necesidad» y al concepto de «familia», para incorporar una noción de «necesidad»: «desprovista de ese designio de subsistencia» y «por supuesto, que la comunidad destinataria no tenga que encerrarse en ese núcleo familiar»¹⁵⁴.

5.3. La protección patrimonial indirecta a las personas con discapacidad por medio de la fiducia *mortis causa* prevista en el artículo 831 del Código civil

Entre las disposiciones testamentarias que pueden redundar en beneficio de la persona con discapacidad está la facultad conferida en forma de fiducia sucesoria por el causante a su cónyuge o a la persona con la que tenga descendencia común, aunque no estén casados entre sí (apartado 6 del art. 831 CC)¹⁵⁵.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, introduce en su Exposición de Motivos una alusión explícita, como beneficiarias de la fiducia sucesoria, a «las personas con discapacidad» —aunque no aparezca esta referencia explícita en el texto del precepto—: «Se reforma el artículo 831 del Código civil, con objeto de introducir una *nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con*

¹⁵³ APARICIO VAQUERO, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 582.

¹⁵⁴ STS 808/2001, Sala 1.ª de lo Civil, de 26 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6626), FD Quinto, doctrina reiterada por la SAP Ávila 50/2019, Sección 1.ª, de 5 de febrero (ECLI:ES:APAV:2019:35), FD Tercero.

¹⁵⁵ Obviamente, no se descuidarán en el trabajo las oportunas referencias a la figura homóloga a la tipificada por el artículo 831 CC (tradicionalmente: «delegación de la facultad de mejorar») que ha desenvuelto pormenorizadamente el legislador gallego, a través del denominado «Testamento por comisario», regulado por los artículos 196 a 202 LDCG. En el Derecho civil de Cataluña, se regulan detalladamente, en el Libro Cuarto, relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio), como «Disposiciones fiduciarias», tanto «La designación de heredero por fiduciario» (arts. 424-1 a 424-10), como la institución de «Los herederos y legatarios de confianza» (arts. 424-11 a 424-15).

*discapacidad*¹⁵⁶. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, *lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad*. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí¹⁵⁷ —la cursiva es añadida—. Al comentar el nuevo artículo 831 CC, tras la reforma por la Ley 41/2003 citada, ROCA GUILLAMÓN, estima que no se ha creado figura nueva alguna, «sino que se ha recurrido a una ya existente, aunque quizás no bien conocida», que «tras «remozarla, se le reconoce una función añadida como instrumento de protección del discapacitado»¹⁵⁸.

Aunque en el texto del precepto (art. 831 CC), no mencione a «las personas con discapacidad», convengo con la atinada observación de DÍAZ ALABART, cuando afirma que «Queda claro que la interpretación del nuevo texto del art. 831 CC debe hacerse tomando en consideración el beneficio de los discapacitados, aunque no aparezcan mencionados en su letra». Para la autora, si entre los descendientes del testador hay personas con discapacidad, «estamos ante uno de los supuestos en que mayor sentido pueda tener el delegar en el cónyuge viudo las facultades del art. 831 CC» y concluye que «La Ley 41/2003 tiene como fin el favorecer a las personas con discapacidad, aunque ello signifique una merma de los derechos de los colegitimarios». DÍAZ ALABART, incluye entre las facultades del cónyuge delegado supérstite la de constituir un fideicomiso sobre la legítima estricta —recuérdese que la Ley 41/2003 introduce, en beneficio de las personas con discapacidad, que el testador pueda establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta (ex art. 808.3 CC [hoy, art. 808.4.º CC])—¹⁵⁹. A mi juicio, el artículo 831 CC, puede ser instrumento útil, no solo por existencia de personas con discapacidad, sino también de personas vulnerables, máxime cuando en el propio precepto no se hace una referencia explícita a «personas con discapacidad», luego, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Una facultad que incluida entre las que el cónyuge supérstite, como fiduciario delegado puede ejercitar, que le permitirá más libertad de actuación en el momento de decidir a cuál de los descendientes atribuye bienes en detrimento de los demás y, en particular, facilita el fortalecimiento del descendiente persona con discapacidad, es la de liquidar la sociedad de

¹⁵⁶ Aclara esta calificación de «indirecta» de la protección dispensada por esta figura jurídica (ex art. 831 CC), FLORENSA, porque se trata de una ventaja atribuida al cónyuge: «lo que puede hacer directamente el causante». FLORENSA I TOMÀS, «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 CC», en BELLO JANEIRO (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pp. 118 y 119.

¹⁵⁷ Apartado VII, d).

¹⁵⁸ ROCA GUILLAMÓN, «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código civil -Ley 41/2003)», en GONZÁLEZ PORRAS y MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 4284.

¹⁵⁹ DÍAZ ALABART, al estudiar «El impacto de la modificación del art. 808.3 Cc en la facultad concedida al cónyuge supérstite de mejorar a los hijos o descendientes comunes (art. 831 Cc)», en «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2004, en especial, pp. 268 y 269. Para la autora, «Si el testador puede constituir ese fideicomiso, ¿por qué no va a poder hacerlo también el cónyuge superviviente?». Sigue la misma doctrina en: «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2006 (BIB:2006\385) —en línea—.

gananciales¹⁶⁰. La cuestión se planteó por la SAP Madrid 461/2015, Sección 12.ª, de 30 de diciembre de 2015¹⁶¹, que resolvió que el cónyuge puede liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales; consideró la Sentencia que no estamos ante un supuesto de autocontratación, pues se trata de una facultad concedida al cónyuge por el propio artículo 831 CC. Al comentar este fallo y desde la experiencia notarial, ESPÍNEIRA SOTO, realiza la siguiente observación: dada la postura de la citada Sentencia, caben dos vías para afrontar esta cuestión en los testamentos si bien se inclinó, «por razones de prudencia», por la segunda: Cláusula 1ª.- El testador faculta a su cónyuge para liquidar la sociedad de gananciales sin intervención de los herederos y legitimarios y salva cualquier posible conflicto de intereses que se pudiese percibir en la formación de inventario, avalúo, liquidación de la sociedad de gananciales, en su caso, y en la ejecución de cuantas facultades se le confieren en el presente testamento. Cláusula 2ª.- El testador nombra a ** y en defecto de éste a **, contador-partidor, con la exclusiva función de liquidar la sociedad de gananciales si el viudo-fiduciario se lo pide¹⁶².

Recientemente, se ha dado una respuesta positiva a esta facultad del fiduciario por la RDGSJFP 7553/2022, de 20 de abril¹⁶³, al disponer que «En definitiva, las amplias facultades del fiduciario no se entienden si no se incluye la facultad de liquidar los bienes comunes unilateralmente, con excepción de la colisión de intereses; en otro caso, el precepto puede, por lo que se refiere a las facultades, quedar vacío de contenido. De acuerdo con esta interpretación, el viudo podrá liquidar por sí solo la sociedad conyugal, y, como además puede satisfacer las legítimas con sus propios bienes (esos propios bienes pueden ser los resultantes de la liquidación de la sociedad conyugal), tiene unas facultades enormes»¹⁶⁴.

Desde la órbita notarial, ESPÍNEIRA SOTO observa como en Derecho civil estatal esta institución no solo se emplea como modo de protección de un hijo con discapacidad; de hecho, la regulación sustantiva no hace referencia alguna a este supuesto por lo que no existe inconveniente en hacer uso de este precepto para cumplir otros objetivos; tiene encaje cómodo esta institución en la orientación seguida por las reformas de los Derechos sucesorios de nuestro entorno en las cuales se aúna a una mayor libertad de testar, el fortalecimiento de la posición del cónyuge sobreviviente que pasa a ser gestor del patrimonio familiar, cónyuge al que se atribuye en nuestro Estado, generalmente, el usufructo universal/gerencial. Concluye la notaria, con la que convengo, que «Esta delegación a favor del supérstite combinada con el legado de usufructo

¹⁶⁰ VALLET niega esta posibilidad, al pronunciarse sobre la facultad de distribuir del cónyuge viudo, que «no comprende la facultad de liquidar la sociedad conyugal». VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 831 del Código civil», en ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XI. *Artículos 806 a 857*, Madrid, Ediciones de Derecho Reunidas (EDERSA), 1982, p. 417.

¹⁶¹ ECLI:ES:APM:2015:18377. Adviértase que el recurso de casación contra esta SAP Madrid 461/2015, ha sido resuelto por la STS 293/2019, Sala 1.ª de lo Civil, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1634), pero la cuestión relativa a la validez de la liquidación de gananciales no fue recurrida en casación.

¹⁶² ESPÍNEIRA SOTO. Inmaculada, «Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil»: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinanotarial/varios/reflexiones-practicas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>, de 22 de mayo de 2016 [última consulta: 20.02.2023].

¹⁶³ RJ 2022\3559.

¹⁶⁴ MARINO PARDO, al referirse a esta RDGSJFP, plantea la cuestión de si la facultad del fiduciario de liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales incluye casos de cónyuges casados en régimen de separación con bienes en proindiviso, a su juicio, que comparto: una interpretación flexible de la norma justificaría que el cónyuge con facultades delegadas adjudicase por esta vía la totalidad del bien proindiviso. MARINO PARDO, «Algunas cuestiones generales sobre la fiducia sucesoria o delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2015», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2017/06/algunas-cuestiones-generales-sobre-la.html>, 8 de junio de 2017 [última consulta: 20.02.2023].

universal de viudedad, es *arma poderosa*¹⁶⁵. Hasta que el cónyuge supérstite ejercite sus facultades, *toda su vida*, no se sabe qué descendientes serán designados, ni la concreta cuota de cada hijo/descendiente; por tanto, no cabe hablar de gravamen o de vulneración de la *intangibilidad cualitativa* de la legítima puesto que, por expresa disposición de la Ley, que así se lo permite al causante, la fijación de la legítima en el supuesto de que la cuota de un hijo, por la voluntad del cónyuge sobreviviente, se concretase en ella, «está retardada» y «se retarda» su pago, además, la autora realiza una práctica precisión, a saber: «Se prevé en el testamento una disposición alternativa para el supuesto de conmorienencia de los cónyuges, premorienencia del cónyuge fiduciario o no ejercicio de las facultades por parte de éste»¹⁶⁶.

Además, tal fiducia sucesoria puede incorporar los cuidados, no solo a la persona con discapacidad, o vulnerable, sino también al propio cónyuge fiduciario. Piénsese, por ejemplo, que el cónyuge supérstite, al ejercitar su facultad, atribuye bienes o derechos a uno de los hijos comunes, con la condición o, en su caso, modo o carga, de cuidar a su hermano, persona con discapacidad, condición que puede configurarse como resolutoria. En este sentido, la RDGRN 3546/2020, de 18 de diciembre¹⁶⁷, después de reconocer que «[...], las facultades de este delegado o fiduciario del artículo 831 del Código civil son enormes», entre las facultades que destaca incluye, precisamente, que el fiduciario «puede hacer atribuciones sujetas a modo o carga» (FD 7)¹⁶⁸. Además, ya que la facultad de mejorar y distribuir la herencia entre los descendientes comunes puede ser vitalicia, durante toda la vida del cónyuge viudo, en esta situación de interinidad, puede seguir disfrutando de los bienes del difunto y de los suyos propios, dilatando la liquidación de la sociedad conyugal.

En efecto, es posible que el cónyuge supérstite fiduciario realice mejoras o atribuciones —para lo que está facultado por el art. 831 CC— condicionadas a que lo cuiden, porque, como se ha anticipado, entre sus facultades está, como dice el Centro Directivo, la de sujetar las atribuciones a modo o carga, que puede ser de cuidar. Destaco la opinión al respecto de FLORENSA, cuando al estudiar esta facultad prevista por el artículo 831 CC, apunta una interesante perspectiva para la comprensión del precepto: al admitir que la figura puede tener por objetivo no tanto proteger al descendiente con discapacidad o no, como al cónyuge supérstite «frente al eventual proceder de los descendientes comunes [...], la posibilidad de que el cónyuge supérstite sea quien determine el destino de parte de la herencia de su cónyuge difunto le puede garantizar una mejor atención

¹⁶⁵ Obsérvese como no resulta infrecuente la atribución, junto con la facultad testatoria del usufructo universal, sobre todo, tratándose de causantes con vecindades civiles correspondientes a Derechos autonómicos con Derecho civil propio. Así, en un caso de un causante con vecindad civil foral vasca, además del poder testatorio concedido de forma vitalicia, legó a su esposa el usufructo universal y vitalicio de todos los bienes de la herencia —RDGRN 18 diciembre 2019 (RJ 2020\801)— y en un supuesto de causante de vecindad civil gallega, tras legar a su esposa el usufructo universal vitalicio dispuso a su favor un poder testatorio que podía ejercitar *inter vivos* y *mortis causa* hasta su fallecimiento —RDGSJFP 7553/2022, 20 abril (RJ 2022\3559)—.

¹⁶⁶ ESPÍNEIRA SOTO, «Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil»: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinanotarial/varios/reflexiones-practicas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>, de 22 de mayo de 2016 [última consulta: 20.02.2023].

¹⁶⁷ RJ 2020\801.

¹⁶⁸ No en vano, el negocio jurídico *mortis causa* constituye el principal campo de aplicación de las *modalidades accesorias* (de la condición, el término y el modo), como dispone el artículo 790 CC «Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición». Por lo que atañe a la institución modal, como señala LACRUZ, «A veces una atribución *mortis causa* al heredero o legatario entraña, a través de estos, pero por orden e imposición del causante, un beneficio a terceras personas o un servicio a intereses personales del atribuyente o el propio sucesor». LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís (et al.), *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (5.ª ed.), Bosch, Barcelona, 1993, p. 283.

en la última etapa de su vida, sobre todo si él es el discapacitado [...]»¹⁶⁹. Así pues, el hecho de que el causante haya delegado en el fiduciario *facultades enormes* de mejorar y de realizar las más amplias atribuciones, asegura que los descendientes comunes no pueden descuidar su buen comportamiento, mediante atenciones y cuidados al fiduciario supérstite, porque, en otro caso, con toda probabilidad, no serán destinatarios finales de la mejora o de las atribuciones. Por algo, GARCÍA GOYENA, al comentar el precepto considerado como precedente del artículo 831 CC, el artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851¹⁷⁰, señalaba que los efectos de la cláusula eran «muy saludables», porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la «disciplina doméstica»¹⁷¹.

La LDCG permite otorgar el poder testatorio en capitulaciones matrimoniales (art. 197 LDCG)¹⁷², mientras que, en el Código civil, tras la reforma por la tan citada Ley 41/2003, únicamente puede otorgarse en testamento. Como observa ESPÍNEIRA SOTO, en la práctica notarial gallega, artículo 200. 2 LDCG¹⁷³, si el viudo hace uso de sus facultades por acto *inter-vivos* y adjudica los bienes de la sociedad conyugal disuelta a un descendiente o a más de uno —no es necesario que comparezcan en la escritura los no adjudicatarios— se hace constar, habitualmente, que lo hace en cuanto a una mitad en su calidad de comisario, en ejercicio de las facultades encomendadas por el cónyuge difunto, en escritura denominada de atribución de bienes en ejercicio de la fiducia y en cuanto a la otra mitad por su propio derecho, como donación o como pacto sucesorio. Bajo el soporte documental de una escritura pública se formaliza un negocio unitario complejo en el que se unen una adjudicación o atribución dispositiva y una donación o pacto sucesorio. Advierte la notaria que lo usual, no obstante, es que las facultades las ejercite el comisario en su testamento en el que dispone, además, de su propio patrimonio ordenando, de ordinario, una partición conjunta y unitaria¹⁷⁴.

Como límites al poder testatorio concedido al cónyuge supérstite —o, en su caso, a la persona con descendencia común (ex art. 831.6 CC), o a la pareja de hecho (ex DA Tercera LDCG)—,

¹⁶⁹ FLORENSA I TOMÀS, «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 Cc», en BELLO JANEIRO (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 119.

¹⁷⁰ Norma que permitía pactar válidamente en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pudiese el viudo o viuda que no hubiese repetido matrimonio «distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el difunto».

¹⁷¹ GARCÍA GOYENA, «Comentario al artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851», *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, p. 357.

¹⁷² Las capitulaciones matrimoniales, como ocurre en el Código civil (art. 1327), como dice la Ley gallega, «deberán formalizarse necesariamente en escritura pública» (art. 173 LDCG), la intervención notarial supondrá una garantía, en especial, si se otorgan por persona con discapacidad, ya que en capítulos intervendrá necesariamente el otro cónyuge y una eventual medida de apoyo y, respecto de estas últimas, puede haber abusos, conflicto de intereses o influencias indebidas, por lo que el notario será la salvaguardia idónea. Recuérdese que con la Ley 8/2021, se deroga el artículo 1330 CC, que limitaba la facultad de otorgar capítulos al «incapacitado», precepto suprimido por el artículo 2.55 de la citada Ley.

¹⁷³ Dispone el artículo 200 LDCG que «1. El comisario podrá adjudicar los bienes del difunto: 1.º En acto particional inter vivos, total o parcial, determinando el título por el que los bienes se atribuyen. Las adjudicaciones inter vivos, unilaterales o no, serán irrevocables, transmitiendo la propiedad y posesión de los bienes por la aceptación del hijo o descendiente. 2.º Por actos mortis causa, sea en testamento otorgado por el cónyuge en condición de comisario del causante o sea en testamento por el que el comisario dispone además de sus propios bienes. Las adjudicaciones hechas en testamento serán revocables. 2. Las adjudicaciones podrán comprender no sólo bienes privativos del causante, sino también de la disuelta sociedad de gananciales. Si las adjudicaciones comprendieran bienes de la sociedad de gananciales se imputará su valor por la mitad a los respectivos patrimonios».

¹⁷⁴ ESPÍNEIRA SOTO, «Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil»: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinanotarial/varios/reflexiones-practicas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>, 22 de mayo de 2016 [última consulta: 20.02.2023].

además, de que las facultades delegadas se circunscriban a los hijos y descendientes comunes, se exige el respeto, tanto a las disposiciones que haya realizado el causante, como a la legítima estricta (ex art. 831.3 CC). En este sentido, la LDCG, dispone en su artículo 198 que «Además de las legítimas, en el ejercicio de la facultad testatoria el comisario habrá de respetar las disposiciones del cónyuge atribuyente». Ahora bien, como observa ESPINOSA DE SOTO, la exigencia legal de respetar las legítimas hay que entenderla en clave del sistema de legítimas que la propia Ley regula, ya que el sistema de legítimas que regula la LDCG implica un cambio cualitativo importante respecto al Derecho civil estatal, porque si bien en el Código civil se puede hablar con propiedad de una limitación a la facultad de disponer (art. 806 CC), ya que se recoge una legítima del tipo *pars bonorum*, la legítima de los descendientes en la LDCG se configura como un derecho de crédito del que ha de responder el heredero, tanto si lo paga en bienes de la herencia como si lo abona en dinero —incluso en metálico extrahereditario [arts. 246 y 248 LDCG]—: «En este sentido puede decirse que en la ley vigente toda la herencia es de libre disposición, *sin perjuicio de las legítimas*, entendiendo este sin perjuicio como la responsabilidad personal por la deuda legitimaria». Al aplicar esta configuración de las legítimas a la institución del testamento por comisario, concluye que el comisario podrá organizar la distribución de los bienes del causante con plena libertad de adjudicación, abarcando la totalidad de la herencia sin necesidad de reservar cuota alguna a los legitimarios y la adjudicación de los bienes lleva inherente la carga de pagar las legítimas por valor de una cuarta parte, con responsabilidad del heredero¹⁷⁵.

Una cuestión que resulta recurrente en doctrina y jurisprudencia es la relativa al momento del pago de la legítima estricta de los descendientes comunes, cuando se hace uso del poder testatorio del artículo 831 CC. Destaco la STS 293/2019, Sala 1.ª de lo Civil, de 24 de mayo¹⁷⁶, al estimar que en aplicación de los principios del sistema sucesorio del Código civil, hay que resaltar que la legítima estricta (entre otros, arts. 806, 808 y 815 CC) constituye un derecho básico del legitimario cuyo pago no puede quedar sujeto a plazo por el testador, salvo en los casos que expresamente lo disponga la propia norma. Supuestos, entre otros, del artículo 1056 CC, caso de la preservación indivisa de una explotación, o del artículo 844 CC, caso del pago de la legítima en metálico. Así, concluye que «En consecuencia, en el presente caso, una vez abierta la sucesión del causante, tras su fallecimiento [...], disuelta y liquidada la sociedad de gananciales con las correspondientes adjudicaciones a la viuda y a la masa hereditaria, y determinada la cuantía de la legítima estricta [...], procede el pago de esta sin excepción de plazo alguno [...]». Desde la perspectiva del Derecho civil de Galicia, destaco la opinión de ESPINOSA DE SOTO, cuando al estudiar la situación de interinidad de la herencia en tanto en cuanto no se ejercite por el comisario la facultad testatoria (ex art. 201 LDCG) y al plantearse la cuestión de si pueden los legitimarios reclamar las legítimas, estima que el responsable de su pago es el heredero, que además tiene reservada en exclusiva la decisión sobre si paga en metálico o en bienes de la herencia; por lo tanto, dice, mientras no haya herederos designados la reclamación contra ellos no es posible y concluye que «Por lo tanto el hecho de que la herencia esté en administración es suficiente para imponer el aplazamiento de la posible reclamación de las legítimas»¹⁷⁷.

5.4. La dispensa de colación de los gastos para cubrir las necesidades especiales de hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad (ex art. 1041.2.º CC)

¹⁷⁵ ESPINOSA DE SOTO, «Comentario a los artículos 196 a 202 LDCG: Del testamento por comisario», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 842 y 843.

¹⁷⁶ ECLI:ES:TS:2019:1634. Doctrina que se reitera en la RDGRN 3546/2020, de 18 de diciembre (RJ 2020\801) y en la RDGSJFP 7553/2022, de 20 de abril (RJ 2022\3559).

¹⁷⁷ ESPINOSA DE SOTO, «Comentario a los artículos 196 a 202 LDCG: Del testamento por comisario», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 862-864.

Uno de los instrumentos jurídicos que favorecerán a la persona con discapacidad es la dispensa de colación establecida legalmente por el párrafo segundo del artículo 1041 CC, si bien se circunscribe únicamente a hijos o descendientes con discapacidad. El precepto trae su origen de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que, en su Exposición de Motivos, aclara que «Se introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 del Código civil a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad» (apartado VII, e).

La norma, de nuevo, es objeto de modificación por la Ley 8/2021¹⁷⁸, dispone el artículo 1041 CC en su párrafo primero que «No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre» y en su párrafo segundo que «Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad»¹⁷⁹. Como observa TORRES GARCÍA, aunque los dos apartados se encuentren ubicados en el mismo precepto, los gastos contemplados en uno y en otro difieren, «pero no son incompatibles», ya que ante un hijo o nieto con discapacidad, cubiertas las necesidades del párrafo primero con la obligación de alimentos, es menester que se atienda «pero ya sin los parámetros de cuantía y necesidad, artículo 146 CC, a todas aquellas que por la discapacidad que sufre vienen requeridos y que pueden suponer desembolsos extraordinarios de ahí que vengan acompañadas de la calificación de especiales, lo que no impide que sean habituales y diversas»¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Artículo segundo, apartado cuarenta y tres de la Ley 8/2021.

¹⁷⁹ La comprensión del precepto requiere conocer el concepto de «discapacidad» al que alude el párrafo segundo del artículo 1041 CC, por la remisión que a la norma hace la nueva Disposición Adicional Cuarta del Código civil —modificada por el artículo 2, apartado sesenta y siete—, al disponer que «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». Por consiguiente, hay que acudir al artículo 2.2 de la Ley 41/2003, que considera que «A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento». También existe una remisión a la Ley 39/2006, y como señala su Exposición de Motivos: «El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía». Los grados II y III de dependencia a los que se refiere la citada DA Cuarta CC, se describen en el artículo 26.1 de la Ley 39/2006, que con la rúbrica «grados de dependencia», considera como Grado II (apartado b): la «Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal» y como Grado III (apartado c): la «Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal». Ampliamente, en relación con el alcance de la reforma del precepto, APARICIO VAQUERO, «Comentario al artículo 1041 CC», en GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ (dirs.) y VARELA CASTRO (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 593-600. La doctrina cita como ejemplos de gastos habituales: la adquisición de un vehículo adaptado o las reformas de la vivienda. Así, REPRESA POLO, «Comentario al artículo 1041 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Serie Derecho de la discapacidad* (vol. III), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 968.

¹⁸⁰ TORRES GARCÍA, «La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos y descendientes discapacitados», en BELLO JANEIRO (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 364.

La doctrina es pacífica al considerar que el artículo 1041 CC no es una excepción a la regla general de obligación de colacionar, porque esta se aplica a las liberalidades que el causante hubiera hecho en vida, mientras los gastos relacionados en dicho precepto no son liberalidades¹⁸¹, sino que proceden del cumplimiento de la obligación de prestar alimentos (art. 142 CC), bien por razón de minoría de edad del alimentista o por su estado de necesidad.

Convengo con DÍAZ ALABART cuando, al referirse a la redacción dada por la Ley 41/2003 al artículo 1041.2.º CC, no entendía bien por qué no se ha extendido la no colacionabilidad de gastos para cubrir necesidades de los discapacitados cuando son cónyuge o ascendientes del causante¹⁸². La nueva redacción del precepto por la Ley 8/2021 fue una oportunidad perdida, ya que sigue sin incluir entre los beneficiarios de la no colación a cónyuge y ascendientes, y solo alude expresamente a hijos y descendientes, respecto de padres y ascendientes. Ahora bien, estimo que podría salvarse ese olvido del legislador, de no incluir los gastos de cónyuge y de ascendientes del causante en situación de discapacidad, por medio del primer párrafo del citado precepto, que no establece límites subjetivos entre legitimarios y, en especial, por el amplio alcance de la norma, que incluye los gastos de alimentos (y es sabido el concepto omnicomprendivo de alimentos [ex arts. 142 ss. CC]) y de «curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias»¹⁸³. Así es que sigo reivindicando, la necesaria inclusión en el ámbito de la norma de las personas vulnerables, para así, no sujetar a colación los gastos realizados para cubrir las necesidades de personas «en situación de vulnerabilidad»¹⁸⁴.

6. La función del notario como apoyo institucional e intérprete de la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad o vulnerables

En el modelo de apoyos que instaura la Ley 8/2021, si hay una figura decisiva es la del notario. El reconocimiento definitivo de su papel esencial se produce con la Circular informativa 3/2021 de

¹⁸¹ Aunque sí lo son los «regalos de costumbre» a los que alude el artículo 1041 CC, pero en este caso, la razón de no traerlos a colación es que su cuantía no sea elevada, en consideración a la posición socioeconómica de quien los da y de quien los recibe. Ampliamente, con relación a esta cuestión, DÍAZ ALABART, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2006 (BIB:2006\385) — en línea—.

¹⁸² DÍAZ ALABART, *ibidem*.

¹⁸³ Párrafo primero del artículo 1041 CC que fue el que, en definitiva, se aplicó, en el caso enjuiciado por la SAP Castellón 75/2005, Sección 3.ª, de 11 de febrero (ECLI:ES:APCS:2005:137), para no colacionar los gastos realizados por la hija del causante (ciego y al que se le había amputado una pierna), ya que aun dada su situación de discapacidad, por tratarse de un ascendiente, no procedería la aplicación del párrafo segundo de la norma.

¹⁸⁴ Al mismo tiempo, creo que debe procederse con cautela en la aplicación del párrafo segundo del artículo 1041 CC; pero sin favorecer una aplicación restrictiva de la norma, como ocurrió en el caso resuelto por la SAP Málaga 426/2017, Sección 5.ª, de 6 de septiembre (ECLI:ES:APMA:2017:2507), que estimó la procedencia de la obligación de colacionar, por no constar que determinadas transferencias bancarias realizadas en beneficio de una legítima fueran para dar cobertura a «necesidades especiales por razón de discapacidad», como exige el artículo 1041.2.º CC, ya que «el hecho de la discapacidad no es suficiente para que todo gasto relacionado con esa persona quede fuera de la colación». No obstante, en el Auto AP Cádiz 229/2016, Sección 2.ª, de 1 de septiembre (ECLI:ES:APCA:2016:696A), a pesar de la oposición de los hermanos y de la madre de la persona con discapacidad, que habían interesado la inclusión en el inventario de los bienes del causante el valor o los propios bienes de su sobrina y nieta, respectivamente (su padre, persona con discapacidad, había fallecido solo cuatro días antes que el causante de la herencia). Se aplica el párrafo segundo del artículo 1041 CC, estima el Tribunal que no parece que haya demasiados problemas para identificar la disposición de una vivienda a falta de otro medio para procurarse la habitación con una necesidad especial: «De admitirse la tesis que ha quedado expuesta, el problema se trasladaría de la dispensa de colación a la innecesidad legal de colacionar bienes (o atribuciones patrimoniales indirectas) hechas a favor de discapacitados, siempre con el mismo resultado cara a la resolución del presente litigio» (FD Primero).

la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, que considera a los notarios como «un verdadero apoyo institucional»; además, añade que: «No hay que olvidar que el apoyo notarial constituye un cauce para el ejercicio de un derecho fundamental como es la capacidad jurídica vinculado a la dignidad de la persona humana. Estamos ante una cuestión de derechos humanos».

Estimo que el notario es, no solo, como como dice la Circular 3/2021, un «verdadero apoyo institucional», sino, además, una *salvaguardia* de la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, para evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas.

Si desde la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio) fue muy destacado el papel protagonista del notario, significativamente en el ámbito del Derecho de familia¹⁸⁵; pero, también, en el Derecho de sucesiones¹⁸⁶, que es el que nos ocupa en este trabajo, la intervención notarial en los más diversos actos y negocios familiares y sucesorios se incrementa a raíz de la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

La intervención del notario en el Derecho de sucesiones de las personas vulnerables y con discapacidad resulta inestimable, tanto como medida de apoyo institucional como de salvaguardia. Es función esencial del notario en el nuevo sistema la de posibilitar la toma de decisiones y, a la postre, la de emitir un juicio de capacidad natural, juicio especialmente sensible en el actual modelo. En tal sentido, comparto las consideraciones de la citada Circular 3/2021, del Consejo General del Notariado, cuando, además de señalar que «en el caso de la persona con discapacidad, el notario deberá ayudar a que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Se trata de un imperativo ético y legal [...]», declara que «la previsión relativa al testamento de la persona con discapacidad del artículo 665 CC» —que dispone que «El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole»—, «es aplicable con carácter general a todo otorgamiento».

Es un hecho constatado que a lo largo de la trayectoria vital de las personas con discapacidad o de las personas vulnerables son numerosos los actos que demandarán la conveniencia de la intervención del notario, bien sea como apoyo o como salvaguardia¹⁸⁷. En efecto, son

¹⁸⁵ En efecto, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria incorporó la posibilidad de que el notario, titular de la fe pública extrajudicial, intervenga, no solo en el momento de la autorización del matrimonio, a través de la tramitación del acta previa a la celebración del matrimonio (arts. 51.1 CC y 58.2 LRC) —véase la Instrucción DGSJFP de 3 de junio de 2021, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios—; sino también en el de su celebración (arts. 51.2 CC y 58.1 LRC); asimismo, destaca la intervención notarial ante las crisis matrimoniales, ya que cuando la separación o el divorcio son consensuales, pueden ser tramitados por el notario en los términos dispuestos por los artículos 82 y 87 CC. Siguiendo en el ámbito del Derecho de familia, puede interesarle a la persona con discapacidad otorgar capitulaciones matrimoniales, negocio para el que está perfectamente facultada por la desaparición de la interdicción que le impedía contratar (art. 1263 CC) y en coherencia con la supresión del artículo 1330 CC; capitulaciones, que requieren, como es sabido, forma constitutiva: el otorgamiento de escritura pública (arts. 1327 CC y 173 LDCG) y, otra vez, aquí será crucial la presencia del notario, por el previsible conflicto de intereses que podría existir, por ejemplo, al otorgar capitulaciones matrimoniales, cuando una de las partes sea una persona con discapacidad, en cuyo caso, el notario, además de «apoyo institucional» puede ser la pertinente salvaguarda frente a los posibles abusos del otro cónyuge o del propio titular del apoyo.

¹⁸⁶ En este ámbito, del Derecho de sucesiones, es bien conocida la ampliación que con la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio) se opera en el alcance del acta notarial de notoriedad, como título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro, para la declaración de herederos abintestato de descendientes, ascendientes, cónyuge, pareja de hecho y colaterales hasta el cuarto grado (arts. 14.1 Ley Hipotecaria y 55.1 Ley del Notariado).

¹⁸⁷ La intervención notarial, de nuevo, resulta decisiva por ser el artífice de las actas notariales de notoriedad. Al respecto de este tipo de instrumento notarial, ya había resaltado, al estudiar el acta notarial de notoriedad, «la

considerables los actos, o bien los negocios jurídicos, que requerirán para su validez el otorgamiento de escritura pública notarial. Piénsese, por ejemplo, que la persona, en previsión de una discapacidad, se decanta por medidas voluntarias de apoyo y decide otorgar poderes preventivos o designar un curador (autocuratela), cuya constancia requiere escritura pública (arts. 260 y 271 CC, respectivamente). Todo sin perjuicio de que el notario pueda recabar la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales (en los términos previstos por los arts. 56.2 CC y 25 LN). Asimismo, la intervención notarial será imprescindible, si se aplica la legislación gallega, así, por ejemplo, al otorgar disposiciones testamentarias especiales (relativas a los cuidados, ex arts. 203 y 204 LDCG); o en el otorgamiento de un pacto de mejora (por ejemplo, con la condición de cuidar), pacto sucesorio que deberá formalizarse en escritura pública (art. 211 LDCG) y, también, si se otorga una facultad testatoria, designando comisario¹⁸⁸, poder testatorio otorgado al comisario, tanto en capitulaciones matrimoniales como en testamento (art. 197 LDCG), capítulos y testamento, negocios para cuya validez se requiere presencia notarial —arts. 173 y 183 LDCG—.

Por lo demás, el notario, además de «verdadero apoyo institucional», como reconoce la tan citada Circular 3/2021, puede ser la *salvaguardia* precisa para, como dice la Convención de las Naciones

conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico» —NIETO ALONSO, «El acta notarial de notoriedad: la conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico. Algunas de sus aplicaciones frecuentes y relevantes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 770, 2018, pp. 3003 a 3069—. Pues bien, la citada Circular informativa 3/2021 de la comisión permanente del Consejo General del Notariado, resalta la función notarial en el nuevo modelo de la discapacidad como «verdadero apoyo institucional» y concede un papel decisivo al acta notarial al destacar, por ejemplo, que «parece recomendable que el notario refleje, en su caso, en la correspondiente acta su colaboración o apoyo para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones. [...]», y continúa señalando que «tratándose de guarda de hecho voluntaria, será aplicable la recomendación anteriormente realizada en el sentido de reflejar la prestación del apoyo en acta notarial». Y, por si fuera poco el valor reconocido a las actas notariales de notoriedad, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en este contexto de disposiciones testamentarias subordinadas a la condición de cuidar, les reconoce expresamente un «valor probatorio», a efectos de acreditar el cumplimiento (o incumplimiento) de una condición (de cuidar a la testadora), en este sentido, se pronunció la RDGRN 7882/2016, de 13 de julio (RJ 2016\5250) y, con fundamento en esa Resolución, la RDGRN 10994/2016, de 27 de octubre (RJ 2016\6043), afirma que «Es doctrina de este Centro Directivo [...], que puede determinarse si se ha cumplido la condición [en el caso resuelto, de cuidados a la causante] mediante el acta de notoriedad recogida en el artículo 209 del Reglamento Notarial» (FD 3). En el caso de esta RDGRN de 27 de octubre de 2016, debe decidirse en el expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren, en esencia, las circunstancias siguientes: las disposiciones testamentarias de la causante son que para el caso de que la testadora fallezca en su domicilio y esté al cuidado de sus hermanos, colectivamente, o de cualquiera de ellos, instituye herederos por partes iguales a sus tres citados hermanos, o al que resulte de ellos en cuidar y prestar atenciones a la testadora y nombra albaceas a sus citados hermanos. Ocurre que han premuerto dos de los hermanos que son instituidos herederos y otorga la escritura el único que sobrevive adjudicándose los bienes; el compareciente manifiesta que atendió a su hermana hasta el final de sus días y se ocupó de su cuidado y atención personal; requiere al notario para que recoja las manifestaciones de los hijos de los hermanos fallecidos que testifican manifestando que declaran como testigos, en condición de sobrinos de la testadora, y acreditan que sus respectivos padres premurieron a la misma, manifiestan que conocían a la causante y al compareciente, así como que es el único hermano que se ha ocupado de la causante en su cuidado y atención personal hasta el final de sus días y reconocen como cierto cuanto se expresa en la escritura. La registradora señala como defecto que no queda acreditada la condición de heredero del compareciente con su sola manifestación y de los testigos. Pues bien, aunque en esta Resolución se recuerda que el Centro Directivo tiene manifestado que «puede determinarse si se ha cumplido la condición [de cuidados] mediante el acta de notoriedad recogida en el artículo 209 del Reglamento Notarial» (RDGRN 13 de julio de 2016), declara que en este expediente, no consta en la escritura la declaración de notoriedad por parte del notario autorizante, que se ha limitado a recoger las manifestaciones de los testigos y la documentación aportada, pero no ha hecho expresión de estimar justificada la notoriedad pretendida o al menos declararlo notorio a la vista de las manifestaciones y pruebas aportadas y, por lo tanto, concluye que «El acta está inconclusa, por lo que no se ha dado debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial».

¹⁸⁸ Recuérdese que es posible que el comisario (fiduciario) realice las mejoras o atribuciones condicionadas a los cuidados, dadas sus *facultades enormes*.

Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad —hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006¹⁸⁹—: «impedir los abusos» y para asegurar que «las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» (art. 12.4). Recuérdese que la persona con discapacidad puede prever «las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida» (art. 255.3.º CC).

El notario, en la interpretación testamentaria tiene una función decisiva, singularmente, en el momento de plasmar la voluntad testamentaria en el testamento, atinadamente CASTÁN TOBEÑAS reconoce la «obligación» que tiene el notario «de llevar al documento la más fiel expresión de la voluntad de las partes»¹⁹⁰. Por lo tanto, estimo, como ya he anticipado, que si bien, a los herederos, al albacea o a los tribunales les corresponde la labor de interpretar la voluntad del causante, tras su fallecimiento, en el momento anterior a su fallecimiento, fase del otorgamiento del testamento, el notario será el mejor «apoyo» en la configuración de la *voluntas testatoris* y, por tanto, en la indagación de lo realmente querido por el testador.

En suma, la función del notario es decisiva en el preciso momento de plasmar en el documento testamentario la voluntad real del testador, para evitar el recurso *a posteriori*, de la necesaria interpretación de la voluntad testamentaria, por ejemplo, cuando se trata de dilucidar si una cláusula testamentaria en la que se realizan atribuciones patrimoniales a cambio de cuidados y asistencia se califica como condición, carga modal o legado¹⁹¹. En este sentido, destaca la STS 13/2003, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de enero¹⁹², en la que se evidencia la relevancia de la intervención notarial, al señalar que «[...] una interpretación de la cláusula debatida en el sentido literal de sus palabras, como en primer término establece el art. 675 CC, apenas deja lugar alguno a la duda desde el momento en que, *ante Notario y por tanto sin poder desconocerse la función de éste en relación con la expresión de la voluntad de la testadora*, se omite por completo el término “condición” y, en cambio, se consigna expresamente el concepto de “obligación modal” [...]» (FD Tercero) —la cursiva es añadida—. Ya el Tribunal Supremo en un antiguo fallo, STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 3 de julio de 1957, consideró al notario como testigo «de mayor excepción», al indagar la voluntad testamentaria¹⁹³.

7. Bibliografía

¹⁸⁹ Convención de Nueva York, ratificada por España en Instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

¹⁹⁰ El jurista observa que en la utilización de los métodos y los instrumentos de aplicación y desenvolvimiento de las fuentes del Derecho «[...] puede moverse el notario con libertad y amplitud mayor que los jueces»; admite la notoria aportación del Notariado «a la evolución de muchas instituciones de Derecho sucesorio» y estudia la que denomina «jurisprudencia notarial» y «el valor normativo de las interpretaciones y las prácticas notariales», CASTÁN TOBEÑAS, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, en especial, pp. 108, 113, 150-159. VALLET, al retomar la doctrina de CASTÁN al respecto de la relevancia de los usos para utilizarlos con la finalidad de interpretar la voluntad del autor, manifestó que tal pauta interpretativa debe tenerla en cuenta el notario «para penetrar en cuál es la intención subconsciente de los otorgantes». VALLET DE GOYTISOLO, «La determinación notarial del Derecho» —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 4 de mayo de 1995—, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, 1996, p. 508.

¹⁹¹ Muy clarificadora sobre la distinción conceptual entre carga modal y legado, resulta la RDGRN 1/2005, de 19 de mayo (RJ 2005\5615).

¹⁹² ECLI:ES:TS:2003:223.

¹⁹³ ECLI:ES:TS:1957:1343.

ALBALADEJO, Manuel, *La Mejora*, Servicio de estudios del Colegio de Registradores. Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*, Madrid, 2003.

ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho civil V Derecho de sucesiones* (séptima edición), Bosch, Barcelona, 1997.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, «Comentario a los artículos 782, 808 y 813.2.º del Código civil», en GARCÍA RUBIO, M.^a Paz y MORO ALMARAZ, M.^a Jesús (dirs.) y VARELA CASTRO, Ignacio (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 559-583.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, «Comentario al artículo 1041 CC», en GARCÍA RUBIO, M.^a Paz y MORO ALMARAZ, M.^a Jesús (dirs.) y VARELA CASTRO, Ignacio (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 593-600.

BOTELLO HERMOSA, Pedro, *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

CAMPS, Victoria, *Tiempo de cuidados. Otra forma de estar el mundo*, Arpa, Barcelona, 2021.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.

CICU, Antonio, *El testamento* —Traducción y notas al Derecho español por Manuel Fairén Martínez—, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

DÍAZ ALABART, Silvia, «Derecho de sucesiones y discapacidad», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 191-238.

DÍAZ ALABART, Silvia «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2006 (BIB:2006\385) —en línea—.

DÍAZ ALABART, Silvia, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 Cc, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2004, pp. 259-270.

DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Incapacidad para heredar» (Capítulo 32), en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/FERRER VANRRELL, M.^a Pilar/EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles/LÓPEZ SIMÓ, Francisco (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 915-958.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros», en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/FERRER VANRELL, M.^a Pilar/TORRES LANA, José Ángel (dirs.) y MONJE BALMASEDA, Óscar (coord.), *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 285-321.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. Primero. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, segunda edición [1983] —segunda reimpresión: 1988—, Tecnos, Madrid, 1988.

ESPINOSA DE SOTO, José Luis «Comentario a los artículos 196 a 202 LDCG: Del testamento por comisario», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 832-870.

ESPINOSA DE SOTO, José Luis, «Comentario a los artículos 203 y 204 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 870-882.

ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, «Reflexiones prácticas sobre el artículo 831 del Código Civil». En: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/varios/reflexiones-practicadas-sobre-el-articulo-831-del-codigo-civil/>, 22 de mayo de 2016 [última consulta: 20.02.2023].

FLORENSA I TOMÀS, Carles Enric, «La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 CC», en BELLO JANEIRO, Domingo (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pp.117-141.

GARCÍA GOYENA, Florencio, «Comentario al artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851», *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, p. 357.

GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, «Comentario al artículo 251 del Código civil», en GARCÍA RUBIO, M.^a Paz y MORO ALMARAZ, M.^a Jesús (dirs.) y VARELA CASTRO, Ignacio (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 239-244.

GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *SEPIN. Familia y sucesiones*, tercer trimestre_2021, núm. 136, pp. 45-62.

GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, «Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: Algunos apuntes», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M.^a Paz (dirs.) y HERRERO OVIEDO, Margarita (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 479-504.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad», en GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 13-37.

GILLIGAN, Carol, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development* [1st. Ed., 33rd. Printing, 1994]. Cambridge: Harvard University Press, Cambridge, 1982.

JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, Barcelona, Bosch, 1958.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones* (5.ª ed.), Bosch, Barcelona, 1993.

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1955, t. VIII, fascículo III, pp. 742-789.

MARIÑO PARDO, Francisco, «Institución de heredero bajo “condición” de cuidados. No sujeción de la eficacia de la institución a la prestación de los cuidados. Respeto a la verdadera voluntad del testador. Distinción entre modo y condición. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2021/04/institucion-de-heredero-bajo-condicion.html>, 8 de abril de 2021 [última consulta: 20.02.2023].

MARIÑO PARDO, Francisco, «La capacidad en el contrato de compraventa de inmuebles. Prohibiciones: el artículo 1459 del Código Civil», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2020/06/la-capacidad-en-el-contrato-de.html>, 18 de junio de 2020 [última consulta: 20.02.2023].

MARIÑO PARDO, Francisco, «Algunas cuestiones generales sobre la fiducia sucesoria o delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2015», *Iuris Prudente. Blog de Derecho privado, desde la perspectiva notarial y registral*. En: <http://www.iurisprudente.com/2017/06/algunas-cuestiones-generales-sobre-la.html>, 8 de junio de 2017 [última consulta: 20.02.2023].

MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, «Institución de heredera con la obligación de cuidar a la testadora hasta su fallecimiento: ¿Condición suspensiva o carga modal? Comentario a la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2314)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109, 2019, pp. 229-260.

MESA MARRERO, Carolina, «Comentario al artículo 753 del Código civil», en GARCÍA RUBIO, M.ª Paz y MORO ALMARAZ, M.ª Jesús (dirs.) y VARELA CASTRO, Ignacio (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 539-544.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, «El modo testamentario y las prohibiciones de disponer», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1974, pp. 31-71.

NIETO ALONSO, Antonia, «Disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuida al testador: condición suspensiva potestativa de pasado o institución modal. A propósito de la STS 118/2021, de 3 de marzo» (*ECLI:ES:TS:2021:858*), *IDIBE (Instituto de Derecho Iberoamericano)*, *Tribuna*, núm. 4, abril 2023. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/disposicion-testamentaria-ordenada-favor-quien-cuida-al-testador-condicion-suspensiva-potestativa-pasado->

institucion-modal-proposito-la-sts-118-2021-3-marzo-ecliets202185/ [última consulta: 12.04.2023].

NIETO ALONSO, Antonia, «La necesaria incorporación del valor del cuidado al Derecho de la persona y de la familia —con particular atención a los negocios jurídicos propiciadores de cuidados—», en SOLÉ RESINA, Judith (coord.), *Persona, Familia y Género. Liber Amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 221-234.

NIETO ALONSO, Antonia, «El acta notarial de notoriedad: la conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico. Algunas de sus aplicaciones frecuentes y relevantes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 770, 2018, pp. 3003 a 3069.

NIETO ALONSO, Antonia, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, La Ley, Madrid, 2014.

NIETO ALONSO, Antonia, «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuida al testador o a otras personas por él designadas», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M.^a Paz (dirs.) y HERRERO OVIEDO, Margarita (coord.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1043-1066.

ORS, Álvaro D', *Derecho privado romano* (décima edición), Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 2004.

PAU PEDRÓN, Antonio, «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, 2020, pp. 3-29.

PEÓN RAMA, Víctor, «Comentario a los artículos 147 a 156 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 623-668.

REPRESA POLO, M.^a Paz, «Comentario al artículo 1041 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Serie Derecho de la discapacidad* (vol. III), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 965-969.

ROCA GUILLAMÓN, Juan, «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código civil -Ley 41/2003)», en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Francisco P. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4279-4301.

ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, en la obra de Theodor KIPP, *Derecho de Sucesiones*, en ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin, *Tratado de Derecho civil*, t. Quinto, *Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976.

RODOTÀ, Stefano, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid, 2010.

SALVADOR CODERCH, Pablo, «Interpretación del testamento. Posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria. Comentario a la STS de 26 de marzo de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, núm. 1 (enero-marzo), pp. 289-295.

TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente, *El modo en el Derecho civil*, Caja de Ahorros del Sureste de España, Alicante, 1966.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, «La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos y descendientes discapacitados», en BELLO JANEIRO, Domingo (coord.), *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pp. 341-366.

TRONTO, Joan C., *Caring Democracy. Markets, Equality, and Justice*, New York University Press, New York, 2013.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «La determinación notarial del Derecho» —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 4 de mayo de 1995—, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, 1996, pp. 465-509.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «Comentario al artículo 831 del Código civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XI. *Artículos 806 a 857*, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1982, pp. 403-428.

VAQUER ALOY, Antoni, «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad» (Capítulo 18), en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/FERRER VANRRELL, M.^a Pilar/EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles/LÓPEZ SIMÓ, Francisco (dirs.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 505-537.

VAQUER ALOY, Antoni, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret*, 2015/3 (www.indret.com).

VAQUER ALOY, Antoni, *La interpretación del testamento*, 2.^a ed., Reus, Madrid, 2008.

VARELA CASTRO, Ignacio, «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado: contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», en TOMÁS, Gema y VIDU, Ana (coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1007-1031.

Sentencia firme e indignidad para suceder

Sumario

El Tribunal Supremo considera que la prohibición de interpretar extensivamente las normas privativas de derechos sucesorios no veda la interpretación flexible de tales normas y, de conformidad con ello, admite la desheredación por maltrato psicológico infligido al testador ex art. 853.2º del Código Civil. En el presente trabajo se examina la posibilidad de extender este planteamiento a la indignidad a fin de comprobar si cabe la declaración de indignidad del sucesor que atentó contra la vida del causante o incumplió gravemente sus obligaciones paternofiliales, pero no fue condenado/privado de la patria potestad por sentencia firme, pese a aparecer dicho requisito como conditio iuris en el artículo 756 del Código Civil (causas primera y segunda).

Abstract

The prohibition of an extensive interpretation of rules disrespecting inheritance rights does not impede to interpret such rules in a flexible way. In fact, the Supreme Court admits disinheritance on grounds of psychological abuse inflicted on the testator according to art. 853.2 of the Civil Code. Based on current case law doctrine, this paper analyses the possibility of admitting a flexible interpretation of the causes of disqualification by conduct in order to conclude whether it is possible to exempt the requirement of a final judgement to be able to declare debarred from succession those who made an attempt on the life of the deceased (art. 756.1 CC) or those who gravely breached parental and filial obligations (art. 756.2 CC).

Title: *Final Judgement and Unworthiness to Inherit*

Palabras clave: desheredación, indignidad, interpretación flexible, legítimas, sentencia firme.

Keywords: *disinheritance, disqualification, flexible interpretation, compulsory, final judgement.*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.06

Índice

-

1. Planteamiento

2. *La indignidad por atentar contra la vida del causante sin previa condena*

3. *La indignidad por incumplimiento de los deberes paternofiliales*

4. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons
Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Planteamiento*

En el derecho civil común, de la conjunción de la voluntad del testador y la institución legitimaria se deriva que lo declarado en testamento debe respetarse mientras no perjudique -cuantitativa o cualitativamente- los derechos forzosos de los legitimarios y, ello, porque como señala el artículo 763 del Código Civil, «el que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo», esto es, respetando las legítimas. A tal efecto, como señala la STS 695/2005, Civil, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5646), «la ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de atribución y confiere al legitimario para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa de su legítima»¹.

El carácter necesario de las legítimas no significa que el causante no pueda excluir de su sucesión a uno o varios de sus legitimarios, pero ello sólo será posible en los casos expresamente admitidos por la ley (art. 813 CC). Un supuesto admitido de privación de la legítima por voluntad del testador es la desheredación que debe constar en testamento y fundarse en una de las causas estipuladas por la ley, de acuerdo con los artículos 484 y 489 del Código Civil². La indignidad supone también un mecanismo de privación de derechos sucesorios al declarar incapaz al sucesor -testamentario, intestado o forzoso³- que hubiese cometido alguno de los actos tipificados en el

* La autora de este trabajo es profesora ayudante doctora de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo y miembro del grupo de investigación Modernización del Derecho de Familia (MoDeFa). Contacto: gagoclara@uniovi.es.

Quiero aprovechar para agradecer a mis compañeros de la Universidad de Oviedo Camino Sanciñena Asurmedi e Ignacio Fernández Chacón las observaciones y reflexiones que me hicieron llegar después de la lectura del borrador del trabajo, así como a los evaluadores de la revista que han revisado el artículo por las valiosas sugerencias y propuestas de mejora realizadas.

¹ En este mismo sentido, cfr. STS 863/2011, Civil, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:8159).

² Para que la desheredación sea válida y eficaz es requisito que conste en testamento (art. 849 CC), por lo que sólo podrá desheredarse a un legitimario por testamento, pudiendo el testador revocar sus últimas voluntades o reconciliarse con el desheredado para dejar sin efecto la desheredación (art. 856 CC). En efecto, como señala la RDGRN 23 mayo 2012 «la desheredación es una institución mediante la cual el testador, en virtud de un acto o declaración testamentaria expresa, priva voluntariamente de su legítima a un heredero forzoso, en base a una de las causas tasadas establecidas en la Ley. Es decir, la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión (...) la desheredación debe contener una «voluntad no sólo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte, impone la expresión de una causa legal que, si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación de la conducta tipificada. Y por otra, también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. Aunque la jurisprudencia ha sido flexible en cuando al modo de indicación de la razón de la desheredación, ha de resultar una imputación en términos que no dejen duda de quién incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad».

³ A diferencia de la desheredación, la indignidad no supone la privación de los derechos exclusivamente de los legitimarios, sino que es una causa de exclusión de la herencia que la ley impone a los llamados a la sucesión del causante, bien sean legitimarios o no, bien sean llamados a la sucesión del causante por voluntad del testador o por la ley o, en su caso, como herederos o como legatarios [cfr. STS 2046/1963, Civil, 6 diciembre (ECLI:ES:TS:1963:2046)]. Como acertadamente precisa el art. 330-2 CDFA «la indignidad priva al indigno de la herencia o legado y, en su caso, de la condición de legitimario». En efecto, la indignidad constituye «la privación automática *ex lege* al ofensor, salvo rehabilitación concedida por el causante ofendido, y en virtud de la comisión por aquel de cualquiera de los hechos legalmente tipificados a tal fin, de todo derecho sucesorio en la sucesión

artículo 756 del Código Civil. A diferencia de la desheredación que exige voluntad expresa del testador, la indignidad opera *ope legis* en la sucesión testamentaria o intestada, al presumir el legislador *iuris tantum*⁴ que, si el causante hubiera conocido la conducta de aquél no le habría instituido heredero, le hubiese excluido de su testamento e, incluso, en caso de ser legitimario, le hubiera desheredado⁵. Consecuentemente, el causante podrá privar -expresa o presuntamente- de sus derechos sucesorios a uno o a varios sucesores si concurre alguna de las causas legales de desheredación (cfr. arts. 853 a 855 CC)⁶ o de indignidad (cfr. art. 756 CC).

La enumeración de las conductas sancionables tanto por desheredación como por indignidad es taxativa (sistema de *numerus clausus*), pues sólo cabe privar de derechos sucesorios en los casos en los que concurre alguna de las causas legalmente establecidas. El carácter taxativo de las causas de desheredación deriva del artículo 848 del Código Civil que dispone que «la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley». Ello es confirmado por la STS 258/2014, Civil, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2484), a cuyo tenor «las causas de desheredación son únicamente las que expresamente señala la ley, lo que supone que su enumeración es taxativa» y; reiterado por la STS 419/2022 de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2068) al declarar que en «el diseño legal actualmente vigente la legítima es configurada como un derecho del que solo puede privarse al legitimario de manera excepcional cuando concurra causa de desheredación. El testador debe expresar alguna de las causas que de

abierta de tal causante» (JORDANO FRAGA, *Indignidad sucesoria y desheredación. Algunos aspectos conflictivos de su interrelación*, Comares, 2004, p. 1).

⁴ No cabe duda de que la presunción del legislador admite prueba en contrario, pues el propio art. 757 CC dispone que «las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público». La indignidad puede ser, en consecuencia, desvirtuada por el testador, de manera expresa a través del perdón del causante contenido en documento público o en un testamento posterior o, tácita en aquellos casos en los que conocedor de la causa de indignidad, el testador otorga testamento conteniendo alguna disposición patrimonial a favor del indigno que desvirtúa la presunta voluntad de excluir al indigno de su sucesión. En este caso, será necesario probar que el testador cuando otorgó el testamento en el que incluía alguna disposición patrimonial a favor del indigno conocía la causa de indignidad, pues tal y como sostiene la STS 398/2022, Penal, 21 abril (ECLI:ES:TS:2022:1641) «el único acto presunto que el Código Civil contempla para evidenciar el rechazo es, precisamente, que el causante hubiera nombrado heredero al agresor después de haber sobrevenido y conocido la causa de indignidad, no al revés».

⁵ Pese a las posibles dudas acerca de si la indignidad alcanzaba también a la legítima, la Ley 15/2015 las disipa al suprimir el inciso final de la causa segunda que disponía sólo para ese caso concreto: *si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima*. No obstante, que la indignidad sucesoria priva al legitimario también de su legítima era opinión doctrinal unánime, así como jurisprudencial con anterioridad a la reforma. Como ejemplo, la STS 54/1947, Civil, 28 febrero (ECLI:ES:TS:1947:54) que declara que «las causas de indignidad (...) privan a quien en ellas incurran del derecho a suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso, porque la incapacidad, si es relativa con relación al *de cuius*, es absoluta por lo que afecta a su patrimonio, no sólo porque así cabe inferirlo de su naturaleza y fundamento, dada la trascendencia social de los hechos que la originan, sino también del contenido del artículo 761 del Código Civil y aun del mismo principio de la inviolabilidad de la legítima, que no puede prevalecer por inconciliable con la sucesión cuando el heredero se halla incurso en tan graves motivos de indignidad». Para un estudio doctrinal, cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, «Algunos aspectos del régimen de la indignidad sucesoria en relación a la legítima dentro del Código Civil», en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 1, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 2553-2571.

⁶ En materia de desheredación, el Código Civil mantiene el sistema de *numerus clausus* introducido por Justiniano en la Novela 115, restringiendo la desheredación a las causas legalmente establecidas, tal y como se deriva de los artículos 848 y 849 del Código Civil, a cuyo tenor «la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley»; (art. 848 CC) y deberá contenerse «...en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde» (art. 849 CC).

manera tasada ha fijado el legislador mayo»⁷. Respecto de las causas de indignidad, pese a que el artículo 756 del Código Civil no establece expresamente su carácter de *numerus clausus*, debe igualmente defenderse, habida cuenta del carácter sancionador de la institución⁸.

Las causas de privación de derechos sucesorios, además de regirse por el sistema de *numerus clausus*, deben interpretarse restrictivamente, sin posibilidad de ampliar sus efectos a otras conductas similares de menor, igual o mayor gravedad, de conformidad con el principio *odiosa sunt restringenda*, pues de lo contrario «...se podría dar al traste con todo el sistema legitimario»⁹. El sistema restrictivo es coherente con la institución legitimaria, pues una interpretación extensiva o la admisión de la analogía en esta materia podría suponer en la práctica un quebramiento de las legítimas¹⁰. La interpretación restrictiva de las normas privativas de derechos sucesorios es confirmada por la doctrina jurisprudencial al señalarse en relación con la desheredación que «ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el art. 848 CC, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria, no admitiéndose, ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*»¹¹; igualmente se ha indicado que «la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley»¹²; asimismo, «en materia de interpretaciones de las causas de indignidad para suceder, debe utilizarse un criterio restrictivo, y en caso de duda, debe estarse a favor del supuesto indigno»¹³.

⁷ «Es pacífica la doctrina más autorizada y jurisprudencia que entienden que la enumeración de las causas de desheredación es taxativa, son *numerus clausus*, sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva, ni siquiera de interpretación de *minoris ad maiorem*; único modo de evitar la incertidumbre y el peligro de arbitrariedad, pues, en caso contrario, tergiversar una causa de desheredación, incluso aunque sea de mayor gravedad o social o moralmente pueda considerarse como reprochable sería infringir el carácter taxativo de las causas de desheredación que (...) son *numerus clausus*» [cfr. STS] de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 11 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:1688)].

⁸ En este mismo sentido, Díez GARCÍA declara que «el artículo 756 CC realiza una enumeración exhaustiva de causas de indignidad que, tradicionalmente, se ha considerado han de ser, por sus consecuencias de carácter sancionador, objeto de interpretación restrictiva y aplicarse a favor del supuesto indigno. En consecuencia con ello, dichas causas no podrían extenderse a casos distintos de los que enumera el artículo 756 CC, teniendo la enumeración que recoge el precepto carácter de *numerus clausus*» [DÍEZ GARCÍA «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 5636). De acuerdo con ello, MENA-BERNAL ESCOBAR propugna la inclusión en la regulación de la indignidad del carácter cerrado que deben tener las causas de indignidad, al igual que lo tienen las de desheredación. Ello en base a la gravedad y transcendencia jurídica que dichas causas contienen fundamentalmente por la eficacia que despliegan (MENA-BERNAL ESCOBAR, *La indignidad para suceder*, Tirant Lo Blanch, 1995, p. 269).

⁹ Cfr. STS 159/1975, Civil, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:1975:159).

¹⁰ Cfr. REBOLLEDO VARELA, «Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, 2010, p. 394.

¹¹ Cfr. STS 675/1993 de 28 de junio (ECLI:ES:TS:1993:4596).

¹² Cfr. STS 954/1997 de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:6536).

¹³ Cfr. STS 235/2018, Civil, 23 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1394).

La interpretación restrictiva de las causas de indignidad fue puesto de manifiesto por la STS 401/1946, Civil, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:1946:401), a cuyo tenor «sin pretensiones de identificar en absoluto las causas de incapacidad con las de indignidad para suceder *ex testamento* o *abintestato*, hay en ellas un marcado nexo que las preside en cuanto unas y otras tienden a impedir que el heredero entre en la posesión de la herencia, y como es norma general la capacidad y la dignidad e idoneidad *ab initio* para suceder, la excepción a esta norma, que en definitiva se traduce en una sanción o pena civil, se ha de interpretar restrictivamente». En este mismo sentido,

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo estipula que el carácter taxativo de las causas de desheredación y la prohibición de una interpretación extensiva no significan «que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo», sino que «...deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen»¹⁴. De acuerdo con esta argumentación, el Tribunal Supremo admite la desheredación por maltrato de obra al testador *ex* artículo 853.2º del Código Civil en supuestos en los que no concurre una agresión o violencia física¹⁵, pero sí un maltrato psicológico infligido al testador: la STS 258/2014, Civil, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2484) confirma la desheredación de los dos hijos del causante, so pretexto de la concurrencia de «...una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno»¹⁶. La STS 59/2015, Civil, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2015:565) ratifica la interpretación flexible del artículo 853.2º del Código Civil admitiendo nuevamente el maltrato psicológico como justa causa de desheredación en un asunto en el que quedó probado que «la causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo (...), con inevitable afección en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social»¹⁷.

cfr. STS 278/1993, Civil, 26 marzo (ECLI:ES:TS:1993:2011): «en esta materia no puede dejar de reconocerse, finalmente, que la jurisprudencia exige una interpretación restrictiva en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el art. 756» del Código Civil. En el asunto de autos, los hechos alegados en ningún caso suponen, ni definen, un abandono del padre a su hija, «ya que ni le fue concedida en la sentencia de separación de los padres pensión alimenticia alguna a la hija emancipada, ni se ha demostrado la existencia de unas necesidades perentorias insatisfechas, sino más bien al contrario».

¹⁴ Cfr. STS 258/2014, Civil, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2484).

¹⁵ Esta había sido la interpretación tradicional del maltrato de obra como causa de desheredación de un hijo o descendiente que limitó la desheredación a los supuestos en los que había existido una efectiva agresión o violencia física, rechazándose cualquier otra forma de maltrato. Como exponente de esta tendencia cabe destacar la STS 675/1993, Civil, de 28 de junio (ECLI:ES:TS:1993:4596) que entendió que la falta de relación afectiva y comunicación y el abandono sentimental sufrido por el testador son circunstancias que «corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que, en definitiva, solo están sometidas al tribunal de la conciencia», por lo que no puede incardinarse dentro del concepto de maltrato de obra. La STS 954/1997, Civil, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:6536) comparte esta interpretación al considerar que la falta de convivencia y relación afectiva de los demandantes con su padre, el nulo cuidado para confortarle de sus dolencias mortales y la ausencia en su entierro no son subsumibles en ninguna de las causas de desheredación del art. 853 CC, por cuanto «la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley». No obstante, debe destacarse la STS 632/1995, Civil, 26 junio (ECLI:ES:TS:1995:3711) que a diferencia de las anteriores sentencias, consideró válida la cláusula testamentaria de desheredación, pese a que no pudo probarse la existencia de una agresión física del legitimario a la testadora, afirmando que el maltrato a que se refiere el artículo 853 del Código Civil no ha de implicar necesariamente la fuerza física. En el caso enjuiciado, la testadora tuvo que abandonar la vivienda por exigencias de su nuera y con el beneplácito de su hijo, pasando a ocupar otra vivienda «en estado ruinoso y sin otras atenciones y ayudas que las de una sobrina»; circunstancias que el Tribunal Supremo consideró suficientes para estimar que efectivamente concurría la existencia de un maltrato de obra en los términos previstos por el art. 853.2º CC.

¹⁶ En su análisis de la referida Sentencia, ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS destacan como «el Tribunal Supremo pone más acento en la soledad del padre en sus últimos siete años de vida que en los insultos proferidos por ambos hijos con anterioridad o en la agresión física sufrida a manos de uno de ellos mientras convivían» (ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿A quién prefieren los tribunales?», *Indret*, núm. 2, 2015, p. 10).

¹⁷ Esta interpretación ha sido posteriormente acogida por las SSTs 401/2018, Civil, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2492) y 267/2019, Civil, de 13 mayo (ECLI:ES:TS:2019:1523); asimismo, en el seno de la jurisprudencia menor, cfr., entre otras, SSAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 10 de marzo de 2015

En definitiva, el maltrato psicológico «...debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra»¹⁸.

De acuerdo con la fundamentación jurídica de la STS 384/2019, Civil, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2241) la interpretación flexible acorde con la realidad social del momento *ex* artículo 3.1 del Código Civil no debe restringirse a las causas de desheredación, sino que también resulta posible efectuarla respecto de las de indignidad¹⁹. La referida Sentencia entra a analizar si en el caso concreto de la regla séptima del artículo 756 del Código Civil de protección de las personas con discapacidad ha existido un cambio de circunstancias o una realidad social distinta a la acaecida en el momento en que se introdujo, a fin de admitir la indignidad no sólo en los supuestos en los que el sucesor negó alimentos sin motivo legítimo al causante discapacitado, sino también en los casos de incumplimiento de obligaciones personales de cuidado, asistencia y atención, lo que permitiría en el asunto de autos declarar indignas a las tres nietas de la causante²⁰.

(ECLI:ES:APTF:2015:255), de Málaga (Sección 5ª) de 8 de enero de 2016 (ECLI:ES:APMA:2016:94), de Asturias (Sección 7ª) de 29 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:APO:2016:2500), de Asturias (Sección 1ª) de 20 de febrero de 2017 (ECLI:ES:APO:2017:497), de Lugo (Sección 1ª) de 4 de octubre de 2017 (ECLI:ES:APLU:2017:549), de Cantabria (Sección 2ª) de 26 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:APS:2019:575), de Cádiz (Sección 2ª) de 25 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APCA:2019:2109), de Cádiz (Sección 2ª) de 2 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APCA:2021:2466), de Badajoz (Sección 3ª) de 29 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:1272) y de Soria (Sección 1ª) de 13 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APSO:2023:60).

¹⁸ En efecto, el maltrato de obra no puede identificarse exclusivamente con conductas de violencia física: no sólo un golpe o una agresión física son constitutivas de maltrato de obra, pues también constituye un *tratar mal por acción u omisión* las constantes humillaciones, la falta de cuidados, de atención y de asistencia, un comportamiento ofensivo o denigrante, las burlas, las descalificaciones, el abandono al ascendiente en sus últimos años de vida... No en balde, según la Real Academia de la Lengua Española «maltrato de obra» significa *tratar mal a alguien mediante acciones u omisiones*. De tal modo que el art. 853.2º CC como causa de desheredación de un hijo o descendiente incluye toda clase de maltrato, bien sea por una acción u omisión (maltrato de obra), bien sea verbalmente o de palabra (injurias graves al testador).

¹⁹ Con anterioridad a la referida Sentencia, se alzaron autores criticando el sistema de causas rígidas como el vigente y, ello porque «en una realidad social tan cambiante como la actual [que] pone de relieve la existencia de conductas tan graves o más que algunas de las previstas entre las causas de indignidad y que, sin embargo, no pueden dar lugar a su aplicación» [cfr. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», en GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA CARMEN (dir.), *Tratado de sucesiones*, t. I, 2016, p. 262].

²⁰ Reforma que propugna la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su propuesta de Código Civil (art. 461-12 PPCC) al suprimir la referencia a la prestación de alimentos en la causa de indignidad en la sucesión de una persona con discapacidad: «son indignos para suceder al causante: h) tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hayan prestado las atenciones debidas» (GALICIA AIZPURUA, «Capítulo VII. Título VI. De las sucesiones. Libro Cuarto. De los modos de adquirir la propiedad», en Asociación de Profesores de Derecho Civil (coord.), *Propuesta de Código Civil. Madrid*, Tecnos, 2018, p. 546). Esta propuesta ha sido defendida por otros autores, como es el caso de Cabezuelo Arenas al sostener que el referido precepto debería incluir otros contextos distintos como «el desamparo o abandono de naturaleza moral o afectiva deliberadamente propiciado por quien aspira a suceder al discapacitado, por más que éste nada precise materialmente (...) nuestra propuesta se orienta a evitar que pueda obtener provecho de la muerte de un discapacitado no sólo quienes no dieron cobertura a sus necesidades materiales, sino quienes no hicieron lo propio mostrando sentimientos de solidaridad o un cierto respaldo, y le condenaron a la más absoluta marginación» [CABEZUELO ARENAS, «¿Por qué no se ha reformado el art. 756.7 CC sancionando con indignidad la omisión de un trato digno al discapacitado, imitando el ejemplo de otros ordenamientos», en MUÑIZ ESPADA, Esther (dir.) *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, 2020, pp. 370-371]. Por su parte, VAQUER ALOY propone que «sería útil, con la finalidad de que el operador jurídico tome conciencia de la nueva causa de indignidad, introducir una mención expresa a los abusos de cualquier tipo que sufra el causante, especificando que no se trata solo del maltrato de obra, físico o psicológico, o verbal, sino que se extiende a los abusos de carácter económico»; proponiendo de *lege ferenda* que «tratándose de la sucesión de una persona vulnerable/dependiente, las personas con derecho a la herencia que hubieran abusado de ella física, psicológica o económicamente» (VAQUER ALOY, «El

El artículo 756.7º del Código Civil regula la indignidad de quien no hubiera prestado las atenciones debidas al causante discapacitado, recogiendo expresamente que por tales «atenciones debidas» deben entenderse «las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil». *Stricto sensu*, serán indignos aquellos sucesores que no hubiesen prestado la atención económica necesaria al causante discapacitado y, ello porque el contenido de la obligación alimenticia es estrictamente patrimonial y, por ende, desligado de toda obligación de carácter personal, como sería el cuidado de la persona alimentista. Esta es la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo y, ello porque «para acudir a la interpretación flexible de esta concreta causa no se pueden utilizar los motivos que proporcionaron la del maltrato de obra a efectos de desheredación (...) La realidad social, cultural y los valores del momento no son otros que los que contempla la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de personas con discapacidad, esto es, en respuesta a una demanda social de los valores del momento respecto de estas personas» Tal conclusión se refuerza, según el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la reforma del referido precepto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, precisamente con la intención de adaptar las causas de indignidad *a la nueva realidad social y desarrollo legislativo en el ámbito penal*: «si la reforma tiene incidencia en el abandono, hubiese sido ocasión propicia a los valores del momento incluir en las *atenciones debidas* obligaciones de contenido personal. Nada de esto se hizo y como sostiene la sentencia recurrida ese maltrato psicológico o emocional no puede considerarse como una negación de alimentos, que es en lo que se concreta las atenciones debidas»²¹. En definitiva, del tenor literal del precepto analizado, especialmente por la remisión a los artículos 142 y 146 del Código Civil parece claro que lo que se sanciona es la negativa a prestar alimentos sin motivo legítimo al causante con discapacidad y no puede extenderse a supuestos de falta de cuidado o abandono emocional²².

Toda vez que se admite la posible interpretación flexible no sólo de las causas de desheredación, sino también de las de indignidad, resulta conveniente analizar la regulación de aquellas causas que están condicionadas a la necesidad de sentencia firme condenatoria o de privación de la patria potestad, a fin de determinar si en aquellos casos en los que se ha realizado la conducta sancionable, pero no concurre previa sentencia firme resulta posible la declaración de indignidad del responsable y, por ende, su exclusión de la sucesión del ofendido. En estos casos la previa sentencia firme aparece como *conditio iuris* para poder declarar la indignidad, lo que parece contrario al espíritu de la sanción, pues no parece razonable que quien cometió uno de los hechos graves y reprobables regulados en el artículo 756 del Código Civil contra el causante no pueda ser declarado indigno por la falta de previa sentencia firme.

maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, núm. 3, 2020, pp. 1089 y 1092).

²¹ Tampoco la Ley 8/2021, de 2 de junio ha ampliado la indignidad en la sucesión del causante en situación de discapacidad por motivos de abandono afectivo, pese a haberse reformado expresamente el art. 756.7º CC y ser el objeto de la reforma la protección de las personas en situación de discapacidad.

²² Para delimitar aún más la sanción *ex art. 756.7º CC* conviene destacar, asimismo, la fundamentación jurídica de la STS 235/2018, Civil, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1394) en la que se rechaza la aplicación del referido precepto para declarar incapaz a uno de los progenitores del causante discapacitado por haber fallecido siendo menor de edad, entendiendo que la «discapacidad del hijo puede ser un factor relevante para valorar la gravedad de la desatención hacia él», pero no su encaje en la causa séptima del art. 756 CC pues la atención debida del padre a su hijo lo era en su condición de menor de edad sujeto a la patria potestad.

2. La indignidad por atentar contra la vida del causante sin previa condena

El artículo 756.1º del Código Civil dispone que será indigno para suceder el condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida del causante. La referencia expresa a la condena del sucesor por sentencia firme determina que, *a priori*, no podría admitirse la declaración de indignidad de aquel que, habiendo presuntamente atentado contra la vida del causante, no hubiese sido condenado en un procedimiento judicial²³.

La exigencia de condena por sentencia firme resulta poco flexible al impedir la declaración de indignidad de quién habiendo cometido una conducta tan grave no hubiese sido condenado por sentencia firme, aunque dicha falta de condena venga justificada, por ejemplo, por haber acabado el partícipe con su vida con anterioridad a la sentencia penal condenatoria²⁴. Esta situación no resulta insólita en el ámbito de la violencia de género, al suicidarse (o intentarlo) el hombre tras acabar con la vida de su esposa o pareja²⁵. Aunque es cierto que, como consecuencia, de su

²³ En relación con esta causa de indignidad, MARÍN LÓPEZ sostiene que «fue la voluntad del legislador sujetarla a una estricta prejudicialidad penal, con el objeto de que no pueda considerarse delincuente a los efectos civiles a quien no ha sido condenado en proceso penal. Así, en el supuesto en que la causa penal haya concluido sin llegar a pronunciarse una sentencia condenatoria, no deberá apreciarse indignidad sucesoria, por muy patente que sea la comisión del delito e incluso si el heredero o legatario ha reconocido cometerlo. Ni el indulto ni la prescripción de la pena rehabilitan al indigno» [MARÍN LÓPEZ «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, p. 904]. En contra de esta opinión, VALLET DE GOYTISOLO defendió la posibilidad de cumplir el requisito de condena requerido para la declaración de indignidad en un proceso civil al no especificarse expresamente en el art. 756 CC el necesario proceso penal (VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, t. I, Madrid 1974, p. 680).

²⁴ La posibilidad de declarar indigno a un sucesor que no ha sido penalmente responsable se recogía en el derecho romano al admitir la indignidad si podía probarse el homicidio en el ámbito civil al haber fallecido el criminal. «Lucio Ticio hizo herederos de nueve dozavos a su hermana y de las restantes porciones a su mujer Mevia y a su suegro: habiendo nacido un póstumo quedo roto su testamento: el cual póstumo falleció también a poco y, de esta suerte toda la herencia fue pasada a la madre del póstumo; la hermana del testador acusó a Mevia de haber envenenado a Lucio Ticio; no habiendo vencido apeló; entre tanto falleció la reo, pero no obstante se dieron las dimisorias; pregunto que si crees que fallecida la reo ha de dar por terminado el conocimiento de la apelación por haber sido adquirida la herencia. Modestino respondió que, extinguido el delito por la muerte del reo, podía competelerle al fisco la persecución de lo que se puede probar que fue adquirido por delito» (D. 49,14,9); «El acusado de parricidio, si hubiere fallecido entre tanto, deberá tener por sucesor al fisco, si verdaderamente él mismo se procuró la muerte, y si no, a quien él quiso, si es que hizo testamento; si falleció intestado, tendrá los herederos que son llamados por la ley» (D. 48,9,8). Para un estudio de la indignidad en el derecho romano, cfr. ESPÍN MARTÍNEZ, «La indignidad sucesoria romana y su evolución jurídica hasta la regulación actual del art. 756 del CC español», en GARCÍA SÁNCHEZ, Justo (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. VIII, Madrid, 2021, pp. 793-812.

²⁵ Como ponen de manifiesto ECHEBURÚA ODRIÓZOLA y DE CORRAL GARGALLO «los asesinos de pareja se suicidan en torno a un 20% y, lo intentan, sin conseguirlo, en un 10% de los casos. Es decir, los suicidios y los intentos de suicidio en los homicidios de pareja suponen casi un tercio del total» (ECHEBURÚA ODRIÓZOLA y DE CORRAL GARGALLO, «El homicidio en la relación de pareja: un análisis psicológico», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, 2009, p. 147). MAQUEDA ABREU pone número a dichos suicidios, señalando que «los suicidios de los agresores van cambiando también a lo largo de los años, elevándose significativamente: en 2017 los que asesinaron a sus parejas o exparejas sumaron 50 muertes representando los suicidios el 50% (15 consumados -un 30%- y 10 intentados -un 20% -); en 2021 se dieron 47 muertes de mujeres y 20 suicidios de los agresores alcanzando el 42,6 % (14 consumados -un 29,8 %- y 6 intentados -12,8%-). Esas cifras fueron similares a las de 2012 donde se contabilizaron 51 muertes de mujeres y los agresores que se suicidaron fueron 22 alcanzando el 43, 1% (13 consumados -un 25,5%- y 9 intentados -17,6%-), dejando para todos los demás años un porcentaje próximo a la treintena de suicidios: entre los más altos de 38,9% o 38,3 % en 2013 y 2010» (MAQUEDA ABREU «¿Por qué los hombres matan a las mujeres... y después se suicidan? Algunas respuestas desde los estudios de género y el derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, núm. 24-29, pp. 3). En la prensa no es infrecuente leer noticias en relación con la grave realidad de la violencia de género y la violencia

fallecimiento, el autor de los hechos no sería llamado a la herencia de la víctima, por la vía del derecho de transmisión (art. 1006 CC) podrían llegar a ser herederos en la sucesión de la causante los herederos del responsable de su muerte -al fallecer el autor después de la víctima-.

Una situación como la descrita fue analizada por la SAP de Murcia (Sección 1ª) de 19 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:APMU:2012:3103). En el asunto de autos el autor confeso tras matar primero a su esposa y después a sus dos hijos se suicidó, por lo que al no poder ser penalmente responsable no podría ser declarado indigno en la sucesión de su esposa y de sus dos hijos. Dicho razonamiento fue precisamente el adoptado por la sentencia de primera instancia, alegando que «la interpretación restrictiva que debe hacerse del art. 756.2 del CC, impide el que se emplee la analogía, de manera que, si la literalidad del núm. 2 del citado precepto exige la condena en juicio, no se considera que pueda asimilarse a ello otros supuestos a pesar de las evidencias que puedan existir». No obstante, en una interpretación correctora de la norma, la Audiencia Provincial de Murcia concluyó que «en los casos como en el que nos ocupa donde no es posible dicho juicio en el ámbito jurisdiccional penal, será el tribunal civil quien estime si se produjo el acto indigno» y, en consecuencia, declaró indigno en la sucesión de su esposa e hijos al autor confeso de los hechos delictivos.

Toda vez que declara indigno al autor de la muerte de su esposa y sus hijos, la Sentencia concluye que «la herencia de la esposa que es quien primero falleció (a las cinco horas y quince minutos) hubiera correspondido íntegramente a sus hijos, una vez excluido el indigno..., y la de éstos (son menores sin descendencia), deberían pasar a su padre en virtud de lo dispuesto en el art. 935 CC, quien todavía vivía, si bien al declararse sus actos como indignos ha de excluirse el mismo de dicha sucesión, razón por la que han de heredarle los ascendientes más próximos en grado (art. 938 CC), y aquí entraría a regir el art. 940 CC, de manera que no sucederían tan sólo los ascendientes por línea materna, que son los actores, sino también los de la línea paterna, a los cuales es cuestionable que se les comunique el acto de indignidad de su hijo».

Como la herencia de la madre hubiera correspondido a sus hijos al haber fallecido después, la Audiencia Provincial de Murcia se centra en la herencia de éstos y declara en una solución *salomónica* sucesores abintestato por partes iguales a los abuelos maternos y a los abuelos paternos, de conformidad con el artículo 940 del Código Civil²⁶.

doméstica. Así como ejemplo en el periódico de El Mundo se publicó la siguiente noticia: «en España hasta la fecha no hay estudios científicos a largo plazo que hayan analizado de forma combinada la violencia de género y el suicidio que permitan sacar conclusiones para paliar estos actos. Los expertos coinciden en que a este patrón criminal responden personas *inseguras, muy impulsivas, con muy baja tolerancia a la frustración, a las que les da todo igual* y para las que *la mujer es su centro y, cuando la pierden, todo deja de tener sentido*» (El Mundo, jueves 1 agosto 2019). En la noticia se especifica que «de los 37 asesinatos machistas que se han cometido en lo que va de año -la cifra más alta registrada en los últimos ocho años-, 12 han terminado con los agresores quitándose la vida». Durante el año 2022, «de las 33 mujeres asesinadas por violencia de género en 2022, en diez casos sus verdugos acabaron con su vida, y en uno más, lo intentó» (Hoy, domingo 2 octubre 2022).

²⁶ Esta conclusión, sin embargo, no puede compartirse, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 766 del Código Civil, pues «el incapaz de heredar (...) no transmite ningún derecho a sus herederos», a excepción de sus hijos o descendientes, quienes adquirirán su derecho a la legítima (art. 761 CC). En efecto, como consecuencia de la declaración de indignidad, el declarado indigno no tendrá derecho a suceder al causante como tampoco sus sucesores, salvo sus descendientes en la porción de legítima estricta. En el asunto de autos, en defecto de la declaración de indignidad, el heredero universal sería el padre; sin embargo, a consecuencia de su declaración de indignidad pierde todo derecho a la sucesión de sus hijos, extendiéndose dicha privación a sus sucesores (los abuelos paternos). Consecuentemente, en la herencia de los nietos debían haber sido llamados únicamente los abuelos maternos. Comparte esta conclusión, MIQUEL GONZÁLEZ, quien defiende que «la exclusión de los abuelos

El hombre en ningún caso podía haber llegado a ser condenado por sentencia firme al haber fallecido tras la comisión de los hechos delictivos, por lo que la estimación de la indignidad en la referida Sentencia, pese a la plausibilidad de la solución en términos de justicia material, no encaja en el tipo definido en el artículo 756.1º del Código Civil²⁷. El referido precepto exigía que el sucesor hubiese sido «condenado en juicio» (antes de la reforma en 2015) y, requiere actualmente que sea «condenado por sentencia firme»; es decir, en ambos casos resulta necesario la previa condena del sucesor por haber atentado contra la vida del causante²⁸. La Audiencia Provincial de Murcia, pese a adoptar una solución no contemplada por la norma, no justifica su decisión, limitándose a señalar que «en los casos como en el que nos ocupa donde no es posible dicho juicio en el ámbito jurisdiccional penal, será el tribunal civil quien estime si se produjo el acto indigno»²⁹.

Hoy en día en un asunto similar no parece pueda estimarse la declaración de indignidad del sucesor no condenado por sentencia firme, so pretexto de una interpretación flexible de la causa contenida en el artículo 756.1º del Código Civil de acuerdo con la realidad social cultural y los valores del momento y, ello porque dicha realidad no es diferente a la contemplada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria que modificó el referido precepto «por considerarse necesario su adaptación a la nueva realidad social y desarrollo legislativo en el ámbito penal...» (Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, de 2 de junio)³⁰. Máxime teniendo en

paternos de la herencia de sus nietos- por aplicación del art. 766- no significa una pena que se les imponga por la indignidad del hijo. La exclusión de los abuelos paternos de la herencia de sus nietos tiene lugar debido a que el padre de estos vive cuando mueren sus hijos y la excepción del 761 no alcanza a los ascendiente» [MIQUEL GONZÁLEZ, «La indignidad para suceder por atentar contra la vida del causante: comentario de la sentencia de la Audiencia de Murcia de 19 de noviembre 2012», en BASSO, Gonzalo (coord.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid, 2019, p. 1691].

²⁷ El art. 756.2º CC aplicable al asunto litigioso exigía haber sido condenado en juicio para la declaración de indignidad y, requiere actualmente haber sido condenado por sentencia firme, tras la reforma del referido precepto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (art. 756.1º CC).

²⁸ En materia de revocación de donaciones por ingratitud del donatario, el art. 648.1º del Código Civil aunque no requiere sentencia condenatoria, exige que el donatario hubiese cometido «algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante». Pese a una primera vacilación fruto de la STS 422/2015, Civil, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2015:4153) en la que se estimó la revocación de la donación por ingratitud del donatario, pese a no haber previa comisión de un delito, aunque es cierto que para apreciar dicha causa de revocación, el Tribunal Supremo adujo a una «conducta socialmente reprochable, que reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante», la reciente STS 44/2023, Civil, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2023:287) requiere la comisión de un delito contra el donante o su imputación y, en consecuencia, rechaza la revocación de la donación al no identificar «ningún hecho que, aunque no medie condena, pueda ser subsumido de manera prejudicial en alguna actuación delictiva».

²⁹ En opinión de INFANTE RUIZ, la conclusión de la sentencia de apelación «no es interpretación extensiva, al menos no lo es entendida en sentido estricto. Es *analogía iuris* y de la grande; ante el silencio de la norma, cuando no se puede seguir causa penal por muerte del ofensor, el juez *recrea, corrige* la norma y lo debe hacer -como es el caso- con criterios de racionalidad jurídica (argumentación) y con obsequio a la razonabilidad que debe esperarse en toda interpretación jurídica» [INFANTE RUIZ, Francisco José, «Indignidad sucesoria y desheredación. Una visión actual», en GARCÍA MAYO, Manuel (dir.), *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Wolters Kluwer, 2020, p. 460].

³⁰ En un informe de la Delegación del Gobierno para la violencia de género presentado el 23 de julio de 2015 se recoge que «la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, publicada en el BOE de 3 de julio de 2015, que entra en vigor el día 23 de julio, incluye novedades relativas a los requisitos para contraer matrimonio, así como, en materia de indignidad sucesoria que afectan a los supuestos de violencia de género, con la finalidad de otorgar una mejor protección ante estas situaciones». La reforma del referido precepto, como ponen de manifiesto GALICIA AIZPURUA y CASTELLANOS CÁMARA «ha merecido el aplauso de la doctrina en tanto la redacción anterior de

cuenta que la reforma refuerza la tesis que defiende la exigencia de previa sentencia penal condenatoria³¹, pese a no haberse incluido dicha referencia expresamente, como sí se recoge en los derechos civiles catalán y balear (arts. 412-3 CCCat y 7 bis CDFIB)³².

La imposibilidad de admitir una interpretación flexible del artículo 756.1º del Código Civil coincide, asimismo, con la postura de la STS 384/2019, Civil, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2241) que rechazó la ampliación de la indignidad a aquellos sucesores que hubiesen incumplido las obligaciones personales de cuidado y asistencia al causante discapacitado ex artículo 756.7º del Código Civil, teniendo en cuenta la reforma del precepto en 2015.

la norma no se adaptaba a la realidad social actual, enormemente sensibilizada contra la violencia en el seno de la familia. A la condena por sentencia firme por atentado contra la vida del causante se añade la condena a pena grave (vid. art. 33.2 CP) por haber causado lesiones (arts. 147 a 156 CP) o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar (art. 173.2 CP) no solo contra el causante sino también contra cualquiera de las personas antes enumeradas» (GALICIA AIZPURUA, Gorka H. y CASTELLANOS CÁMARA, Sandra «Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones», *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 3, 2018, p. 35). Con anterioridad a la ampliación de las causas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, se alzaron autores propugnando una reforma del art. 756.2º CC para incluir como causa de indignidad los malos tratos proferidos al causante, dada «la gran cantidad de casos de malos tratos que desde hace un tiempo en un crecimiento vertiginoso vienen produciéndose, los cuales producen un estado de alarma social motivado por el rechazo moral de que el sujeto maltratador pueda heredar bienes de la persona que ha sido víctima del maltrato» [ZUMAQUERO GIL, Laura, «Los malos tratos como causa de indignidad para suceder», en LIÑÁN GARCÍA, María Ángeles y DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad (coords.) *Mujeres y protección jurídica: una realidad controvertida*, 2008, p. 152].

³¹ Tras la reforma del precepto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, VAQUER ALOY considera que «la condena penal firme es ineludible» (VAQUER ALOY, ADC, vol. 73, núm. 3, 2020, p. 1073). En este mismo sentido, cfr. GARCÍA RUBIO, «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en CANIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.), *Código Civil Comentado*, vol. II, Thomson-Reuters, 2016, p. 623, INFANTE RUIZ, Francisco José, en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, 2020, p. 445 y NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia, «Estudio de las nuevas causas de indignidad sucesoria introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Actualidad Civil*, núm. 12, 2019, p. 5. En contra de esta doctrina, MIQUEL GONZÁLEZ pone de manifiesto que «la literalidad del nuevo precepto no es tan diversa de la anterior como para excluir en este caso la interpretación favorable a la apreciación de la indignidad por el juez civil» (MIQUEL GONZÁLEZ, en *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, p. 1692).

³² En efecto, el art. 412-3 CCCat dispone que «son indignos de suceder: a) el que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber matado o haber intentado matar dolosamente al causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en pareja estable o algún descendiente o ascendiente del causante; b) el que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido dolosamente delitos de lesiones graves, contra la libertad, de torturas, contra la integridad moral o contra la libertad e indemnidad sexuales, si la persona agravada es el causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en pareja estable o algún descendiente o ascendiente del causante (...) e) el que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares, en la sucesión de la persona agravada o de un representante legal de esta» (art. 412-3 CCCat). Habida cuenta de la necesaria sentencia condenatoria en juicio penal ex art. 412-3 CCCat, GÓMEZ POMAR considera que no será indigno el sucesor que no pudo ser condenado por sentencia firme, aunque se tuviera certeza de su participación en la muerte dolosa del causante: «a falta de sentència que reuneixi aquestes condicions, i amb independència de quina sigui la causa, no concorrerà indignitat, encara que se sàpiga a ciència certa que l'afavorit va causar fraudulentament la mort d'una de les persones referides en la previsió legal. Així, en cas de mort del reu, d'impossibilitat de continuar el procés per rebel·lia, o de prescripció del delicte, no hi haurà indignitat» [GÓMEZ POMAR, «Comentari al article 412-3 del Codi Civil de Catalunya», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER RIBA, Josep (dirs.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, 2009, p. 107].

En parecidos términos, el art. 7 bis CDFIB declara que «son indignos para suceder: a) los condenados en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes; b) los condenados en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes».

No obstante lo anterior, la declaración de indignidad en estos casos resulta posible con base en la interpretación que del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos realiza la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2009 (asunto *Velcea y Mazăre contra Rumania*)³³. El Tribunal considera que una norma que impide la declaración de indignidad del culpable de la muerte del causante por no concurrir sentencia condenatoria vulnera el artículo 8 del Convenio, pues el respeto a la vida familiar exige tener en cuenta las circunstancias excepcionales en cada caso, debiendo evitarse la aplicación estricta de las normas cuando ello suponga un perjuicio grave injustificado³⁴. En el asunto examinado, los tribunales de Rumanía habían desestimado la declaración de indignidad del marido que había matado a su esposa y después suicidado, habida cuenta de que el artículo 958 del Código Civil rumano exigía condena en sentencia firme para declarar indigno al responsable de la muerte dolosa del causante³⁵. La autoría del delito de homicidio quedó corroborada en el auto de sobreseimiento de la causa de 20 de agosto de 1993, aportándose además en el proceso de declaración de indignidad dos cartas de autoinculpación escritas por el marido antes de fallecer y el testimonio de un policía fuera de servicio que presencié los hechos. Al resultar la decisión jurisprudencial contraria al artículo 8 del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena al Gobierno de Rumanía al pago de una indemnización a los recurrentes (familiares de la víctima).

De acuerdo con lo expuesto, podría entenderse que la aplicación *stricto sensu* del artículo 756.1º del Código Civil cuando deriva en un perjuicio grave injustificado, como es la imposibilidad de declarar indigno al partícipe en la muerte del causante por no ser posible su condena, resulta contrario al artículo 8 del Convenio. Para evitar dicha vulneración, debería preverse legalmente una solución para los casos en los que la condena al partícipe en la muerte del causante resulte imposible. Y ello porque resulta razonable que quien ha acabado con la vida del causante o participado en su muerte sea declarado indigno en su sucesión, aunque no hubiese sido

³³ De acuerdo con el art. 8 CEDH «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

³⁴ La STEDH declara que «La Cour ne saurait admettre que, à la suite du décès d'une personne, le caractère illicite de ses agissements reste sans effet. Certes, les principes gouvernant la responsabilité pénale d'une personne suspectée d'avoir commis des faits prohibés par la loi pénale et leur application par les autorités nationales empêchaient, à juste titre, une fois le classement sans suite décidé, de continuer à enquêter sur la responsabilité d'Aurel A. après son décès. La Cour ne saurait remettre en question ce principe fondamental du droit pénal national qu'est le caractère personnel et non transmissible de la responsabilité pénale. Il n'en reste pas moins que la reconnaissance formelle, par les autorités, du caractère illicite de tels agissements avant de conclure à une décision de classement de l'affaire déterminée par le décès de la personne concernée devrait constituer, d'une part, un message clair envoyé à l'opinion publique que les autorités ne sont pas disposées à tolérer de tels agissements, et, devrait servir, d'autre part, aux intéressés, dans les prétentions à caractère civil qu'ils peuvent avoir (...) Le respect de la vie familiale du requérant aurait exigé la prise en compte des circonstances particulières et, pour ainsi dire exceptionnelles, de l'affaire pour éviter une application mécanique des principes d'interprétation des dispositions de l'article 655 § 1 du code civil. La Cour en conclut que, eu égard à la situation très particulière en cause dans la présente affaire (paragraphe 128 ci-dessus), et compte tenu de la marge d'appréciation étroite dont l'État défendeur bénéficiait pour une question touchant à la vie familiale, un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts du successeur d'Aurel A., d'une part, et les intérêts du requérant, d'autre part».

³⁵ Con anterioridad a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se modificó el artículo 958 del Código Civil rumano, exceptuándose el requisito de sentencia condenatoria firme en los casos en los que resulte imposible por haber fallecido el responsable, por perdón o amnistía o por prescripción de la acción penal.

condenado por sentencia penal firme: debe diferenciarse la sanción penal que podría recaer en el autor o partícipe de la muerte de una persona de la sanción civil que impida a quién participó en la muerte del causante beneficiarse de todo o parte de su patrimonio.

La indignidad de quien hubiese participado en la muerte del causante sin la previa condena por sentencia firme podría admitirse legalmente convergiendo con la causa de indignidad actual a través de un sistema dual, en parecidos términos al derecho civil francés³⁶. De tal modo que podría contemplarse, por un lado, la indignidad legal *ope legis* en la que encajaría la actual causa del artículo 756.1º del Código Civil en la que existe previa condena por sentencia firme y, por otro, la indignidad facultativa que requeriría un proceso judicial de declaración de indignidad tras el fallecimiento del causante en el que el juez civil pudiese declarar indigno al sucesor que habiendo atentado contra la vida del causante no pudo ser condenado penalmente³⁷.

Esta conclusión resulta además conforme con las causas de desheredación relacionadas con el maltrato al testador que no requieren previa condena por sentencia firme³⁸. De acuerdo con los artículos 854.3º y 855.4º del Código Civil es justa causa de desheredación de los ascendientes o del cónyuge viudo haber atentado contra la vida del otro progenitor o del causante, si no hubiere mediado reconciliación. En ninguno de los dos preceptos se establece como requisito la condena por sentencia firme, lo que parece indicar que será justa la desheredación si puede probarse en el proceso civil de impugnación de la desheredación el atentado contra la vida del causante, aunque el legitimario no hubiese sido declarado penalmente responsable³⁹. Para el caso de la

³⁶ En parecidos términos al derecho civil francés (arts. 726 y 727 del *Code Civil*) y al derecho civil rumano (arts. 958 y 959). En el derecho francés, el art. 726 del *Code Civil* declara que es indigno para suceder y, por tanto, excluido de la sucesión el que hubiera sido condenado como autor o cómplice por haber matado o intentado matar al causante o por haber cometido un delito de lesiones, mientras que el art. 727 del *Code Civil* señala que puede ser declarado indigno (exige previa declaración judicial) quien hubiera cometido alguna de las conductas tipificadas en el art. 726, pero no hubiera sentencia condenatoria por fallecimiento del autor o caducidad de la acción: *Sont indignes de succéder et, comme tels, exclus de la succession: 1º Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ; 2º Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner* (art. 726); *Peuvent être déclarés indignes de succéder : Peuvent également être déclarés indignes de succéder ceux qui ont commis les actes mentionnés aux 1º et 2º et à l'égard desquels, en raison de leur décès, l'action publique n'a pas pu être exercée ou s'est éteinte* (art. 727). Como puede observarse el *Code Civil* distingue la indignidad de pleno derecho y la indignidad facultativa que requiere previa declaración judicial. En parecidos términos, el Código Civil rumano regula separadamente la indignidad de pleno derecho (art. 958 CCR) y la indignidad judicial que requiere que la indignidad sea declarada por sentencia (art. 959 CCR).

³⁷ Díez GARCÍA después de mostrar su crítica al carácter rígido del artículo 756 del Código Civil propone «dar cabida a la denominada indignidad facultativa, es decir, que sea la autoridad judicial la que, en su función de aplicar e interpretar la ley, declare un determinado hecho, no contemplado por ella pero sí comprendido en su espíritu, como causa de indignidad» (DÍEZ GARCÍA, en *Comentarios al Código Civil*, t. IV, 2013, p. 5637).

³⁸ En este sentido, VAQUER ALOY entiende que «puesto que la desheredación supone la privación de un derecho legal capital en la sucesión, como es la legítima, no se observa obstáculo alguno para que la indignidad, como ya sucede con la causa del número 7 y también con las de los números 5 y 6 del artículo 756 CC, tampoco requiera que concurra una sentencia penal condenatoria» (VAQUER ALOY, *ADC*, vol. 73, núm. 3, 2020, p. 1089).

³⁹ Esta es precisamente la interpretación de MANRESA Y NAVARRO, a cuyo tenor «basta el hecho de atentar uno de los padres contra la vida del otro, aunque se trate de una simple tentativa no castigada en juicio criminal» [MANRESA Y NAVARRO, «Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil», en MANRESA Y NAVARRO, José María (dir.), *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, Madrid, 1898, p. 551]. En este mismo sentido, cfr. ALGABA ROS, «Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.), *Código Civil Comentado*, vol. II, 2011, p. 1022 y BUSTO LAGO, «Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,

desheredación de los hijos o descendientes, por un lado, la Ley 6/1984, de 31 de marzo suprimió la causa cuarta referida a la desheredación por «haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil»; y de otro, desde la STS 50/1904, Civil, de 4 de noviembre (ES:TS:1904:1291) se ha considerado, respecto del maltrato de obra e injurias graves de palabra, que «tratándose del padre, el medio de castigar, valiéndose de su propia autoridad, al hijo que por su conducta o por las ofensas que le haya causado se haga indigno de sucederle; pero sin que para el ejercicio de este derecho, cuando de injurias graves se trate, haya de preceder una sentencia condenatoria»⁴⁰.

La *futura* reforma que pudiese contemplar una solución *ad hoc* para los casos de imposibilidad de condena en sentencia firme no solucionan, sin embargo, los asuntos que pudieran plantearse en la actualidad. No obstante, la «eficacia horizontal» del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴¹ en conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁴², podría ser el argumento que permitiese al juez o tribunal declarar indigno al partícipe en la muerte del causante, aunque no hubiese sido condenado por sentencia firme. No en balde, «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales», sino que adicionalmente «resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento» [STC 303/1993, de 25 de octubre (ECLI:ES:TC:1993:303)]. La aplicación inmediata de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no debería quedar

Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 2003, p. 1010. En contra, RAGEL SÁNCHEZ considera que «habrá que entender que el atentado contra la vida al que se refiere el primer precepto, que siempre es un delito, deberá ser acreditado en el procedimiento penal correspondiente, en el que deberá haberse dictado una sentencia de condena» [RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. V, 2013, p. 6291].

⁴⁰ Respecto de la desheredación de un hijo por agresión física *ex art.* 853.2º CC, la SAP de Asturias (Sección 7ª) 10 diciembre 2010 (ECLI:ES:APO:2010:2522) estimó la desheredación del hijo en la sucesión de su padre al haber quedado acreditada la conducta de maltratador habitual del hijo en el ámbito familiar, «que si no dio lugar a encausamientos, lo fue por falta de denuncia de los afectados». Tampoco se exige condena para la desheredación basada en la negativa injustificada a prestar alimentos. Así lo entiende la STS 1460/1959, Civil, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:1959:1460), a cuyo tenor «la Ley no exige el requisito del requerimiento o petición de alimentos, ni obliga al ascendiente a promover contienda judicial contra los hijos o descendientes obligados a darlos; como tampoco autoriza a estos a que la priven de los que posee lo que equivale a negar sin motivo legítimo el suministro de los mismos, por lo que la causa de desheredación se encuentra plenamente justificada».

⁴¹ ARZOZ SANTISTEBAN excluye la eficacia horizontal del CEDH, pero concretando que un particular no podría lograr una sentencia estimatoria por vulneración de una norma del CEDH, sin responsabilidad imputable al Estado correspondiente. Lo que no ocurre en el presente caso, en el que la vulneración del art. 8 CEDH viene determinada por la aplicación rigurosa del art. 756 CC. Consecuentemente, «las vulneraciones de derechos cometidas por particulares se pueden combatir por medio del Convenio si se pueden construir razonablemente como déficits de protección imputables al Estado correspondiente: ya sea por la omisión del legislador interno, los órganos judiciales o las autoridades administrativas» (ARZOZ SANTISTEBAN, «La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, p. 171).

⁴² Nótese que la postura de la Sala de lo Civil del TS respecto a la doctrina del TEDH es que tiene carácter vinculante. Cfr. SSTs 461/2020, Civil Pleno, de 7 septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2803), 781/2021, Civil, de 15 noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4327), 790/2022, Civil, de 17 noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4397). En este sentido, aunque referido a las sentencias del TEDH que afectan al Gobierno español, declara que «es constitucionalmente imperativo establecer un sistema que haga posible la ejecución de sus sentencias por constituir parte del derecho que el titular del derecho a la tutela judicial efectiva tiene. España, pues, se ha visto confrontada a esta exigencia: establecer un sistema de ejecución de las sentencias condenatorias del TEDH no solo era una obligación desde el punto de vista del CEDH sino también un imperativo constitucional» (GUILLÉN LÓPEZ, «Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 42, 2018, p. 364).

limitada a las sentencias que afectan directamente al Estado español, sino también extenderse a todas aquellas que le vinculen indirectamente, como es el caso planteado en el que existe un claro paralelismo entre el artículo 756.1º del Código Civil y el originario artículo 958 del Código Civil de Rumanía. Pese a lo expuesto, en caso de duda, el juez o tribunal antes de (in)aplicar el precepto analizado para declarar o desestimar la indignidad podría plantear una cuestión de inconstitucionalidad ex artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴³.

3. La indignidad por incumplimiento de los deberes paternofiliales

La sentencia firme se exige también para poder declarar indigno a quien hubiese incumplido las obligaciones paternofiliales, disponiendo el artículo 756.2º *in fine* del Código Civil que será indigno para suceder «el privado por resolución firme de la patria potestad»⁴⁴. Conforme con el referido precepto, la causa de indignidad para suceder no radica en el incumplimiento de las obligaciones paternofiliales por parte del progenitor, sino en la privación por resolución firme de la patria potestad. Por lo tanto, *a priori* será llamado a la sucesión del descendiente aquel que

⁴³ «Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley» (art. 35.1 LOTC). De acuerdo con el referido precepto, el hecho que la decisión definitiva sobre el planteamiento de la cuestión corresponda en exclusiva a los órganos judiciales no comporta que la iniciativa para plantearla deba tener siempre su origen en una duda que le surja al juez que conoce del proceso, pudiendo surgir de una petición de las partes mediante la que soliciten al Juez o Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad en relación con una de las normas aplicables en el proceso (vid. FERNÁNDEZ DE GRUTOS, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Cedecs, 2002). Ahora bien, la decisión última de plantear la cuestión le corresponde al juez o tribunal y, por tanto, podrá rechazar la petición de las partes a este respecto. Frente a esta negativa, como señala REQUEJO RODRÍGUEZ en opinión del Tribunal Constitucional «la tutela judicial efectiva no se vería vulnerada por la decisión de aplicar una norma inconstitucional en opinión de las partes, pero al menos sí por su aplicación; por eso se recurriría la sentencia y no la negativa al planteamiento de la cuestión, que sería condición y no objeto del amparo» (REQUEJO RODRÍGUEZ, «Cuestión de inconstitucionalidad y tutela judicial efectiva», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 15, 2015, p. 5).

⁴⁴ A efectos de complementar lo dispuesto en el art. 756.2º CC se debe acudir al art. 170 CC, a cuyo tenor «cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial». Como señalan las SSTs 621/2015, Civil, de 9 noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4575) y 291/2019, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1661) «el artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma (...) Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor». Como dispone, asimismo, la STS 315/2014, Civil, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2131) «la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada».

Asimismo, el art. 756.2º *in fine* CC también recoge como causa de indignidad haber sido removido judicialmente del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad (para las causas de remoción, cfr. arts. 173,3, 223 y 278 CC). Cabe precisar que las conclusiones que se alcancen en relación con la sucesión del menor y su progenitor resultan extensibles al tutor o curador respecto del menor o discapacitado fallecido.

aun habiendo incumplido gravemente las obligaciones paternofiliales, no hubiese sido privado de la patria potestad por sentencia firme⁴⁵.

La necesidad de que concurra previa sentencia firme de privación de la patria potestad constituye un requisito extremadamente rígido que puede derivar en no pocas ocasiones en el llamamiento sucesorio de quien ha incumplido gravemente las obligaciones inherentes a la patria potestad. Lo que ocurrió en el asunto examinado por la STS 235/2018, Civil, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1394) que, si bien, pudo declarar indigno al padre del menor fallecido, no pudo basar la indignidad en el artículo 756.2º *in fine* del Código Civil, sino en el antiguo apartado primero que declaraba indigno para suceder «al padre que abandonare a su hijo»⁴⁶. El asunto de autos resulta especialmente sensible: el padre del menor fallecido a los seis años se había desentendido completamente desde su nacimiento, tanto económica como afectivamente, requiriendo además el menor cuidados especiales desde que a los dieciséis meses como consecuencia de una meningitis, sufriera una severa discapacidad. Ante el absoluto desprecio del padre, la madre solicitó la privación judicial de la patria potestad que, sin embargo, no pudo acordarse por haber fallecido prematuramente el hijo menor. Tras el fallecimiento del menor, su madre solicitó la declaración de indignidad del otro progenitor sobre la base de la antigua regla del artículo 756.1º del Código Civil, teniendo en cuenta el «abandono sin remordimiento alguno de un menor con parálisis cerebral, dependiente total para todas las actividades de la vida, que requirió constante atención médica e ingresos, sin visitarlo ni contribuir pese conocer la precariedad económica, incumpliendo gravemente el deber de asistencia moral y económica a su hijo»⁴⁷.

Pese a que el comportamiento del progenitor quedó claro fue del todo punto incompatible con los deberes inherentes a la patria potestad, tanto personales como patrimoniales (art. 154. 2 CC) la declaración de indignidad no pudo fundamentarse en la causa del artículo 756.2º *in fine* del Código Civil al no concurrir resolución firme de privación de la patria potestad, como así señala la Sentencia analizada: «no deja de ser llamativo que el demandado, aquí recurrente, ante una demanda en su contra de pérdida de patria potestad, con la gravedad que ello supone en las relaciones paternofiliales, no se personase y fuese declarado en rebeldía, pues si la demanda

⁴⁵ Salvo, claro está, que concurra otra causa distinta de indignidad o, en su caso, de desheredación contenida en testamento. Además, en el caso del tutor o curador puede resultar aplicable la incapacidad relativa del artículo 753 del Código Civil, a cuyo tenor no «surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela. Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos. Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto». No se extiende la incapacidad relativa al tutor, curador o cuidador pariente del causante con derecho a suceder *ab intestato*.

⁴⁶ La causa recogida en el art. 756.1º CC relativa a la indignidad de «los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos» fue derogada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁴⁷ La referida Sentencia ha sido comentada por CABEZUELO ARENAS, «Padre declarado indigno de suceder a su hijo, un menor paralítico cerebral, por manifestar por escrito que nunca le quiso ni deseó su nacimiento. Aplicación del anterior art. 756.1 CC en lugar del art.756.7 CC», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 46, 2018, KARRERA EGIALDE, «La indignidad para suceder mortis causa por incumplimiento de los deberes paterno-filiales. Comentario a la STS núm. 235/2018, de 23 de abril», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, 2019, pp. 420-433 y COSTAS RODAL, «Indignidad para suceder al hijo menor fallecido por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 7, 2018, pp. 93-102.

hubiese prosperado, lo que no sucedió por fallecer el menor en el curso del proceso, la causa de indignidad no ofrecería duda, como expresamente se prevé en el párrafo tercero del núm. 2 del artículo 756 del Código Civil»⁴⁸.

Como ha quedado expuesto, el Tribunal Supremo pudo estimar la indignidad del progenitor en la sucesión de su hijo basada en la derogada causa primera del artículo 756 del Código Civil de abandono de un padre a un hijo. Sin embargo, la solución hubiese sido la contraria si la apertura de la sucesión se hubiese producido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio al no concurrir en el asunto de autos sentencia firme de privación de la patria potestad, teniendo el progenitor que abandonó afectiva y económicamente a su hijo derecho a la mitad de la herencia como sucesor abintestato *ex* artículo 936 del Código Civil⁴⁹.

La supresión de la causa de abandono de un padre a un hijo ha restringido considerablemente los supuestos sancionables, convirtiendo la sentencia firme en *conditio iuris* para la declaración de indignidad⁵⁰, con la consecuente exclusión de todos aquellos supuestos de falta absoluta de cuidados y asistencia al hijo menor por parte de uno o ambos progenitores en los que no concurra previa sentencia firme⁵¹. La falta de sentencia de privación -y suspensión- de la patria potestad fue el motivo que adujo la SAP de Barcelona (Sección 1ª) de 24 de noviembre de 2014

⁴⁸ En opinión de KARRERA EGIALDE, «el proceso iniciado debería continuar pese al fallecimiento del menor al existir otros interesados en el resultado del pronunciamiento final» (KARRERA EGIALDE, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, 2019, p. 432). Esta conclusión también ha sido puesta de manifiesto por COSTAS RODAL y, ello porque «el fallecimiento prematuro del hijo menor, anterior a la resolución de privación de la patria potestad por incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad, no debería beneficiar al progenitor demandado en el sentido de considerarle capaz para heredar con apoyo en una interpretación literal del nuevo texto del artículo 756.2º CC» (COSTAS RODAL en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 7, 2018, p. 102).

⁴⁹ La imposibilidad de declarar indigno al progenitor en defecto de sentencia firme de privación de la patria potestad se extiende incluso a los casos en los que el menor fallecido era una persona en situación de discapacidad, tal y como acontecía en el asunto resuelto por la STS 235/2018, Civil, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1394) y, ello porque las atenciones debidas al causante por parte del progenitor demandando lo eran por su condición de menor de edad sujeto a la patria potestad, de forma que la «discapacidad del hijo puede ser un factor relevante para valorar la gravedad de la desatención hacia él», pero no para situar la causa de indignidad en la desatención económica de un descendiente con discapacidad. Ahora bien, como señala IRIARTE ÁNGEL podría aducirse la causa del art. 756.7º del Código Civil en los casos en los que el causante hubiese fallecido después de alcanzada la mayoría de edad, pues el incumplimiento en la prestación de alimentos no derivaría de la patria potestad, sino de la situación de discapacidad del causante (IRIARTE ÁNGEL, «Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?», *Actualidad civil*, núm. 11, 2018, p. 3).

⁵⁰ La indignidad por abandono de un padre a un hijo como señalaba MORILLAS FERNÁNDEZ «es la causa de todas las recogidas que tiene más aplicación jurisprudencial» [MORILLAS FERNÁNDEZ, «Las causas de indignidad y la acción procesal de indignidad e incapacidad», en MONJE BALMASEDA, Óscar, LLEDÓ YAGÜE Francisco, FERRER VANRELL, María Pilar y TORRES LANA, José Ángel (dirs.), *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 2, Dykinson, 2014, p. 1093].

⁵¹ Como señala COSTAS RODAL «la diferencia entre la antigua y la nueva regulación estriba en que, en la regulación actualmente vigente, la causa de indignidad para suceder no es el abandono material del menor por parte del progenitor sino la privación por resolución firme de la patria potestad» (COSTAS RODAL *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 7, 2018, 100). Con anterioridad a la reforma, GARCÍA RUBIO propugnaba una modificación de la referida causa en los términos en los que se ha llevado a cabo, al sostener que «los términos utilizados en el precepto no resultan a día de hoy excesivamente técnicos y, de conservarse como causa autónoma bien merecerían una actualización similar a la que ha realizado el art. 412.3.e) CCCat que alude a la comisión de un delito contra los derechos y los deberes familiares en la sucesión de la persona agraviada o de un representante legal de ésta o, la contenida en el art. 7 bis y en el art. 69 bis de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares» (GARCÍA RUBIO, en *Código Civil Comentado*, vol. II, 2011, p. 632).

(ECLI:ES:APB:2014:12911) para desestimar la declaración de indignidad de la madre del causante *ex* artículo 412-3 del Código Civil de Cataluña, pese a que había existido abandono e incumplimiento de los deberes paternofiliales que quedó corroborado en la «resolución administrativa en que se declaró la suspensión de la patria potestad como paso previo a declarar la situación de desamparo del menor»⁵².

Del análisis de la jurisprudencia menor que estimó la indignidad con base en la derogada causa de abandono de un padre a un hijo, puede confirmarse que en la actualidad en la mayoría de los supuestos no sería posible declarar indigno al progenitor, habida cuenta de la falta de sentencia firme de privación de la patria potestad. Caso por ejemplo de la SAP de Granada (Sección 4ª) de 8 de septiembre de 2006 (ECLI:ES:APGR:2006:2783) en la que se declaró indigno al padre del menor fallecido al haberse «demostrado una absoluta desatención del padre respecto del hijo fallecido prolongada durante casi veinte años, sin que en forma alguna se haya preocupado de mantener la más mínima relación personal y sin que nunca se haya proporcionado los alimentos indispensables para el sustento (...) Solamente, tras la desgraciada muerte del hijo, ha mostrado su interés pero únicamente en obtener las ventajas patrimoniales derivadas de tan luctuoso suceso». Lo mismo sucede en el asunto resuelto por la SAP de La Coruña (Sección 5ª) de 27 de febrero de 2009 (ECLI:ES:APC:2009:1357) que confirma la declaración de indignidad del padre, «dado el total incumplimiento de las obligaciones paterno filiales (...) Según resulta del interrogatorio del demandado y de la prueba testifical, el demandado mantuvo en un total y absoluto estado de abandono a su hijo, y así no le prestó alimentos, ni asistencia económica alguna durante su vida y únicamente le vio en escasísimas veces, sin que se haya probado en modo alguno que hubiese habido obstáculos por parte de la madre o de terceros para dar debido cumplimiento a las obligaciones de todo padre para con su hijo»⁵³.

La reforma de las causas de indignidad por la Ley 15/2015, de 2 de junio, ha supuesto un cambio de paradigma importante, puesto que ahora, aunque haya pruebas fehacientes de que el progenitor abandonó durante la minoría de edad a su hijo económica y/o afectivamente, si no concurre sentencia firme de privación de la patria potestad no cabe declarar la indignidad y, como consecuencia de ello, el progenitor tendrá derecho a heredar en la sucesión de su hijo. Sin embargo, ello no parece razonable: la indignidad constituye una sanción civil por infracción de especiales deberes jurídicos, luego lo relevante debería ser la vulneración de tales deberes y no la existencia de una sentencia firme en la que hubiese quedado acreditado previamente su incumplimiento⁵⁴.

⁵² En el asunto de autos el hermano del causante alegó la aplicación del derogado art. 756.1º del Código Civil por haber abandonado la demandada al causante que fue, sin embargo, rechazado por la Sentencia analizada, pues la ley aplicable era el art. 412-3 del Código Civil catalán al haber fallecido el causante en julio de 2010 con vecindad civil catalana. Con base en ello, para la declaración de indignidad era preceptiva la sentencia firme de privación o de suspensión de la patria potestad. Es cierto que la causa de indignidad en el derecho civil catalán no sólo se restringe a los supuestos de privación de la patria potestad, sino también a los de suspensión, pero en todo caso es necesaria la concurrencia de sentencia firme, tal y como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia referida: «la doctrina mayoritaria señala que aunque el precepto no lo exige, es necesaria una resolución judicial en que se suspenda o prive de la patria potestad, aunque no tenga que ser penal».

⁵³ Cfr., asimismo, SSAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 26 marzo 2001 (ECLI:ES:APTF:2001:806), de Asturias (Sección 5ª) 2 julio 2003 (ECLI:ES:APO:2003:2642), de Madrid (Sección 18ª) 17 febrero 2010 (ECLI:ES:APM:2010:1697) y de Ciudad Real (Sección 1ª) 23 septiembre 2011 (ECLI:ES:APCR:2011:716).

⁵⁴ Como constata la SAP de Valladolid (Sección 1ª) 7 octubre 2013 (ECLI:ES:APVA:2013:1203) para la aplicación de la causa derogada de abandono de un padre a un hijo no era requisito necesario una sentencia condenatoria: «en todo caso, y al solo objeto de dar una más cumplida contestación al recurso de apelación interpuesto debe

En la búsqueda de una herramienta que permita salvar el requisito de sentencia firme y, por tanto, estimar la indignidad de quien incumplió sus obligaciones paternofiliales debe descartarse la interpretación flexible de la causa del artículo 756.2º *in fine* del Código Civil y, ello porque, como señala la STS 384/2019, Civil, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2241), «la realidad social, cultural y los valores del momento no son otros que los que contempla la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de personas con discapacidad, esto es, en respuesta a una demanda social de los valores del momento respecto de estas personas». Tal conclusión se refuerza teniendo en cuenta que tanto la reforma del precepto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, como la acaecida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, mantienen el requisito de sentencia firme.

No obstante, para eludir dicho requisito podría extrapolarse la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Velcea y Mazăre contra Rumania* (STEDH 1 diciembre 2009), a cuyo tenor debe evitarse la aplicación estricta de las normas cuando ello suponga un perjuicio grave injustificado. Claro está que en todos aquellos supuestos en los que existe un abandono económico y/o afectivo de un progenitor hacia su hijo, aunque no concurra previa sentencia firme de privación de la patria potestad resulta razonable que aquel sea excluido en la sucesión de su descendiente⁵⁵. No en balde el incumplimiento de los deberes paternofiliales podría acreditarse en el procedimiento civil de declaración de indignidad⁵⁶. Para la privación de la patria potestad no es requisito preceptivo sentencia penal, ya que puede decretarse en un proceso civil *ad hoc* (art. 170 CC), por lo que debería admitirse que, en aquellos casos en los que fallecido el hijo no concurriese sentencia de privación de la patria potestad, el juez civil pudiese declarar indigno al progenitor si en el procedimiento pudo probarse que existió un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad.

indicarse ahora, en cuanto al primero de los motivos de recurso, que no puede admitirse el alegato efectuado que refiere la concurrencia de una indebida aplicación del apartado primero del artículo 756 del Código Civil por el hecho de que no se haya producido ante la jurisdicción penal pronunciamiento alguno de condena de la ahora apelante por el delito de abandono de menores, pues se olvida con dicha alegación que de la regulación de nuestro Código Civil en momento alguno se deduce que en el supuesto configurado en el apartado primero del artículo 756 a la expresión *...abandonaren a los hijos*, se le exija una explícita condena por el delito de abandono de familia o menores tipificado en el Código Penal».

⁵⁵ Máxime si tenemos en cuenta que los menores no tienen capacidad para otorgar testamento hasta alcanzados los catorce años (art. 663 CC), por lo que el progenitor tendrá derecho a la mitad de la herencia de su hijo como sucesor abintestato.

⁵⁶ De acuerdo con la redacción actual, el curador que hubiese sido removido de su cargo por causa que le sea imputable será automáticamente incapaz para suceder por indignidad, sin entrar a analizar cuál fue la causa que motivó la remoción. La innecesidad de la sentencia de remoción del cargo de tutor o curador favorecería al mismo tiempo al tutor o curador que fue removido de su cargo en aquellos casos en los que la causa de remoción no respondió a actos reprochables o agravios infligidos al testador o a sus familiares *ex* artículo 278 del Código Civil, por ejemplo, porque la remoción venga justificada por una notoria ineptitud de su ejercicio sin que concurra un mal comportamiento hacia el menor o discapacitado. En este mismo sentido, cfr. COBAS COBIELLA, *Derecho de sucesiones. Bases para una reforma*, Aranzadi, 2022, BIB 2023\86, p. 6. En opinión de JATO DÍAZ «no toda remoción del ejercicio de la tutela o de la curatela supone la consideración del tutor o el curador como incurso en causa de indignidad. A tales efectos, de lo establecido en el artículo 756.2º, párrafo tercero, del Código civil resulta exigible que la causa de la remoción fuese imputable al tutor o al curador» (JATO DÍAZ, *El derecho sucesorio en la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, tesis doctoral, Universidad de La Coruña, 2022, p. 94). Si bien, la ineptitud del curador que resulta ser una causa imputable a él no parece debería admitirse como causa de indignidad, salvo que pudiera probarse la intencionalidad de dañar al discapacitado.

Para evitar las situaciones injustas que de la aplicación estricta de la normativa actual podrían derivarse, se propugna la supresión del requisito de sentencia firme, pudiendo incardinar la declaración de indignidad del progenitor en «las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170 del Código Civil», tal y como estipula el artículo 855.2º del Código Civil para la desheredación del cónyuge viudo⁵⁷. Y ello porque lo relevante a efectos de la imposición de la sanción civil debería ser el comportamiento del progenitor incompatible con los deberes inherentes a la patria potestad y no la existencia de una previa sentencia firme a tal efecto⁵⁸. Consecuentemente de *lege ferenda* y, en la misma línea anteriormente expuesta, podría admitirse la indignidad legal *ope legis* en la que encajaría la actual causa que exige resolución firme de privación de la patria potestad y además la indignidad facultativa en la que pudiera estimarse judicialmente la incapacidad para suceder del progenitor que aun no habiendo sido privado de la patria potestad hubiese incumplido gravemente las obligaciones paternofiliales.

4. Bibliografía

ALGABA ROS, Silvia, «Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, Ana/DE PABLO CONTRERAS, Pedro/ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.), *Código Civil Comentado*, vol. II, Thomson-Reuters, 2011, pp. 997-1032.

ARROYO AMAYUELAS, Esther/FARNÓS AMORÓS, Esther, «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿A quién prefieren los tribunales?», *InDret*, núm. 2, 2015, pp. 1-32.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier, «La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, pp. 149-174.

BUSTO LAGO, José Manuel, «Comentario a los artículos 854 y 855 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*, Thomson-Reuters, 2003, pp. 1008-1010.

⁵⁷ Resulta llamativo que, para la desheredación de un ascendiente, el art. 854.1º CC parezca exigir sentencia de privación de la patria potestad en términos similares al art. 756.2º CC al disponer que «serán justas causas para desheredar a los padres (...) haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170» del Código Civil. De acuerdo con el tenor literal, RAGEL SÁNCHEZ considera que «para que pueda hacerse valer esta causa es preciso que exista una sentencia que haya privado a uno o ambos progenitores de la patria potestad» (RAGEL SÁNCHEZ en *Comentarios al Código Civil*, t. V, 2013, p. 6290). En este mismo sentido, cfr. ALGABA ROS en *Código Civil Comentado*, vol. II, 2011, p. 1021. No obstante, la STS 299/1946, Civil, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:1946:299) estima justa la desheredación de la madre del causante sin entrar a analizar la existencia de una sentencia previa de privación de la patria potestad, teniendo en cuenta que «la madre abandonó en el año 1904 el domicilio conyugal, en el que quedaron el padre y varios hijos, de los cuales tres menores, como era el que la desheredó, a la sazón de once años, marchando a Barcelona en compañía de un amante, con el que vivió hasta su muerte, desentendiéndose del cuidado, asistencia y educación de ellos» La Sentencia considera que encaja en la causa del art. 854.1º CC el romper absolutamente durante «toda la vida de la relación paterno filial, desde la infancia del hijo, desentendiéndose, no solo de la obligación de alimentarle, sino también de las de acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas».

⁵⁸ En ese mismo sentido, MARIÑO PARDO aduce como posible solución «entender que lo esencial es que exista la causa legal de privación de la patria potestad, la cual podrá ser apreciada en el posible pleito» aunque el reconoce que «esta tesis no se acomoda al tenor literal de la norma reformada» (MARIÑO PARDO, F., «La desheredación o indignidad del padre que abandona al hijo. La reforma del artículo 756 del Código Civil por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Blog Iuris Prudente*, 2016, última consulta 15 marzo 2023).

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «Padre declarado indigno de suceder a su hijo, un menor paralítico cerebral, por manifestar por escrito que nunca le quiso ni deseó su nacimiento. Aplicación del anterior art. 756.1 CC en lugar del art.756.7 CC», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 46, 2018.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «¿Por qué no se ha reformado el art. 756.7 CC sancionando con indignidad la omisión de un trato digno al discapacitado, imitando el ejemplo de otros ordenamientos», en MUÑIZ ESPADA, Esther (dir.) *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 365-395.

COSTAS RODAL, Lucía «Indignidad para suceder al hijo menor fallecido por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 7, 2018, pp. 93-102.

DÍEZ GARCÍA, Helena «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IV, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 5633-5643.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y DE CORRAL GARGALLO, Paz, «El homicidio en la relación de pareja: un análisis psicológico», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, 2009, p. 139-150.

ESPÍN MARTÍNEZ, Antonio «La indignidad sucesoria romana y su evolución jurídica hasta la regulación actual del art. 756 del CC español», en GARCÍA SÁNCHEZ, Justo (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. VIII, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 793-812.

FERNÁNDEZ DE GRUTOS, Marta, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Cedecs, Barcelona, 2002.

GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio, «Capítulo VII. Título VI. De las sucesiones. Libro Cuarto. De los modos de adquirir la propiedad», en Asociación de Profesores de Derecho Civil (coord.), *Propuesta de Código Civil. Madrid*, Tecnos, 2018, pp. 597-607.

GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio/CASTELLANOS CÁMARA, Sandra «Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones», *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 3, 2018, pp. 27-70.

GARCÍA RUBIO, María Paz «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, Ana/DE PABLO CONTRERAS, Pedro/ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.), *Código Civil Comentado*, vol. II, Thomson-Reuters, 2011, pp. 628-638.

GARCÍA RUBIO, María Paz/OTERO CRESPO, Marta, «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.), *Tratado de sucesiones*, t. I, Thomson-Reuters, 2016, pp. 235-288.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «Comentari a l'article 412-3 del Codi Civil de Catalunya», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep (dirs.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Atelier, 2009, pp. 102-116.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, «Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014. Desheredación por maltrato psicológico. Concepto incluido en el término maltrato. Relevancia

de la ausencia de relación afectiva como causa legal», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 97, 2015, pp. 277-288.

GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, «Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 335-370.

INFANTE RUIZ, Francisco José, «Indignidad sucesoria y desheredación. Una visión actual», en GARCÍA MAYO, Manuel (dir.), *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 439-470.

IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, «Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?», *Actualidad civil*, núm. 11, 2018, pp. 1-14.

JATO DÍAZ, Pablo, *El derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, tesis doctoral, Universidad de La Coruña, 2022.

JORDANO FRAGA, Francisco, *Indignidad sucesoria y desheredación. Algunos aspectos conflictivos de su interrelación*, Comares, Granada, 2004.

KARRERA EGIALDE, Mikel Mari, «La indignidad para suceder mortis causa por incumplimiento de los deberes paterno-filiales. Comentario a la STS núm. 235/2018, de 23 de abril», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, 2019, pp. 420-433.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, «Algunos aspectos del régimen de la indignidad sucesoria en relación a la legítima dentro del Código Civil», en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel/MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 1, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 2553-2571.

MANRESA Y NAVARRO, José María, «Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil», en MANRESA Y NAVARRO, José María (dir.), *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, Editorial Revista de Legislación, 1898, pp. 523-558.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «¿Por qué los hombres matan a las mujeres... y después se suicidan? Algunas respuestas desde los estudios de género y el derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, núm. 24-29, pp. 1-27.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, pp. 912-916.

MARIÑO PARDO, Francisco, «La desheredación o indignidad del padre que abandona al hijo. La reforma del artículo 756 del Código Civil por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Blog Iuris Prudente*, 2016.

MENA-BERNAL ESCOBAR, María José, *La indignidad para suceder*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «La indignidad para suceder por atentar contra la vida del causante: comentario de la Sentencia de la Audiencia de Murcia de 19 de noviembre 2012», en BASSO, Gonzalo (coord.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2019, pp. 1671-1691.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, «Las causas de indignidad y la acción procesal de indignidad e incapacidad», en MONJE BALMADEA, Óscar, LLEDÓ YAGÜE Francisco, FERRER VANRELL, María Pilar y TORRES LANA, José Ángel (dirs.), *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 2, Dykinson, 2014, pp. 1089-1112.

NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia, «Estudio de las nuevas causas de indignidad sucesoria introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Actualidad Civil*, núm. 12, 2019, pp. 1-24.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. V, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 6268-6313.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, 2010, pp. 379-462.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Cuestión de inconstitucionalidad y tutela judicial efectiva», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 15, 2015, pp. 1-16.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, t. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1974.

VAQUER ALOY, Antoni, «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, núm. 3, 2020, pp. 1067-1095.

ZUMAQUERO GIL, Laura, «Los malos tratos como causa de indignidad para suceder», en LIÑÁN GARCÍA, María Ángeles/DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad (coords.) *Mujeres y protección jurídica: una realidad controvertida*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, 2008, pp. 141-154.

Marco obligacional de los prestadores de servicios básicos de intermediación

Regulación asimétrica de la DMA para las grandes plataformas digitales

Sumario

La firme aparición de las plataformas digitales y el sólido protagonismo con el que irrumpen en un sector digital que absorbe cada vez más elevados volúmenes de la actividad económica y social en la actualidad, exige disciplinar su actividad, especialmente en aquellos casos en los que ejercen un poder central decisivo en los mercados en los que operan. De este modo, aparece la Digital Markets Act, norma fundamental que, articulada en torno a un conjunto, nada desdeñable, de medidas de toda índole, busca alcanzar una mayor y mejor contestabilidad y lealtad en las relaciones, ad intra y ad extra, que tienen lugar por parte de los, así denominados, guardianes de acceso. Sobre estas obligaciones y prohibiciones profundizaremos en el presente artículo, delimitando el régimen jurídico aplicable y, dentro de él, los servicios afectados por cada disposición y los fines concretos perseguidos por cada una de ellas.

Abstract

The strong emergence of digital platforms and the solid role they are playing in a digital sector that is absorbing ever greater volumes of economic and social activity nowadays requires disciplining their activity, especially in those cases in which they exercise decisive central power in the markets in which they operate. Thus, the Digital Markets Act appears, a fundamental regulation which, articulated around a not inconsiderable set of measures of all kinds, seeks to achieve greater and better contestability and fairness in the relations, ad intra and ad extra, that take place on the part of the so-called gatekeepers. We will examine these obligations and prohibitions in greater detail in this article, defining the applicable legal regime and, within it, the services affected by each provision and the specific aims pursued by each of them.

Title: Mandatory framework for providers of basic intermediation services: asymmetric regulation of the DMA for large digital platforms

Palabras clave: plataforma, guardián de acceso, ecosistema, servicio de la sociedad de la información, intermediación

Keywords: platform, gatekeeper, ecosystem, information society service, intermediation

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.07

3.2023

Recepción
27/04/2023

-

Aceptación
30/06/2023

-

Índice

-

1. *Introducción: la consolidación de plataformas que ordenan grandes mercados digitales*
2. *Ámbito subjetivo: designación de los guardianes de acceso como prestadores de grandes servicios básicos de plataforma*
3. *Regulación asimétrica de las obligaciones para la promoción de la contestabilidad y de la lealtad en el mercado de las plataformas digitales que ejercen como guardianes de acceso*
 - 3.1. Obligaciones comunes a todos los servicios básicos de plataforma
 - 3.2. Otras obligaciones y derechos
4. *Conclusiones*
5. *Bibliografía*

-

1. Introducción: la consolidación de plataformas que ordenan grandes mercados digitales*

A lo largo de estos últimos años, las plataformas digitales¹ han promovido la creación y se han situado en el núcleo de todo un ecosistema integrado por múltiples partes que, merced a las oportunidades brindadas por la nueva realidad virtual, interactúan entre sí para la consecución de fines de muy diversa naturaleza. Como estructuras que favorecen la intermediación entre diferentes grupos en mercados bilaterales o multilaterales², las plataformas digitales tratan de absorber las potencialidades que, amén de agudizar ostensiblemente su protagonismo, permiten una gradual y progresiva optimización de su cometido, en beneficio de todos los usuarios³ que se sirven de ella, pero también acrecienta el riesgo, bien es cierto, de acabar intensificando la dependencia de sus servicios y mermando la competencia leal y real, la innovación en el sector, las opciones reales de elección, los precios y, en definitiva, la sostenibilidad del mercado y el interés general de los ciudadanos.

En efecto, existe una dualidad, no siempre sencilla de ponderar y equilibrar, entre las ventajas y las amenazas derivadas de la fuerte irrupción de las plataformas digitales y del papel central que ocupan:

Bien es sabido que, para perfeccionar su funcionamiento, las plataformas persiguen elevadas economías de escala que reducen los costes marginales derivados de la incorporación de nuevos usuarios a cualquiera de los lados del mercado que intermedian, compensando las fuertes inversiones (en publicidad y/o en precios) que, a menudo, se necesitan para generar una masa crítica inicial y considerable de participantes. También lo es que esta escala propicia, a su vez, relevantes efectos o externalidades de red, que hacen depender la elección de un individuo del número de sujetos que se encuentran o que presumiblemente se encontrarán en el mismo o en

* Juan Francisco Rodríguez Ayuso, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo y Coordinador Académico del Grado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (jfrodriguez@der.uned.es).

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Los mercados para el intercambio de datos o data market places. Situación jurídica y retos tecnológicos y empresariales", de la Universidad de Granada, financiado por la Unidad de Excelencia "Sociedad Digital: Seguridad y protección de derechos", del que es Investigador Principal el Dr. José Antonio Castillo Parrilla.

¹ Término popularizado merced, sobre todo, a Rochet y Tirole en aportaciones como: ROCHET, Jean-Charles y TIROLE, Jean, «Platform competition in two-sided markets», *Journal of the European Economic Association*, núm. 1-4, 2003, pp. 990 ss.

² Entendidos como aquellos espacios en los que interaccionan dos lados integrados por, al menos, dos grupos de usuarios con necesidades propias y diferentes entre sí, bajo la función rectora, en cuanto a la fijación del precio, al diseño y /o a las demás condiciones del servicio, de un tercero: la plataforma [JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa, «Los "mercados" de las plataformas digitales de economía colaborativa: ¿Es realmente necesaria la redefinición del concepto de mercado de referencia?», en MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 137].

³ HOVENKAMP, «Antitrust and platform monopoly», *The Yale Law Journal*, núm. 130, 2021, p. 1955. Sobre el *antitrust* y su aplicación en el seno del Derecho administrativo, vid. BAÑO LEÓN, «La aplicación del Derecho "antitrust" a la Administración Pública», en GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 61 ss.

otro lado de la red de la que participa⁴, lo que permite deducir una mejora constante del servicio (en forma de reducción de costes -incluidos los costes de transacción-, de aumento de la eficiencia, de reducción de asimetrías informativas o de incremento de las alternativas para los usuarios) y, por tanto, un mejor funcionamiento del sistema a medida que el número total de usuarios es mayor.

De alcanzarse estos objetivos, la plataforma habrá logrado adquirir la capacidad de conectar a muchos proveedores (con fines comerciales o profesionales) con muchos demandantes (con propósitos ajenos a los anteriores). Esto pasa, para ser exitoso, por saber distribuir, adecuada y proporcionalmente, los beneficios (económicos o de cualquier otra naturaleza) derivados de la participación y generados en el conjunto del ecosistema entre todas las partes, incluida, cómo no, la propia plataforma. Sólo así, el círculo virtuoso descrito será sostenible y eficaz con el paso del tiempo⁵.

Sin embargo, y pese a las bondades antes descritas, el crecimiento de las también conocidas como “nuevas industrias en red”⁶ no está exento de riesgos que, igualmente, hay que ponderar y saber afrontar. Y es que, a medida que su poder de interacción avanza, también lo hace el control sobre los productos o servicios intermediados (que estandarizan u homogeneizan para cosechar más amplios efectos de red), dilatando, con ello (en forma, esta vez, de círculo vicioso), el grado de dependencia de quienes se sirven de la intermediación, que, en buena parte de los casos, pierden autonomía en la fijación de los precios y carecen de información sobre las operaciones realizadas y sobre la identidad de aquellos con quienes se efectúan. En definitiva, aparecen los conocidos como “efectos de cautividad” (efectos *lock-in*), a modo de obstáculos que dificultan la salida, el cambio o la multiconexión hacia otros prestadores de este tipo de servicios.

A ello, tenemos que añadir la generación de economías de alcance cuando las economías de escala invitan a participar, simultáneamente, en la intermediación de varios servicios de naturaleza diversa o similar⁷, o la integración vertical, que hace que las plataformas compitan directamente, pero en mejores condiciones, con los usuarios profesionales en la producción de los bienes y servicios. En este sentido, la ventaja que, en términos de eficiencia, brinda a las

⁴ Los efectos de red que se originan en el seno de las plataformas digitales pueden ser, además de positivos o negativos, (a) directos (propios de las industrias en red tradicionales -telecomunicaciones, transporte, energía-), que, produciéndose en el interior de cada grupo, determinan que el beneficio o perjuicio de todos sus miembros sea mayor o menor a medida que dicho grupo incrementa o descende en número; (b) indirectos (que requieren de mercados con dos o más lados), que, por contraposición a los anteriores, se originan entre grupos de distintos lados del mercado y conllevan un aumento de valor de un producto o servicio en un grupo por la entrada de un nuevo usuario de un grupo diferente, y (c) algorítmicos (específicos de las plataformas digitales), así denominados porque son los algoritmos empleados, sustentados en grandes cantidades de datos (personales y no personales) a disposición de estas estructuras, los que, gradualmente y con cada acción, se mejoran, haciendo más predictiva la interacción inteligente de los diferentes lados del mercado y de los activos previamente fragmentados e identificando las complementariedades más eficientes. Como podemos ver, las plataformas digitales, situándose por encima de las industrias en red tradicionales (plataformizándolas o sustituyéndolas, dependiendo del caso), generan una fuerte disrupción por la que absorben y multiplican los efectos en red tradicionales y crean nuevos efectos de red; al respecto, VIDA FERNÁNDEZ, «La articulación jurídica del entorno digital: insuficiencias y soluciones en la delimitación de los sectores de referencia ante el desafío de los servicios *Over The Top* (OTT)», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2021, pp. 290 ss.

⁵ MONTERO PASCUAL/FINGER, *La regulación de las nuevas industrias en red: plataformas digitales en las comunicaciones, transportes y energía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 40.

⁶ MONTERO PASCUAL, «La regulación de las plataformas digitales en la Propuesta de Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea», en ORTEGA BURGOS (dir.), *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 360.

⁷ BAKER, «Market definition: an analytical overview», *Antitrust Law Journal*, núm. 74, 2007, pp. 157-159.

estructuras de intermediación el empleo masivo e inteligente de grandes cantidades de datos⁸ mediante herramientas algorítmicas de Inteligencia Artificial, unida a la experiencia (en lo que se conoce como “efectos de la economía de experiencia”⁹) adquirida en los mercados en que vienen operando desde hace tiempo y, por qué negarlo, las, más controvertidas, prácticas de competencia desleal, *self-preferencing* (priorizando su propio producto en detrimento del, también intermediado, de la competencia, a través de la preeminencia en las búsquedas o la limitación a productos de terceros), *tying* (condicionando la venta de un producto o la prestación de un servicio a la compra de otro producto o a la suscripción de otro servicio), *Most Favoured Nation* (evitando ofrecer condiciones más ventajosas fuera de la plataforma), prohibición del *multihoming* (imponiendo la exclusividad de los servicios ofrecidos por la plataforma) o, en definitiva, falta de transparencia, redundan en un exacerbado protagonismo de estos superintermediarios en la nueva economía digital (economía que, por ese mismo motivo, ha dado a conocerse como “economía de plataformas”¹⁰) y en una patente desigualdad entre la plataforma y quienes de ella dependen (proveedores o usuarios profesionales), quienes con ella compiten (terceros competidores o eventuales competidores) o quienes de ella se sirven (consumidores o usuarios finales).

Todas estas amenazas, de plasmarse, pueden provocar un pernicioso efecto en dos grandes principios básicos que informan las interrelaciones entre estas estructuras digitales y los actores implicados, respectivamente. Hablamos, de una parte, de la disputabilidad o contestabilidad, que, ciñéndose, en este caso, a las relaciones entre plataformas digitales, afecta a la capacidad efectiva que cada una de ellas tiene para superar, en un determinado mercado, cualquier óbice que dificulte o imposibilite su entrada, primero, o expansión, después, pudiendo competir con las demás atendiendo, únicamente, a parámetros de calidad de los servicios de intermediación ofertados y consiguiendo ampliar, como resultado, la innovación en el conjunto del ecosistema, la generación de un buen entorno empresarial, la calidad de la actividad intermediadora y las posibilidades de elección por parte de los usuarios intermediados, amén de redundar, todo ello, en beneficio de la sociedad globalmente considerada¹¹; de otra, de la equidad o lealtad, vinculada,

⁸ Los datos son definidos por el artículo 2.24) DMA como «cualquier representación digital de actos, hechos o información y cualquier compilación de tales actos, hechos o información, también en forma de grabación sonora, visual o audiovisual». Dentro de ellos, podemos distinguir los datos personales de los datos no personales. Los primeros se definen en el Reglamento de Mercados Digitales [artículo 2.25)] por remisión al artículo 4.1) del 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 (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD - DOUE L 119/1, de 04 de mayo de 2016-), que los concibe como «toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». Por último, los datos no personales, por contraposición a los anteriores, serán, sencillamente, aquellos que no sean datos personales [artículo 2.26) DMA].

⁹ BLAIR/SOKOL, *The Oxford handbook of international antitrust economics*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 234.

¹⁰ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2, 2021, p. 405.

¹¹ La teoría económica de los mercados disputables fue introducida por BAUMOL/PANZAR/WILLIG, *Contestable markets and the theory of industry structure*, Harcourt College Pub, San Diego, 1982, p. 5, quienes conciben un mercado perfectamente contestable como aquel que posibilita la accesibilidad a virtuales competidores, de forma tal que estos puedan, sin limitación posible, satisfacer las demandas que arroja el mercado y emplear, para ello, idénticas técnicas de producción que obran en poder de aquellos ya establecidos. En la misma línea, la autoridad

esta vez, a las relaciones entre las plataformas digitales y los usuarios profesionales, donde se procura alcanzar un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de ambas partes e impedir, en consecuencia, conductas que generen una, nada recomendable, ventaja desproporcionada de quienes están en condiciones de obtenerla: las plataformas.

Si, además de producirse este comportamiento por parte de las plataformas digitales, el mismo desemboca en la acumulación de un gran poder económico por parte de determinadas estructuras, controlando mercados completos de la economía digital e impidiendo o dificultando, por motivos estructurales, su disputabilidad, merced a su gran influencia en el mercado interior y a su posición, afianzada y duradera, ya sea actual o potencial. Si ello conduce a graves desigualdades en el poder de negociación de los usuarios y va en detrimento de los intereses generales, entonces, estas circunstancias podrían determinar, como veremos, que se designe a estas plataformas digitales como guardianes de acceso o, lo que es lo mismo, como *gatekeepers* (equivalente anglosajón del término), toda vez que, como su propio nombre indica, imponen puertas de acceso para que un gran número de empresas lleguen a un gran número de consumidores en cualquier lugar de la Unión Europea y en múltiples mercados.

Fruto de esta preocupación, y constatada la necesidad de crear un marco jurídico armonizado que evite la fragmentación normativa dentro del territorio comunitario y garantice el correcto funcionamiento del mercado interior, surge recientemente un paquete normativo dirigido a disciplinar la actividad de las plataformas en el sector digital. Este paquete, que forma parte del denominado *The Digital Services Act package*, está compuesto por dos instrumentos:

En primer lugar, el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (en lo sucesivo, Reglamento de Mercados Digitales o, como es comúnmente conocido, DMA, acrónimo que hace referencia a su denominación en inglés *Digital Markets Act*)¹², que se une, en aras de proteger la, supra citada, equidad, al Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (en adelante, Reglamento P2B -*Platform to Business*-)¹³, que,

de competencia española confirmó que la disputabilidad es «[...] una cualidad del mercado que hace referencia a la facilidad de entrada y salida en el mismo. Así, se dice de un mercado que es perfectamente contestable, cuando reúne en grado sumo las condiciones siguientes: 1) No existen barreras de entrada ni barreras de salida. 2) Todas las empresas tienen acceso a la misma tecnología de producción, tanto las empresas implantadas como las potenciales entrantes. 3) La información sobre precios es completa y está disponible para todos los consumidores y todas las empresas. 4) Se puede entrar en el mercado y salir del mismo antes de que las empresas que operen en él puedan ajustar sus precios. La *contestabilidad* de un mercado será mayor o menor, según sean más o menos próximas a las citadas condiciones ideales, las condiciones reales respectivas que se den en el mismo» [TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Expediente de concentración económica 33/98, Havas/Grupo Anaya (NV-145 del Servicio de Defensa de la Competencia)].

¹² Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) L 265/1, de 12 de octubre de 2022. El texto refuerza la necesidad de regular a las plataformas digitales mediante instrumentos supranacionales, al apuntar, entre otras cuestiones, un aspecto relevante, pues, «[...] aunque los guardianes de acceso tienden a adoptar modelos de negocio y estructuras algorítmicas mundiales o al menos paneuropeos, también pueden adoptar, y en algunos casos así lo han hecho, diferentes condiciones y prácticas comerciales en distintos Estados miembros, lo que puede crear disparidades entre las condiciones de competencia de los usuarios de los servicios básicos de plataforma prestados por guardianes de acceso, en detrimento de la integración del mercado interior».

¹³ DOUE L 186/57, de 11 de julio de 2019.

a diferencia del DMA, incorpora normas más flexibles a un mayor número de plataformas, en lugar de normas más estrictas a un menor número de ellas.

En segundo lugar, el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (en adelante, Reglamento de Servicios Digitales o, también, DSA, acrónimo que alude a su denominación en inglés *Digital Services Act*)¹⁴.

Ambos adoptan la forma de reglamento, lo que coadyuva, fuera de toda duda, a generar una mayor seguridad jurídica y una más amplia armonización normativa (en detrimento, por tanto, de la fragmentación derivada de múltiples y dispares regulaciones en los distintos Estados miembros) en el mercado interior digital (artículo 1.5 DMA). Ahora bien, esta vocación, claramente tendente a la unicidad, se acompaña, justo a continuación, de una previsión que deja abierta la posibilidad a que los países comunitarios puedan, si así lo consideran oportuno, «[...] imponer a las empresas, incluidas las empresas prestadoras de servicios básicos de plataforma, obligaciones relativas a cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento, siempre que estas obligaciones sean compatibles con el Derecho de la Unión y no deriven de la consideración de las empresas afectadas como guardianes de acceso en el sentido del presente Reglamento».

De estos instrumentos normativos, y por sus fuertes repercusiones socioeconómicas, nos centraremos en el primero, que será presumiblemente aplicable a grandes tecnológicas (estamos pensando en Amazon, Airbnb, Google, Facebook, YouTube, WhatsApp, Apple o Microsoft) capaces, con su papel preeminente en el/los mercado/s en que intervienen, de limitar el desarrollo de empresas digitales innovadoras en condiciones altamente competitivas¹⁵. Este texto legal, la DMA, disciplina cuestiones no suficientemente cubiertas por la legislación, nacional o supranacional, preexistente y complementa (que no sustituye¹⁶) el Derecho de la competencia, que, tendencialmente más lento y con un ámbito de aplicación reducido (limitado a la competencia para garantizar el bienestar de los consumidores en términos económicos), se aplica *ex post*¹⁷, introduciendo el nuevo Reglamento una regulación *ex ante* capaz de generar certeza y seguridad jurídica entre todos los operadores económicos, además de anticiparse a estrategias anticompetitivas que puedan llegar a concebirse en mercados de interés general antes de que estas se desarrollen¹⁸.

¹⁴ DOUE L 277/1, de 27 de octubre de 2022.

¹⁵ MARTÍNEZ NADAL, «La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”): una aproximación jurídica», en MARTÍNEZ NADAL (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 116-117.

¹⁶ MONTERO PASCUAL/FINGER, Matthias, *La regulación de las nuevas industrias en red*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 387-388.

¹⁷ VELASCO SAN PEDRO, «El papel del Derecho de la competencia en la era digital», *Revista de estudios europeos*, núm. 78, 2021, p. 107.

¹⁸ En la misma línea, los considerandos 10 y, sobre todo, 11 DMA, que subrayan que el DMA «[...] persigue un objetivo complementario, pero distinto al de proteger la competencia no falseada en un mercado determinado, tal como se define en el Derecho de la competencia, que es el de garantizar que los mercados donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos, independientemente de los efectos reales, potenciales o supuestos sobre la competencia en un mercado determinado de la conducta de un determinado guardián de acceso al que se aplique el presente Reglamento. Por lo tanto, el presente Reglamento tiene por objeto proteger un interés jurídico diferente del protegido por esas normas y debe aplicarse sin perjuicio de la aplicación de estas últimas». Sobre esta cuestión, *vid.* COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Documento de*

Más concretamente, procuraremos analizar las obligaciones asimétricas que, partiendo de la regulación por principios que, acertadamente, propone el DMA, introducen exigencias que afectan a servicios básicos de plataforma (donde se encuentran, al menos inicialmente, los siguientes: servicios de intermediación en línea; motores de búsqueda en línea; servicios de redes sociales en línea; servicios de plataforma de intercambio de vídeos; servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; sistemas operativos; navegadores web; asistentes virtuales; servicios de computación en nube, y servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma enumerados anteriormente) y que buscan alcanzar, de forma flexible y permeable, el objetivo último de incrementar la disputabilidad y la equidad en los mercados digitales¹⁹. Como veremos, el método empleado para ello arroja una suerte de conjunto desordenado de obligaciones y prohibiciones donde se antoja imprescindible clarificar cuáles de ellas afectan a todos los servicios de la sociedad de la información previstos; sólo entonces, será posible acompañar a esta clasificación una posterior concreción de aquellas que perseguirán uno u otro de los objetivos (de contestabilidad o de lealtad) pretendidos.

2. Ámbito subjetivo: designación de los guardianes de acceso como prestadores de grandes servicios básicos de plataforma

Una vez delimitado el alcance de los servicios básicos de plataforma que, al menos en una estimación legislativa inicial, pueden verse afectados por limitaciones de acceso que socaven o puedan llegar a socavar el mercado, merced a un menoscabo de la dependencia, la competencia, la innovación, los precios o las posibilidades de elección, resulta conveniente analizar el elemento subjetivo, centrado en la figura del prestador de este tipo de servicios de la sociedad de la información. Más específicamente, conviene prestar atención a los supuestos de designación (con el latente balanceo de criterios cuantitativos y cualitativos) que prevé el Reglamento de Mercados Digitales, de los (presumiblemente escasos en número, pero exorbitantes en poder) *gatekeepers*.

posición de la CNMC sobre la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Digital Services Act (DSA) y la New Competition Tool (NCT), <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/documentos-posicion/consulta-ce-plataformas-digitales> (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023). Poniendo énfasis en los efectos desincentivadores que esta nueva regulación puede suponer en el Derecho de la competencia, *vid.* LAMADRID DE PABLO/BAYÓN FERNÁNDEZ, «Digital Markets Act: La Comisión Europea propone la creación de un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas», https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-markets-act-comision-europea-propone-creacion-nuevo-regimen-regulatorio (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023).

¹⁹ Interesa destacar aquí el artículo 12.5 DMA, que alude a las prácticas que, con ocasión de una previsible actualización de las obligaciones previstas en los artículos 5 a 7 DMA, son consideradas contrarias a la disputabilidad o a la equidad. En concreto, se considerará que una práctica cometida por un guardián de acceso limita la contestabilidad en servicios básicos de plataforma o es desleal cuando «[...] a) sea ejercida por los guardianes de acceso y pueda obstaculizar la innovación y limitar las posibilidades de elección de los usuarios profesionales y los usuarios finales debido a que: i) afecte o amenace con afectar a la disputabilidad de un servicio básico de plataforma u otros servicios del sector digital de forma duradera debido a la creación o la consolidación de obstáculos a la entrada de otras empresas o a su desarrollo como prestadoras de un servicio básico de plataforma o de otros servicios del sector digital, o ii) impida que otros operadores tengan el mismo acceso a un insumo clave que el guardián de acceso, o b) exista un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los usuarios profesionales y el guardián de acceso obtenga de los usuarios profesionales una ventaja que sea desproporcionada en comparación con el servicio que preste a dichos usuarios profesionales».

La concreción de los criterios determinantes para la delimitación de aquellas plataformas digitales que entran dentro de la regulación asimétrica prevista en el DMA no ha estado exenta de debates²⁰. Finalmente, la DMA, al definir (o más bien, al describir los elementos que han de concurrir para adquirir la condición de tal) al guardián de acceso como aquella «empresa prestadora de servicios básicos de plataforma, designada de conformidad con el artículo 3» [artículo 2.1)], introduce un doble requisito para proceder al nombramiento de los *gatekeepers*, a saber:

- a) prestar servicios básicos de plataforma y
- b) ser designados de conformidad con el artículo 3²¹.

Sólo entonces, y siempre y cuando los usuarios profesionales o los usuarios finales intermediados por la plataforma digital de que se trate estén establecidos (o situados, en el caso de estos últimos) en algún punto del territorio de la Unión Europea, el Reglamento de Mercados Digitales será aplicable a estos superintermediarios, «[...] independientemente del lugar de establecimiento o residencia de los guardianes de acceso y del Derecho que, por lo demás, sea aplicable a la prestación del servicio»²².

Se antoja, pues, necesario analizar minuciosamente el contenido de este último precepto. De acuerdo con su apartado primero, tres serán los aspectos que, cumulativamente, deberá reunir una prestador digital que presta servicios básicos de plataforma para ser designado como guardián de acceso:

En primer lugar, ha de tener una gran influencia en el mercado.

En segundo lugar, ha de prestar un servicio básico de plataforma que constituya una importante puerta de acceso²³, una barrera de entrada, de los usuarios profesionales a los usuarios finales intermediados (derivada esta importancia de los efectos de red adquiridos, de las economías de escala alcanzadas o de la cautividad exigida a los usuarios²⁴).

²⁰ El control de los cuellos de botella, el número de usuarios, la posibilidad de estos de hacer *multihoming* o el acceso a datos que permitan a las plataformas beneficiarse de efectos de red algorítmicos son algunos de los elementos que algunos autores han considerado fundamentales para la asignación de los *gatekeepers* (entre ellos, FURMAN, *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019; ARCEP, *Plateformes numériques structurantes: éléments de réflexion relatifs à leur caractérisation*, 2019).

²¹ Señala VELASCO SAN PEDRO, *Revista de estudios europeos*, núm. 78, 2021, p. 107, que, aunque no se diga de forma expresa, la DMA está pensando en las plataformas digitales conocidas como “GAFA” (Google, Apple, Facebook y Amazon) y en otras que, por sus similares características en sus respectivos mercados, pueden ejercer también una gran incidencia en la intermediación de los diferentes tipos de usuarios, como podrían ser Airbnb o Booking.

²² Como acertadamente señala MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, p. 119, vincular la aplicación de la DMA, no al lugar del establecimiento del *gatekeeper*, sino a los de los demás lados del mercado, resulta fundamental, pues, presumiblemente, gran parte de las plataformas digitales que serán designadas como guardianes de acceso no están establecidas en la Unión Europea, sino fuera de nuestras fronteras.

²³ Como acertadamente precisan ZURIMENDI ISLA/FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, *Revista General de Derecho de los sectores regulados: RSR*, núm. 6, 2020, p. 10, «[l]a relación de la plataforma tanto con cada nuevo oferente como con cada nuevo demandante surge de un contrato, que suele denominarse de acceso, por el que cada usuario se de alta en la plataforma, y que incluye el programa prestacional que define la actividad de la plataforma».

²⁴ MONTERO PASCUAL, *Nuevas Tecnologías 2022*, p. 363.

En tercer lugar, ha de gozar, actual o potencialmente en un futuro cercano, de una posición afianzada y duradera, en lo que concierne a sus operaciones.

Para poder concretar estos requisitos (sustentados, a simple vista, en conceptos jurídicos indeterminados), el Reglamento establece una primera vía, amparada en criterios puramente cuantitativos, que presume (presunción iuris tantum) el cumplimiento de estas exigencias si [artículo 3.2, letras a) a c), DMA]:

En relación con el primero de ellos, la plataforma digital consigue un volumen de negocios anual en la Unión Europea de, como mínimo, 7.500.000.000 de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización bursátil media o su valor justo de mercado equivalente ascienda, como mínimo, a esta cantidad en el último ejercicio, y preste el mismo servicio básico de plataforma en, al menos, tres Estados miembros de la Unión Europea.

En relación con el segundo, la plataforma digital proporciona un servicio básico de plataforma que, en el último ejercicio, ha tenido, como mínimo, 45.000.00 mensuales de usuarios finales activos establecidos o situados en territorio comunitario y, al menos, 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión Europea, identificados y calculados de conformidad con la metodología y los indicadores establecidos en el anexo de la DMA, a fin de proporcionar seguridad jurídica a las plataformas (metodología e indicadores que, por lo demás, podrán ser actualizados por medio de actos delegados adoptados por la Comisión, en los términos previstos en el artículo 49 DMA y de conformidad con el artículo 3.7 DMA)²⁵.

En relación con el tercero, la plataforma digital ha alcanzado los umbrales establecidos en el párrafo anterior en cada uno de los últimos tres ejercicios.

El fin de este modelo resulta evidente: se persigue objetivar la designación de los guardianes de acceso, merced a la instauración de un sistema que permite la aplicación mecánica de los requisitos necesarios para su nombramiento, minorando la probabilidad de que dicho nombramiento sea posteriormente impugnado en sede judicial²⁶. De este modo, advertida la concurrencia de los umbrales anteriores²⁷, la plataforma en cuestión (resolviendo el problema de la asimetría informativa de que goza frente a las autoridades públicas) deberá notificarlo a la Comisión en un plazo máximo de dos meses, a contar desde el momento en el que haya alcanzado estas cifras, proporcionando, a tal efecto, la documentación pertinente para cada uno de los servicios básicos afectados (artículo 3.3 DMA). Constatada la concurrencia de las exigencias marcadas, sobre la base de la información proporcionada o de la que, en su defecto, disponga la

²⁵ Considerandos 20 y 97 DMA.

²⁶ Como señala MONTERO PASCUAL, *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 363, en ningún momento, la designación de una plataforma digital como guardián de acceso supone o determina que exista un poder de mercado semejante a la posición de dominio inherente al Derecho de la competencia, algo que es necesario en regulaciones como la propia de las Telecomunicaciones. El objetivo parece ceñirse a la identificación de barreras de entrada que puedan ser relevantes y que dificulten la disputabilidad y/o la equidad en el sector digital.

²⁷ Dada la generalidad de esta previsión, el artículo 3.6 DMA prevé la posibilidad de que la Comisión pueda adoptar actos delegados, de conformidad con el artículo 49 del mismo Reglamento, a fin de, de un lado, especificar la metodología que permita concluir si se alcanzan los umbrales del artículo 3.2 DMA o de, de otro, actualizar dicha metodología, en su caso, a la evolución del mercado y/o de la tecnología.

Comisión, esta procederá a designar a la plataforma, dentro de los cuarenta y cinco días posteriores, como guardián de acceso (artículo 3.4 DMA).

No obstante lo anterior, al tiempo que presenta la documentación solicitada, la plataforma podrá exponer (recayendo en ella la carga de la prueba), de manera suficientemente fundamentada, aquellos argumentos que permitan concluir que, pese a concurrir los umbrales ya citados, no cumple los requisitos del artículo 3.1 DMA, atendiendo a las circunstancias en las que opera el servicio básico en cuestión que está siendo prestado (artículo 3.5 DMA). Se introducen, pues, elementos interpretativos (que originan, en principio, largos procesos de investigación) en el análisis, que, aun justificados, ponen en peligro la objetividad perseguida. Seguidamente, la Comisión, analizada la solicitud de la plataforma (es decir, analizados los aspectos -esta vez, puramente cualitativos- que la plataforma pretende hacer valer para anular los criterios cuantitativos previos), determinará si esta resulta suficiente como para desvirtuar la presunción inicial del artículo 3.2 DMA: de serlo, iniciará una investigación de mercado, en los términos previstos en el artículo 17.3 DMA; de lo contrario, y en el mismo plazo de cuarenta y cinco días antes mencionado, rechazará directamente tal petición, sin necesidad de activar el mencionado procedimiento. Esta investigación de mercado, de operar, se prolongará un máximo de cinco meses desde el momento de su apertura (si bien podrá venir precedida de unas conclusiones preliminares, que serán comunicadas dentro de los tres primeros meses) y podrá concluir con la confirmación de la designación o, por el contrario, con la retirada de la misma.

La misma subjetividad anterior podrá introducirse directamente por la Comisión si considera que existen fallos de mercado o, lo que es lo mismo, si, *sensu contrario*, advierte que una determinada plataforma, pese a no alcanzar los umbrales del artículo 3.2 DMA, ejerce como *gatekeeper* en los términos del artículo 3.1 DMA (artículo 3.8 DMA)²⁸. En ese caso, prosigue este artículo, incoará una investigación de mercado del artículo 17 DMA con la que poder alcanzar una conclusión sólida, para lo cual podrá ampararse en la concurrencia de varios, o todos, de los elementos que se mencionan a continuación²⁹:

- «a) el tamaño, incluidos el volumen de negocios y la capitalización bursátil, las operaciones y la posición de dicha empresa;
- b) el número de usuarios profesionales que utilizan el servicio básico de plataforma para llegar a los usuarios finales y el número de usuarios finales;
- c) los efectos de red y las ventajas derivadas de los datos, en particular en relación con el acceso de dicha empresa a los datos personales y los datos no personales, con la recopilación de esos datos por parte de la empresa o con sus capacidades de análisis;
- d) cualesquiera efectos relacionados con la escala o el alcance de los que se beneficie la empresa, en particular con respecto a los datos y, en su caso, a sus actividades fuera de la Unión;

²⁸ En este caso, la carga de la prueba recaerá en la Comisión y no en la plataforma, a diferencia del supuesto previsto en el artículo 3.5 DMA.

²⁹ Aunque no se diga expresamente en el articulado de la Norma, se entiende (y así parece corroborarlo el considerando 20 DMA) que estos mismos elementos podrán ser tenidos en consideración por la Comisión para poder resolver adecuadamente el procedimiento descrito en el párrafo inmediatamente anterior.

e) la cautividad de los usuarios profesionales o finales, incluidos los costes que conlleva el cambio de empresa prestadora y los sesgos de comportamiento que reducen la capacidad de los usuarios profesionales y los usuarios finales para cambiar de empresa prestadora o recurrir a varias para un mismo servicio;

f) una estructura de conglomerado empresarial o una integración vertical de la empresa que, por ejemplo, le permita compensar ganancias y pérdidas entre actividades, combinar datos procedentes de distintas fuentes o aprovechar su posición, o

g) otras características estructurales de las empresas o servicios».

En el resultado de la valoración influirá la evolución que se espera de los umbrales previstos en el artículo 3.2 DMA, en especial, cualquier posible concentración que el potencial guardián de acceso prevea realizar y que, bien afecte a otra plataforma digital o a otro servicio básico de la sociedad de la información, bien posibilite la recopilación de datos, ya sean personales o no personales. Por lo demás, el incumplimiento significativo de las medidas impuestas por la Comisión durante la investigación de mercado, reiterado pese a concedérsele un plazo para corregirlo y para presentar observaciones, será motivo suficiente como para, sobre la base de la información de que aquella disponga, proceder a la designación de una plataforma como *gatekeeper* (artículo 3.8.3º y 4º DMA).

La decisión de designación que finalmente adopte la Comisión, sea cual fuere el procedimiento previo seguido, incluirá, no sólo una referencia a la plataforma digital que ejerce como guardián de acceso, sino también a los servicios básicos que constituyen, individualmente, una puerta de acceso para la interacción de los lados que conforman el mercado (artículo 3.9 DMA). A partir de ese momento, los, así designados, *gatekeepers*, dispondrán de un plazo de seis meses para proceder al cumplimiento de las obligaciones que, previstas en los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento de Mercados Digitales, serán descritas y clasificadas en el apartado siguiente del presente trabajo (artículo 3.10 DMA).

Por lo demás, será preciso tener en cuenta la previsión del artículo 17.4 DMA, que alude a la previsión recogida en el inciso final del artículo 3.1.c) DMA. Así, cuando un guardián de acceso sea así designado porque la Comisión prevé que gozará de una posición afianzada y duradera de sus operaciones, esta «[...] podrá declarar aplicables a ese guardián de acceso únicamente una o varias de las obligaciones establecidas en el artículo 5, apartados 3 a 6, y en el artículo 6, apartados 4, 7, 9, 10 y 13, tal como se especifica en la decisión de designación. La Comisión solo declarará aplicables las obligaciones que sean adecuadas y necesarias para evitar que el guardián de acceso de que se trate logre, por medios desleales, una posición afianzada y duradera en sus operaciones. La Comisión revisará tal designación de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 4».

Partiendo de este inciso final, y para concluir, el artículo 4 DMA contempla la posibilidad (atendiendo a los conocidos como *learning effects*³⁰) de que una decisión de designación, adoptada

³⁰ CRISTINA TUDOR, «Los retos del Derecho de la competencia en la economía de plataformas», en MARTÍNEZ NADAL (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 159. Esta autora pone de relieve la inseguridad jurídica plasmada en el texto de la DMA, algo que puede desembocar en un consecuente incremento de la «[...] litigiosidad que, unida a la falta de suficientes recursos para que las

por la Comisión en relación a un concreto *gatekeeper*, pueda ser reconsiderada, modificada o derogada por ella misma, por iniciativa propia o previa petición (parece evidente, de la plataforma digital afectada), si se produce un cambio sustancial de los hechos que la motivaron o si se advierte que se fundamentó en información que, a la postre, ha resultado ser incorrecta, incompleta o engañosa. En todo caso, la Comisión revisará periódicamente (al menos, por períodos trianuales, que no conllevarán efecto suspensivo alguno) dos aspectos: a) si las plataformas digitales siguen cumpliendo los requisitos que motivaron su designación como guardianes de acceso y si procede modificar la lista de servicios básicos afectados por no constituir, ya, una barrera de entrada que impide a los usuarios profesionales llegar o acceder a los usuarios finales, y b) si se han de designar nuevas plataformas como *gatekeepers* por cumplir los requisitos del artículo 3.1 DMA, ya se produzca esta designación (se entiende) por la vía del artículo 3.4 DMA o por la del artículo 3.8 DMA. Tras ello, actualizará, en su caso, la, previamente elaborada, lista de guardianes de acceso y de servicios básicos de plataforma afectados por estas decisiones de designación.

3. Regulación asimétrica de las obligaciones para la promoción de la contestabilidad y de la lealtad en el mercado de las plataformas digitales que ejercen como guardianes de acceso

Tal y como indicábamos en el apartado introductorio de este artículo, del texto de la nueva DMA se desprende una regulación por principios del conjunto de obligaciones que se imponen a los operadores económicos que ejercen como guardianes de acceso, así previamente designados. En efecto, las obligaciones y prohibiciones previstas son, en buena parte de los casos, medidas generales susceptibles de posterior concreción y tendentes a la consecución del principio último de garantizar la disputabilidad y la equidad en el sector digital. Además de posibilitar una mayor flexibilidad de las directrices normativas, que podrán adaptarse mejor a la rápida evolución tecnológica y de funcionamiento del sector, hace que aquellas sean más eficaces, desprendiéndose de las ataduras formales propias de obligaciones por entero recogidas en el texto para centrarse en el objetivo de fondo, como es el de fomentar la libre entrada y salida del mercado, un más amplio equilibrio de las relaciones y una más adecuada distribución de los efectos de red generados entre las partes que intervienen en el conjunto del ecosistema. De este modo, incorporando principios y técnicas propios de la actividad administrativa de regulación³¹, se produce una cierta deslegalización en la intervención de las Administraciones Públicas, de suerte que el contenido final de muchas de las obligaciones que recaen sobre las plataformas digitales nombradas *gatekeepers* no aparece recogido en una norma con rango de Ley, sino, en este caso, en las decisiones de la Comisión³².

autoridades de la competencia puedan luchar contra las prácticas anticompetitivas, podría conducir a resultados totalmente contrarios a los que se persiguen obtener con la DMA».

³¹ Sobre la actividad administrativa de regulación económica, *vid.* MONTERO PASCUAL, *Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Sobre las interrelaciones entre la actividad de regulación económica y el Derecho de la competencia, *vid.* CASES PALLARÈS, «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la regulación económica*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 425 ss.

³² MONTERO PASCUAL, *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 364.

Este es el espíritu que inspira, concretamente, a las obligaciones previstas en los artículos 6 y 7 DMA, que podrán ser especificadas con mayor detalle en virtud del artículo 8 DMA³³. Este último precepto exige que «[l]as medidas aplicadas por el guardián de acceso para garantizar el cumplimiento de dichos artículos deberán ser eficaces para alcanzar los objetivos del presente Reglamento y de la obligación correspondiente», para lo cual la Comisión podrá, previa petición del guardián de acceso afectado³⁴ (con la facultad discrecional de la Comisión) o por iniciativa propia, incoar un procedimiento en virtud del artículo 20 DMA que concluirá con acto de ejecución (a adoptar en el plazo máximo de seis meses desde la incoación³⁵) en el que se especifiquen las medidas que deberá aplicar el guardián de acceso de que se trate para cumplir efectivamente las obligaciones establecidas en dichos artículos 6 y 7 DMA. Este procedimiento podrá volver a incoarse del mismo modo cuando cambien significativamente los hechos que motivaron la decisión de la Comisión; cuando este se basara en información incompleta, incorrecta o engañosa, o cuando las medidas previamente adoptadas no resulten, a la postre, eficaces a los fines de «[...] alcanzar los objetivos del presente Reglamento y la obligación correspondiente, y proporcionadas en las circunstancias específicas del guardián de acceso y el servicio de que se trate» (apartados 7 y 9 del artículo 8 DMA).

Habrán otras obligaciones, en cambio, que serán aplicables con carácter inmediato y sin necesidad de mayor y ulterior especificación por parte de la Comisión. Son las previstas en el artículo 5 DMA, que, en línea con los artículos 6 y 7 del Reglamento, impone obligaciones (“DOs”) y prohibiciones (“DON”Ts”) para disciplinar la actuación de los guardianes de acceso en pro de más elevados niveles de disputabilidad y/o equidad en el mercado.

³³ Y es que, como bien adelanta el Reglamento de Mercados Digitales, a veces, «[...] puede ser conveniente que la Comisión, tras dialogar con el guardián de acceso correspondiente y permitir a terceros que hagan observaciones, especifique de forma más detallada algunas de las medidas que dicho guardián de acceso debe adoptar para cumplir eficazmente aquellas obligaciones que puedan ser especificadas con mayor detalle o, en caso de elusión, todas las obligaciones. En concreto, esta especificación más detallada debe ser posible cuando la ejecución de una obligación que pueda ser especificada con mayor detalle se pueda ver afectada por variaciones de los servicios dentro de una única categoría de servicios básicos de plataforma. Para ello, el guardián de acceso debe tener la posibilidad de solicitar a la Comisión que inicie un proceso por el que esta pueda especificar con mayor detalle algunas de las medidas que dicho guardián de acceso debe adoptar para cumplir eficazmente con dichas obligaciones» (considerando 65 DMA).

³⁴ Petición que tiene por objeto «[...] determinar si las medidas que [...] pretende aplicar o ha aplicado para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 son eficaces para alcanzar el objetivo de la obligación correspondiente en las circunstancias específicas del guardián de acceso» (artículo 8.3 DMA). A tal fin, el guardián de acceso presentará a la Comisión un escrito motivado en el que explique las medidas aplicadas o a aplicar, facilitando también una versión no confidencial que podrá ser compartida con terceros interesados, de modo que estos puedan formular las observaciones que tengan a bien; estas observaciones, se entiende, podrán presentarse una vez la Comisión haya comunicado sus conclusiones preliminares al *gatekeeper* (en un plazo de tres meses desde la incoación del procedimiento), conforme al artículo 8.5 DMA, o a la mayor brevedad posible tras haberlo hecho, pues será en ese momento cuando la Comisión publique un resumen no confidencial del asunto, al que acompañará las medidas que prevea adoptar para especificar las obligaciones de los artículos 6 y 7 DMA o aquellas que el guardián de acceso tiene que implementar, estableciendo un plazo razonable para que los terceros presenten tales observaciones (artículo 8.6 DMA).

³⁵ En el mismo, habrá de darse satisfacción a lo establecido en el procedimiento consultivo previsto en el artículo 50.2 DMA, que nos remite, a su vez, al artículo 4 del Reglamento (UE) n° 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DOUE L 55/13, de 28 de febrero de 2011). Este precepto requiere de un dictamen del Comité Consultivo sobre Mercados Digitales, que, en aquellos casos en los tenga que obtenerse en formato escrito, «[...] pondrá fin a dicho procedimiento sin resultado si, en el plazo para la emisión del dictamen, el presidente del comité así lo decide o si una mayoría simple de los miembros del comité así lo solicita» (artículo 50.2.2° DMA).

Sobre todas estas obligaciones ahondaremos en el presente apartado, donde realizaremos una clasificación de aquellas que afectan a todos los servicios básicos de plataforma. A su vez, y dentro de esta ordenación, trataremos de vincularlas con los propósitos de fondo que persiguen, dependiendo de si fomentan la disputabilidad en las relaciones entre plataformas digitales o si inciden en los vínculos que se entablan entre estos *gatekeepers* y los usuarios finales que se sirven de la intermediación para poder llegar a usuarios finales. Por último, dedicaremos un último subapartado a hacer mención de otras tantas obligaciones, muchas de ellas complementarias o dependientes de las previstas en los artículos 5 a 7 DMA, repartidas a lo largo del texto de la Norma.

3.1. Obligaciones comunes a todos los servicios básicos de plataforma

En el elenco que prevé la DMA existen obligaciones que resultan aplicables a todos los servicios básicos de plataforma y que, por tanto, son de preceptivo cumplimiento por quienes asuman, a juicio de la Comisión, la condición de *gatekeeper*. Más específicamente, podemos señalar todas las siguientes:

En primer lugar, una prohibición, consistente en abstenerse de «[...] combinar datos personales procedentes de los servicios básicos de plataforma pertinentes con datos personales procedentes de cualesquiera servicios básicos de plataforma adicionales o de cualquier otro servicio que proporcione el guardián de acceso o con datos personales procedentes de servicios de terceros; cruzar datos personales procedentes del servicio básico de plataforma pertinente con otros servicios que proporcione el guardián de acceso por separado, entre ellos otros servicios básicos de plataforma, y viceversa, e iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales» [artículo 5.2, letras b), c) y d), DMA].

Son, estas, tres obligaciones de la misma naturaleza que persiguen un doble objetivo: por un lado, proteger la equidad (además de la privacidad³⁶) de las relaciones entre la plataforma y los usuarios (en este caso, usuarios finales); por otro, fomentar la contestabilidad, al impedir la replicabilidad de varios servicios básicos de plataforma (prestados por un mismo *gatekeeper* -de forma principal o complementaria a otros- o por otras plataformas) mediante la obstaculización de la generación de efectos de red algorítmicos derivados de la acumulación de grandes cantidades de datos (personales y/o no personales), merced a una combinación que, ahora, resulta prohibida.

³⁶ Nos referimos al derecho fundamental de los interesados a la protección de sus datos personales [a nivel interno, artículo 18.4 de la Constitución Española (Boletín Oficial del Estado -en lo sucesivo, BOE- núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)], cuyo marco jurídico se encuentra plasmado, en la actualidad, en el RGPD, complementado, en nuestro ordenamiento jurídico interno, con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo, LOPDGDD -BOE núm. 294, de 06 de diciembre de 2018-) y, en menor medida, con el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RDLOPD -BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008-, no derogado por la nueva regulación y que resultará aplicable en la medida que no contradiga los postulados de esta). Para un estudio completo de las implicaciones que trae consigo esta nueva normativa, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, *Garantía administrativa de los derechos del interesado en materia de protección de datos personales*, Bosch, Barcelona, 2021. Atendiendo a las implicaciones que la misma guarda en episodios de crisis, con una especial incidencia en datos especialmente sensibles, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, *Privacidad y Coronavirus: aspectos esenciales*, Dykinson, Madrid, 2020; RODRÍGUEZ AYUSO, «Protección de datos personales en el contexto de la Covid-19: legitimación en el tratamiento de datos de salud por las Administraciones Públicas», *Revista catalana de Dret públic*, núm. extra 3, 2020, pp. 137 ss.

En el origen reciente de estas medidas, encontramos la Decisión de la Comisión³⁷ que, en el año 2017, impuso a Facebook una multa por proporcionar información incorrecta, al comunicar, en el momento de la adquisición de WhatsApp (año 2014), la imposibilidad de vincular los perfiles de usuarios de ambos servicios de la sociedad de la información, algo que, como se pudo comprobar después, no era cierto. Ello pone de manifiesto que, aunque estemos en presencia de servicios digitales que no son remunerados por sus usuarios, estos representan una importante actividad económica para sus prestadores, derivada, como en este caso, de los poderosos efectos de red que se pueden obtener de la combinación y posterior explotación de los datos de los interesados con fines comerciales, mostrando anuncios personalizados gracias a la elaboración de perfiles³⁸. Por este motivo, se incluyen estas obligaciones de separación de los datos como medidas que, en la práctica, desincentivan la integración estructural, vertical u horizontal, de actividades, posibilitando, de fondo, la entrada de nuevos competidores en el mercado que, de lo contrario, serían incapaces de alcanzar tal acumulación de información (considerando 36 DMA)³⁹.

Pese a ello, el Reglamento de Mercados Digitales prevé la posibilidad de neutralizar las obligaciones anteriores si: a) tras plantear al afectado esta posibilidad, el interesado afectado da su consentimiento [artículo 6.1.a) RGPD], en los términos previstos por los artículos 4.11) y 7 RGPD⁴⁰, no pudiendo la plataforma solicitarlo más de una vez al año si la respuesta del titular de los datos personales a la prestación de dicho consentimiento es negativa; b) de no resultar aplicable el consentimiento como base jurídica del tratamiento, concurre alguna de las causas de legitimación previstas en el artículo 6.1 RGPD, letras c) (cumplimiento de una obligación legal aplicable al guardián de acceso, en su condición de responsable del tratamiento⁴¹), d) (necesidad de proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física) o e) (menos probable, a priori, centrada en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos a la plataforma).

En segundo lugar, una actuación positiva, como es la de permitir «[...] a los usuarios profesionales, de forma gratuita, comunicar y promover ofertas, en particular con condiciones diferentes, entre los usuarios finales adquiridos a través de su servicio básico de plataforma u otros canales y celebrar contratos con esos usuarios finales, independientemente de si, para este

³⁷ Decisión de la Comisión de 18 de mayo de 2017 por la que se imponen multas de conformidad con el artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º. 139/2004 del Consejo por la presentación de información incorrecta o engañosa por parte de una empresa [Asunto M.8228 — Facebook/WhatsApp (artículo 14, apartado 1, proc.)].

³⁸ De acuerdo con el artículo 4.4) RGPD, se entiende por elaboración de perfiles «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física».

³⁹ Por lo demás, deberá tenerse en cuenta la obligación que, conforme a los artículos 15 y 46.1.g) DMA, tendrán los guardianes de acceso de presentar a la Comisión, en el plazo de los seis meses siguientes a la designación, una descripción, auditada e independiente, de las técnicas empleadas para la elaboración de perfiles a los usuarios que apliquen a los servicios básicos prestados.

⁴⁰ El primero de estos preceptos, al que nos remite el artículo 2.32) DMA, define el consentimiento como «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». El segundo se centra en establecer aquellas condiciones que deben concurrir para que este consentimiento resulte válido.

⁴¹ El responsable del tratamiento no es sino «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento» [artículo 4.7) RGPD].

fin, utilizan los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso» [artículo 5.4 DMA] y «[...] a los usuarios finales, a través de sus servicios básicos de plataforma, acceder a contenidos, suscripciones, prestaciones u otros elementos y hacer uso de ellos mediante aplicaciones informáticas de un usuario profesional, también cuando dichos usuarios finales hayan adquirido estos elementos a través del usuario profesional pertinente sin utilizar los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso» [artículo 5.5 DMA].

En ambos casos, el objetivo es el de procurar un mayor equilibrio en las relaciones del guardián de acceso con los usuarios intermediados:

En el apartado cuarto del artículo quinto se busca la equidad de las relaciones con los usuarios profesionales, quienes, además de disfrutar de las ventajas que proporcionan estos superintermediarios, podrán reducir la dependencia que de ellos tienen, favoreciendo canales alternativos (incluidos los de la propia empresa) a través de los cuales poder hacer llegar sus ofertas a los usuarios finales adquiridos gracias al *gatekeeper*, de forma gratuita e, incluso, con condiciones distintas (quién sabe si más ventajosas) de las que rigen dentro de la plataforma.

El apartado quinto, por su parte, focaliza la atención en el usuario final, quien, de la misma manera, podrá disfrutar de las opciones que le brindan los usuarios profesionales sin necesidad de que medie la intervención de la plataforma que, en su momento, pudo propiciar la interacción entre las partes.

Estas medidas son el reflejo de precedentes como el de Spotify, que, para evitar el pago de la comisión que Apple exige a las aplicaciones a las que intermedia por las transacciones que en ella se realizan, recomendaba a sus usuarios finales la suscripción a sus servicios a través de su web⁴². Apple prohibió esta actuación, que ahora resulta perfectamente posible aun cuando, como decíamos, las relaciones con los clientes del usuario profesional se hayan iniciado dentro de la plataforma, clientes que, en última instancia, podrán beneficiarse, incluso, de unas condiciones más favorables a las existentes dentro de la estructura presidida por el *gatekeeper*.

En tercer lugar, aquella que establece que «[e]l guardián de acceso no impedirá directa o indirectamente que los usuarios profesionales o usuarios finales puedan presentar ante cualquier autoridad pública pertinente, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, reclamaciones por incumplimiento del guardián de acceso del Derecho de la Unión o el Derecho nacional pertinente, en relación con cualquier práctica del guardián de acceso, o de limitar su posibilidad de hacerlo. Esto se entiende sin perjuicio del derecho de los usuarios profesionales y de los guardianes de acceso a establecer en sus contratos las condiciones de uso de mecanismos legales para la tramitación de reclamaciones» [artículo 5.6 DMA].

En línea con las disposiciones anteriores, se busca proteger a los lados más débiles del mercado, a los usuarios, tanto profesionales como finales, procurando un entorno más justo en el interior de la plataforma. Para ello, y situando el escenario, esta vez, en una fase posterior, la DMA salvaguarda el derecho de las empresas y de los consumidores a presentar reclamaciones contra prácticas desleales (como la concurrencia de criterios poco transparentes que desembocan en la

⁴² Sobre la dimensión digital de estos mecanismos alternativos de resolución de disputas, aplicados en un sector tan relevante a estos efectos como el turístico, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, «El arbitraje electrónico como medio de resolución de controversias turísticas», *Diario La Ley*, núm. 8514, 2015.

priorización de productos ofertados por la propia plataforma en detrimento de otros similares ofrecidos por terceros o el tratamiento de datos personales de los usuarios sin mediar base de legitimación alguna) o contra incumplimientos normativos cometidos por los *gatekeepers* ante cualquier autoridad pública pertinente, ya sea esta judicial o administrativa, sin que los intermediarios afectados puedan limitarlo u oponerse, ni directa ni indirectamente, a las mismas. Ello se entenderá más allá del derecho de las partes a determinar las condiciones contractuales que rijan sus acuerdos o los mecanismos legales a través de los cuales tramitar las reclamaciones que puedan producirse, inclusive el recurso a mecanismos de resolución alternativa de conflictos (mediación, arbitraje⁴³) o a órganos jurisdiccionales específicos. También deberá ser compatible con la labor a realizar por las plataformas a la hora de discriminar posibles contenidos ilícitos en línea.

En cuarto lugar, se contemplan dos medidas que articulan la prohibición de ventas vinculadas de servicios básicos de plataforma. Así, y centrados en servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma o en apoyo de tales servicios básicos⁴⁴, se prohíbe al guardián de acceso exigir «[...] a los usuarios finales que utilicen un servicio de identificación, un motor de navegación web o un servicio de pago o servicios técnicos de ese guardián de acceso que permitan la prestación de servicios de pago, como los sistemas de pago para realizar compras integradas en una aplicación de dicho guardián de acceso, en el marco de los servicios prestados por los usuarios profesionales que utilicen los servicios básicos de plataforma de dicho guardián de acceso; y, en el caso de los usuarios profesionales, el guardián de acceso no les exigirá que utilicen y ofrezcan estos servicios ni que interoperen con ellos»⁴⁵ [artículo 5.7 DMA]. Junto a ello, y más allá de los servicios complementarios o instrumentales anteriores, se restringe la posibilidad de la plataforma de obligar «[...] a los usuarios profesionales o a los usuarios finales que se suscriban o registren en cualquier servicio básico de plataforma adicional enumerado en la decisión de designación con arreglo al artículo 3, apartado 9, o que cumpla los umbrales establecidos en el artículo 3, apartado 2, letra b), como condición para poder utilizar cualquiera de los servicios básicos de plataforma de ese guardián de acceso enumerados con arreglo a ese artículo, así como acceder a ellos, inscribirse o registrarse en ellos» [artículo 5.8 DMA].

Estas dos medidas afectan a la equidad de las relaciones de las grandes plataformas digitales con los sujetos intermediados y ambas resultan extensibles tanto a usuarios profesionales como a usuarios finales. Con ellas, se persigue reducir la posibilidad de que el poder acumulado por el guardián de acceso en un determinado mercado pueda extenderse a otros, impidiendo que este exija, para el disfrute de determinados servicios, el empleo de otros conexos. Tengamos presente que muchos de los potenciales *gatekeepers* prestan, a la vez, varios servicios, tanto más, varios

⁴³ Para un conocimiento más detallado de los conflictos existentes entre ambas entidades, *vid.* THE WALL STREET JOURNAL, «Spotify accuses Apple of stifling competition in EU complaint», <https://www.wsj.com/articles/spotify-files-eu-antitrust-complaint-over-apples-app-store-11552472861?mod=e2tw> (fecha de consulta: 13 de febrero de 2023).

⁴⁴ Se incluyen aquí los servicios de identificación, los motores de navegación web, los servicios de pago o los servicios técnicos que apoyan la prestación de servicios de pago, como los sistemas de pago para realizar compras integradas en una aplicación (considerando 43 DMA).

⁴⁵ Se amplía, en la versión final de esta medida, la redacción inicial prevista en el artículo 5.e) de la Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales (y, con ella, los usuarios afectados y los servicios básicos de plataforma involucrados), donde sólo se preveía la obligación del *gatekeeper* de «abstenerse de exigir a los usuarios profesionales que utilicen, ofrezcan o interoperen con un servicio de identificación del guardián de acceso en el marco de los servicios ofrecidos por los usuarios profesionales que utilicen los servicios básicos de plataforma de ese guardián de acceso».

servicios básicos de plataforma (por ejemplo, Apple controla el sistema operativo *iOS* y, al mismo tiempo, el navegador web *Safari* o el asistente virtual *Siri*), incrementando, de no prohibir la precitada vinculación, el riesgo de concentrar aún más cuota de mercado.

En quinto lugar, volviendo a las obligaciones derivadas del tratamiento de datos y que persiguen poner coto a la generación masiva de efectos de red algorítmicos, se prohíbe al guardián de acceso utilizar, «[...] en competencia con los usuarios profesionales, ningún dato que no sea públicamente accesible generado o proporcionado por dichos usuarios profesionales en el contexto de su uso de los servicios básicos de plataforma pertinentes o de los servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma pertinentes, o en apoyo de tales servicios, incluidos los datos generados o proporcionados por los clientes de dichos usuarios profesionales. [...] los datos que no sean públicamente accesibles incluirán todos los datos agregados y desagregados generados por los usuarios profesionales que puedan inferirse o recopilarse a través de las actividades comerciales de los usuarios profesionales o sus usuarios finales, entre ellos los datos sobre los clics, las búsquedas, las visualizaciones y la voz, en los servicios básicos de plataforma pertinentes o en los servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso pertinentes, o en apoyo de tales servicios» [artículo 6.2 DMA].

Gracias a esta medida en pro de la equidad, se impide a los superintermediarios competir con los usuarios profesionales sirviéndose, para ello, de datos (personales o no personales) generados por estos últimos con ocasión del uso de los servicios básicos de plataforma. Está pensada, pues, para aquellos supuestos de integración vertical de los guardianes de acceso, donde, además de intermediar a los usuarios profesionales, compiten con ellos ofertando productos similares o sustitutivos.

Es lo que sucede con servicios básicos de intermediación en línea como Amazon (potencial guardián de acceso), que confecciona un espacio en el que la plataforma ejerce una doble función: posibilita que los usuarios profesionales vendan sus productos a los usuarios finales y, al mismo tiempo, interviene en ese mismo mercado como un usuario profesional más, en clara competencia con el resto, pero favorecidos por el empleo de ciertos instrumentos que le permitirían, de no prohibirse, obtener una ventaja del todo contraria al adecuado equilibrio que se ha de procurar en mercados conexos; entre estos instrumentos, se encontraría la utilización de datos necesarios para una adecuada intermediación, como gestor del mercado (datos privados de las empresas o, como indica el propio precepto, datos sobre los clics, las búsquedas, las visualizaciones o la voz), con fines ajenos a la misma, obteniendo una clara ventaja competitiva (competir con esos mismos productos, pero en desigualdad de condiciones, evitando los riesgos usuales de la competencia minorista y aprovechando su posición de dominio, lo que supondría una clara infracción del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - TFUE⁴⁶-)⁴⁷.

⁴⁶ DOUE C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

⁴⁷ Al respecto, la Comisión Europea abrió una investigación formal para evaluar si el uso por parte de Amazon de datos de minoristas independientes que venden en su mercado para competir directamente con ellos violaba las normas de competencia de la Unión Europea. La Comisión Europea señaló que existen características particulares de Amazon que pueden dar lugar a la adopción de prácticas restrictivas de la competencia. Para un estudio más detallado de esta investigación, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, «Antitrust: Commission sends statement of objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077 (fecha de consulta: 14 de febrero de 2023).

En sexto lugar, en la misma línea de proteger la equidad en favor de los usuarios, esta vez finales, y abarcando servicios intermediarios de la sociedad de la información⁴⁸ (como los servicios de acceso a Internet -*Internet service providers*), se establece una obligación de no hacer, que exige a los *gatekeepers* no restringir, «[...] técnicamente o de otra manera, la capacidad de los usuarios finales para cambiar entre diferentes aplicaciones informáticas y servicios accesibles mediante los servicios básicos de plataforma del guardián de acceso, y suscribirse a ellos, también en lo que respecta a la elección de los servicios de acceso a internet para los usuarios finales» [artículo 6.6 DMA]. Con ella, persigue el texto del Reglamento que los guardianes de acceso no puedan limitar la capacidad de los consumidores de acceder a los servicios de la sociedad de la información que se vean implicados.

En séptimo lugar, y con el propósito de reforzar la contestabilidad del mercado derivada de remover los obstáculos que reduzcan los efectos de cautividad de los consumidores, el artículo 6.9 DMA exige a los superintermediarios proporcionar «[...] a los usuarios finales y a terceros autorizados por un usuario final, a petición de estos y de forma gratuita, la portabilidad efectiva de los datos proporcionados por el usuario final o generados por la actividad del usuario final en el contexto del uso del servicio básico de plataforma pertinente, por ejemplo proporcionando instrumentos gratuitos para facilitar el ejercicio efectivo de dicha portabilidad de los datos, así como acceso continuo y en tiempo real a tales datos»⁴⁹.

Centrados de nuevo en los datos, como elemento fundamental para el robustecimiento de la posición de los *gatekeepers* como puertas de acceso, se impone a estos la obligación de fomentar la multiconexión y, por ende, la innovación en el sector, al posibilitar la portabilidad de aquellos datos (de forma continua y en tiempo real) proporcionados por el usuario final o generados por él mismo al utilizar el servicio básico de plataforma de que se trate⁵⁰. Este derecho a la

⁴⁸ Los servicios de la sociedad de la información son definidos [por remisión del artículo 2.3) DMA] en el artículo 1.1.b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DOUE L 241/1, de 17 de septiembre de 2015) como aquellos servicios prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Por su parte, los servicios intermediarios de la sociedad de la información aparecen conceptualizados, en nuestro país y con carácter previo, en la letra b) del anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), que transpone la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior [Directiva sobre el comercio electrónico (Diario Oficial de las Comunidades Europeas -en adelante, DOCE- L 178/1, de 17 de julio de 2000)]. Esta Ley entiende por tales una subcategoría de aquellos, es decir, unos servicios de la sociedad de la información por los que «[...] se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información». Entre los servicios de intermediación se incluyen: en primer lugar, los servicios relativos a la provisión de acceso a Internet (*Internet service providers*); en segundo lugar, los que posibilitan la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones (*mere conduit* o *routing*); en tercer lugar, los servicios relativos a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios o destinatarios (*proxy caching* o *memoria tampón*); en cuarto lugar, los servicios que permiten el alojamiento, en los propios servidores, de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros (*hosting*), y, en quinto lugar, aquellos que proveen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o enlaces a otros sitios de Internet (*searching and linking*).

⁴⁹ Nada impediría, en principio, extender este mismo derecho de portabilidad a los usuarios profesionales (a fin de mejorar, en este caso, la equidad de las relaciones con la plataforma), desconociéndose el motivo por el que no se incluye esta importante previsión.

⁵⁰ Destaca, al respecto y por su relevancia fuera de nuestras fronteras, la sanción que, en 2021, la autoridad de competencia china, la State Administration for Market Regulation (SAMR), impuso a Alibaba, plataforma de este

portabilidad de los datos, que encuentra su antecedente más inmediato en el derecho a la portabilidad numérica en el sector de las telecomunicaciones⁵¹, es complementario del derecho previsto en los artículos 20 RGPD y 17 LOPDGDD, si bien estos últimos se refieren a los datos introducidos por los usuarios, mientras que la DMA abarca, también, los generados por su actividad en el seno de la plataforma.

Obvio es que, para poder llevar a efecto la portabilidad solicitada, será preciso que los guardianes de acceso establezcan normas comunes entre sí, propiciando una estructuración y normalización de los datos que favorezca la interoperabilidad. A tal efecto, y de conformidad con el artículo 46.1.b) DMA, la Comisión podrá adoptar actos de ejecución que contengan disposiciones detalladas sobre las medidas técnicas que las plataformas deberán aplicar para garantizar el adecuado cumplimiento de esta obligación; asimismo, parecería adecuado encomendar a las organizaciones europeas de normalización que desarrollasen normas para favorecer esta portabilidad, atendiendo a la previsión del artículo 48 DMA.

En octavo lugar, se encuentra el artículo 6.10 DMA, que exige a los prestadores designados por el artículo 3 DMA que proporcionen «[...] a los usuarios profesionales y a terceros autorizados por un usuario profesional⁵², a petición de estos y de forma gratuita, el acceso efectivo, de calidad, continuo y en tiempo real a los datos agregados o desagregados, y el uso de tales datos, incluidos los datos personales, que se proporcionen o se generen en el contexto de la utilización de los servicios básicos de plataforma o de los servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma pertinentes, o en apoyo de tales servicios, por parte de dichos usuarios profesionales y de los usuarios finales que recurran a los productos o servicios prestados por dichos usuarios profesionales. En relación con los datos personales, el guardián de acceso proporcionará tal acceso a los datos personales o su uso únicamente cuando tales datos estén directamente relacionados con el uso que los usuarios finales hayan hecho con respecto a los productos o servicios ofrecidos por el usuario profesional de que se trate a través del servicio básico de plataforma pertinente, y cuando el usuario final opte por tal intercambio prestando su consentimiento».

Con esta medida (que pivota, una vez más, en torno a los datos⁵³) se busca, en cambio, mejorar la asimetría informativa y reforzar la equidad, obligando a las plataformas a permitir el acceso (de forma continua y en tiempo real) a los usuarios profesionales a aquellos datos (agregados o desagregados) por él suministrados o que se obtengan de su actividad dentro del servicio básico de plataforma de que se trate y, siempre que den su consentimiento en los términos de los

mismo país que presta servicios básicos de intermediación en línea. La sanción ascendió a 2.300 millones de euros (el equivalente a 18.200 millones de yuanes chinos) y se impuso por abuso de posición dominante desde el año 2015, derivada de la prohibición por la entidad a sus usuarios de inscribirse en las plataformas de terceros competidores [STATE ADMINISTRATION FOR MARKET REGULATION, «Administrative compliance decision», <https://www.samr.gov.cn> (fecha de consulta: 22 de febrero de 2023)].

⁵¹ RODRÍGUEZ AYUSO, Garantía administrativa de los derechos del interesado en materia de protección de datos personales, Bosch, Barcelona, 2021, p. 170.

⁵² Alude a quienes, atendiendo a las previsiones de los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD, intervengan como encargados del tratamiento (considerando 60 DMA), es decir, a aquellas personas, físicas o jurídicas, autoridades públicas, servicios u otros organismos que traten datos personales por cuenta de las plataformas, que asumirán la condición de responsables del tratamiento [artículo 4.8) RGPD].

⁵³ Todas las obligaciones que la DMA impone en materia de datos se han de vincular con aquellas que el Reglamento P2B atribuye (sólo, bien es cierto) a los proveedores de servicios de intermediación en línea en el artículo 9, intitulado, precisamente, “Acceso a los datos”.

artículos 6.1.a) RGPD y 6 LOPDGDD, en relación con las interacciones que los usuarios finales hayan tenido en relación con los bienes o servicios ofertados por la empresa. Como se puede observar, estamos ante una exigencia que guarda claros paralelismos con la anterior, si bien se centra en el usuario profesional⁵⁴ y en un derecho distinto del de la portabilidad, como es el de acceso, que también encuentra cobijo en la normativa actual en materia de protección de datos personales, concretamente en los artículos 15 RGPD y 13 LOPDGDD⁵⁵; dentro de esta regulación, el derecho de acceso es concebido como el derecho nuclear que sirve de base a todos los demás, toda vez que será necesario conocer, de forma actualizada, la situación actual de un tratamiento en un momento determinado para, seguidamente, determinar las facultades que el titular de los datos, el afectado, ostenta en relación con el mismo y con el modo de poder condicionarlo mediante el ejercicio de los demás derechos previstos en los artículos 16 a 22 RGPD y 14 a 18 LOPDGDD.

En noveno y último lugar, el Reglamento de Mercados Digitales concluye el elenco de obligaciones generales impuestas a todo aquel prestador de servicios básicos de plataforma que resulte designado guardián de acceso con el artículo 6.13. En él, se les impone la prohibición de establecer «[...] condiciones generales para poner fin a la prestación de un servicio básico de plataforma que sean desproporcionadas. El guardián de acceso garantizará que las condiciones para la resolución puedan ejercerse sin dificultades indebidas».

Estamos, en definitiva, ante una medida que, como buena parte de las anteriores, lucha por conseguir una mayor equidad entre la plataforma digital y los usuarios (sin especificar de qué tipo, aunque se entiende que alude, en su mayoría, a empresas), quienes deberán contar con una relativa facilidad y flexibilidad a la hora de renunciar a los servicios básicos de intermediación de la plataforma (similares a las existentes para incorporarse a ella), difuminando, con ello, las barreras de salida y reforzando, siquiera mediatamente, la posibilidad de que puedan acceder a servicios proporcionados por otras plataformas competidoras, en aras, al mismo tiempo, de una más amplia contestabilidad en el mercado⁵⁶.

3.2. Otras obligaciones y derechos

Junto a las obligaciones generales que se imponen a los guardianes de acceso para conseguir una mayor disputabilidad y equidad en el sector digital, el Reglamento de Mercados Digitales incluye también, de forma dispersa a lo largo de su articulado, otras tantas medidas, muy heterogéneas, que tienen una vocación, si se quiere, más complementaria y sirven para conseguir la efectividad de las medidas previstas en el texto o, cuando menos, para delimitar más adecuadamente el

⁵⁴ Sin motivo alguno que impida, a priori, haber incluido también a los usuarios finales que, aun no pretendiendo cambiar de plataforma, sí que estuvieran interesados en acceder a información actualizada acerca del tratamiento de sus datos por parte de la misma.

⁵⁵ Sobre el derecho de acceso y su incidencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales, *vid.* ANTONINO DE LA CÁMARA, «Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos», *Revista internacional de transparencia e integridad*, núm. 4, 2017.

⁵⁶ Guarda relación esta obligación con la prevista para las plataformas digitales que, no teniendo necesariamente la condición de *gatekeeper*, prestan servicios básicos de plataforma de intermediación en línea. Aludimos a la obligación recogida en el artículo 8.b) del Reglamento P2B, que exige a estos prestadores, a fin de garantizar que las relaciones contractuales con los usuarios profesionales se desarrollen de buena fe y se basen en la lealtad de las relaciones comerciales, que garanticen «[...] que sus condiciones generales incluyen información sobre las condiciones en que los usuarios profesionales pueden terminar la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea».

ámbito de aplicación configurado por la DMA. Nos referimos a las que se mencionan a continuación:

- a) De una parte, resultaría posible integrar aquellas obligaciones previas a la designación de los gatekeepers y que, en algunos casos, influyen en la asunción de esta condición.

Dentro de esta clasificación podríamos mencionar el artículo 13, apartados 1 y 2, DMA, que impone a las plataformas digitales que ejercen como superintermediarios (y que, por esa misma razón, pueden llegar a asumir la condición de guardián de acceso) la obligación de proporcionar a la Comisión toda la información que esta considere necesaria. Y ello a los efectos de determinar si aquella ha incurrido en una práctica consistente en segmentar, dividir, subdividir, fragmentar o separar (ya sea contractual, comercial o técnicamente, o de cualquier otro modo) los servicios prestados para evitar, de manera subrepticia, alcanzar los umbrales cuantitativos que imponen su designación como *gatekeeper* merced al artículo 3.2 del Reglamento.

- b) De otra parte, podemos agrupar las medidas posteriores al nombramiento de una plataforma como guardián de acceso, medidas que, en buena parte, están relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 5, 6 y 7 DMA. Se incluyen en este elenco los siguientes artículos:

En primer lugar, el artículo 11 DMA, que impone al intermediador la elaboración y presentación a la Comisión de un informe que, con detalle y de manera transparente, describa las medidas que ha aplicado para dar cumplimiento a las obligaciones previstas en los tres preceptos anteriores, informe al que se habrá de adicionar un resumen no confidencial del mismo, que publicará la Comisión en su sitio web. El plazo para proporcionar ambos documentos será de seis meses (tal y como dispone el artículo 3.10 DMA), a contar desde el momento en el que se produjo la designación del guardián de acceso como tal, siendo periódica y regularmente actualizados en línea con la evolución de su actividad dentro del mercado.

En segundo lugar, el artículo 13, apartados 3, 4 y 6, DMA, que exige a las plataformas sometidas a la norma que cumplan, con plenitud y eficacia, las obligaciones recogidas en los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento. En este sentido, prosigue el segundo de los apartados, no podrán incurrir «[...] en ningún comportamiento que menoscabe el cumplimiento eficaz de las obligaciones establecidas en los artículos 5, 6 y 7, con independencia de que ese comportamiento sea contractual, comercial, técnico o de cualquier otra naturaleza, o consista en el recurso a técnicas basadas en el comportamiento o al diseño de interfaces» ni degradar, añade el tercero, «[...] las condiciones o la calidad de ninguno de los servicios básicos de plataforma prestados a los usuarios profesionales o los usuarios finales que se acojan a los derechos u opciones establecidos en los artículos 5, 6 y 7, ni dificultará indebidamente el ejercicio de esos derechos u opciones, incluido el hecho de ofrecer a los usuarios finales opciones de una manera que no sea neutra, o de subvertir la autonomía y la toma de decisiones o la capacidad de elección de los usuarios finales o de los usuarios profesionales a través de la estructura, el diseño, la función o el modo de funcionamiento de la interfaz de usuario o sus componentes», sin perjuicio de las competencias que se atribuyen a la Comisión por mor de los artículos 29, 30 y 31 DMA (artículo 13.8 DMA). Incurrir en una de estas dos actuaciones facultará a la Comisión para, incoando el oportuno procedimiento

(artículo 20 DMA), adoptar un acto de ejecución (conforme al artículo 8.2.3º DMA) en el que, impuestas, se detallen las medidas a adoptar por el guardián de acceso (artículo 13.7 DMA).

En tercer lugar, el artículo 14 DMA, que, en su apartado primero, obliga a los superintermediarios a informar a la Comisión (antes de su ejecución y tras la celebración del correspondiente acuerdo, anuncio de licitación pública o adquisición de una participación mayoritaria) de toda concentración prevista que incurra en el supuesto descrito por el artículo 3 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en lo sucesivo, Reglamento comunitario de concentraciones)⁵⁷. Para ello, será necesario que las entidades que se fusionen o aquella que resulte de la concentración preste alguno de los servicios básicos de plataforma del artículo 2.2) DMA o cualquier otro servicio en el sector digital o posibilite la recogida de datos (ya sean personales y/o no personales, no se especifica).

La información proporcionada será transmitida a las autoridades nacionales competentes para la publicación anual de un listado que, salvaguardando los eventuales intereses legítimos de las empresas afectadas en la protección de sus secretos comerciales, informe de las adquisiciones realizadas (artículo 14.4 DMA). También se remitirá, por dichas autoridades, una solicitud a la Comisión a los efectos de examinar si la concentración incurre en el supuesto del artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones (que aborda supuestos de concentración que, aun no teniendo dimensión europea, afectan al comercio entre Estados miembros y amenazan con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del país comunitario o de los países comunitarios que presentan la solicitud); y lo anterior, aun cuando la actividad emprendida no resultara notificable a la Comisión en virtud de la DMA o a una autoridad nacional en materia de competencia atendiendo a la legislación interna aplicable. Esta información anterior incluirá el contenido previsto en el apartado segundo (empresas afectadas por la concentración; volúmenes de negocio anuales en territorio comunitario y fuera de él; ámbitos de actividad y actividades relacionadas directamente con la concentración, así como el valor de transacción del contrato o una estimación, junto con un resumen sobre la concentración, incluida su naturaleza y justificación; lista de los Estados miembros afectados; volumen de negocio anual en la Unión Europea de cada servicio básico de plataforma afectado, y número de usuarios profesionales y finales activos anuales y mensuales, respectivamente).

Si, del resultado de la información suministrada y de la concentración efectuada, la plataforma concluye que los servicios básicos adicionales afectados por la concentración alcanzan o superan, por separado, los umbrales cuantitativos que determinan que son una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, el *gatekeeper* deberá ponerlo en conocimiento de la Comisión. Y deberá hacerlo en el plazo de los dos meses siguientes a la ejecución de dicha concentración, facilitando la información prevista en el artículo 3.2 del Reglamento (artículo 14.3 DMA).

⁵⁷ DOUE L 24/1, de 29 de enero del año 2004. El apartado primero de este precepto concibe como concentración aquella actuación que motiva un cambio duradero del control merced a la concurrencia de alguna de las dos siguientes circunstancias: «a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas».

En cuarto lugar, el artículo 15 DMA, que exige:

Uno, la presentación, por las plataformas designadas como guardianes de acceso, de una auditoría independiente que describa las técnicas que, empleadas para la elaboración de perfiles de los usuarios finales, apliquen en los servicios básicos que resulten afectados por la Decisión de designación.

Dos, la publicación de un resumen de la descripción auditada anterior, que podrá tener en consideración la protección de sus secretos comerciales.

Ambos documentos serán actualizados, al menos, una vez al año. El plazo para su presentación a la Comisión [que podrá, merced al artículo 46.1.g) DMA, adoptar un acto de ejecución que especifique la metodología y el procedimiento a seguir para que los guardianes de acceso elaboren y presenten tal auditoría] se extiende al intervalo de los seis meses posteriores al nombramiento como *gatekeeper*; la Comisión, a su vez, la remitirá al Comité Europeo de Protección de Datos⁵⁸ e incluirá una valoración global de todos ellos en el informe anual que deberá presentar al Parlamento Europeo y al Consejo en virtud del artículo 35.2.c) DMA.

En quinto lugar, el artículo 28 DMA, que obliga a los guardianes de acceso: a) a instaurar una función de comprobación y control, a nivel interno, del cumplimiento de la DMA; b) a asegurar que esta función cuenta con la autoridad, la dimensión y los recursos suficientes, así como con acceso al órgano de dirección del *gatekeeper*; c) a definir y supervisar la aplicación de los mecanismos de gobernanza que garanticen la independencia de la función de comprobación del cumplimiento, respondiendo de la aplicación de tales mecanismos, incluido el reparto de responsabilidades⁵⁹ en la organización del prestador y la prevención de conflictos de intereses; d) a aprobar y revisar, con la periodicidad oportuna (mínimo, una vez al año), las estrategias y políticas encaminadas a asumir, gestionar y controlar el mencionado cumplimiento, y e) a dedicar tiempo suficiente a dicha gestión y control, participando de forma activa en las decisiones relativas a la gestión y la ejecución de la DMA y velando por que se les asignen a dichas tareas los recursos adecuados.

Esta sección será independiente de las funciones operativas de la plataforma y estará integrada por uno o más agentes de cumplimiento o verificación, que deberán poseer las cualificaciones profesionales, los conocimientos, la experiencia y la capacidad necesarios

⁵⁸ Para un estudio en profundidad de este organismo, *vid.* CERVERA NAVAS, «El Comité Europeo de Protección de Datos», en PIÑAR MAÑAS (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 527 ss. Asimismo, GONZÁLEZ FUSTER, «El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD): territorio desconocido», en GARCÍA MAHAMUT/TOMÁS MALLÉN (dirs.), *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 161 ss.

⁵⁹ En torno a la responsabilidad de los prestadores de servicios básicos de plataforma, *vid.* CASTELLÓ PASTOR, «Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la Propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales», en CASTELLÓ PASTOR (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 37 ss.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Intermediación electrónica y generación de confianza en la Red: escenarios de riesgos y responsabilidad», *Revista española de seguros: publicación doctrinal de Derecho y Economía de los seguros privados*, núms. 153-154, 2013, pp. 43 ss.

para desempeñar sus cometidos, que se circunscriben, como mínimo: a) a organizar, supervisar y controlar las medidas y las actividades de los superintermediarios encaminadas a garantizar el cumplimiento de la DMA; b) a informar y asesorar a la dirección y a los empleados de la plataforma en relación con el cumplimiento del Reglamento; c) en su caso, a controlar el cumplimiento de los compromisos que se hayan hecho vinculantes con arreglo al artículo 25 DMA, sin perjuicio de la capacidad de la Comisión para nombrar expertos externos independientes de conformidad con el artículo 26.2 del mismo texto, y d) a cooperar con la Comisión a los efectos de dar cumplimiento a sus obligaciones en virtud de dicha Norma.

Al frente de los agentes de cumplimiento se incluirá, con carácter preeminente, a un responsable (cuyo nombre y datos de contacto la plataforma digital deberá remitir a la Comisión), que será un alto directivo independiente con responsabilidad específica para el desempeño de su función de comprobación. Este responsable no podrá ser sustituido sin la autorización previa del órgano de dirección del guardián de acceso y asumirá un deber claro de información directa a su superior jerárquico, al que le podrá comunicar sus preocupaciones y advertencias cuando exista un riesgo de incumplimiento del Reglamento de Mercados Digitales, sin perjuicio de las responsabilidades de dicho órgano de dirección en el desarrollo de sus funciones de supervisión y gestión⁶⁰.

En sexto lugar, el artículo 26.1 DMA, que, para controlar el cumplimiento de las obligaciones de los artículos 5 a 7 DMA y de las decisiones que se adopten al amparo de los artículos 8, 18, 24, 25 y 29 del mismo texto, prevé la posibilidad que tiene la Comisión de adoptar las acciones que resulten necesarias. Al respecto, no concreta cuáles pueden ser, de modo que quedarían abiertas a aquellas que, en cada momento, se consideren convenientes, adecuadas y proporcionadas (como, por ejemplo, la de imponer a los *gatekeeper* la obligación de conservación de aquellos documentos que se estimen procedentes a fin de comprobar la aplicación y el cumplimiento de las decisiones y obligaciones correspondientes).

- c) Por último, mencionaremos las obligaciones aplicables a las plataformas con independencia del momento temporal, anterior o posterior, en el que se encuentre su nombramiento como guardianes de acceso, siempre y cuando deban llevar a término el cumplimiento de alguna de las medidas previstas en el texto.

Mencionamos aquí el artículo 13.5 DMA, que, en materia de datos personales, exige a estos prestadores, para garantizar la concurrencia del necesario consentimiento cuando esta sea la

⁶⁰ Podemos advertir una clara similitud, al menos en la configuración normativa de sus funciones, entre este responsable del cumplimiento de la DMA y el delegado de protección de datos (en inglés, *data protection officer*, también conocido por el acrónimo, español o inglés, de DPD o DPO, respectivamente). Lo cierto es que, cuando el primero deba controlar y comprobar el adecuado cumplimiento de las obligaciones que incumben al guardián de acceso en cuestión y que están relacionadas con el tratamiento de datos personales, deberá contar con la asistencia del DPO, con respecto al cual no tendrá superioridad jerárquica alguna, pues ambos se hallarán sometidos a un mismo responsable común, como es la plataforma digital, que asumirá, al mismo tiempo, la condición de responsable del tratamiento en los términos del precitado artículo 4.7) RGPD. Para un estudio más profuso de la figura del delegado de protección de datos, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, «La figura del *data protection officer* en la contratación pública en España», *Revista digital de Derecho administrativo*, núm. 25, 2021, pp. 309 ss.; RODRÍGUEZ AYUSO, «Sanciones relacionadas con la figura del delegado de protección de datos», en DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS/DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS (coords.), *Análisis práctico de sanciones en materia de protección de datos -divididas por conceptos y sectores-*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 663 ss.

base jurídica del tratamiento (tratamiento consistente, en este supuesto, en la recogida, el cruce y la puesta en común de los datos), permitir a los usuarios profesionales que operan en la plataforma que sean ellos los que, directamente y de forma sencilla, lo obtengan de los usuarios finales. También se añade la necesidad de que tales plataformas adopten medidas para dar cumplimiento adecuado a las disposiciones del RGPD (y, en su caso, se entiende, de la normativa nacional de los Estados miembros que complemente o desarrolle, en su caso, los postulados del RGPD) o de la Directiva 2002/58/CE, si bien se incluye, en este caso y como ejemplo, el suministro de datos anonimizados a los usuarios profesionales cuando, como sabemos, estos no tienen la consideración de datos personales y, por ende, su remisión a terceros no dan lugar a cumplimiento alguno de la normativa anterior, sino que, más bien, la eluden. De no satisfacer adecuadamente cuanto establece este apartado quinto, la Comisión podrá actuar del modo previsto en el apartado séptimo de este mismo precepto.

Al margen de estas obligaciones anteriores, existirán también recomendaciones que podrán afectar a los superintermediarios así designados. Se incluye, aquí, el artículo 27 DMA, que prevé la posibilidad de que cualquier tercero, incluidos los usuarios profesionales, los competidores de tales plataformas o los usuarios finales, así como sus representantes, informen a la autoridad nacional competente en asuntos de competencia del Estado o, directamente, a la Comisión, de cualquier práctica o comportamiento de los *gatekeeper* que entre dentro del ámbito de aplicación de la DMA. Esta iniciativa no condicionará, empero, la plena discrecionalidad de estos órganos de adoptar, o no, las medidas que procedan ni de hacer, o no, un seguimiento de la información proporcionada, pero sí determinará la obligación de la autoridad nacional competente en asuntos de competencia de remitir a la Comisión la información cuando de ella se desprenda la posible existencia de un problema de incumplimiento del Reglamento de Mercados Digitales.

De igual modo, se incluirán derechos en favor de los guardianes de acceso (o de la empresa o asociación de empresas de que se trate), como los derechos a ser oídos y de acceso al expediente, recogidos ambos en el artículo 34 DMA. En concreto, este precepto (apartados 1, 2 y 3) prevé la posibilidad de que estos superintermediarios sean oídos por la Comisión antes de que esta adopte una decisión con arreglo a los artículos 8 (cumplimiento de las obligaciones de los guardianes de acceso), 9.1 (suspensión en el cumplimiento de una obligación específica), 10.1 (exención en el cumplimiento de una obligación específica), 17 (investigación de mercado para designar a los guardianes de acceso), 18 (investigación de mercado sobre un incumplimiento sistemático), 24 (medidas cautelares), 25 (compromisos ofrecidos), 29 (supuestos de incumplimiento de las obligaciones), 30 (multas sancionadoras) y 31.2 DMA (multas coercitivas), en relación, de un lado, con las conclusiones preliminares de la Comisión, donde se incluye cualquier asunto respecto del que este órgano haya formulado objeciones, y, de otro, con las medidas a adoptar en vista de las conclusiones preliminares anteriores, pudiendo presentar observaciones a estas últimas en un plazo que, a fijar en ellas, no podrá ser inferior a catorce días; en las conclusiones preliminares y en las observaciones derivadas, en su caso, de tales observaciones, la Comisión basará su decisión. El apartado 4 del artículo 34 prevé, por su parte, el derecho de acceso al expediente de la Comisión «[...] en las condiciones de revelación, sin perjuicio del interés legítimo de las empresas de proteger sus secretos comerciales» y sin ser extensivo a la información confidencial o a la documentación interna de la Comisión o de las autoridades competentes de los Estados miembros, donde se incluye el intercambio de correspondencia entre una y otras.

4. Conclusiones

Varias son las conclusiones que pueden extraerse de todo cuanto se ha expuesto a lo largo de este estudio:

En primer lugar, hemos podido advertir la presencia de un nuevo paquete normativo que, en el sector digital, disciplina la actividad de las plataformas. Hacemos referencia, así, a la DSA y a la DMA.

En segundo lugar, partiendo de las premisas anteriores, hemos centrado nuestra atención en el Reglamento de Mercados Digitales, que establece los requisitos de designación de aquellos superintermediarios que prestan servicios básicos de plataforma con un protagonismo tal que están en condiciones de restringir o limitar la entrada y salida de competidores en el mercado, afectando a la disputabilidad en el conjunto del ecosistema, y de alterar la, siempre recomendable, lealtad de las relaciones con los usuarios (profesionales y finales, empresas y consumidores) intermediados.

Estos servicios básicos de plataforma quedan delimitados, en tercer lugar, en un listado inicial *numerus clausus*, susceptible de ser ampliado si circunstancias sobrevenidas así lo aconsejan. Dicho listado está integrado por los servicios de intermediación en línea, por los motores de búsqueda en línea, por los servicios de redes sociales en línea; por los servicios de plataforma de intercambio de vídeos; por los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; por los sistemas operativos; por los navegadores web; por los asistentes virtuales; por los servicios de computación en nube, y por los servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma enumerados anteriormente.

En cuarto lugar, se advierte el empleo intermitente de criterios cuantitativos y cualitativos para determinar los umbrales que, una vez alcanzados, motivan la designación de los, así denominados, “guardianes de acceso” o “*gatekeepers*”. Los primeros posibilitarán una mayor objetividad en el nombramiento de estos prestadores por parte de la Comisión, mientras que los segundos permitirán que supuestos excepcionales puedan ser también contemplados, bien para exonerar a determinadas plataformas que, pese a alcanzar tales umbrales, no han de merecer esta designación, bien para, *sensu contrario*, poder incluir en este elenco a determinados prestadores que, por el poder central que ejercen en el mercado, actúan como superintermediarios aun cuando no cumplan las exigencias del artículo 3.2 DMA.

En quinto lugar, hemos concretado el objetivo perseguido por la DMA, como es el de procurar una mayor contestabilidad y equidad en el sector digital. El principio de disputabilidad atiende a las relaciones *ad extra*, del *gatekeeper* con el resto de plataformas digitales, procurando un entorno en el que, progresivamente, se supriman los obstáculos de todo tipo para fomentar la innovación y las opciones de elección de los consumidores. El principio de lealtad, por su parte, prima las relaciones *ad intra*, es decir, aquellas que tienen lugar entre el guardián de acceso y los usuarios (preeminentemente, profesionales) que se sirven de la intermediación para poder acceder a los usuarios finales, persiguiendo un mayor equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

En sexto lugar, y para la consecución de los fines supra citados, la DMA instauro un conjunto de obligaciones asimétricas ciertamente enmarañado, por cuanto que, dependiendo del caso, afectará a todos, algunos o uno de los servicios básicos de plataforma y, por ende, a todos, algunos o uno de estos prestadores de servicios de la sociedad de la información. Además, unas obligaciones perseguirán preeminentemente la disputabilidad del mercado, mientras que otras tenderán a mejorar la equidad de las relaciones entre la plataforma y quienes de ella se sirven. Por último, algunas medidas se centrarán en datos (buena parte de ellas) para un mejor reparto de los efectos de red algorítmicos, mientras que otras tenderán a conseguir una más adecuada redistribución de los clásicos efectos de red directos e indirectos.

En séptimo y último lugar, junto a las medidas que se imponen a los guardianes de acceso con carácter esencial o primordial, el Reglamento de Mercados Digitales incluye también, de forma dispersa a lo largo de su articulado, otras tantas medidas, muy heterogéneas, que complementan o imprimen una mayor efectividad a las obligaciones y prohibiciones anteriores, contribuyendo a delimitar más adecuadamente el ámbito de aplicación configurado por la DMA. De ellas, habrá algunas que operen con carácter previo a la designación de los *gatekeepers* y que, en algunos casos, influirán, de hecho, en la asunción de esta condición; otras, en cambio (las más numerosas), serán posteriores al nombramiento de los superintermediarios y estarán relacionadas con el cumplimiento de los artículos 5, 6 y 7 DMA, y, finalmente, las habrá que, resulten aplicables con independencia del momento en el que se produzca la atribución de esta condición.

Este estudio surge, en definitiva, para arrojar claridad a este complejo entramado obligacional, delimitando el régimen jurídico aplicable y, dentro de él, los servicios afectados por cada medida y los fines concretos perseguidos por cada una de ellas.

5. Bibliografía

ANTONINO DE LA CÁMARA, Mar, «Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos», *Revista internacional de transparencia e integridad*, núm. 4, 2017.

ARCEP, *Plateformes numériques structurantes: éléments de réflexion relatifs à leur caractérisation*, 2019.

BAÑO LEÓN, José María, «La aplicación del Derecho "antitrust" a la Administración Pública», en GUILLÉN CARAMÉS, Javier (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 61 ss.

BAUMOL, William/PANZAR, John/WILLIG, Robert, *Contestable markets and the theory of industry structure*, Harcourt College Pub, San Diego, 1982.

BAKER, Jonatan, «Market definition: an analytical overview», *Antitrust Law Journal*, núm. 74, 2007, pp. 129 ss.

BLAIR, Roger/SOKOL, Daniel, *The Oxford handbook of international antitrust economics*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 234.

CASES PALLARÈS, Lluís, «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Derecho de la regulación económica*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 425 ss.

CASTELLÓ PASTOR, José Juan, «Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la Propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales», en CASTELLÓ PASTOR, José Juan (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Cizur Menor, 2021, pp. 37 ss.

CERVERA NAVAS, Leonardo, «El Comité Europeo de Protección de Datos», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, pp. 527 ss.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Documento de posición de la CNMC sobre la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Digital Services Act (DSA) y la New Competition Tool (NCT)*, <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/documentos-posicion/consulta-ce-plataformas-digitales> (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023).

EUROPEAN COMMISSION, «Antitrust: Commission sends statement of objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077 (fecha de consulta: 14 de febrero de 2023).

FURMAN, Jason, *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019.

GONZÁLEZ FUSTER, Gloria, «El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD): territorio desconocido», en GARCÍA MAHAMUT, Rosario/TOMÁS MALLÉN, Beatriz (dirs.), *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 161 ss.

HOVENKAMP, Herbert, «Antitrust and platform monopoly», *The Yale Law Journal*, núm. 130, 2021, pp. 1952 ss.

JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa, «Los “mercados” de las plataformas digitales de economía colaborativa: ¿Es realmente necesaria la redefinición del concepto de mercado de referencia?», en MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 135 ss.

LAMADRID DE PABLO, Alfonso/BAYÓN FERNÁNDEZ, Nieves, «Digital Markets Act: La Comisión Europea propone la creación de un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas», https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-markets-act-comision-europea-propone-creacion-nuevo-regimen-regulatorio (fecha de consulta: 08 de febrero de 2023).

MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, «La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales (“Digital Markets Act”): una aproximación jurídica», en MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia (dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 116.

MONTERO PASCUAL, Juan José, *Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MONTERO PASCUAL, Juan José/FINGER, Matthias, *La regulación de las nuevas industrias en red: plataformas digitales en las comunicaciones, transportes y energía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MONTERO PASCUAL, Juan José, «La regulación de las plataformas digitales en la Propuesta de Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea», en ORTEGA BURGOS, Enrique (dir.), *Nuevas Tecnologías 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 359 ss.

ROCHET, Jean-Charles/TIOLE, Jean, «Platform competition in two-sided markets», *Journal of the European Economic Association*, núm. 1-4, 2003, pp. 990 ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, *Garantía administrativa de los derechos del interesado en materia de protección de datos personales*, Bosch, Barcelona, 2021.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «La figura del data protection officer en la contratación pública en España», *Revista digital de Derecho administrativo*, núm. 25, 2021, pp. 309 ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «Sanciones relacionadas con la figura del delegado de protección de datos», en DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena/DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura (coords.), *Análisis práctico de sanciones en materia de protección de datos -divididas por conceptos y sectores-*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 663 ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, *Privacidad y Coronavirus: aspectos esenciales*, Dykinson, Madrid, 2020.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «Protección de datos personales en el contexto de la Covid-19: legitimación en el tratamiento de datos de salud por las Administraciones Públicas», *Revista catalana de Dret públic*, núm. extra 3, 2020, pp. 137 ss.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, «El arbitraje electrónico como medio de resolución de controversias turísticas», *Diario La Ley*, núm. 8514, 2015.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 2, 2021, pp. 403 ss.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Intermediación electrónica y generación de confianza en la Red: escenarios de riesgos y responsabilidad», *Revista española de seguros: publicación doctrinal de Derecho y Economía de los seguros privados*, núms. 153-154, 2013, pp. 43 ss.

STATE ADMINISTRATION FOR MARKET REGULATION, «Administrative compliance decision», <https://www.samr.gov.cn> (fecha de consulta: 22 de febrero de 2023).

THE WALL STREET JOURNAL, «Spotify accuses Apple of stifling competition in EU complaint», <https://www.wsj.com/articles/spotify-files-eu-antitrust-complaint-over-apples-app-store-11552472861?mod=e2tw> (fecha de consulta: 13 de febrero de 2023).

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Expediente de concentración económica 33/98, Havas/Grupo Anaya (NV-145 del Servicio de Defensa de la Competencia).

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, «El papel del Derecho de la competencia en la era digital», *Revista de estudios europeos*, núm. 78, 2021, pp. 93 ss.

VIDA FERNÁNDEZ, José, «La articulación jurídica del entorno digital: insuficiencias y soluciones en la delimitación de los sectores de referencia ante el desafío de los servicios *Over The Top* (OTT)», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2021, pp. 290 ss.

ZURIMENDI ISLA, Aitor/FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, Ainhoa, «Naturaleza jurídica de las plataformas digitales», *Revista General de Derecho de los sectores regulados: RSR*, núm. 6, 2020.

Adrianus van Heusden
Erasmus University Rotterdam

Algorithmic Pricing

The Current State of Affairs from a Law and Economics Perspective

Abstract

The rise of algorithmic pricing has transformed perfect price discrimination from a theoretical concept into a real possibility. Through self-learning pricing algorithms, a strategy can be developed that approximates consumers' reservation prices with ever-improving accuracy. This paper analyzes algorithmic pricing from a law and economics perspective to identify the efficiency and equity effects that the practice could cause and determine to which extent it is regulated under the current legal framework. This paper finds that under competitive market conditions, algorithmic pricing could be welcomed from an efficiency perspective, but from an equity and ethical perspective serious concerns need to be raised. If these concerns are to be taken seriously, the legal framework provides only a partially functional approach to address algorithmic pricing. Additional appropriate remedies are, therefore, needed to protect consumers adequately and effectively against exploitation that reduces their welfare.

Sumario

El auge de los precios algorítmicos ha transformado la discriminación de precios perfecta de un concepto teórico a una posibilidad real. La fijación de precios a través de algoritmos de aprendizaje automático ha facilitado el desarrollo de una tecnología que se aproxime a los precios de reserva de los consumidores con una precisión que constantemente mejora. Este artículo analiza la fijación algorítmica de precios desde una perspectiva de derecho y economía para identificar los efectos que la práctica podría causar en términos de eficiencia y equidad, y para determinar en qué medida está regulada bajo el marco legal actual. Este artículo revela que, en mercados competitivos, los precios algorítmicos podrían ser oportunos desde una perspectiva de eficiencia, pero desde una perspectiva de equidad y ética es necesario expresar serias preocupaciones. Si estas preocupaciones se toman en serio, el marco legal proporciona solo un enfoque parcialmente funcional para abordar la fijación algorítmica de precios. Por consiguiente, se necesitan remedios apropiados adicionales para proteger a los consumidores de manera adecuada y efectiva contra la explotación que reduce su bienestar.

Título: *La fijación algorítmica de precios: la situación actual desde una perspectiva de derecho y economía*

Keywords: Algorithmic Pricing, Personalization, Consumer Welfare, Consumer Protection, Law and Economics.

Palabras clave: *Fijación Algorítmica de Precios, Personalización, Bienestar del Consumidor, Protección del Consumidor, Derecho y Economía.*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.08

3.2023

Recepción
06/02/2023

-

Aceptación
21/03/2023

-

Contents

-

1. Introduction

2. Algorithmic pricing: an exploration

2.1. Concept and definitions

2.2. Conditions

2.3. Degrees of price discrimination

2.4. Price discrimination in the digital age

2.5. The role of standard forms

2.6. Algorithmic pricing in practice

3. The role of marketing

3.1. Marketing and the conditions for price discrimination

3.2. Value-based pricing

3.3. Dynamic pricing – the more accepted alternative

4. Economic analysis of algorithmic pricing

4.1. Efficiency perspective

a. Positive efficiency effects

b. Negative efficiency effects

4.2. Equity perspective

a. Positive effects on equity

b. Negative effects on equity

c. Ethical concerns

4.3. Efficiency-equity trade-off

5. Legal framework

5.1. Contract law

5.2. Competition law

5.3. Consumer protection law

5.4. Data protection law

5.5. Human rights law

5.6. Self-regulation

5.7. Current state of affairs

6. Conclusion and policy recommendation

7. Bibliography

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introduction*

The New Consumer Agenda of the European Commission (EC) for the period 2020-2025 explicitly mentions the digital transformation as one of its five key areas of interest. More specifically, the Commission aims to ensure that consumers are as protected online as offline, whereby protecting consumer rights in relation to *artificial intelligence* is one of its specific objectives¹. The digital transition poses new challenges to consumer protection laws for which concrete action needs to be taken². Innovative data-processing techniques have enabled the development of state-of-the-art marketing strategies that are specifically focused on *personalization*. This allows companies to segment online markets more successfully. One of these strategies is *personalized pricing*. By collecting data about consumers and creating individualized consumer profiles, it becomes possible to offer different people different prices for the same good or service³. This makes it a refined form of *price discrimination*, which is a well-known business practice of adapting prices based on *consumer heterogeneity*⁴.

The process of personalization is constantly being improved by technological advances in *data analytics* and *machine learning*. The emergence of *Big Data* has facilitated the use of algorithmic techniques, which are extraordinarily effective and efficient at setting, monitoring, and correcting prices in the face of continuous market changes. Algorithms are becoming increasingly prevalent in online markets and their precision is continuously evolving⁵. Accordingly, the personalization of services, among which personalized pricing, is experiencing exponential growth, whereby the retail industry is leading in terms of adopting data-driven technologies. In particular, the application of personalization services in B2C markets is a profitable practice that is expected to become more pervasive in the course of the years⁶.

The developments in algorithmic technologies have made personalized pricing more accurate and more profitable⁷. Personalized pricing that is enabled by algorithms is more popularly called *algorithmic pricing*⁸.

* Adrianus van Heusden (vanheusden@law.eur.nl). I would like to wholeheartedly thank Prof. Michael Faure, Prof. Franziska Weber, and Prof. Ann-Sophie Vandenberghe for their feedback, guidance, and continuous support in the course of writing this article. In addition, I would like to thank Prof. Roger van den Bergh for the stimulating and thought-provoking conversations. Lastly, I would like to thank Prof. Mireia Artigot Golobardes and fellow participants of the Sustainability, Digital Markets, and the Digital Revolution Conference at the Universitat Pompeu Fabra Barcelona (September 2022) for their constructive feedback during the presentation of this article.

¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: New Consumer Agenda Strengthening Consumer Resilience for Sustainable Recovery. COM/2020/696 final.

² ID.

³ Consumer market study on online market segmentation through personalized pricing/offers in the European Union Request for Specific Services 2016 85 02 for the implementation of Framework Contract EAHC/2013/CP/04, Final report. Hereinafter called EU REPORT.

⁴ OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», 2013, retrieved from <https://docplayer.net/9529539-The-economics-of-online-personalised-pricing.html>.

⁵ GRAEF, «Algorithms and fairness: What role for competition law in targeting price discrimination towards ends consumers», *Columbia Journal of European Law*, vol. 24, num. 3, 2018, pp. 541 ss.

⁶ EU REPORT.

⁷ ID.

⁸ The concept of algorithmic pricing will be further discussed in section 2.

Consequently, consumer concerns are arising, and numerous consumer organizations are issuing reports analyzing the potential dangers of personalized prices⁹. Consumer concerns are exacerbated by the lack of transparency concerning the working of these data-driven personalization techniques. There is a lack of knowledge and awareness among consumers regarding the collection and processing of their data, which raises more suspicion. This is mainly caused by two factors. On the one hand, it is particularly burdensome for consumers to observe and understand the data-driven techniques that are employed by a specific firm. Overall, consumers have a general awareness that their data is collected and processed, yet it is excessively onerous for consumers to actually investigate if an individual firm is collecting their data, in what manner, and what the effects of it will be¹⁰. On the other hand, the provision of information by firms to consumers regarding the processing of their data is far from being transparent. It is common practice that consumer information is made available, but in a manner that is inconspicuous and hardly intelligible¹¹. Hence, there is a twofold problem, namely a lack of transparency and a lack of information. For this reason, the EC has tried to regulate the disclosure of information to consumers and the use of certain commercial practices that allow for personalization¹².

Nonetheless, in the existing literature, it is heavily debated to what extent these regulations have been sufficient and to what extent they are desirable. When it comes to the merits of algorithmic pricing, several aspects make the desirability of the practice difficult to determine. There is a constant tension between its economic, legal, and ethical properties. In this paper, algorithmic pricing is analyzed from a law and economics perspective, whereby efficiency, distributive, fairness, and ethical considerations are taken into account.

The structure of the paper is as follows. First, an introduction to algorithmic pricing is given to understand its working and applications. Next, the role of marketing is highlighted, and the economic analysis of algorithmic pricing is conducted. In addition, the ethical concerns are investigated with a specific focus on fairness-based arguments. Thereafter, the legal challenges will be reviewed to see if the current legal framework is satisfactory. Consequently, the current state of affairs is discussed, and the corresponding conclusion and policy recommendation are presented.

⁹ See, for example, CONSUMERS INTERNATIONAL, «A Consumer Investigation into Personalised Pricing», 2022, retrieved from <https://www.consumersinternational.org/news-resources/news/releases/new-research-consumers-worldwide-concerned-by-opaque-online-pricing/>. The report states that: «97% of surveyed consumers registered some level of concern about personalised pricing, with a lack of transparency and potential for unfairness identified as greatest risks». The Dutch Authority for Consumers and Markets also conducted an official study on personalized pricing, ACM, *Leidraad Bescherming Online Consument*, 2020, retrieved from <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-02/acm-leidraad-bescherming-online-consument.pdf>.

¹⁰ Li *et al.*, «Transparency of behavior-based pricing», *Journal of Marketing Research*, vol. 57, num. 1, 2020, pp. 78 ss.

¹¹ *Id.*

¹² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Hereinafter called GDPR; Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'). Hereinafter called UCPD.

2. Algorithmic pricing: an exploration

Algorithms have been subject to numerous studies and a multiplicity of definitions for artificial intelligence technologies have been given in the existing literature¹³. This section aims to briefly introduce the concept of *algorithmic pricing* and subsequently focus on its applications and effects. This allows for an in-depth analysis rather than a recompilation of the existing literature on artificial intelligence. In essence, algorithms are used by companies to personalize their services to consumers' preferences and characteristics. AI-based technologies allow for the processing of vast amounts of data which contributes to the improvement of consumer profiling. As a result, the personalization of online transactions can take place. This can take a variety of forms, such as personalized advertisements, personalized contracts, and personalized prices. In this paper, the focus will lie on the pricing dimension of personalization.

2.1. Concept and definitions

Algorithmic pricing is receiving notable attention in the economic and legal literature, and large organizations, such as the OECD, issued extensive reports on the subject¹⁴. CHAPDELAINE defines the practice as follows: «*Algorithmic personalized pricing, as a specific form of discriminatory pricing, comprises any commercial practice setting prices according to consumers' personal characteristics to target as closely as possible their willingness to pay*»¹⁵. The goal of the seller is to discover the maximum amount of money that a consumer is willing to pay for a specific product or service. This is also called the *reservation price*, which indicates the subjective value that an individual attaches to a good¹⁶.

The reservation price is also the benchmark with which *consumer surplus* is measured. Consumer surplus is «*the difference between the market price for a good and the maximum price consumers would be willing to pay for that good*»¹⁷. Through algorithmic pricing, the seller aims to ask for a price that accurately reflects consumers' reservation price. If the market price equals the reservation price of the consumer, the seller captures the entire consumer surplus. To determine the consumer's reservation price, considerable amounts of data need to be collected and processed. Algorithms form the basis of this pricing technique, which explains the use of the term algorithmic pricing. Under algorithmic pricing, it would become possible to ask consumers different prices for the same good or service, whereby the production costs do not justify the difference. For this reason, algorithmic pricing has been deemed a form of *discriminatory pricing*¹⁸.

¹³ MCCARTHY *et al.*, «A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence», *AI Magazine*, vol. 27, num. 4, 2006, pp. 12 ss.; NILSSON, *The quest for artificial intelligence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; AGHION *et al.*, «Artificial intelligence and economic growth», in AGRAWAL *et al.* (eds.), *The economics of artificial intelligence: An agenda*, University of Chicago Press, Chicago, 2019, pp. 237 ss.; COCKBURN *et al.*, «The impact of artificial intelligence on innovation», in AGRAWAL *et al.* (eds.), *The economics of artificial intelligence: An agenda*, University of Chicago Press, Chicago, 2019, pp. 115 ss.

¹⁴ See, for example, OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», 2018, retrieved from <https://www.oecd.org/competition/personalised-pricing-in-the-digital-era.html>.

¹⁵ CHAPDELAINE, «Algorithmic Personalized Pricing», *New York University Journal of Law and Business*, vol. 17, num. 1, 2020, p. 3.

¹⁶ PARISI, *The language of law and economics*, Cambridge Books, Cambridge, 2013, p. 256.

¹⁷ ID., p. 60.

¹⁸ ID., p. 229.

2.2. Conditions

To realize algorithmic pricing strategies, three conditions need to be fulfilled¹⁹. If one of the conditions does not hold, the ability to discriminate prices is severely limited. First, consumers differ in their levels of demand. If consumers have identical demands, their *willingness to pay* (WTP) and the quantity demanded will be the same, which impedes any form of price discrimination. Second, the firm has *market power*, which means that it can set prices above marginal costs. Price discrimination arises in accordance with the theory of monopoly and oligopoly. If the firm is a price-taker, the feasibility of charging different prices is limited since under perfect competition consumers would switch to competitors. This is in line with the *law of one price* under perfect competition. Nonetheless, the rigidity of this condition is debatable since in practice firms do have the ability to set prices rather than take them in the absence of market power²⁰. Third, the firm can limit *arbitrage*. If consumers can resale the goods and arbitrage price differences, charging higher prices is largely restricted since the prices will converge to one price.

An extension of the arbitrage condition is related to *fairness*²¹. If consumers can discover, without incurring significant *transaction costs*, that they are paying more for a certain good than others, this will likely cause consumer outrage, which can be detrimental to the reputation of the firm²². Hence, the seller needs to be active in a market or adopt a specific pricing strategy whereby it becomes too costly for consumers to directly observe the prices that other consumers are paying for the same product²³. In other words, price comparison needs to be particularly onerous for consumers in order to conceal potential price discrimination. If price comparison can take place at a relatively low cost, consumers will switch to competitors, and it could cause damage to the reputation and the profitability of the firm. The firm should, therefore, be able to conceal the personalized prices to a certain extent. In theory, three conditions need to be fulfilled, but in practice, it seems that four requirements need to be met to make price discrimination possible.

2.3. Degrees of price discrimination

Price discrimination was first categorized by PIGOU²⁴. There are three degrees of price discrimination. *First-degree price discrimination*, which is also called *perfect price discrimination*, occurs when a seller can charge each consumer a price that is equal to their maximum WTP, i.e., the reservation price. This can take place when a firm can observe all relevant heterogeneity among consumers, related to their WTP and adapt prices accordingly²⁵. In this way, individual prices can be charged and all the consumer surplus can be taken by the seller.

¹⁹ PIGOU, *The economics of welfare*, Macmillan, London, 1920; McAfee, «Price discrimination», *Issues in Competition Law and Policy*, vol. 1, 2008, pp. 465 ss.

²⁰ MOTTA, *Competition policy: Theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

²¹ KAHNEMAN *et al.*, «Fairness as a constraint on profit seeking: Entitlements in the market», *The American Economic Review*, vol. 76, num. 4, 1986, pp. 728 ss.

²² BAR-GILL, «Algorithmic Price Discrimination: When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions», *University of Chicago Law Review*, vol. 86, num. 2, 2018, pp. 1 ss.

²³ ID.

²⁴ PIGOU, *The economics of welfare*, part 2, chapter 14.

²⁵ OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», p. 14.

Second-degree price discrimination occurs when a seller offers a menu of options with different versions (i.e., *versioning*) of a good or service, and the consumer self-selects which version she wants to have according to her preferences²⁶. The variety of options can depend on various factors such as the quantity demanded, product features, and quality levels²⁷.

Third-degree price discrimination is also referred to as *group pricing*. The prices are set differently for different groups of consumers²⁸. In contrast to first-degree pricing, the price depends on group characteristics rather than individual characteristics²⁹. Third-degree price discrimination is seen as an imperfect form of price discrimination since it depends on observable group characteristics and in this case, it is practically not possible to perfectly observe the heterogeneity between individual consumers³⁰.

In terms of information, the three degrees of price discrimination can be classified as follows. Under the first degree, the seller has perfect information about the consumer, whereas, under the third degree, the seller has imperfect information about the consumer. In both scenarios, the seller has some or full ex-ante information about the consumer. Conversely, under second-degree price discrimination, the seller has no ex-ante information. By letting the consumer self-select, relevant information becomes available to the seller on an ex-post basis³¹.

The first and third degrees of price discrimination show a close resemblance to each other since both methods are dependent on information about the characteristics of the consumer. Pursuant to the ex-ante information that the seller has, consumers can be charged different prices. For this reason, a modern alternative to the classification by PIGOU is to call the first and third degrees of price discrimination, *direct price discrimination*. The second degree falls under *indirect price discrimination* since all consumers are offered the same menu of options, regardless of their characteristics, but based on the choice of the consumer, the seller can obtain information about the consumer and discriminate accordingly³².

Although the terms direct and indirect price discrimination are more commonly used in the economic literature, most consumer reports adhere to the original classification by PIGOU³³. In this paper, the classification of price discrimination in three degrees is followed because the focus lies on the shifts between the degrees of price discrimination that algorithmic pricing causes.

²⁶ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 9.

²⁷ MILLER, «What do we worry about when we worry about price discrimination? The law and ethics of using personal information for pricing», *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 19, num. 1, 2014, p. 55.

²⁸ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 9.

²⁹ EU REPORT, p. 34.

³⁰ OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», p. 14.

³¹ TOWNLEY *et al.*, «Big data and personalized price discrimination in EU competition law», *Yearbook of European Law*, vol. 36, num. 1, 2017, p. 689.

³² MCAFEE, *Issues in Competition Law and Policy*, vol. 1, 2008, pp. 468-469.

³³ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era»; OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing»; EU REPORT; CONSUMERS INTERNATIONAL, «A Consumer Investigation into Personalised Pricing».

2.4. Price discrimination in the digital age

In his description of the three types of price discrimination, PIGOU states that all forms of price discrimination are theoretically possible, yet they are not all of equal importance³⁴. Third-degree price discrimination is most likely to be found in practice, whereas first-degree price discrimination is regarded as an unattainable ideal³⁵ or a theoretical benchmark in models of discriminatory pricing³⁶. This line of thought has been followed for a considerable time in modern economic theory³⁷.

The rationale behind the dismissal of first-degree price discrimination as a real-life possibility has been reasonable to accept in the last decades. In traditional brick-and-mortar shops, it was practically impossible to obtain all relevant information about a consumer to match her reservation price. There was a situation of *information asymmetry* between the seller and the buyer and, therefore, third-degree price discrimination was a more feasible pricing strategy. By obtaining sufficient information about the common characteristics concerning the group to which the consumer belongs (e.g., gender, age, employment), an estimation of the consumer's WTP can be made.

Nevertheless, the advent of Big Data has caused significant shifts in discriminatory pricing. TOWNLEY states: «*The technological capacities of Big Data substantially enhance the ability of digital retailers to engage in much more precise, targeted, and dynamic forms of price discrimination that were not previously possible.*»³⁸. By virtue of large-scale data extraction, firms can improve the predictability of consumer behavior³⁹. Increasing amounts of data about consumers are collected, processed, and used. Not only data about the characteristics of consumers can be obtained, but also about their behavior. Accordingly, the firm can segment the population optimally for pricing purposes⁴⁰.

Traditionally, the collection of this data took place under the umbrella of product and service improvement. However, it is argued that the data is used for more than service improvement only. It can be highly profitable for companies to use the data for personalization purposes, which leads to a so-called *behavioral surplus*. In other words, employing data analytics to accurately predict consumer behavior and steer it in a certain direction in order to obtain more revenue⁴¹.

³⁴ PIGOU, *The economics of welfare*, p. 201.

³⁵ ODLYZKO, «Privacy, economics, and price discrimination on the internet», *Proceedings of the 5th international conference on electronic commerce*, 2003, pp. 355 ss.

³⁶ EU REPORT, p. 34.

³⁷ See, for example, VARIAN, *Intermediate microeconomics: A modern approach*, 8th edn, WW Norton & Company, 2010. This is confirmed by OECD, «*Personalized Pricing in the Digital Era*», p. 5; EU REPORT, p. 34.

³⁸ TOWNLEY, *Yearbook of European Law*, vol. 36, num. 1, 2017, p. 684.

³⁹ ZUBOFF, «Surveillance capitalism and the challenge of collective action», *New labor forum*, vol. 28, num. 1, 2019, pp. 10 ss.

⁴⁰ ACQUISTI *et al.*, «The economics of privacy», *Journal of Economic Literature*, vol. 54, num. 2, 2016, p. 460.

⁴¹ *Id.*

The ability of firms to predict consumer behavior has been quickly improving due to the developments in machine learning. Algorithms are self-improving and self-updating through the continuous collection of new data. Based on incoming data regarding consumers' preferences, profiles, and choices, it becomes possible to constantly enhance the personalization of transactions⁴². A clear ramification of the use of algorithms is that the theoretical first-degree type of price discrimination is closer to becoming reality than one might think. As ACQUISTI confirms: «*Tracking and measurability, in addition to websites' ability to dynamically update and personalize prices for each visitor, are bringing online markets closer to the theoretical scenario of first-degree price discrimination.*»⁴³.

2.5. The role of standard forms

General terms and conditions form an integral part of all transactions that consumers perform on a daily basis, yet virtually no one reads the standard form when clicking «I agree». The relationship between online terms and conditions (i.e., standard forms/privacy notices/terms of services) and algorithmic pricing is particularly relevant.

To perform algorithmic pricing strategies, firms require vast amounts of personal data. Based on this data, consumer profiles can be made, and subsequently, more accurate targeting can take place. When a firm can accurately predict consumers' WTP, the way to perfect price discrimination has been opened. Nonetheless, the collection and processing of data in the European Union (EU) are regulated by the GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR)⁴⁴. This regulation sets a body of rules that regulate the manner in which firms extract data for business purposes. One of the rules is that under the GDPR firms are only permitted to gather data for profiling purposes if it is necessary for business activities, authorized by law, or if it is based on explicit *consumer consent*⁴⁵. It is the latter part that seems to be the Achilles heel of the system. Through standard notices and consent mechanisms, such as general terms and conditions, privacy policies, and end-user agreements, firms can easily obtain the consent of consumers to collect and process personal and behavioral data⁴⁶. In addition, companies can also obtain data from third-party data providers, such as marketing companies and data aggregators, which help them to optimize their marketing strategies⁴⁷.

CHAPDELAINE describes it as follows: «*Under the guise of convoluted standard terms of use nobody reads but "agrees to", and often soft privacy laws with limited regulatory oversight, the collection of Big Data has quickly become one of the largest forms of extraction with the lowest public regulatory oversight.*»⁴⁸.

⁴² GOLOBARDES, «Algorithmic personalization of consumer transactions and the limits of contract law», *Journal of Law, Market & Innovation*, vol. 1, num. 1, 2022, p. 21.

⁴³ ACQUISTI, *Journal of Economic Literature*, vol. 54, num. 2, 2016, p. 466.

⁴⁴ GDPR.

⁴⁵ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 39.

⁴⁶ ZUBOFF, *New labor forum*, vol. 28, num. 1, 2019, p. 18.

⁴⁷ BUJLOW *et al.*, «Web tracking: Mechanisms, implications, and defenses», *arXiv preprint, arXiv:1507.07872*, 2015, pp. 1 ss.; CHRISTL *et al.*, «Corporate surveillance in everyday life», *Cracked Labs*, vol. 6, num. 1, 2017, pp. 1 ss.

⁴⁸ CHAPDELAINE, *New York University Journal of Law and Business*, vol. 17, num. 1, 2020, p. 10.

There is a significant *signing-without-reading* problem, which causes consumers to be practically unaware of the contents of a standard form contract⁴⁹. Consequently, there is a discrepancy between consumers' expectations regarding the processing of their data and the actual practice. In essence, there is a lack of control on the side of consumers regarding their personal data, which is maintained, perhaps exacerbated, by the use of standard terms and conditions that provide firms with the necessary consent to collect and process the data. The consent provided by consumers could be a valid instrument if it would be given freely, genuinely, and in an informed manner⁵⁰. Since this is currently not the case, consumers are giving consent during a transaction while being unaware of the consequences that the processing of their data will have on their future position in digital markets⁵¹.

2.6. Algorithmic pricing in practice

Hitherto algorithmic pricing has been discussed as a theoretical phenomenon, yet there is substantial evidence that algorithmic pricing is also taking place in practice. The first time the general public became acquainted with more sophisticated price discrimination occurred in 2000 when it was discovered that Amazon was charging regular returning customers a higher price for the same DVDs. By deleting the cookie history, the price would drop significantly. This caused public outrage and Amazon reacted by stating an apology and explaining that it was part of a price experiment, however, the apology was not well-received. Since then, the media, scholars, and consumers have been particularly skeptical of personalized pricing⁵². In the existing literature, there is widespread consensus that price discrimination is becoming increasingly pervasive in digital markets and the underlying technologies rely increasingly more on consumers' personal information⁵³.

Nonetheless, the empirical evidence is not unequivocal when it comes to identifying the effects of price discrimination in practice. There are two principal reasons for this. First, as the Amazon case demonstrated, there is a real danger for businesses of suffering reputational damage by engaging in price discrimination techniques. Therefore, it could be less risky for businesses to engage in alternative marketing strategies, such as targeted advertising, which evoke less public backlash. Second, it is highly likely that because of this potential threat of negative publicity, firms make the pricing strategies intentionally non-transparent. Through sophisticated pricing strategies, firms could be able to reap the benefits of personalized pricing while minimizing the probability of getting exposed by the public⁵⁴.

⁴⁹ DE GEEST, «Signing without reading», in MARCIANO/RAMELLO (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics: Basic areas of law*, 1st edn, Springer, 2015.

⁵⁰ GIL GONZÁLEZ/DE HERT, «Understanding the legal provisions that allow processing and profiling of personal data—an analysis of GDPR provisions and principles», *Era Forum*, vol. 19, num. 4, 2019, pp. 597 ss.

⁵¹ GOLOBARDES, *Journal of Law, Market & Innovation*, vol. 1, num. 1, 2022, p. 41.

⁵² See for a further discussion of the Amazon case MILLER, *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 19, num. 1, 2014, p. 48.

⁵³ ACQUISTI/VARIAN, «Conditioning prices on purchase history», *Marketing Science*, vol. 24, num. 3, 2005, pp. 367 ss.; TAYLOR, «Consumer privacy and the market for customer information», *RAND Journal of Economics*, vol. 35, num. 4, 2004, pp. 631 ss.; TUROW *et al.*, «Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline», *A Report from the Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania*, 2005; DEWAN *et al.*, «Product customization and price competition on the internet», *Management Science*, vol. 49, num. 8, 2003, pp. 1055 ss.

⁵⁴ EU REPORT, p. 43.

Finding empirical evidence for the practice is, therefore, particularly onerous. In table 1, a non-exhaustive list of recent academic studies and journal articles on personalized pricing (the term is used interchangeably with algorithmic pricing) is presented. The studies were focused on the effects of algorithmic/personalized pricing from a consumer perspective. For the sake of conciseness, the studies that analyze the effects of algorithmic pricing on competition have been excluded from the list. It must be noted, however, that in competition research, there is substantial evidence that indicates that algorithmic pricing is taking place and that it could potentially have significant effects on competition through (tacit) collusion, reinforced dominant positions, and supracompetitive profits⁵⁵.

Based on the table, it can be concluded that not all empirical evidence conclusively indicates that algorithmic pricing strategies consistently cause significant price differences. However, the overall tendency that can be identified is that algorithmic pricing is effectively being employed as a strategy by companies.

Table 1: Personalized pricing in practice

Study	Focus	Results	Overall
HANNAK <i>et al.</i> ⁵⁶	Personalized pricing on e-commerce websites	9 out of 16 e-commerce websites employed personalization	Significant evidence of price discrimination
CHEN <i>et al.</i> ⁵⁷	Algorithmic pricing on the Amazon marketplace	More than 500 sellers have been detected that employ AI-based price discrimination	Evidence of AI-based price discrimination
MIKIANS <i>et al.</i> ⁵⁸	Price and search discrimination on the internet	Evidence of geographical price discrimination, but not of personal price discrimination	No evidence of algorithmic price discrimination based on consumer data

⁵⁵ STUCKE/EZRACHI, «Antitrust, algorithmic pricing and tacit collusion», in BARFIELD/PAGALLO (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 624 ss.; CALVANO *et al.*, «Artificial intelligence, algorithmic pricing, and collusion», *American Economic Review*, vol. 110, num. 10, 2020, pp. 3267 ss.; ASSAD *et al.*, «Algorithmic pricing and competition: Empirical evidence from the German retail gasoline market», *CESifo Working Paper*, No. 8521, Center for Economic Studies and Ifo Institute (CESifo), 2020, pp. 1-76 ss.; MUSOLFF, «Algorithmic Pricing Facilitates Tacit Collusion: Evidence from E-Commerce», *Proceedings of the 23rd ACM Conference on Economics and Computation*, 2022, pp. 1 ss.; SANCHEZ-CARTAS/KATSAMAKAS, «Artificial Intelligence, algorithmic competition and market structures», *IEEE Access*, vol. 10, num. 1, 2022, pp. 10575 ss.

⁵⁶ HANNAK *et al.*, «Measuring price discrimination and steering on e-commerce web sites», *Proceedings of the 2014 conference on internet measurement conference*, 2014, pp. 305 ss.

⁵⁷ CHEN *et al.*, «An empirical analysis of algorithmic pricing on amazon marketplace», *Proceedings of the 25th international conference on World Wide Web*, 2016, pp. 1339 ss.

⁵⁸ MIKIANS *et al.*, «Detecting price and search discrimination on the internet», *Proceedings of the 11th ACM workshop on hot topics in networks*, 2012, pp. 79 ss.

MIKIANS <i>et al.</i> ⁵⁹	Price discrimination on the internet – based on a crowdsourced dataset	10%–30% of price variations could neither be attributed to operating costs, nor personal information	Inconclusive, further research is needed
HOGAN ⁶⁰	AI implementation for personalized consumer experience	40% of surveyed companies use AI for personalized pricing and advertising	Evidence demonstrating the use of AI-based price discrimination
SCHLEUSENER/HOSELL ⁶¹	Personalized pricing in online markets	Personalized pricing in the tourism sector based on user-related features	Evidence for AI-based pricing
NEWCOMER ⁶² and MAHDAWI ⁶³	Case study Uber	Uber publicly admits third-degree price discrimination, serious allegations of first-degree price discrimination	Anecdotal evidence of personalized pricing
VALENTINO-DEVRIES ⁶⁴	Varying prices based on consumer information	Several real-life examples of personalized pricing in retail, financial, and educational industries	Anecdotal evidence of personalized pricing based on consumer information
CLIFFORD ⁶⁵	Personalized pricing in supermarkets	Higher prices for loyal customers than switching customers	Anecdotal evidence of personalized pricing

⁵⁹ MIKIANS *et al.*, «Crowd-assisted search for price discrimination in e-commerce: First results», *Proceedings of the ninth ACM conference on Emerging networking experiments and technologies*, 2013, pp. 1 ss.

⁶⁰ HOGAN, «Consumer Experience in the Retail Renaissance: How Leading Brands Build a Bedrock with Data», 2018, retrieved from <https://www.deloittedigital.com/us/en/blog-list/2018/consumer-experience-in-the-retail-renaissance--how-leading-brand.html>.

⁶¹ SCHLEUSENER/HOSELL, «Expertise zum Thema "Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel"», *SVRV, Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, 2016, pp. 1 ss.

⁶² NEWCOMER, «Uber Starts Charging What It Thinks You're Willing to Pay», *Bloomberg*, 2017, retrieved from <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-05-19/uber-s-future-may-rely-on-predicting-how-much-you-re-willing-to-pay>.

⁶³ MAHDAWI, «Is Your Friend Getting a Cheaper Uber Fare Than You Are?», *The Guardian*, 2018, retrieved from <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/apr/13/uber-lyft-prices-personalized-data>.

⁶⁴ VALENTINO-DEVRIES *et al.*, «Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information», *The Wall Street Journal*, 2012, retrieved from <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>.

⁶⁵ CLIFFORD, «Shopper Alert: Price May Drop for You Alone», *The New York Times*, 2012, retrieved from <https://www.nytimes.com/2012/08/10/business/supermarkets-try-customizing-prices-for-shoppers.html>.

In addition, research has been conducted on the attitudes of consumers toward personalized pricing. It has been found that, overall, consumer awareness of personalized pricing has a significant negative impact on purchase intentions⁶⁶. After experiencing personalized pricing, consumers also express less trust in the seller, which notably holds for both the consumers that lost and benefitted from the pricing strategy⁶⁷. The EU REPORT on personalized pricing found that 12% to 20% of consumers have had negative experiences with regard to personalized pricing⁶⁸. In the US, a survey among American households found that between 64% and 91% of respondents registered aversion to price discrimination⁶⁹.

3. The role of marketing

Pricing is an integral part of marketing⁷⁰. In the field of marketing, the pricing strategy constitutes one of the major critical tasks that needs to be faced⁷¹. A marketing plan is incomplete without an appropriate pricing strategy⁷². For this reason, the topic of pricing received and still keeps receiving (i.e., constantly growing literature) substantial attention in the area of marketing research⁷³. Accordingly, when discussing pricing strategies, among which algorithmic pricing, the role of marketing cannot be dismissed.

Traditionally, *pricing strategy research (PSR)* from the marketing perspective has been more consumer-oriented, whereas in economics it has been more market-oriented⁷⁴. Nonetheless, in the course of the years, the two perspectives have become more intertwined, whereby there is a persistent focus on consumer markets and economic theories and an increasing consideration for the demand-side (i.e., consumers). It must be noted that this has been to a certain extent at the expense of less research on the supply side⁷⁵.

An integrated view of the economic and marketing literature on PSR is particularly useful to explain the advent of new pricing strategies such as personalized and dynamic pricing. The emergence of these strategies poses challenges that under conventional economic theory could only be regarded as theoretical. One of these challenges is, for example, the possibility that algorithmic pricing enables firms to fully extract all the consumer surplus. Through algorithmic pricing prices can be discriminated both dynamically over time and personally depending on

⁶⁶ PAVLOU *et al.*, «Understanding and mitigating uncertainty in online exchange relationships: A principal-agent perspective», *MIS quarterly*, vol. 31, num. 1, 2007, pp. 105 ss.

⁶⁷ GARBARINO/LEE, «Dynamic pricing in internet retail: Effects on consumer trust», *Psychology & Marketing*, vol. 20, num. 6, 2003, pp. 495 ss.

⁶⁸ EU REPORT, p. 169.

⁶⁹ TUROW, *A Report from the Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania*, 2005, p. 24.

⁷⁰ BORDEN, «The concept of the marketing mix», *Journal of advertising research*, vol. 4, num. 2, 1964, pp. 2 ss.

⁷¹ MORRIS, «Separate prices as a marketing tool», *Industrial marketing management*, vol. 16, num. 2, 1987, pp. 79 ss.

⁷² GIJSBRECHTS, «Prices and pricing research in consumer marketing: Some recent developments», *International journal of research in marketing*, vol. 10, num. 2, 1993, pp. 115 ss.

⁷³ KIENZLER/KOWALKOWSKI, «Pricing strategy: A review of 22 years of marketing research», *Journal of Business Research*, vol. 78, num. 1, 2017, pp. 101 ss.

⁷⁴ SKOURAS *et al.*, «Economics and marketing on pricing: How and why do they differ?», *Journal of Product and Brand Management*, vol. 14, num. 6, 2005, pp. 362 ss.

⁷⁵ KIENZLER, *Journal of Business Research*, vol. 78, num. 1, 2017, pp. 101 ss.

individual consumer information⁷⁶. In other words, artificial intelligence is opening the way for perfect price discrimination.

Through sophisticated marketing techniques, firms can make consumers pay higher prices than they would be able to charge in a perfectly competitive market. In the existing economic literature, pricing is a market-based outcome that is mainly driven by production costs⁷⁷. If a firm decides to charge prices that are higher than the equilibrium price, consumers will switch to firms that offer the same good for a lower price. This theory assumes that consumers have perfect knowledge, in other words, they know how much the price of a certain good should be. Marketers have found, however, that if firms create *fog* regarding the price, consumers will be hampered in determining the correct price⁷⁸. This fog can be created in numerous ways, among which: enlarging information asymmetries, subtle concealment of prices, and making products incomparable⁷⁹. As a consequence, firms are in a position to apply differential pricing to extract the majority of the consumer surplus or overprice all consumers for a substantial aggregate gain⁸⁰. In addition, prices can be framed in such a way that negative consumer perceptions are transformed into positive perceptions. This can, for example, be done by highlighting higher external prices which make the stated price more attractive after price comparison⁸¹, by providing product-specific discount codes⁸², or by offering cashbacks⁸³.

Algorithmic pricing has given sellers the possibility to take full advantage of the internet's capacity to set prices with precision, adapt to changing circumstances, and segment consumers accurately⁸⁴. An example of a marketing strategy that creates synergy effects with algorithmic pricing concerns *hidden prices*⁸⁵. Through hidden prices, the costs of knowing the real price of a good or service become significantly higher. This can be done by revealing the true price of a good after a consumer has arrived at the final stage of the buying process. They also exist in the form of *hidden fees*, which are mandatory surcharges that are tacked on the final price when the time comes to check out and purchase the goods. Notably, this marketing technique circumvents the benefits of search engine machines⁸⁶.

⁷⁶ GRAEF, *Columbia Journal of European Law*, vol. 24, num. 3, 2018, pp. 541 ss.

⁷⁷ SKOURAS, *Journal of Product and Brand Management*, vol. 14, num. 6, 2005, pp. 362 ss.

⁷⁸ DE GEEST, *Rents: How Marketing Causes Inequality*, Beccaria Books, 2018, p. 23.

⁷⁹ ID., p. 145.

⁸⁰ ID., p. 146.

⁸¹ LEE/MONROE, «Dynamic pricing on the internet: A price framing approach», in LEE/SOMAN (eds.), *Advances in Consumer Research*, vol. 35, num. 1, Association for Consumer Research, Duluth, 2008, p. 637 ss.

⁸² WEISSTEIN *et al.*, «Effects of price framing on consumers' perceptions of online dynamic pricing practices», *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 41, num. 5, 2013, pp. 501 ss.

⁸³ HO *et al.*, «Online cash-back shopping: Implications for consumers and e-businesses», *Information Systems Research*, vol. 28, num. 2, 2017, pp. 250 ss.

⁸⁴ BAKER *et al.*, «Price smarter on the net», *Harvard business review*, vol. 79, num. 2, 2001, pp. 122 ss.

⁸⁵ DE GEEST, *Rents*, p. 127.

⁸⁶ It must be noted that according to the COMMISSION NOTICE – Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, 2016, retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52016SC0163>, hereinafter called COMMISSION NOTICE UCPD, the adding of hidden fees during the purchase process, also called *drip pricing*, can be regarded as a practice that may amount to a misleading action or omission in breach of the UCPD.

3.1. Marketing and the conditions for price discrimination

A closer inspection of the three conditions that need to be fulfilled to perform price discrimination demonstrates that data-driven marketing strategies can easily satisfy or circumvent them. First, as described above, access to vast amounts of data enables firms to improve their predictive power and come closer to identifying the WTP of each consumer individually. The different levels of demand can, therefore, be targeted accurately.

The second condition describes that the firm must have some level of market power. In perfectly competitive markets prices will go down to marginal cost for all companies and if a firm with a lack of market power raises prices, it will price itself out of the market⁸⁷. Nonetheless, through a wide variety of marketing strategies, firms can substitute market power in the form of monopolies or oligopolies with market power in the form of customer retention⁸⁸. For example, through fidelity programs, customer relationship management, and trust-building, firms can retain consumers by increasing *switching costs*. In addition, through *network effects*, consumers can be captured, and substantial influence can be exercised even though the firm has not formally reached a dominant position yet⁸⁹. Accordingly, price discrimination can also take place in competitive markets where a firm does not have monopoly power⁹⁰.

The third condition emphasizes that arbitrage should be limited for price discrimination to work. This means that consumers need to have limited resell possibilities. If consumers can detect the difference in prices, arbitrage possibilities emerge. Through sophisticated algorithms, firms can make it excessively onerous for consumers to compare prices. Besides, the uniform price can be concealed in a way that the consumer only sees her individual price. This can be done by altering the price offerings and presenting them in a more complex manner. Consequently, with the help of data-driven pricing strategies that monitor prices in real-time, arbitrage becomes practically unfeasible, thereby making the condition less burdensome for companies⁹¹.

The ability of a firm to conceal the personalized pricing strategy is relevant to consumers' *fairness considerations*. Consumers should have the feeling that they are paying a fair price. If the consumer finds out that she is paying more than others, this could cause outrage, which could be damaging the reputation of the firm. For this reason, the firm needs to be certain that it can conceal the difference in prices or else it risks losing part of its clientele, which could be more costly than the increase in revenue from personalized pricing⁹². Analogous to the case of arbitrage, complex-designed pricing schemes can minimize the chance of exposure. In case the discriminatory pricing scheme cannot fully be concealed, the firm can use marketing techniques to frame the difference in an alternative more positive manner (i.e., *framing effect*). For example, a price difference can be described as a limited offer or a personalized discount⁹³.

⁸⁷ VARIAN, *Intermediate microeconomics*.

⁸⁸ Townley, *Yearbook of European Law*, vol. 36, num. 1, 2017, pp. 683 ss.

⁸⁹ CHAPDELAINE, *New York University Journal of Law and Business*, vol. 17, num. 1, 2020, p. 17.

⁹⁰ LEVINE, «Price discrimination without market power», *Yale Journal on Regulation*, vol. 19, num. 1, 2002, p. 74.

⁹¹ CHAPDELAINE, *New York University Journal of Law and Business*, vol. 17, num. 1, 2020, p. 16.

⁹² ODLYZKO, *Proceedings of the 5th international conference on electronic commerce*, 2003, pp. 49-50.

⁹³ EZRACHI/STUCKE, «The Rise of Behavioural Discrimination», *European Competition Law Review*, vol. 37, num. 2, 2016, 485-492.

3.2. Value-based pricing

Data-driven marketing strategies have enabled firms to improve the identification of consumers' valuation of goods and services. The COUNCIL OF ECONOMIC ADVISORS of the US stated it as follows: «*Big Data has lowered the costs of collecting customer-level information, making it easier for sellers to identify new customer segments and to target those populations with customized marketing and pricing plans. The increased availability of behavioral data has also encouraged a shift from third-degree price discrimination based on broad demographic categories towards personalized pricing.*»⁹⁴.

The ability to identify consumers' valuation of goods and services is of particular relevance to marketing research. There is a multiplicity of marketing studies that describes the most effective methods to charge higher prices without consumers knowing it⁹⁵. It falls under the umbrella of *value-based pricing* that replaces the *cost-plus pricing* method that is normally found in economic literature. Under value-based pricing, prices are based on consumers' perceived value of a product rather than the cost price of the product with an included markup. In practice, a shift from cost-based pricing to value-based pricing is visible⁹⁶.

In the marketing literature, the profitability of several pricing strategies has been extensively analyzed. These include cost-based pricing, markup pricing, gross-margin pricing, and competition-based pricing⁹⁷. Each of them provides a useful starting point for the development of a pricing strategy, yet consumer-based pricing is regarded as the better alternative⁹⁸. This type of pricing is dependent on the valuation of consumers (i.e., value-based pricing), which is affected by the other elements of the marketing strategy, such as the product, the distribution, and the promotion⁹⁹. Accordingly, the price-setting element cannot be seen separately from the marketing strategy¹⁰⁰.

The approaches to determining customer value are highly dependent on customer data and a comprehensive system of analysis. The measurement can be improved through more sophisticated technologies to collect and analyze the data¹⁰¹. Yet, due to the complexity of this pricing strategy, in comparison with the other pricing strategies, still a substantial part of firms

⁹⁴ COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, «Big Data and Differential Pricing», *The White House*, 2015, retrieved from https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf.

⁹⁵ For example, ADAVAL/WYER Jr, «Conscious and nonconscious comparisons with price anchors: Effects on willingness to pay for related and unrelated products», *Journal of Marketing Research*, vol. 48, num. 2, 2011, pp. 355 ss.; GABAIX/LAIBSON, «Shrouded attributes, consumer myopia, and information suppression in competitive markets», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 121, num. 2, 2006, pp. 505 ss.; ELLISON/ELLISON, «Search, obfuscation, and price elasticities on the internet», *Econometrica*, vol. 77, num. 2, 2009, pp. 427 ss.

⁹⁶ GALE/SWIRE, «Value-based marketing & pricing», *Jthenal of Professional Pricing*, vol. 15, num. 3, 2006, pp. 30 ss.

⁹⁷ See for an extensive analysis SCHINDLER, *Pricing strategies: A marketing approach*, Sage Publications, 2012.

⁹⁸ INGENBLEEK *et al.*, «Successful new product pricing practices: A contingency approach», *Marketing Letters*, vol. 14, num. 4, 2003, pp. 289 ss.

⁹⁹ SCHINDLER, *Pricing strategies*, chapter 2.

¹⁰⁰ ID., chapter 16; FOXALL, «A descriptive theory of pricing for marketing», *European Journal of Marketing*, vol. 6, num. 3, 1972, pp. 190 ss.

¹⁰¹ GALE, *Jthenal of Professional Pricing*, vol. 15, num. 3, 2006, pp. 30 ss.

is reluctant to switch to value-based pricing¹⁰². Especially in the absence of Big Data technologies, it is particularly onerous to determine accurately consumers' valuation of a product or service. The AI-developments are, therefore, of significant value to the development of pricing strategies. The advent of Big Data analytics, among which machine learning algorithms, has enabled marketers to implement data-driven marketing strategies with enhanced accuracy, cost savings, and increasing revenues¹⁰³.

3.3. Dynamic pricing – the more accepted alternative

Algorithmic pricing is the focus of this paper, however, there is another algorithm-based pricing strategy that is currently employed more frequently and that has become increasingly feasible with the growth of internet marketing¹⁰⁴, namely *dynamic pricing*. The COMMISSION NOTICE UCPD describes it as follows: «*Dynamic pricing (also called real-time pricing) means changing the price for a product in a highly flexible and quick manner in response to market demands.*»¹⁰⁵. Traders can, in principle, freely engage in dynamic pricing and set their prices as they see fit as long as they adequately inform consumers about the costs of the products or services, and how they are calculated¹⁰⁶.

The definition of dynamic pricing has been further elaborated by the OFT: «*Online retailers use fluctuations in demand to change the prices of their products depending on availability. Products which are likely to be priced dynamically are those which may be perishable, time-sensitive (airline or travel tickets), those with a depreciating value (technology-based goods), or if they are scarce (event tickets).*»¹⁰⁷. As can be deduced from this definition, it is more likely that dynamic pricing will be prevalent in the service sectors, which is also the case in practice¹⁰⁸. A prominent example of dynamic pricing has been found in France. In the travel sector, significant price variations were found that were caused by the number of places that were left in the concerned means of transport and the time of day when the tickets were purchased¹⁰⁹.

¹⁰² HINTERHUBER, «Customer value-based pricing strategies: Why companies resist», *Journal of business strategy*, vol. 29, num. 4, 2008, pp. 41 ss.; LIOZU, «State of value-based-pricing survey: Perceptions, challenges, and impact», *Journal of Revenue and Pricing Management*, vol. 16, num. 1, 2017, pp. 18 ss.; KIENZLER, «Value-based pricing and cognitive biases: An overview for business markets», *Industrial Marketing Management*, vol. 68, num. 1, 2018, pp. 86 ss.

¹⁰³ DAVENPORT *et al.*, «How artificial intelligence will change the future of marketing», *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 48, num. 1, 2020, pp. 24 ss.; HAGEN *et al.*, «How can machine learning aid behavioral marketing research?», *Marketing Letters*, vol. 31, num. 4, 2020, pp. 361 ss.; HUANG/RUST, «Artificial intelligence in service», *Journal of Service Research*, vol. 21, num. 2, 2018, pp. 155 ss.

¹⁰⁴ HAWS/BEARDEN, «Dynamic pricing and consumer fairness perceptions», *Journal of Consumer Research*, vol. 33, num. 3, 2006, pp. 304 ss.

¹⁰⁵ COMMISSION NOTICE UCPD, section 5.2.11.

¹⁰⁶ *Id.*, in accordance with Articles 6(1)(d) and 7(4)(c) of the UCPD.

¹⁰⁷ OFT, «Personalised Pricing: Increasing Transparency to Improve Trust», 2013, retrieved from https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402165101/http://oft.gov.uk/shared_oft/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf.

¹⁰⁸ EU REPORT, p. 197, 260.

¹⁰⁹ La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DG CCRF), «IP Tracking: conclusions de l'enquête conjointe menée par la CNIL and la DGCCRF», 2014, retrieved from <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/ip-tracking-conclusions-lenquete-conjointe-menee-par-cnil-et-dgccrf>.

Dynamic pricing is seen in an increasing number of markets, even markets that were traditionally regulated by posted prices, such as electronics and apparel¹¹⁰. Marketers are more frequently resorting to dynamic pricing as a result of the lower *menu costs* of changing prices on the internet¹¹¹.

Despite the benefits of dynamic pricing, there is also a significant threat to sellers. Dynamic pricing leads to reduced levels of trust among consumers. Consumers do regard dynamic pricing as unfair and for the sake of maintaining the trusting relationship between the seller and the consumer, the adoption of this strategy should be carefully considered¹¹².

Nonetheless, dynamic pricing is overall more accepted by consumers than personalized pricing. The OECD states: «*While personalised pricing involves charging a different price to consumers based on their personal characteristics, dynamic pricing involves adjusting prices to changes in demand and supply, often in real-time, not implying any kind of discrimination between consumers. Therefore, from a policy perspective, dynamic pricing tends to pose fewer concerns, enabling price mechanisms to operate more effectively without implying any form of discrimination.*»¹¹³.

However, the non-discriminatory nature of dynamic pricing is debatable. VARIAN demonstrates that dynamic pricing remains a form of price discrimination because it allows firms to differentiate between informed and uninformed buyers¹¹⁴. Consequently, the firm can strategically price the products in such a way that uninformed consumers are exploited, and profits are increased. Although dynamic pricing is a more commonly employed pricing strategy, it raises fewer concerns regarding consumer welfare since it is a form of third-degree price discrimination. Algorithmic pricing, on the contrary, has the potential to achieve a state of perfect price discrimination (i.e., first-degree price discrimination), which poses significant challenges to consumer welfare.

4. Economic analysis of algorithmic pricing

In the existing literature, the practice of algorithmic pricing is regarded as a trade-off problem between efficiency and equity¹¹⁵. In this section, an efficiency-based analysis will be conducted first with a focus on *static* and *dynamic efficiency* effects. Thereafter, an equity-based analysis will take place which will look at the distributional effects of algorithmic pricing on consumer and total welfare. In addition, ethical and fairness-based arguments will be considered. Lastly, the trade-off that regulators must face if they want to regulate algorithmic pricing will be discussed. In this way, the paper strives to provide a comprehensive picture of algorithmic pricing and its implications.

¹¹⁰ KANNAN/KOPALLE, «Dynamic pricing on the Internet: Importance and implications for consumer behavior», *International Journal of Electronic Commerce*, vol. 5, num. 3, 2001, pp. 63 ss.

¹¹¹ ID.

¹¹² GARBARINO, *Psychology & Marketing*, vol. 20, num. 6, 2003, pp. 495 ss.; HAWS, *Journal of Consumer Research*, vol. 33, num. 3, 2006, pp. 304 ss.

¹¹³ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 9.

¹¹⁴ VARIAN, «A model of sales», *The American Economic Review*, vol. 70, num. 4, 1980, pp. 651 ss.

¹¹⁵ See, for example, WEISS/MEHROTRA, «Online dynamic pricing: Efficiency, equity and the future of e-commerce», *Virginia Journal of Law & Technology*, vol. 6, num. 2, 2001, pp. 1 ss.

4.1. Efficiency perspective

The first step of the efficiency analysis is defining the concept of *efficiency*. This helps to concretize the positive (descriptive/explanatory), but also the normative (evaluating) analysis of algorithmic pricing. The concept of efficiency, however, has been the subject of many studies in the field of *welfare economics*. There are various definitions and a full elaboration on the concept of efficiency falls outside of the scope of this paper. For this reason, a brief overview of the four most commonly used definitions of efficiency is provided and subsequently, the adopted definition for this paper is presented.

The first definition is called *Pareto-efficiency* and pursuant to the Pareto criterion a change is an improvement when it makes one person better off without making another person worse off¹¹⁶. An allocation of resources is *Pareto-efficient* or *Pareto-optimal* when no further *Pareto improvements* can be made¹¹⁷. Second, *Kaldor-Hicks efficiency* means «that state A is to be preferred to state B if those who gain from the move to A gain enough to compensate those who lose»¹¹⁸. The compensation is hypothetical and the preferred alternative is chosen by comparing aggregate payoffs of the various alternatives and choosing the optimizing option (i.e., the biggest difference between gains and losses)¹¹⁹. The third one is the *Nash criterion of welfare*¹²⁰. According to this criterion, the grand product of the utility of all members of society needs to be taken. This accounts for distributional inequalities since the total product will be dependent on the factor of the «weakest» members of society¹²¹. Fourth, the *Rawlsian maximin principle*, also known as the *difference principle*¹²². Pursuant to this principle: «Social policy should pursue the maximization of the minimum gain to be achieved so that social and economic inequalities can be “of the greatest benefit to the least-advantaged members of society.”»¹²³.

As can be seen, the definitions vary and can lead to contradicting results. In the existing law and economics literature, the emphasis lies on determining if a certain practice or law is efficient, whereby efficiency denotes the maximization of *social welfare*. Accordingly, there is an efficient allocation of goods when total wealth is maximized in society. However, what object is maximized, and the corresponding methodology are dependent on the context of the analysis, practical aspects, and technological considerations¹²⁴. A relevant concept for the efficiency analysis of algorithmic pricing is *allocative efficiency*. Allocative efficiency indicates where goods and services are distributed optimally, which means that they go to the highest valuing user and an output level is achieved where the marginal benefits equal marginal costs¹²⁵.

¹¹⁶ COOTER/ULEN, *Law and Economics*, 6th edn, Pearson, Boston, 2016, p. 14.

¹¹⁷ ID.

¹¹⁸ PARISI, *The language of law and economics*, p. 162.

¹¹⁹ ID., p. 163.

¹²⁰ NASH JR, «The bargaining problem», *Econometrica: Journal of the econometric society*, 1950, pp. 155 ss.

¹²¹ PARISI, *The language of law and economics*, pp. 191-192.

¹²² RAWLS, *A Theory of Justice*, Belknap Press, 1971.

¹²³ PARISI, *The language of law and economics*, p. 248.

¹²⁴ ID., p. 319.

¹²⁵ ID., p. 8, 218.

In this paper, the concept of efficiency relates to the maximization of the sum of wealth of all relevant parties. In this regard, it follows POSNER'S *wealth maximization paradigm* when speaking of efficiency¹²⁶. The question then arises of what can be regarded as social welfare since this is the objective to maximize. Social welfare is defined as the sum of *consumer* and *producer surplus*¹²⁷. Accordingly, to analyze the desirability of algorithmic pricing in terms of efficiency, the effects need to be placed in the context of changes in the size of the total surplus, which equals *social welfare*.

a. Positive efficiency effects

Several efficiency effects of algorithmic pricing have been found in the existing literature and they can be classified into positive and negative effects. First, a non-exhaustive overview of the positive efficiency effects will be presented.

In terms of *static efficiency* (i.e., allocative efficiency), algorithmic price discrimination could lead to an increase in social welfare. The reason for this is that in contrast to uniform pricing, whereby part of the consumer population is excluded from the market since the price of the good is higher than their WTP, firms would be able to lower prices under algorithmic pricing for the low-end consumers, while preserving high prices for high-end consumers, thereby safeguarding profitability¹²⁸. An important consideration is that there is a lack of empirical evidence that supports the static efficiency of algorithmic pricing due to its novelty and secrecy, yet there is substantial evidence that supports the static efficiency of traditional price discrimination¹²⁹. Algorithmic pricing should, therefore, in theory, improve static efficiency even further since it is an enhanced form of price discrimination whereby the output is maximized. It must be noted, however, that further empirical evidence is needed that can corroborate that firms are offering their products to the lower end of the market in practice. In other words, are consumers with a low WTP actually benefitting from algorithmic pricing, or is the static efficiency argument mainly used to justify the practice?

Furthermore, algorithmic pricing can have a positive effect on *dynamic efficiency*. This means that the pricing mechanism allows firms to raise revenues without sacrificing sales, which enables them to invest in innovation and differentiation¹³⁰. Subsequently, innovation and differentiation can lead to product and service improvements, and cost savings, which could benefit the consumer. To elaborate, through personalized prices, the innovating firm can recuperate its investments more effectively, which enlarges the incentive to innovate. Consequently, an increase in product quality or enhanced personalized services can be expected¹³¹.

¹²⁶ POSNER, «Utilitarianism, economics, and legal theory», *Journal of Legal Studies*, vol. 8, num. 1, 1979, pp. 103 ss.; POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1981; POSNER, «Wealth maximization revisited», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 2, num. 1, 1985, pp. 85 ss.

¹²⁷ PARISI, *The language of law and economics*, p. 278.

¹²⁸ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 18.

¹²⁹ See OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 19, for an extensive description of the relevant literature.

¹³⁰ OECD, «Price Discrimination - Background note by the Secretariat», 2016, retrieved from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf).

¹³¹ CHOE/WU, «Customer perceptions toward dynamic pricing for wireless data service», *International Journal of Mobile Communications*, vol. 13, num. 2, 2015, pp. 172 ss.; RAYNA *et al.*, «Pricing music using personal data: Mutually advantageous first-degree price discrimination», *Electronic Markets*, vol. 25, num. 2, 2015, pp. 139 ss.

If the market is sufficiently competitive, the innovation will not lead to a monopoly and the pricing practice could benefit consumer welfare¹³². In fact, algorithmic pricing could lead to an *intensified competition effect*¹³³, which is also known as the *customer poaching effect*¹³⁴. In essence, this means that if a seller knows that a consumer has a higher WTP for a competitor's product, then it will be able to offer the consumer a personalized price that is lower than the competitor's price, which will attract the consumer. If more competitors do this to attract clientele, this could lead to intensified competition, which is beneficial for the consumer¹³⁵.

Moreover, algorithmic pricing can lead to the growth of certain industries that face high fixed costs. This argument is best explained with the airline industry as an example¹³⁶. Airlines operate on high fixed costs and relatively low variable costs¹³⁷. In the late 70s and early 80s, the airline industry was characterized by heavy regulation and limited competition. Since this hindered the growth of the industry, deregulation was advocated¹³⁸. Nonetheless, the boom in competition sparked price wars, which forced airlines to price themselves into bankruptcy¹³⁹. The main problem was that with uniform pricing, the demand for flights was limited and there was *cross-subsidization*. Business travelers paid relatively little in relation to their WTP, and part of the price-sensitive consumer market was not served (prices were too high for this group). The advent of internet technologies allowed the industry to experiment with segmentation and dynamic pricing. This proved to be a highly successful strategy to optimize profits, which over the years was continuously improved¹⁴⁰. With this example in mind, it is straightforward to envisage the benefits that algorithmic pricing could bring to other ailing industries with high fixed costs and relatively low variable costs.

Lastly, in the economic literature, it has been found that (algorithmic) price discrimination leads to increased output¹⁴¹. This result holds for different markets since, on the whole, price discrimination allows firms to serve a greater part of the market¹⁴². Higher output levels enable the firm to increase production and optimize production capacity¹⁴³.

¹³² OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 22.

¹³³ OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», p. 25.

¹³⁴ ARMSTRONG/VICKERS, «Competitive price discrimination», *The RAND Journal of economics*, vol. 32, num. 4, 2001, pp. 579 ss.

¹³⁵ OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», pp. 25-28.

¹³⁶ See, for an extensive analysis of price discrimination in the airline industry, WEISS, *Virginia Journal of Law & Technology*, vol. 6, num. 2, 2001, p. 2.

¹³⁷ ID., p. 4.

¹³⁸ ID.

¹³⁹ GESELL/FARRIS, «Airline deregulation: An evaluation of goals and objectives», *Transportation Law Journal*, vol. 21, num. 1, 1992, pp. 105 ss.

¹⁴⁰ MCGILL/VAN RYZIN, «Revenue management: Research overview and prospects», *Transportation Science*, vol. 33, num. 2, 1999, pp. 233 ss.

¹⁴¹ SCHMALENSEE, «Output and welfare implications of monopolistic third-degree price discrimination», *The American Economic Review*, vol. 71, num. 1, 1981, pp. 242 ss.; VARIAN, «Price discrimination and social welfare», *The American Economic Review*, vol. 75, num. 4, 1985, pp. 870 ss.; SCHWARTZ, «Third-degree price discrimination and output: Generalizing a welfare result», *The American Economic Review*, vol. 80, num. 5, 1990, pp. 1259 ss.; TIROLE, *The theory of industrial organization*, MIT Press, 1988.

¹⁴² HAUSMAN /MACKIE-MASON, «Price discrimination and patent policy», *The RAND Journal of Economics*, vol. 19, num. 2, 1988, pp. 253 ss.; WEISMAN/KULICK, «Price discrimination, two-sided markets, and net neutrality regulation», *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 13, num. 1, 2010, pp. 81 ss.

¹⁴³ EZRACHI, *European Competition Law Review*, vol. 37, num. 2, 2016, pp. 485 ss.

In addition, inventory management can be improved, which leads to substantial savings¹⁴⁴. In short, increased output means more access, extra choices, cost-efficiencies, and more demand satisfied. As a result, it will lead to overall increased welfare¹⁴⁵.

b. Negative efficiency effects

There are, however, also several negative efficiency effects. First, the practice of algorithmic pricing is costly. Although the advent of Big Data technologies has significantly reduced the costs of segmentation for a firm, the cost is not zero. Regardless of whether the firm collects the consumer data itself or buys the data from a data broker, costs need to be incurred. As a result, operating costs (i.e., fixed costs) and marginal costs (i.e., variable costs) will increase¹⁴⁶. These costs need to be offset against the additional revenues that algorithmic pricing brings. Rather than investing in additional product or service improvements, the firm is compelled to invest in data analytics and artificial intelligence.

Second, inefficient competition can emerge that wastes resources and is disadvantageous for the firm¹⁴⁷. It could lead to an arms race between the seller and the consumer, whereby both invest valuable resources to finance technologies and counter-technologies that, respectively, pierce the veil of consumer anonymity or warrant it¹⁴⁸. Consumers will incur additional costs for the sake of circumventing the algorithmic pricing mechanism. A parallel can be drawn to consumer behavior concerning cookie tracking. If consumers know that their cookies are being tracked and they will be targeted based on the cookies, they can take anonymizing measures, such as deleting the cooking history or opening the same website in incognito mode. This will increase transaction costs for consumers which leads to efficiency losses¹⁴⁹. Even though transaction costs rise, there will be an incentive for consumers to engage in anonymizing practices as long as the marginal benefit of doing so is greater than the marginal cost¹⁵⁰. Firms, however, can counteract these practices by virtue of sophisticated tracking techniques¹⁵¹.

Third, an essential mechanism to keep markets competitive is that consumers can compare prices and decide accordingly. Algorithmic pricing inhibits price comparison by making comparison tools less effective through personalized offers, constantly changing prices, opaque pricing schemes, and the avoidance of publicly posted prices¹⁵². This also increases switching

¹⁴⁴ Li *et al.*, «Dynamic pricing, production, and channel coordination with stochastic learning», *Production and Operations Management*, vol. 24, num. 6, 2015, pp. 857 ss.; TAN *et al.*, «Mitigating inventory overstocking: Optimal order-up-to level to achieve a target fill rate over a finite horizon», *Production and Operations Management*, vol. 26, num. 11, pp. 1971 ss.

¹⁴⁵ VARIAN, *The American Economic Review*, vol. 75, num. 4, 1985, pp. 870 ss.; HAUSMAN, *The RAND Journal of Economics*, vol. 19, num. 2, 1988, pp. 253 ss.; WEISMAN, *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 13, num. 1, 2010, pp. 81 ss.

¹⁴⁶ OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», pp. 74-78.

¹⁴⁷ PASQUALE, «Technology, Competition, and Values», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 8, num. 1, 2007, pp. 607 ss.

¹⁴⁸ MILLER, *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 19, num. 1, 2014, p. 67.

¹⁴⁹ ACQUISTI, *Marketing Science*, vol. 24, num. 3, 2005, pp. 367-369.

¹⁵⁰ CONITZER *et al.*, «Hide and seek: Costly consumer privacy in a market with repeat purchases», *Marketing Science*, vol. 31, num. 2, 2012, pp. 277 ss.

¹⁵¹ ID.

¹⁵² KANNAN, *International Journal of Electronic Commerce*, vol. 5, num. 3, 2001, pp. 63-68.

costs because it becomes more onerous for consumers to decide if a change of seller is profitable. Accordingly, consumers can be locked-in, and the threat is present that loyal customers will be exploited since price differences that normally would induce a switch are more difficult to detect¹⁵³.

Fourth, algorithmic pricing could lead to collusion. The algorithmic pricing mechanism learns autonomously through experimentation. By observing the prices of competitors, it can choose the optimizing pricing strategy. It is not likely that the algorithm will choose a strategy that causes a price war that dissipates profits. Conversely, it will tend to keep prices high to generate high-profit margins. It is more likely that AI systems will explore profit-enhancing collusive pricing possibilities¹⁵⁴. Besides, algorithms can check competitors' actions in real-time and react instantly. Thus, cheating the collusive agreement can be punished immediately, which takes away the incentive to defect. Accordingly, the emergence and the continuance of higher prices through collusive practices can be assisted by the instantaneous monitoring of competitors' prices¹⁵⁵. There is experimental¹⁵⁶ and empirical¹⁵⁷ evidence showcasing collusive behavior by algorithmic pricing mechanisms.

Fifth, since algorithmic pricing can lead to the transferal of consumer surplus, there is an incentive for firms to invest in improved *rent extraction*. This could lead to wasteful *rent-seeking activities*. Incurring costs for the sake of rent extraction does not increase productive output but decreases social welfare¹⁵⁸. An example of these rent-seeking activities could be lobbying. Through political actions, firms can pressure legislators to introduce regulations that will shield incumbents' position in the market or oppose regulations that negatively affect their position, which leads to so-called *regulatory incumbency*¹⁵⁹. This would be positive for the incumbents, yet it would be detrimental to consumers. With respect to algorithmic pricing, it is conceivable that it could be highly beneficial for companies that profitably employ the strategy to lobby against further regulation.

Finally, BAR-GILL makes a compelling case that algorithmic pricing is not solely based on preferences, but also on *misperceptions*¹⁶⁰. If price discrimination targets demand-inflating misperceptions, it could decrease efficiency and lead to more consumer harm¹⁶¹. The basic notion of an individual's WTP is based on the idea that optimal consumption levels are determined by preferences and budget constraints¹⁶². BAR-GILL argues that this view of WTP is too limited since it is also influenced by misperceptions, which are defined as mistakes that affect consumers'

¹⁵³ SEELE *et al.*, «Mapping the ethicality of algorithmic pricing: A review of dynamic and personalized pricing», *Journal of Business Ethics*, vol. 170, num. 4, 2021, pp. 697 ss.

¹⁵⁴ CALVANO *et al.*, «Protecting consumers from collusive prices due to AI», *Science*, vol. 370, num. 6520, 2020, pp. 1040 ss.

¹⁵⁵ ID.

¹⁵⁶ CALVANO *et al.*, *American Economic Review*, vol. 110, num. 10, 2020, pp. 3267 ss.

¹⁵⁷ ASSAD, *CESifo Working Paper, No. 8521, Center for Economic Studies and Ifo Institute (CESifo)*, 2020, pp. 1 ss.

¹⁵⁸ EZRACHI, *European Competition Law Review*, vol. 37, num. 2, 2016, pp. 485 ss.

¹⁵⁹ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 22.

¹⁶⁰ BAR-GILL, *University of Chicago Law Review*, vol. 86, num. 2, 2018, pp. 1 ss.

¹⁶¹ ID.

¹⁶² MAS-COLELL *et al.*, *Microeconomic theory*. Oxford University Press, New York, 1995, pp. 6-9, 45-65.

WTP¹⁶³. The rationale behind the efficiency loss of algorithmic pricing is based on the *overestimation bias*. To specify, overestimation can induce marginal consumers to buy a certain product because the perceived benefit exceeds the product cost, however, in reality, the cost of the product exceeds the actual benefit to the consumer¹⁶⁴.

The role of misperceptions can be seen across multiple consumer markets. For example, consumers tend to overestimate the benefits that they will gain from getting a gym subscription (i.e., the amount of visits is grossly overestimated)¹⁶⁵ and they underestimate the costs that are associated with credit cards, mortgages, and cell phone plans¹⁶⁶. Accordingly, there can be cases in which consumers buy products based on misperceptions, which lead to efficiency losses that substantially harm consumers since they will have to bear the entire loss¹⁶⁷. This is particularly relevant to the practice of algorithmic pricing since the price-setting mechanism is unclear to consumers and price comparison is made exceptionally onerous. Consumers need to base their decisions on perceived benefits and costs, thereby opening the way for decisions based on misperceptions.

Increased consumption based on misperceptions can make supracompetitive priced goods look like reasonably priced goods, which induces consumption that otherwise should not have taken place. If this consistently occurs, the disposable income of consumers is predominantly spent on consumer goods, whereas it decreases for other purposes that would increase their well-being. This raises wealth inequality concerns, in particular, if low-income consumer groups suffer more from misperception-based overconsumption than high-income groups¹⁶⁸.

The efficiency analysis demonstrates that there are various upsides and downsides to algorithmic pricing. The extent to which the positive effects outweigh the negative effects, or vice versa, depends on the magnitude of the effects. This is, however, the problematic part of the analysis. There is scarce empirical evidence on the static and dynamic efficiency effects, but there is even less on the overall effects (i.e., taking all efficiency effects into account) due to the difficulty of measuring the net effect of algorithmic price discrimination¹⁶⁹. Nevertheless, it is argued that ultimately the impact of algorithmic pricing on consumer welfare will depend on the market structure and the degree of competition in the market. It is expected that in monopolistic markets with little price competition, the dominant position will likely be exploited, with the help of algorithmic pricing, to the detriment of the consumer. Conversely, in more competitive markets, algorithmic pricing could lead to more intense competition, which incentivizes firms to

¹⁶³ BAR-GILL, *University of Chicago Law Review*, vol. 86, num. 2, 2018, p. 2.

¹⁶⁴ ID., p. 3.

¹⁶⁵ DELLAVIGNA/MALMENDIER, «Paying not to go to the gym», *American Economic Review*, vol. 96, num. 3, 2006, pp. 694 ss.

¹⁶⁶ BAR-GILL, *Seduction by Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹⁶⁷ BAR-GILL, *University of Chicago Law Review*, vol. 86, num. 2, 2018, p. 11. Bar-Gill proves this by providing an extensive behavioral model that depicts the changes in surplus, the loss in efficiency, and the harm to the consumer. Four combinations of misperceptions and price discrimination are constructed (2x2 matrix) and analyzed.

¹⁶⁸ EZRACHI, *European Competition Law Review*, vol. 37, num. 2, 2016, p. 491.

¹⁶⁹ WAGNER/EIDENMÜLLER, «Down by algorithms: Siphoning rents, exploiting biases, and shaping preferences: Regulating the dark side of personalized transactions», *University of Chicago Law Review*, vol. 86, num. 2, 2019, pp. 586-588.

lower prices, thereby benefitting consumers¹⁷⁰. In imperfectly competitive markets, the effects on aggregate consumer welfare are estimated to be ambiguous, dependent on how the pricing techniques are employed, the type of price discrimination, and the market conditions¹⁷¹. In such markets, a case-by-case assessment is required¹⁷².

In summary, under a monopoly, algorithmic price discrimination will most likely reduce consumer welfare in comparison with uniform pricing. In imperfectly competitive markets the net effect is expected to be ambiguous, whereas in competitive markets algorithmic pricing will not necessarily be detrimental to consumer welfare. In the presence of competitive market conditions, algorithmic pricing could be welcomed from an efficiency perspective.

4.2. Equity perspective

WEISS and MEHROTRA state: «Price discrimination may not be all bad. Indeed, economic theory suggests price discrimination may perhaps promote the efficient use of a society's resources. In many cases, however, efficiency must be balanced against the need to achieve equitable treatment of individual consumers. In such cases, government regulation, either through existing laws or new ones, may be necessary to ensure that the logic of efficiency does not overwhelm the need for fairness.»¹⁷³. This statement demonstrates that the analysis cannot stop at the assessment of the efficiency effects. To obtain a comprehensive picture of the effects of algorithmic pricing, further attention needs to be devoted to the equity side of the practice.

The notion of efficiency as a determinative normative paradigm to evaluate legal changes has been predominant in the law and economics literature. Wealth-maximization was advocated to be the goal since a focus on fairness (in this sense the equivalent of equity) could lead to adverse effects on welfare¹⁷⁴. However, several prominent law and economics scholars have stated that efficiency cannot be the only relevant factor in the social welfare function. In other words, a change is only a social improvement if additional social goals are also furthered, such as *equality* or *justice*¹⁷⁵. The tendency to care about the equitableness or fairness of a policy, which diverges from self-interested *rational choice theory*, has, among others, been explored by behavioral (law and) economics scholars. For example, FEHR and SCHMIDT demonstrated that individuals can be predominantly concerned with cooperation and be strongly averse to inequity¹⁷⁶. The role of fairness can, therefore, not be underestimated¹⁷⁷.

¹⁷⁰ OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», pp. 8-11; OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 20; CHEN *et al.*, «Competitive Personalized Pricing», *The Institute of Social and Economic Research, Osaka University, Discussion Paper No. 1023*, 2018, pp. 1 ss.

¹⁷¹ TOWNLEY, *Yearbook of European Law*, vol. 36, num. 1, 2017, p. 702.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ WEISS, *Virginia Journal of Law & Technology*, vol. 6, num. 2, 2001, p. 2.

¹⁷⁴ KAPLOW/SHAVELL, «Fairness versus welfare», *Harvard Law Review*, vol. 114, num. 4, 2001, pp. 961 ss.

¹⁷⁵ CALABRESI, «An exchange about law and economics, letter to Dworkin», *Journal of Legal Studies*, vol. 9, num. 2, 1980, pp. 553 ss.; NUSSBAUM/SEN (eds.), *The quality of life*, Clarendon Press, 1993.

¹⁷⁶ FEHR/SCHMIDT, «A theory of fairness, competition, and cooperation», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 114, num. 3, 1999, pp. 817 ss.

¹⁷⁷ RABIN, «Incorporating fairness into game theory and economics», *The American Economic Review*, vol. 83, num. 1, 1993, pp. 1281 ss.

The main problem when it comes to analyzing policies from an equity perspective is that a variety of terms come to mind that should be considered, such as fairness, (distributive) justice, and ethicality. In the field of economics, when justice is considered, the type of justice in question is *distributive justice*, which «*is applied in the allocation of benefits by the state. On this principle, rights are distributed to the people in accordance with their honour, i.e. according to their social status and their merit to the community.*»¹⁷⁸.

The concept of distributive justice, however, has been studied to a much greater extent. For example, there is a significant difference between the static concept of distributive justice (i.e., the ideal type of distribution) and the dynamic concept (i.e., the establishment of institutions that aid individuals in the fulfillment of their potential, whereby the outcome of the distribution is less relevant)¹⁷⁹.

For the scope of this paper, the definition of equity as it has been put forward by POLINSKY «*Efficiency corresponds to the “size of the pie”, while equity has to do with how it is sliced*»¹⁸⁰ will be adopted as the starting point of the equity analysis. In other words, the manner in which algorithmic pricing impacts the distribution of welfare will be analyzed. Several other aspects, however, such as equality of treatment, transparency, autonomy, and privacy will also be considered.

a. Positive effects on equity

Algorithmic pricing would primarily lead to greater access for consumers. Certain groups of consumers, mainly consumers with a low WTP, are excluded from the market under uniform pricing. Through algorithmic pricing, special discount prices could be offered to these groups, which makes certain products and services to them available that would otherwise not be¹⁸¹. Rather than increasing prices to target consumers with a higher WTP, firms could selectively vary prices and offer consumers with a low reservation price a special timely coupon¹⁸². The cross-subsidization that takes place under uniform pricing can be counteracted by making high-value consumers pay more, which opens the market for low-value consumers.

Furthermore, it has been found that in certain cases personalized pricing can lead to an increase in consumer surplus¹⁸³. Firms can decide to share the efficiency gains with consumers through overall lower prices, which benefits total consumer welfare. Tailored prices can also be used to generate positive consumer feedback¹⁸⁴. Companies would then share part of the revenue increases (e.g., in the form of customer benefits) to build a good reputation and prevent public outrage.

¹⁷⁸ MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*, vol. 84, Springer Science & Business Media, 2009, p. 186.

¹⁷⁹ ID., p. 189.

¹⁸⁰ POLINSKY, *An Introduction to Law and Economics*, 2nd edn, Little Brown & Co, 1989, p. 7.

¹⁸¹ STRAHILEVITZ, «Reputation nation: Law in an era of ubiquitous personal information», *Northwestern University Law Review*, vol. 102, num. 4, pp. 1667 ss.

¹⁸² EZRACHI, *European Competition Law Review*, vol. 37, num. 2, 2016, p. 490.

¹⁸³ CHEN/GALLEGO, «Welfare analysis of dynamic pricing», *Management Science*, vol. 65, num. 1, 2019, pp. 139 ss.

¹⁸⁴ FARUQUI/PALMER, «Dynamic pricing and its discontents», *Regulation*, vol. 34, num. 3, 2011, pp. 16 ss.

Lastly, on a macro level, algorithmic pricing can be useful to solve other social problems, which will in the end benefit consumers and society as a whole. For example, it has been found that personalized pricing can remedy problems of over- and underconsumption by more accurately responding to changes in demand¹⁸⁵. Other examples are the ability of pricing algorithms to reduce food waste and improve water conservation while increasing revenue¹⁸⁶. If the firms' efficiency gains that are obtained through algorithmic pricing are used for socially beneficial goals, then consumers would ultimately also benefit. SEELE *et al.* go as far as saying that the efficiency gains can be utilized to reduce carbon footprints, which will benefit both the environment and society as a whole¹⁸⁷.

b. Negative effects on equity

First and foremost, algorithmic pricing can fully transfer consumer surplus to the seller. If each consumer is charged her reservation price, no consumer welfare remains. Consumer welfare is measured as the difference between consumers' valuation of the product and the actual price¹⁸⁸. This evokes concerns among competition and consumer protection authorities because safeguarding consumer welfare is one of their primary goals¹⁸⁹. One of the biggest problems that these authorities are facing with regard to intervention is that the current body of empirical literature is unable to unequivocally demonstrate the effects of algorithmic pricing on consumer welfare. It has been found that personalized pricing in its current form leads to ambiguous effects, dependent on the market structure¹⁹⁰. The practice of algorithmic pricing, however, is constantly being perfected and it is predicted that it will likely approximate perfect price discrimination in the near future, which will enable the complete capture of consumer surplus, thereby causing substantial negative consumer welfare effects¹⁹¹.

Second, algorithmic pricing has the potential to decrease consumer trust in online markets¹⁹². As a consequence, demand can be significantly reduced. This would amount to a loss of consumer surplus in comparison to a situation without price discrimination. The rationale behind this is that if consumers lose trust, demand goes down which reduces output levels and leads to a lower

¹⁸⁵ FARUQUI/SERGICI, «Household response to dynamic pricing of electricity: A survey of 15 experiments», *Journal of Regulatory Economics*, vol. 38, num. 2, 2010, pp. 193 ss.

¹⁸⁶ SEELE, *Journal of Business Ethics*, vol. 170, num. 4, 2021, p. 711.

¹⁸⁷ ID.

¹⁸⁸ OECD, «Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law», *Commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs*, 1993, retrieved from <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>, p. 28.

¹⁸⁹ ID.

¹⁹⁰ BECKERT *et al.*, «Competitive price discrimination in a spatially differentiated intermediate goods market», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 25, num. 5, 2015, pp. 884 ss.; GRENNAN, «Price discrimination and bargaining: Empirical evidence from medical devices», *American Economic Review*, vol. 103, num. 1, 2013, pp. 145 ss.; NEVO/WOLFRAM, «Why do manufacturers issue coupons? An empirical analysis of breakfast cereals», *RAND Journal of Economics*, vol. 33, num. 2, 2002, pp. 319 ss.; SHILLER/WALDFOGEL, «Music for a song: An empirical look at uniform pricing and its alternatives», *The Journal of Industrial Economics*, vol. 59, num. 4, 2011, pp. 630 ss.

¹⁹¹ SHILLER, «First Degree Price Discrimination Using Big Data», *Brandeis University, Department of Economics and International Business School, Working Paper No. 58*, 2014, pp. 1 ss.

¹⁹² OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», pp. 84-87.

level of welfare¹⁹³. It must be noted that it would also decrease firm profits in case the loss of demand is significant.

Finally, price discrimination will most likely be more harmful to naïve consumers than to sophisticated consumers¹⁹⁴. The rationale behind this is that sophisticated consumers will be more effective in anticipating the effects of price discrimination and adapting themselves accordingly. Consequently, naïve consumers will end up paying higher prices, thereby making them lose a more substantial part of their welfare¹⁹⁵. This would not take place if firms could adapt their behavior to prevent this discrimination based on sophistication, but it would require an advanced and deliberate segmentation of consumers into naïve and sophisticated groups¹⁹⁶. If this segmentation is imperfect, naïve consumers will be worse off in any case¹⁹⁷. Overall, it is expected that naïve consumers will be worse off as a result of price discrimination than sophisticated consumers¹⁹⁸. To the extent naïve consumers reflect poorer, less educated, and more vulnerable consumers in practice, it is highly questionable, in the light of distributive justice, if algorithmic pricing is desirable¹⁹⁹.

c. Ethical concerns

Apart from the distributive concerns, several ethical concerns should be considered that are relevant to the fairness assessment of algorithmic pricing. Principally, algorithmic price discrimination can transcend the price dimension and lead to *algorithmic discrimination*. To work accurately, the algorithm is fed with consumer data that allows companies to target specific consumers or consumer groups with tailored prices²⁰⁰. The price directly or indirectly reflects consumer demographics since these are essential elements that constitute an individual's WTP²⁰¹. Consequently, it is conceivable that the algorithm will have a discriminatory element towards certain groups of consumers. Although anti-discrimination laws are in place which guide the programming of the algorithms, the machine learning element can (unintentionally) circumvent them and lead to practically the same result, namely algorithmic discrimination²⁰².

¹⁹³ ID.

¹⁹⁴ HEIDHUES/KÓSZEGI, «Naivete-based discrimination», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 132, num. 2, 2017, pp. 1019 ss.

¹⁹⁵ SALOP/STIGLITZ, «Bargains and ripoffs: A model of monopolistically competitive price dispersion», *The Review of Economic Studies*, vol. 44, num. 3, 1977, pp. 493 ss.; VARIAN, *The American Economic Review*, vol. 75, num. 4, 1985, pp. 870 ss.; ARMSTRONG, «Recent Developments in the Economics of Price Discrimination», in BLUNDELL *et al.* (eds.), *Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications: Ninth World Congress*, vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 97 ss.

¹⁹⁶ FUDENBERG/TIROLE, «Customer Poaching and Brand Switching», *Rand Journal of Economics*, vol. 31, num. 4, 2000, pp. 634 ss.

¹⁹⁷ ID.

¹⁹⁸ OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», p. 83.

¹⁹⁹ See HELBERGER *et al.*, «Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability», *Journal of Consumer Policy*, vol. 45, num. 2, 2022, pp. 175 ss., for a further elaboration on the importance of considering consumer vulnerability in the digital economy.

²⁰⁰ CHEN/CHEN, «Recent developments in dynamic pricing research: Multiple products, competition, and limited demand information», *Production and Operations Management*, vol. 24, num. 5, 2015, pp. 704 ss.

²⁰¹ HUANG, «Equilibrium market segmentation for targeted pricing based on customer characteristics», *Available at SSRN 1292508*, 2010, pp. 1 ss.

²⁰² BOCK, «Preserve personal freedom in networked societies», *Nature*, vol. 537, num. 7618, 2016, p. 9.

In other words, artificial intelligence applications can still discriminate against groups of people that are legally protected by anti-discrimination laws²⁰³.

Also, the desirability of algorithmic pricing will likely be determined by what it does for overall social welfare. In practice, this means that the aggregate benefits and harms to consumers will be compared and subsequently the necessity for regulation will be determined²⁰⁴. The danger that lures, in this case, is that the practice of algorithmic pricing will benefit some parts of society, whereas other parts will lose, albeit the consumer population as a whole benefits. If certain groups of consumers, for example, low-value consumers, are consistently harmed (i.e., they are always on the losing side), there is a case of perpetuated injustice. This phenomenon is also called *social sorting*, whereby consumers are divided into a strong market (high-value consumers) and a weak market (low-value consumers). Subsequently, the latter market will experience different treatment from the former. It is feared that this will exacerbate existing biases, reflect power disparities, and lead to more divided markets²⁰⁵.

Furthermore, algorithmic pricing could lead to *pricing unfairness*. The concept of unfairness is defined as: «A judgment of whether an outcome and/or the process to reach an outcome is reasonable, acceptable, or just.»²⁰⁶. In the context of pricing, it means that the buyer feels that she received an unfair price in comparison to other buyers in a similar situation²⁰⁷. In other words, the degree of similarity is essential for price fairness judgments²⁰⁸. Under algorithmic pricing, consumers would get an individualized price that could be different from other consumers, even though they are in a similar situation. The feeling of unfair pricing can result in negative feelings among consumers, which could damage trust in the market, cause consumer dissatisfaction, and lead to bad publicity²⁰⁹.

Moreover, algorithmic pricing could lead to an unequal distribution of power²¹⁰. The bargaining position of the consumer vis-à-vis the seller could be debilitated as a result of the enlarged information asymmetries. By virtue of accumulating and analyzing individual behavioral data, detailed behavioral patterns can be predicted and the power asymmetries between the consumer and the seller can be reinforced²¹¹. Accordingly, it is argued that algorithmic pricing further detracts the market from a level playing field. The competition for the surplus that is generated by the transaction is fair when both parties are on somewhat equal footing, but that is not the

²⁰³ HACKER, «Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law», *Common Market Law Review*, vol. 55, num. 4, 2018, pp. 1143 ss.

²⁰⁴ EDWARDS, «Price and prejudice: The case against consumer equality in the information age», *Lewis & Clark Law Review*, vol. 10, num. 3, 2006, pp. 559 ss.

²⁰⁵ MILLER, *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 19, num. 1, 2014, pp. 92-96; TUROW, *Niche envy: Marketing discrimination in the digital age*, MIT Press, 2008; NISSENBAUM, *Privacy in Context*, Stanford University Press, 2009.

²⁰⁶ XIA *et al.*, «The price is unfair! A conceptual framework of price fairness perceptions», *Journal of Marketing*, vol. 68, num. 4, 2004, pp. 1 ss.

²⁰⁷ ID., pp. 2-3.

²⁰⁸ ID.

²⁰⁹ ID., pp. 6-8.

²¹⁰ SEELE, *Journal of Business Ethics*, vol. 170, num. 4, 2021, p. 706.

²¹¹ MARTIN/MURPHY, «The role of data privacy in marketing», *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 45, num. 2, 2017, pp. 135 ss.

case²¹². It is hard to bargain if one party already has all, or practically all, relevant information about the other party. There is no leverage on the side of consumers since the seller can adequately predict the reservation price of the consumer and the possibility of bargaining is virtually ruled out. In essence, the parties are competing for the surplus based on unfair terms²¹³. Based on data analytics, sellers can build accurate consumer profiles and obtain so-called *superior knowledge*²¹⁴. This means that a situation is approximated wherein the seller, allegedly, is better able to understand consumer needs than the consumers themselves²¹⁵.

Lastly, the role of privacy cannot be overlooked. The practice of algorithmic pricing is only possible through the collection and processing of consumer data. To a certain extent, firms need to intrude on consumers' personal integrity and intimacy to collect the data, which could be seen as problematic in terms of privacy²¹⁶. Consumers have expectations regarding the treatment of their privacy and these are molded by social norms²¹⁷. Accordingly, there could be a considerable fairness problem if consumers' privacy expectations are consistently transgressed²¹⁸. The privacy problem is exacerbated by the lack of transparency that surrounds algorithmic pricing²¹⁹ and algorithms in general²²⁰.

In short, from an equity perspective, the practice of algorithmic pricing seems to be problematic. The discrepancy is that from an efficiency perspective, the practice can be desirable under competitive market conditions. This creates a trade-off that should carefully be considered.

4.3. Efficiency-equity trade-off

With respect to algorithmic pricing, there is a continuous tension between equity and efficiency. The relevance of the trade-off and its inherent contrariety has made it a subject of extensive study²²¹. Nonetheless, the apparent ambivalence that is associated with the trade-off depends on the type of relationship between the two goals of efficiency and justice²²². Three types of relationships are possible: goal harmony, goal neutrality, and goal conflict²²³. In the first case, efficiency would also bring a just outcome, whereas in the third case, the opposite is true. In the second case, the pursuit of one goal does not detract from the other.

²¹² MORIARTY, «Why online personalized pricing is unfair», *Ethics and Information Technology*, vol. 23, num. 3, 2021, pp. 495 ss.

²¹³ ID.

²¹⁴ XU/DUKES, «Product line design under preference uncertainty using aggregate consumer data», *Marketing Science*, vol. 38, num. 4, 2019, pp. 669 ss.

²¹⁵ ID.

²¹⁶ CHAPDELAINE, *New York University Journal of Law and Business*, vol. 17, num. 1, 2020, p. 33.

²¹⁷ NISSENBAUM, *Privacy in Context*; TOWNLEY, *Yearbook of European Law*, vol. 36, num. 1, 2017, p. 711.

²¹⁸ ID.

²¹⁹ ID., p. 712.

²²⁰ PASQUALE, *The black box society*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2015.

²²¹ See, for example, OKUN, *Equality and efficiency: The big tradeoff*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2015.

²²² The terms equity and justice are used interchangeably, see MATHIS, *Efficiency instead of justice?*, chapter 9.

²²³ ID., p. 185.

The idea of regulating the equity-efficiency trade-off concerning algorithmic pricing would be to achieve a state of *Rawlsian justice*²²⁴. This state is achieved when a system is in place that leads to efficient and fair outcomes. According to RAWLS, this outcome can be achieved when individuals would choose an arrangement of society under a *veil of ignorance*²²⁵. This is a thought experiment whereby individuals need to select the principles for the structure of society, but without knowing which position in the world they would take. In light of individuals' distaste for risk and uncertainty, they would most likely choose the allocation of rights and entitlements that would be efficient and fair. A relevant observation is that inequality could be accepted, but only to the degree that it creates necessary incentives that increase social welfare. In the field of law and economics, this trade-off is often modeled with the *Nash social welfare function*²²⁶.

In contrast to the proposition that efficiency and justice should be separated²²⁷, whereby private exchanges should be guided by the efficiency objective, and tax and social law should pursue distributive justice goals, this paper advocates an integrated approach. In other words, a joint objective of optimizing efficiency and justice in terms of policymaking.

The concepts of allocative efficiency and distributive justice are inextricably linked²²⁸. In particular, in terms of the political feasibility of proposals for legal reforms, it is inconceivable that a legal change would be accepted based on allocative efficiency while fully disregarding distributive justice. Furthermore, in certain cases, low-cost and effective redistribution can take place equally well by virtue of private law as by means of taxation²²⁹. Accordingly, the possibility of redistribution through law should also be explored²³⁰. Besides, the desirability of regulation that is solely focused on efficiency is debatable. In the field of civil litigation, for example, the notion of justice is of particular relevance to the parties and cannot be subordinated to the notion of efficiency²³¹. Consequently, the separation between efficiency and justice as objectives should be abandoned.

As MATHIS puts it: «*It is rather the role of the legislator, and the courts in their turn, to strike a subtle balance between conflicting rights in all areas of the law. In doing so, the multiple interdependencies between efficiency and justice must be borne in mind.*»²³².

²²⁴ RAWLS, *A Theory of Justice*.

²²⁵ ID.

²²⁶ PARISI, *The language of law and economics*, p. 248.

²²⁷ POSNER, *The problems of jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1990; KAPLOW, *Harvard Law Review*, vol. 114, num. 4, 2001, pp. 961 ss.; POLINSKY, *An Introduction to Law and Economics*.

²²⁸ MATHIS, *Efficiency instead of justice?*, p. 201.

²²⁹ ID.

²³⁰ It must be noted that taxation is normally preferred to combat distributional injustices. This theory has been formally developed by KAPLOW/SHAVELL, «Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income», *The Journal of Legal Studies*, vol. 23, num. 2, 1994, pp. 667 ss. They argue that only taxation is a good remedy to combat wealth inequality since alternative methods will lead to a double distortion. Although the soundness of this argument is severely criticized in the existing literature, see, for example, MARKOVITS, «Why Kaplow and Shavell's double-distortion argument articles are wrong», *George Mason Law Review*, vol. 13, num. 3, 2005, pp. 511 ss., it also underestimates the problem-solving power of the law.

²³¹ MATHIS, *Efficiency instead of justice?*, p. 201.

²³² ID.

In conclusion, the practice of algorithmic pricing could be defended on efficiency grounds, but distributional concerns have evoked a call for regulation. Considering the efficiency-equity trade-off, it is valuable to see how the current legal framework could be used to address algorithmic pricing in a manner that would contribute to a state of Rawlsian justice.

5. Legal framework

Traditionally, the freedom of enterprise is held in high regard, which means that businesses should be able to conduct their activities as freely as possible. This includes the freedom to set prices and the autonomy to enter into contracts as they see fit. The fair market value of a good or service is determined by the subjective judgments of the parties. Regulation of prices will, therefore, interfere with supplier freedom, parties' autonomy, and market efficiency. The pricing mechanism is regarded to work best when it can operate freely. Thus, the free-market principle prevails unless there are substantive reasons to regulate it²³³.

Based on the previous sections, it could be argued that the potential harms to social welfare, in particular consumer welfare, and the ethical concerns, present a cogent argument for regulation. Although it could be the case that algorithmic pricing leads to efficiency benefits, it is problematic on equity grounds. In such a scenario the need for legal intervention depends on the relative weights that are given to the concepts of efficiency and distributive justice in the social welfare function²³⁴. Since it is plausible to assume that an outcome, which is efficiency-enhancing but significantly decreases consumer welfare, leads to distributive injustice, and evokes ethical concerns, will not be politically acceptable, it could be argued that the possibility of regulation should at least be explored²³⁵. For this reason, in the next sections, different laws of the current legal framework are analyzed to see if they provide a functional approach to regulating algorithmic pricing.

5.1. Contract law

Contract law provides various ex-post remedies to address, *inter alia*, duress, fraud, undue influence, misrepresentation, and unconscionable dealing. In particular, the latter case has been advocated to be a useful remedy to tackle algorithmic pricing, in particular since the other doctrines do not seem to apply in the realm of price discrimination²³⁶. It is argued that *price unconscionability* should include price discrimination without a cost justification, whereby charging different prices to consumers based on their identity should be prohibited²³⁷. Nonetheless, this price unconscionability doctrine, which is also called the *theory of a just price* (*iustum pretium*), is regarded as the Achilles heel of the legal system²³⁸.

²³³ HAYEK, *Road to Serfdom*, The University of Chicago Press, Chicago, 1944.

²³⁴ SHAVELL, *Foundations of economic analysis of law*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2009, p. 597.

²³⁵ MILLER, *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 19, num. 1, 2014, p. 69.

²³⁶ ID.; KLOCK, «Unconscionability and price discrimination», *Tennessee Law Review*, vol. 69, num. 2, 2001, pp. 317 ss.

²³⁷ ID., p. 367.

²³⁸ ID., p. 338.

The legal doctrine of price unconscionability tries to counteract excessive forms of overpricing²³⁹. A price is excessive when it is grossly disproportionate to the cost or value of the good or service received in exchange²⁴⁰. The practice of determining a just price, however, has been abandoned by its infeasibility²⁴¹. Apart from the practical difficulties that come with determining a just price, the doctrine is also redundant from a law and economics perspective. Legally, if the contract has been concluded validly (e.g., no fraud, duress, or undue influence), it means that the contract parties expect to benefit from it. It is a welfare-enhancing transaction. There is no need to intervene. Economically speaking, market forces will prevent sellers from grossly overcharging consumers because they will lose clientele to competitors. Hence, the price unconscionability doctrine is only useful in specific cases, whereas in normal practice it is superfluous²⁴².

Moreover, as the definition of price unconscionability states, there must be a case of grossly disproportionate overcharging. Historically, the threshold that could be found in Roman law was the *laesio enormis*, whereby the buyer was overcharged for 100% of the price²⁴³. This idea of gross discrepancies remained the guiding principle when determining the degree of unfairness in pricing²⁴⁴. A modern approach would be based on prices that would cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations that is to detriment of the consumers and contrary to good faith and fair dealing²⁴⁵. In the case of algorithmic pricing, this grossly disproportionate overcharging does not seem to be applicable. Regulating algorithmic pricing based on the price unconscionability doctrine would, therefore, be based on a fragile foundation²⁴⁶.

5.2. Competition law

In the traditional economic literature, it is argued that the ability to price discriminate is largely dependent upon the market power that a firm has²⁴⁷. Solely through a position of *market dominance* would it be possible to charge consumers different prices for the same product without losing a substantial part of the clientele to the competitors. It is asserted that the degree to which consumer welfare is impacted depends on the competition in the market²⁴⁸. In markets that have a monopoly structure, it is expected that algorithmic pricing will be employed to exploit consumers since no threat of switching to a competitor is present. In a competitive market, however, algorithmic pricing could lead to fierce price competition, which could be beneficial for consumers. Accordingly, the market structure is a determinative factor to assess the welfare effects of algorithmic pricing.

²³⁹ DARR, «Unconscionability and price fairness», *Houston Law Review*, vol. 30, num. 5, 1994, pp. 1819 ss.

²⁴⁰ ID.

²⁴¹ ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Clarendon Press, 1996, pp. 255-270.

²⁴² DARR, *Houston Law Review*, vol. 30, num. 5, 1994, p. 1823.

²⁴³ EIDENMÜLLER, «Justifying fair price rules in Contract Law», *European Review of Contract Law*, vol. 11, num. 3, 2015, pp. 220 ss.

²⁴⁴ ID.

²⁴⁵ European Parliament legislative resolution of 26 February 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (COM[2011]0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284[COD]) (Ordinary legislative procedure: first reading), Amendments 153 and 155.

²⁴⁶ WAGNER, *University of Chicago Law Review*, vol. 86, num. 2, 2019, pp. 589-590.

²⁴⁷ See, for example, VARIAN, *Intermediate microeconomics*.

²⁴⁸ CHEN, *The Institute of Social and Economic Research, Osaka University, Discussion Paper No. 1023*, 2018, pp. 1 ss.

It must be noted that through, for example, *network effects*, consumers can be captured, and substantial influence can be exercised even though the firm has not formally reached a dominant position yet²⁴⁹. Price discrimination can, therefore, also take place in competitive markets where a firm does not have monopoly power²⁵⁰.

It could be argued that if the practice is undertaken by a dominant firm, it creates *exclusionary* and *exploitative effects*. Exclusionary and exploitative effects can be defined as follows: «‘*Exclusionary*’ abuses refer to those practices of a dominant undertaking which seek to harm the competitive position of its competitors or to exclude them from the market, whereas ‘*exploitative*’ abuses can be defined as attempts by a dominant undertaking to use the opportunities provided by its market strength in order to harm customers directly.»²⁵¹. An alternative wording is that there can be *primary line injury* and *secondary line injury*. Primary line injury «occurs where the supplier’s conduct produces effects against competitors in the market in which it operates»²⁵² and secondary line injury concerns «discrimination exercised by a supplier against some of its customers compared to one or more of its customers»²⁵³.

The abuse of a dominant position is regulated by Article 102 of the TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION (TFEU). To date, no case law in competition law has specifically dealt with algorithmic pricing²⁵⁴. This is understandable since the technology emerged recently and the empirical evidence of its ubiquity in business practice is still lacking. Nonetheless, it can already be theorized if algorithmic pricing would fall within the definition of abuse under Article 102 TFEU and if competition law can provide adequate remedies.

Article 102(c) TFEU states that there is an abuse when a dominant firm applies «*dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage.*» Thus, for a successful recourse to Article 102(c) TFEU, four conditions need to be fulfilled: (1) Equivalent transactions; (2) dissimilar conditions; (3) competitive disadvantage; (4) no objective justifications for different treatment²⁵⁵. The third condition makes the application of Article 102 TFEU particularly onerous since the European Court of Justice (ECJ) has not provided clear-cut answers on how to interpret the competitive disadvantage²⁵⁶. As regards the scope of Article 102(c) TFEU, it seems that the provision is targeting customers of a dominant firm who compete with one another on a downstream market, not the final consumers²⁵⁷. The relevant question is then if the final consumers should also be protected against exploitative abuses based on Article 102 TFEU. In EU case law, Article 102(c) TFEU has been interpreted broadly to deal with forms of price discrimination that are regarded as anti-competitive. This is

²⁴⁹ CHAPDELAINE, *New York University Journal of Law and Business*, vol. 17, num. 1, 2020, p. 17.

²⁵⁰ LEVINE, *Yale Journal on Regulation*, vol. 19, num. 1, 2002, pp. 1 ss.; OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 13; MILLER, *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 19, num. 1, 2014, p. 74.

²⁵¹ AKMAN, «Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 11, num. 1, 2009, p. 4.

²⁵² GRAEF, *Columbia Journal of European Law*, vol. 24, num. 3, 2018, p. 542.

²⁵³ ID., p. 543.

²⁵⁴ TOWNLEY, *Yearbook of European Law*, vol. 36, num. 1, 2017, p. 723.

²⁵⁵ A full analysis with the corresponding case law is provided by VAN DEN BERGH, *Comparative competition law and economics*, Edward Elgar Publishing, 2017, section 7.5.3.

²⁵⁶ ID.; O'DONOGHUE/PADILLA, *The law and economics of Article 102 TFEU*, 2nd edn, Hart Publishing, 2013, p. 789.

²⁵⁷ GRAEF, *Columbia Journal of European Law*, vol. 24, num. 3, 2018, p. 543.

relevant to the regulation of algorithmic pricing since the practice is not specifically covered by the provision. Article 102(c) TFEU covers unequal treatment between intermediate consumers, whereas algorithmic price discrimination targets final consumers²⁵⁸. A broader interpretation is, therefore, a prerequisite for intervention based on competition law.

Although there is no specific case law on algorithmic pricing, there is one case that supports the idea that discrimination between final consumers also falls within the working sphere of Article 102(c) TFEU. In the *DEUTSCHE POST – INTERCEPTION OF CROSS-BORDER MAIL* case²⁵⁹, the Commission decided that: *«In any event, the Court of Justice has stated that the list of abuses mentioned in Article 82 itself is not exhaustive and thus only serves as examples of possible ways for a dominant firm to abuse its market power. Article 82 may be applied even in the absence of a direct effect on competition between undertakings on any given market. This provision may also be applied in situations where a dominant undertakings behaviour causes damage directly to consumers.»*²⁶⁰. Consequently, the Commission concluded that such a practice can be classified as an abuse of Article 102 TFEU, and, in particular subparagraph c of the second paragraph²⁶¹.

Nonetheless, this case never went to the ECJ, which keeps the interpretation of Article 102(c) TFEU in relation to price discrimination that harms final consumers unclear. Since there is no legal standard for exploitative pricing that harms final consumers, it is uncertain if invoking Article 102 TFEU will be successful for cases of algorithmic pricing. In practice, Article 102 TFEU is more commonly applied (93% of the cases) to enforce cases against exclusionary abuses rather than exploitative abuses (7% of the cases)²⁶². This makes it dubious if the remediation of exploitative abuses will be a priority of the EC. It is, therefore, argued that consumer protection law would be more suitable to tackle price discrimination practices²⁶³.

Moreover, the EC will scrutinize the abuse in the light of its competitive effects (i.e., effects-based approach), which means that on a case-by-case basis, it must be decided if algorithmic price discrimination is beneficial or detrimental to competition²⁶⁴. For this consideration, the precise objective of competition law becomes relevant. If competition law enforcement is concerned with total welfare, algorithmic pricing will most likely not be considered anti-competitive, however, if the goal is maintaining consumer welfare, it will most likely be regarded as anti-competitive²⁶⁵. Although the consumer welfare standard has not been clearly defined and openly endorsed by the EC²⁶⁶, there are various indications that modern EU competition policy

²⁵⁸ *Id.*, p. 548.

²⁵⁹ 2001/892/EC: Commission Decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Interception of cross-border mail).

²⁶⁰ *Id.*, paragraph 133.

²⁶¹ *Id.*, paragraph 134.

²⁶² OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 27. Statistics are based on the article by DETHMERS/BLONDEEL, «EU enforcement policy on abuse of dominance: Some statistics and facts», *European Competition Law Review*, vol. 38, num. 4, 2017, pp. 147 ss.

²⁶³ O'DONOGHUE, *The law and economics of Article 102 TFEU*, pp. 846-849.

²⁶⁴ *Id.*, pp. 27-28.

²⁶⁵ MAGGIOLINO, «Personalized prices in European competition law», *Bocconi Legal Studies Research Paper*, 2017, p. 22.

²⁶⁶ VAN DEN BERGH, *Comparative competition law and economics*, chapter three provides an extensive analysis on the goals of EU competition law.

is focused on protecting consumer welfare²⁶⁷. It would then be possible to address algorithmic pricing through EU competition policy since it does investigate exploitative abuses and applies a consumer welfare standard²⁶⁸.

Lastly, it is worth mentioning that the concept of fairness is also becoming relevant in competition law. Several authors argue that fairness should be part of the consumer welfare standard²⁶⁹. For instance, TOWNLEY *et al.* argue that if algorithmic pricing would undermine both fairness and consumer welfare, then it should be judged as unlawful under Article 102 TFEU²⁷⁰. They further state that if consumer welfare is advanced by algorithmic pricing, then fairness considerations should be a secondary goal, but when consumer welfare is reduced, fairness considerations should outweigh the efficiency benefits²⁷¹. In this way, fairness is also accounted for in the consumer welfare standard, which would give competition authorities a greater authority to intervene.

5.3. Consumer protection law

Consumer protection law and competition law are inextricably linked. Both laws share the goal of promoting consumer welfare and improving the economic performance of markets by fostering the competition process²⁷². Nonetheless, as the previous section demonstrated, it is unclear to what extent final customers can be protected from algorithmic pricing through competition law. In addition, one of the key advantages of consumer protection law in comparison with competition law is that the element of market power is irrelevant. Consumer protection law can, therefore, be a valuable instrument to address algorithmic pricing on the points where competition law falls short.

In the realm of consumer protection, the term *marketing law* is used interchangeably with the term *consumer law*²⁷³. The purpose of marketing law is to ensure fair commercial practices in the market in order to protect consumers and competitors from unfair practices²⁷⁴. On a European level, marketing law is subsumed in the working sphere of consumer protection law through the harmonization of Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, which, *inter alia*, prohibits misleading and aggressive commercial practices (the UCPD). The Directive aims to protect the economic interests of consumers²⁷⁵.

²⁶⁷ ALBÆK, «Consumer welfare in EU competition policy», *Aims and values in competition law*, 2013, pp. 67 ss.

²⁶⁸ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 30.

²⁶⁹ See, for example, KALIMO/MAJCHER, «The concept of fairness: Linking EU competition and data protection law in the digital marketplace», *European law review*, vol. 42, num. 2, 2017, pp. 210 ss.; EZRACHI, «Sponge», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 5, num. 1, 2017, pp. 49 ss.; TOWNLEY, *Yearbook of European Law*, vol. 36, num. 1, 2017, pp. 683 ss.; GRAEF, *Columbia Journal of European Law*, vol. 24, num. 3, 2018, pp. 541 ss.

²⁷⁰ TOWNLEY, *Yearbook of European Law*, vol. 36, num. 1, 2017, p. 731.

²⁷¹ *Id.*, p. 743.

²⁷² OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 32.

²⁷³ NIELSEN, *Harmonisation of EU Marketing Law: Analysis of Advantages and Disadvantages Regarding Regulating of Marketing Law in EU*, Nordic Council of Ministers, Copenhagen, 2002.

²⁷⁴ TRZASKOWSKI, «Behavioural economics, neuroscience, and the unfair commercial practises directive», *Journal of Consumer Policy*, vol. 34, num. 3, 2011, p. 386.

²⁷⁵ NIELSEN, *Harmonisation of EU Marketing Law*.

Misleading commercial practices relate to the provision of information (or its omission) and *aggressive commercial practices* refer to the conduct of traders in the course of business (i.e., impairing the freedom of choice or conduct of the consumer)²⁷⁶. Pursuant to Article 5(2) UCPD, a commercial practice is deemed unfair when: (1) «it is contrary to the requirements of professional diligence», and (2) «it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer whom it reaches or to whom it is addressed, or of the average member of the group when a commercial practice is directed to a particular group of consumers.» With the term *average consumer*, the Directive means a consumer «who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect, taking into account social, cultural and linguistic factors»²⁷⁷.

In accordance with Articles 6(1)(d) and 7(4)(c) UCPD, an unfair price is not by definition an unfair commercial practice as long as the price or the manner in which the price is calculated is communicated to the consumer transparently and intelligibly. Personalized pricing is also not mentioned as one of the blacklisted practices of Annex 1 of the Directive. Hence, there is no *per se* prohibition of algorithmic (personalized) pricing under the UCPD.

Analogous to the UCPD, there is no *per se* prohibition of unfair prices under the UNFAIR CONTRACT TERMS DIRECTIVE (UCTD)²⁷⁸. Article 4(2) UCTD states: «Assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language.» Thus, apart from the fact that prices must be communicated in plain intelligible language, they cannot be addressed based on the Directive.

Notably, in the CAJA DE AHORROS case²⁷⁹, the ECJ ruled that Articles 4(2) and 8 of the UCTD must be interpreted as not precluding national legislation that authorizes a judicial review regarding «the unfairness of contractual terms which relate to the definition of the main subject-matter of the contract or to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods to be supplied in exchange, on the other hand, even in the case where those terms are drafted in plain, intelligible language»²⁸⁰. This does not mean, however, that new legal obligations can be created, for example additional disclosure duties or *per se* prohibitions, that would complement existing consumer protection laws²⁸¹.

In addition, the scope of the exclusion remains uncertain and further guidance by the ECJ concerning the interpretation is lacking²⁸². For this reason, a successful invocation of the UCTD to address algorithmic pricing is not straightforward.

²⁷⁶ Articles 7 and 8 UCPD.

²⁷⁷ Recital 18 UCPD.

²⁷⁸ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

²⁷⁹ Case C-484/08 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc).

²⁸⁰ ID., paragraph 44.

²⁸¹ GROCHOWSKI *et al.*, «Price Discrimination and Consumer Protection: A Digital Arms Race?», *Technology and Regulation*, 2022, p. 44.

²⁸² STUYCK, «Case C-484/08 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)», *Case Note*, 2010, pp. 449 ss.

Nevertheless, algorithmic pricing can be tackled under the UCPD in two alternative ways. First, personalized pricing could be classified as unfair due to a lack of transparency. The UCPD requires that the price or the calculation of it must be communicated transparently and intelligibly, which in the case of algorithmic pricing is highly dubious²⁸³. Second, according to the COMMISSION NOTICE UCPD²⁸⁴, personalized pricing can breach the UCPD if it leads to an unfair commercial practice. For instance, if the firm can exert undue influence on consumers through the collection of personal data (i.e., profiling), it constitutes an aggressive commercial practice case²⁸⁵.

Marketing practices, *inter alia* personalized pricing, can also be classified as an aggressive commercial practice when «*in its factual context, taking account of all its features and circumstances, by harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence, it significantly impairs or is likely to significantly impair the average consumer's freedom of choice or conduct with regard to the product and thereby causes him or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.*»²⁸⁶.

In light of these considerations, «*consumer protection law could be used to tackle unfair practices that can have the effect of reinforcing the negative impact of personalised pricing, i.e. those practices that facilitate effective personalised pricing*»²⁸⁷.

Of note is that Article 6(1)(ea) of the CONSUMER RIGHTS DIRECTIVE (CRD), which was added by Directive (EU) 2019/2161²⁸⁸ puts an obligation on traders, in case of distance and off-premises contracts, to inform consumers about the fact that the offered price has been personalized on the basis of automated decision-making²⁸⁹. However, the obligation does not entail the disclosure of the parameters that are being used, potential benchmark prices, or any other additional information that could be relevant to consumers²⁹⁰. It is, therefore, questionable if this provision will effectively aid consumers in their decision-making process.

In sum, to tackle algorithmic pricing by virtue of consumer protection law, a substantive case needs to be made that proves that the practice is unfair (misleading or aggressive). Furthermore, there is no *per se* prohibition of (algorithmic) personalized pricing under the UCPD and the other consumer law instruments, such as the CRD, mainly focus on establishing transparency through disclosure duties. Although the CAJA DE AHORROS case does offer the possibility for Member States to adopt legislation that authorizes judicial reviews of prices, it does not transform the UCTD into a potent instrument to tackle algorithmic pricing.

²⁸³ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 35.

²⁸⁴ COMMISSION NOTICE UCPD, section 4.2.8.

²⁸⁵ Article 8 UCPD.

²⁸⁶ *Id.*

²⁸⁷ OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», p. 36.

²⁸⁸ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules. Hereinafter called the MODERNISATION DIRECTIVE.

²⁸⁹ COMMISSION NOTICE UCPD, section 4.2.8.

²⁹⁰ GROCHOWSKI, *Technology and Regulation*, 2022, p. 42.

It can, thus, be argued that although consumer protection law offers various tools to address algorithmic pricing, they will likely not suffice to regulate the practice adequately and independently of the other legal regimes.

5.4. Data protection law

The practice of algorithmic pricing is solely possible through the collection and processing of vast amounts of personal data that allow firms to build consumer profiles and offer them prices that are as close as possible to their reservation price²⁹¹. In other words, personal data is an essential source of information for algorithmic pricing to work. The more consumers are active on the internet, the more data the algorithms can observe, test, recalibrate, and refine. Thus, the more data the firm can collect, the better the algorithm will work²⁹². In this sense, it is predictable that firms will push the boundaries of what data can be collected from individuals. Since firms operate in the capacity of data controllers, data protection law becomes highly relevant.

If the data is anonymized or it concerns non-personalized data, the GDPR is not applicable²⁹³. In this case, however, algorithmic pricing is based on personal data, which enables the invocation of the GDPR. In accordance with Articles 5(1)(a) and 5(1)(b) GDPR, personal data shall be «*processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject ('lawfulness, fairness and transparency')*» and «*collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes*».

Article 6 GDPR provides legitimate grounds for processing, such as the consent of the data subject, the necessity for the performance of a contract, compliance with a legal obligation, protection of the vital interests of the data subject, and the performance of a task in the public interest. The GDPR provides consumers with control over their data, and it sets limits on the collection and processing of personal data. When applying these provisions to algorithmic pricing, it becomes clear that a firm could engage in this practice if it has a legitimate purpose to collect and process personal data. A firm could argue that it collects the data to offer personalized services to consumers, which will improve consumer experience, satisfaction, and welfare. It is expected, however, that the firms' legitimate purpose argument will fail in most cases because the necessity of processing the personal data to perform the contract is questionable and the data subject's interests will likely override the legitimate interests of the data controller²⁹⁴.

Pursuant to Article 21(2) GDPR, a data subject could object to the collection and processing of personal data for algorithmic pricing purposes. The provision states: «*Where personal data are processed for direct marketing purposes, the data subject shall have the right to object at any time to processing of personal data concerning him or her for such marketing, which includes profiling to the extent that it is related to such direct marketing*». Algorithmic pricing is based on profiling, which enables the personalization of services. Article 22(1) GDPR reinforces Article 21(2) by stating that: «*The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated*

²⁹¹ EZRACHI, *European Competition Law Review*, vol. 37, num. 2, 2016, p. 486.

²⁹² ID., p. 490.

²⁹³ Recital 26 GDPR.

²⁹⁴ STEPPE, «Online price discrimination and personal data: A General Data Protection Regulation perspective», *Computer law & security review*, vol. 33, num. 6, pp. 778-781; ZUIDERVEEN BORGESIU/POORT, «Online price discrimination and EU data privacy law», *Journal of Consumer Policy*, vol. 40, num. 3, 2017, p. 360.

processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her». In this sense, the data subject could object to algorithmic pricing.

Nevertheless, Article 22(2)(c) GDPR is the crux of the matter, namely through *explicit consent*, firms are allowed to profile for, *inter alia*, marketing purposes. In practice, this consent is obtained through privacy notices. There is a significant signing-without-reading problem when it comes to general terms and conditions or privacy notices for that matter. Thus, obtaining consent is not particularly onerous for the seller. The effectiveness of the provision is, therefore, highly dubious²⁹⁵.

It must be noted, however, that two developments are reinforcing the protective character of the GDPR. First, the necessity of a legitimate purpose is highlighted by the EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), which states that data processing requires data controllers to prove that processing is compliant with the reasonable expectations of data subjects and that it would not have an unwarranted impact on them. In addition, the EDPB asserts that where processing is in fact not necessary for the performance of a contract another appropriate legal basis needs to be found²⁹⁶. If this is absent, the only option is explicit consent. This is where the second development comes into play. There is a stronger emphasis on the importance of explicit informed consent²⁹⁷. As the EDPB puts it: *«It is important to distinguish between accepting terms of service to conclude a contract and giving consent within the meaning of Article 6(1)(a), as these concepts have different requirements and legal consequences.»*²⁹⁸. In practice, this means that obtaining consent based on the current signing-without-reading practice is being increasingly contested by data protection authorities and courts²⁹⁹.

Consequently, data protection law can be particularly useful to ensure that algorithmic pricing is transparent³⁰⁰, and that information asymmetries are mitigated³⁰¹. Of note is that the call for transparency of algorithms is also supported by the proposed AI Act³⁰².

²⁹⁵ See HELBERGER *et al.*, «EU Consumer Protection 2.0: Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets», *A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project*, 2021, pp. 27-40, retrieved from <https://www.beuc.eu/brochure/eu-consumer-protection-20-structural-asymmetries-digital-consumer-markets-0>, for a further elaboration on why the consent mechanism in its current form fails to provide adequate protection to consumers in terms of data management.

²⁹⁶ Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, paragraph 19.

²⁹⁷ LUZAK, «Privacy notice for dummies? Towards European guidelines on how to give “clear and comprehensive information” on the cookies’ use in order to protect the internet users’ right to online privacy», *Journal of Consumer Policy*, vol. 37, num. 4, 2014, pp. 547 ss.

²⁹⁸ Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, paragraph 20.

²⁹⁹ See, for example, the fine imposed by the French National Data Protection Commission in the case: *Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001* du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l’encontre de la société GOOGLE LLC, and the case by the Court of Grenoble: *TGI DE GRENOBLE*, *Ordonnance de référé* du 4 juillet 2018.

³⁰⁰ See, for example, recital 39 and Article 12 GDPR.

³⁰¹ ZUIDERVEEN BORGESIU, *Journal of Consumer Policy*, vol. 40, num. 3, 2017, pp. 347 ss.

³⁰² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts.

5.5. Human rights law

Human rights law could address some of the ethical concerns that are related to the unequal treatment of individuals through algorithmic pricing. The CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION (CFR) and the EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (ECHR) play an important role in this regard. Various fundamental rights interface with algorithmic pricing, such as human dignity, privacy, and self-determination. A full analysis of these relationships and other relevant human rights laws falls outside the scope of this paper, but there is one human right that will be further explored in this section, namely the right to non-discrimination.

Article 21(1) of the CFR states: «*Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.*» This is in line with recital 75 of the GDPR. Accordingly, algorithmic price discrimination could be problematic if the personalization of prices is based on one of the above-mentioned criteria. Naturally, firms will ensure that algorithms will not be programmed based on these criteria in order to prevent direct discrimination, yet through machine learning, it is conceivable that through indirect factors the algorithm will lead to the same outcome³⁰³.

It is debatable to what extent anti-discrimination law is able to deal with algorithmic pricing. In short, there is no specific legal prohibition of price discrimination. There are various industries, *inter alia* the flight industry, in which price discrimination is commonly applied, legally permissible, and accepted by the public³⁰⁴. As long as the algorithms behind the pricing mechanism are not varying or personalizing prices based on the criteria that are specifically prohibited by human rights laws such as the CFR or the ECHR, there is no strong case for effective intervention based on anti-discrimination law. With respect to the EU non-discrimination law regime, XENIDIS and SENDEN conclude that: «*The legal framework seems to fall short in effectively tackling algorithmic discrimination on the consumption market because of its limitation both in terms of protected grounds and areas that are excluded from its scope.*»³⁰⁵.

It should be pointed out, however, that several regulations which prohibit some discriminatory elements of pricing, such as the Geo-Blocking Regulation³⁰⁶ and Article 20 of the Services Directive³⁰⁷ (i.e., discrimination based on nationality, place of residence, or place of establishment), have successfully been adopted by the European Union. This demonstrates that there is room for development and that in the future the scope of anti-discrimination law might be broadened to eliminate unequal treatment on arbitrary bases³⁰⁸.

³⁰³ BOCK, *Nature*, vol. 537, num. 7618, 2016, p. 9.

³⁰⁴ TUROW, *The aisles have eyes*, Yale University Press, 2017.

³⁰⁵ XENIDIS/SENDEN, «EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination», in BERNITZ *et al.* (eds.), *General Principles of EU law and the EU Digital Order*, Kluwer Law International, 2020, p. 170.

³⁰⁶ Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence, or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC.

³⁰⁷ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market.

³⁰⁸ CHAPDELAINE, *New York University Journal of Law and Business*, vol. 17, num. 1, 2020, p. 32.

5.6. Self-regulation

The focus on legal remedies tends to overlook the roles of market-based solutions and self-regulation. The market has responded to algorithmic pricing by developing technological tools that aid consumers to protect their privacy and limit their exposure to personalization techniques. Browser software or incognito modes allow consumers to delete cookies or inhibit the working of cookies. Consumers can also disable cookies in their browser settings. In this way, no or less personal and behavioral data about the consumer can be collected, which impedes exposure to personalized prices. A related tool is the use of *proxy servers*, which act as an intermediary between the user and the internet that hides the IP address of the user and safeguards anonymity³⁰⁹.

Furthermore, reputation is of pivotal importance to companies. Due to the emergence of online review mechanisms and rating services, companies are exposed to the risk of causing consumer backlash if they are creating the impression that customer data is being exploited. Consumer trust is essential for firms to thrive, and reputational concerns work, therefore, as a constraint on the activities of the seller³¹⁰. Thus, it could be in the interest of companies to adopt self-regulation voluntarily in order to maintain consumer trust in the market. For example, businesses could develop standards and best practices that are compliant with the existing legal framework. This can, for instance, be achieved with the cooperation of high-level European e-commerce organizations and associations³¹¹.

Self-regulatory actions can take away the need for governmental intervention. Through good practice principles and strict rules of conduct, the industry can independently foster the development of pricing strategies that warrant transparency, awareness, and professional diligence. In this way, sellers can be steered into law-abiding compliant behavior and the self-regulatory framework can function as a valuable enforcement tool³¹². A strong point of self-regulation compared to public regulation is the low administrative costs involved, which makes it an attractive market-based solution³¹³.

The assertiveness of consumers should also not be underestimated. Through public outrage, consumers can punish firms that treated them unfairly³¹⁴. The deterrence by consumer outrage can provide an incentive for sellers to self-regulate. Consumers have a predominantly negative attitude toward algorithmic pricing³¹⁵. Consequently, it is conceivable that this unfavorable perception limits the further spread of price-discriminating strategies. Firms will be incentivized to self-correct in the development of the algorithms to prevent unfair outcomes³¹⁶.

³⁰⁹ KUMAR *et al.*, «Privacy Protection in Personalized Web Search using Obfuscation», *International Journal of Emerging Trends in Engineering Research*, vol. 8, num. 4, 2020, pp. 1410 ss.

³¹⁰ RAO/WANG, «Demand for “healthy” products: False claims and FTC regulation», *Journal of Marketing Research*, vol. 54, num. 6, 2017, pp. 968 ss.

³¹¹ EU REPORT, pp. 270-271.

³¹² WEBER, «The Law and Economics of Self-regulation in Advertising», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 3, num. 1, 2014, p. 5.

³¹³ *Id.*, p. 15.

³¹⁴ EDWARDS, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 10, num. 3, 2006, pp. 583-585.

³¹⁵ See section 2.6.

³¹⁶ ODLYZKO, *Proceedings of the 5th international conference on electronic commerce*, 2003.

Technological tools can assist consumers in their assertiveness by enabling the monitoring of pricing strategies in the market³¹⁷. These can be tools for consumers to oversee firms, but also to guard themselves against algorithmic pricing practices. For example, by anonymizing themselves through the incognito mode or by using several profiles to compare prices³¹⁸.

There are, however, several problems with these market-based solutions. Primarily, not all consumers are aware of the existence of these tools, or they do not know how to use them. In other words, there is a problem of awareness and skill³¹⁹. It is questionable to what extent consumers will be in the position to effectively use the available tools. In particular, vulnerable consumers in online environments are less likely to profit from the benefits of technological tools to protect their privacy³²⁰.

Second, data analytics companies have developed technologies that can circumvent many of the tools that consumers have at their disposal. For example, it is regarded as highly complex for consumers to disable flash cookies or avoid advanced tracking technologies³²¹. With regard to the latter, *deep packet inspection* techniques (i.e., technology to open «packages of information» that are sent over the internet – e.g., email messages) that are predominantly used for personalization can bypass many of the technological defenses that are available to consumers. In addition, even if the consumer is successful in disabling all cookies and tracking mechanisms, the functionality of the websites is often lowered, which further increases transaction costs³²².

Third, the constraint that is imposed on firms by reputational concerns is not expected to fully preclude the implementation of personalized pricing strategies³²³. Due to the lack of awareness regarding tracking technologies and data analytics, the actual threat of causing consumer backlash might be lower than one would expect from a theoretical point of view. The likelihood of getting exposed by consumers is low due to this lack of awareness. The degree of sophistication that is needed to understand the mechanism behind algorithmic pricing might further lower the probability. It is, therefore, not reasonable to expect that reputational concerns would remedy all potential harms concerning algorithmic pricing.

In a sense, consumers are involved in a *digital arms race* whereby algorithmic technologies are used as market devices, but also as consumer protection tools³²⁴. To make the race more balanced, the development of AI-based consumer empowering tools should be fostered by policymakers. This could be done, for instance, by encouraging cooperation between researchers,

³¹⁷ MIKIANIS, *Proceedings of the 11th ACM workshop on hot topics in networks*, 2012, pp. 79 ss.

³¹⁸ ACQUISTI, *Marketing Science*, vol. 24, num. 3, 2005, pp. 367 ss.

³¹⁹ CRANOR, «Can users control online behavioral advertising effectively?», *IEEE Security & Privacy*, vol. 10, num. 2, 2012, pp. 93 ss.; UR *et al.*, «Smart, useful, scary, creepy: Perceptions of online behavioral advertising», *Proceedings of the eighth symposium on usable privacy and security*, 2012, pp. 1 ss.

³²⁰ EU REPORT, section 4.9.

³²¹ SOLTANI *et al.*, «Flash cookies and privacy», *2010 AAAI Spring Symposium Series*, 2010, pp. 158 ss.; McDONALD/CRANOR, «Survey of the use of adobe flash local shared objects to respawn http cookies», *I/S: Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 7, num. 3, 2012, pp. 639 ss.

³²² ID.

³²³ OFT, «Online Targeting of Advertising and Pricing», 2010, retrieved from https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/659703/OFT1231.pdf, p. 45.

³²⁴ GROCHOWSKI, *Technology and Regulation*, 2022, pp. 36 ss.

practitioners, and administrations. In other words, a collaboration between the public and private sectors³²⁵. This will, however, not fully remedy the imbalance, in particular with a view to the superior financial and technological abilities of the private sector. Accordingly, further action is warranted³²⁶.

Lastly, concerning self-regulation, the close link to the industry might lead to *regulatory capture*, which refers to the perception that regulatory agencies do not meet public interest goals because they are «*subverted by pressure, influence, and 'bribery' to protect the interests of those who were the subjects of the regulation.*»³²⁷. For this reason, the self-regulatory framework needs to be designed carefully whereby the incentives of the involved parties and the optimal allocation of risks are considered. It can, thus, be asserted that self-regulation cannot be a self-sufficient enforcement mechanism and that it should be combined with public regulation and enforcement. This gives rise to so-called *co-regulation*, which integrates various enforcement mechanisms for the sake of optimal compliance rates³²⁸.

All in all, it can be argued that market-based solutions do provide consumers with some degree of protection, but they are not sufficient to remedy all potential consumer harms. It merits, therefore, further attention to see what regulatory actions can be undertaken to improve consumer protection in the face of algorithmic pricing.

5.7. Current state of affairs

The legal analysis of algorithmic pricing raises the question: Where does the current legal framework leave us?

Competition law is dependent on a broad interpretation of Article 102(c) TFEU to tackle algorithmic pricing. At the moment, relevant case law is missing and the ECJ still needs to provide guidance. If the scope of Article 102(c) TFEU would be extended to exploitative harms to final consumers, competition law could be a useful tool. In addition, if fairness considerations are also taken into account in the analysis, the case for effective intervention becomes stronger.

Consumer protection law has the great advantage that the element of market power, which is necessary for competition law, is irrelevant to interventions based on consumer policy. Consumer protection could, therefore, target all companies that employ algorithmic pricing. However, based on the UCPD, there is no *per se* prohibition on price discrimination and, thus, neither on algorithmic pricing. Algorithmic pricing could only be classified as unfair under the UCPD when there is (1) a lack of transparency regarding the communication of the price mechanism to consumers or (2) the pricing mechanism leads to an unfair commercial practice. As a consequence, there is uncertainty concerning the ability of consumer protection law to address the practice of algorithmic pricing to a sufficient degree.

³²⁵ ID

³²⁶ ID.

³²⁷ OGUS, *Regulation: Legal form and economic theory*, Bloomsbury Publishing, London, 2004, p. 57.

³²⁸ WEBER, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 3, num. 1, 2014, p. 16.

Data protection law is an important complement to consumer protection law. Data protection law emphasizes the roles of transparency, legitimacy, and accountability. It provides, therefore, a valuable framework that supports the aims of consumer protection law, in particular the UCPD. Yet, as long as firms can make a convincing case that the data is collected for legitimate purposes and consumers' consent can easily be obtained, algorithmic pricing can take place without hindrance. In this sense, data protection law does not provide the panacea for the concerns that algorithmic pricing evokes.

Human rights law can regulate cases that deal with overt forms of discrimination against individuals based on categories protected by law. Its relevance to algorithmic price discrimination, which in principle is based on the profiling of consumer characteristics that are not subject to a specific prohibition, is, however, severely limited³²⁹.

The role of self-regulation is also expected to be limited. The advent of internet technologies does not solely provide opportunities to sellers, but also to consumers. Yet, the degree to which technological tools and market-based solutions can sufficiently assist consumers in protecting themselves against algorithmic pricing remains questionable.

Of note is that as part of the EU's new digital strategy A EUROPE FIT FOR THE DIGITAL AGE³³⁰, new legislative developments have taken place that appear to be relevant to the current state of affairs concerning algorithmic pricing. Two prominent regulations are the DIGITAL SERVICES ACT (DSA)³³¹ and the DIGITAL MARKETS ACT (DMA)³³², which together are also called the *Digital Services Package*. The goal of the DSA and DMA is to create a safer digital space, in which the fundamental rights of users are protected and a level playing field for businesses is established. The DSA focuses primarily on online intermediaries and platforms, thereby updating the E-COMMERCE DIRECTIVE³³³, and the DMA governs *gatekeeper* online platforms, which refer to the digital platforms that fulfill a systemic role in the internal market as intermediaries for important digital services.

In the context of algorithmic pricing, the DSA is relevant because it imposes further transparency requirements on providers of online platforms that use recommender systems. Pursuant to Article 27 DSA, there is an obligation on these platforms to present in their terms and conditions, in plain and intelligible language, the main parameters that have been used in the recommender systems, together with any options for the recipients of the service to modify or influence those main parameters. Accordingly, consumers are provided with more information about the algorithmic mechanism behind the recommender system, and it allows them to select and modify their preferred option at any time. Nonetheless, the fact that this information is placed in the

³²⁹ XENIDIS, *General Principles of EU law and the EU Digital Order*, 2020, p. 170.

³³⁰ ALBERTI *et al.*, «A Europe fit for the digital age — Tracking Europeans' Interest in EC Priorities Using Online Search Data», *Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2022, pp. 1 ss.

³³¹ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

³³² Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

³³³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

general terms and conditions makes it dubious to what extent consumers will be effectively aided in their decision-making process and the protection of their welfare. In particular, with the existing challenges of general mandated disclosures in mind³³⁴.

Furthermore, two provisions of the DMA are worth mentioning. First, Article 15 DMA imposes the obligation on a gatekeeper to submit an audit to the European Commission concerning any techniques that are used for consumer profiling, which needs to be updated at least once a year. In this way, more transparency regarding profiling practices can be achieved. Second, Article 6, paragraphs 5, 11, and 12, of the DMA emphasizes algorithmic accountability by requiring the gatekeeper to apply transparent, fair, and non-discriminatory conditions to its activities. It could be argued that this targets algorithmic pricing as well, however, the provisions seem to be aimed at avoiding *self-preferencing* by gatekeepers on their core platform services, through ranking, and related indexing and crawling³³⁵.

Besides, algorithmic pricing can also be undertaken by non-gatekeepers, which makes the scope of application of the DMA limited. Nevertheless, the DMA can inhibit the circumvention of the legal obligations of gatekeepers (Article 13) and work in a complementary manner to the UCPD, whereby UCPD provisions are applied concurrently by covering the types of platforms or practices that are not regulated by the DMA³³⁶.

Finally, the ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT (AI ACT)³³⁷ seems to be a promising legislative proposal to address algorithmic practices. However, following Article 6 in combination with Annex 3 of the AI Act, algorithmic pricing cannot be classified as a high-risk AI system and will most likely fall into the categories of limited or minimal risk³³⁸. This means that in accordance with paragraph 2.3 of the AI Act regarding proportionality: «*For other, non-high-risk AI systems, only very limited transparency obligations are imposed, for example in terms of the provision of information to flag the use of an AI system when interacting with humans.*»

In other words, algorithmic pricing will only be subject to the transparency obligations of Article 52. It is then questionable to what extent these general transparency requirements will improve consumer protection. Providing consumers with general information will likely be insufficient to protect consumers against algorithmic pricing practices³³⁹.

³³⁴ See for an extensive analysis on the failure of mandated disclosure BEN-SHAHAR/SCHNEIDER, *More Than You Wanted to Know*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

³³⁵ BOUGETTE, «Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses», *The Antitrust Bulletin*, vol. 67, num. 2, 2022, pp. 190 ss.; PEITZ, «The Prohibition of Self-Preferencing in the DMA», CERRE Issue Paper, 2022, pp. 6-13.

³³⁶ EUROPEAN COMMISSION, «Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: Dark patterns and manipulative personalization», Final report, 2022, p. 83.

³³⁷ Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts.

³³⁸ LI, «Affinity-based algorithmic pricing: A dilemma for EU data protection law», *Computer Law & Security Review*, vol. 46, 2022, p. 16.

³³⁹ ID.

It is noteworthy, however, that Article 5(1)(b) of the AI Act prohibits specific artificial intelligence practices, which could arguably in some cases include algorithmic pricing, namely:

«(b) the placing on the market, putting into service or use of an AI system that exploits any of the vulnerabilities of a specific group of persons due to their age, physical or mental disability, in order to materially distort the behaviour of a person pertaining to that group in a manner that causes or is likely to cause that person or another person physical or psychological harm;».

The implementation of the proposed AI Act would mean that exploitative pricing techniques that target consumer vulnerabilities would be prohibited, and that effective enforcement could be undertaken against companies that employ these techniques. However, it must be emphasized that these provisions deal with physical and psychological harm and not consumer harm in terms of loss of consumer welfare³⁴⁰. Hence, although the AI Act does provide a useful starting point to combat the exploitation of consumers through AI-based technologies, it will most likely be an insufficient tool for safeguarding consumers' economic interests.

Based on the current state of affairs, it can be concluded that there is no one-size-fits-all solution with regard to the regulation of algorithmic pricing. An eclectic approach is needed whereby a combination of competition law, consumer law, data protection law, and anti-discrimination law can provide a relevant framework for regulation. To specify, the practice of algorithmic pricing is partially covered by a patchwork of different directives. Dependent on which part of algorithmic pricing needs to be addressed, different laws might be applicable. For instance, algorithmic price discrimination that is undertaken by a firm with a dominant market position or that is leading to collusion might be best remedied by competition law, whereas in cases of discrimination based on protected group characteristics anti-discrimination law might be best suited. Similarly, the data collection and processing part of algorithmic pricing can be tackled by virtue of data protection law, whereas the unfair commercial character of the practice can be addressed by consumer protection law. Accordingly, an eclectic regulatory approach is needed that amalgamates the different fields of law to assess algorithmic pricing practices on a case-by-case basis.

To ensure that the eclectic approach works effectively, cooperation between enforcement authorities is indispensable. Since different legal rules apply to algorithmic pricing, cooperation is necessary to find common aspects, organize an effective intervention, and implement consistent decisions³⁴¹. This does not automatically imply the integration of the enforcement agencies, but rather a closer institutional cooperation whereby problems that transcend the competencies of one specific agency are jointly tackled while the benefits of differentiation between the agencies and the legal instruments are maintained. This equally applies to the cooperation between the national and European authorities³⁴².

³⁴⁰ JABŁONOWSKA, «Consumer Protection in the Age of Data-Driven Behaviour Modification», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, num. 2, 2022, p. 71.

³⁴¹ DE STREEL/JACQUES, «Personalised pricing and EU law», *30th European Conference of the International Telecommunications Society (ITS): "Towards a Connected and Automated Society"*, Helsinki, Finland, 16th-19th June 2019, *International Telecommunications Society (ITS)*, Calgary, pp. 1 ss.

³⁴² *Id.*

Notwithstanding the improvements that can be made with respect to enforcement, it remains the case, however, that the current legal framework is providing only a partially functional approach to address algorithmic pricing. Additional appropriate remedies are, therefore, needed to protect consumers adequately and effectively against exploitation that reduces their welfare.

6. Conclusion and policy recommendation

The advent of Big Data technologies has enabled the development of personalized marketing strategies. The rise of algorithms has spurred the growth of these strategies to such an extent that various stakeholders, among which consumer organizations, scholars, and policymakers, are voicing their concerns. In particular, algorithmic pricing is regarded as a practice that could have significant effects on consumer welfare. The theoretical case of perfect price discrimination can become a reality due to the development of algorithmic techniques, which by virtue of machine learning can generate detailed consumer profiles and offer prices that approximate consumers' reservation prices with ever-improving accuracy. The conditions for successful price discrimination can be readily fulfilled under algorithmic pricing. In combination with other marketing techniques, such as personalized offers and targeted advertising, algorithmic pricing is expected to work even more effectively.

The economic analysis of algorithmic pricing demonstrated that from an efficiency perspective, under competitive market conditions, the practice will most likely lead to efficiency benefits. From an equity perspective, however, algorithmic pricing will most likely cause negative equity effects and it will be detrimental to consumer welfare.

Moreover, several ethical concerns can be raised such as risks of discrimination, social sorting, pricing unfairness, unequal distributions of power, and privacy intrusion. Accordingly, there is an equity-efficiency trade-off that pervades algorithmic pricing. The need for legal intervention depends, therefore, on the relative weights that are given to the concepts of efficiency and justice in the social welfare function. In the best-case scenario, algorithmic pricing will increase overall welfare, whereby the effect on consumer welfare will be ambiguous. In the worst-case scenario, algorithmic pricing will have ambiguous effects on total welfare, but consumer welfare will suffer substantially. In practice, the effects will most probably oscillate between these two scenarios depending on the market circumstances and consumer feedback. However, this remains to be seen.

Nonetheless, due to the various equity and ethical concerns that accompany algorithmic pricing as a practice, a cogent argument can be made that the regulatory avenue should at least be explored. Consequently, the current legal framework has been analyzed to see if a functional approach to algorithmic pricing is already in place or if alternative appropriate remedies are needed. In contract law, a weak foundation for intervention has been found that is contingent on the efficacy of applying the price unconscionability doctrine to algorithmic pricing. Competition law, on the other hand, has great potential to tackle algorithmic pricing because of the threats that the practice poses to competition and consumer welfare, which fall within the ambit of competition policy. Nevertheless, for successful enforcement under Article 102 TFEU, the consumer welfare standard in competition law needs to be publicly endorsed and broadened to include fairness considerations, which is currently not the case. In addition, the focus on intermediary customers rather than final customers and the requirement of market power both

lessen the vigor of competition enforcement. For these reasons, consumer protection law aided by data protection law seems to be the most promising approach.

Under the UCPD, algorithmic pricing could be tackled based on a lack of transparency and by proving the misleading or aggressive character of the practice. There is, however, no *per se* prohibition of algorithmic pricing, thus, a substantive case needs to be made that it amounts to an unfair commercial practice. Data protection law can lead to synergy benefits with consumer protection law by reinforcing the call for transparency and regulating the lawful collection and processing of personal data. It is debatable, however, to what extent consumer protection and data protection law can provide a sufficient basis to tackle algorithmic pricing when firms can demonstrate that explicit consent has been obtained, and there is no clear case of an unfair commercial practice. A scenario that does not seem to be too farfetched with a view to the gaps in the current legal framework.

Human rights law, in particular anti-discrimination law, is limited in its competence to deal with algorithmic pricing, and from a market-based perspective, it can be argued that although technological tools and self-regulatory practices can provide consumers with some degree of protection, they will not be sufficiently effective in remedying the potential harms of algorithmic pricing.

In sum, the current legal framework can only provide a partially functional approach to address algorithmic pricing. It can be stated that additional appropriate remedies are needed to protect consumers adequately and effectively against exploitation that reduces their welfare. The road to the regulation of algorithmic pricing should, therefore, be further explored. A full-fledged regulatory analysis falls outside the scope of this article. However, several ideas can nevertheless be put forward that merit further exploration in future research. In this article, a preliminary policy recommendation will be presented that aims to effectively address the challenges posed by algorithmic pricing.

The law and economics analysis has shown that a complete ban on the practice is not desirable. Hence, one must then consider less intrusive, yet effective remedies. It is thereby essential to distinguish the various actors involved and determine to what extent regulation would influence these groups. The first group consists of consumers that will most likely benefit from algorithmic pricing (i.e., the sophisticated consumers). For this group, a complete ban or highly intrusive regulation would lead to adverse effects. For the second group, the average consumer, the welfare effects are expected to be ambiguous, dependent on the market structure. Therefore, the appropriate remedies should not be too restricting, but they should provide warranties to the average consumer that her welfare is not exploited. For the third group, the vulnerable consumer, which could potentially be every individual that is susceptible to exploitation in a specific online situation³⁴³, adequate protection is needed that supersedes the limited categories of vulnerable consumers as they are stated in the current EU consumer acquis³⁴⁴. In other words, protection that is available to every consumer that is particularly vulnerable in a specific situation (i.e., *situational vulnerability*).

³⁴³ HELBERGER, *Journal of Consumer Policy*, vol. 45, num. 2, 2022, pp. 175 ss.

³⁴⁴ See, for example, the definition of vulnerable consumers in recital 18 and Article 5(3) UCPD.

Based on these considerations, this paper argues that more effective consumer protection against algorithmic pricing can be achieved by virtue of the following threefold policy approach. First of all, the advent of Big Data has brought about new technologies that could prove to be much more effective in satisfying the personal preferences and informational needs of consumers than general disclosures. Information technology provides the possibility to design disclosures that account for consumer heterogeneity. This gives rise to the concept of *personalized disclosure*, which means disclosure that is tailored to the individual³⁴⁵. Algorithmic pricing is enabled by the collection of vast amounts of personal and behavioral data about consumers. This data could also be used for an alternative purpose, namely informing consumers. If algorithms are developed that can target consumers individually, they can also be developed to protect consumers individually. This effectively amounts to personalized disclosure empowered by data-driven algorithms.

An economically inefficient manner of implementing personalized disclosure would be to require the government to collect all relevant information and provide consumers individually with the required information. This would lead to wasteful duplication of efforts. The value of the mechanism lies in creating an additional purpose for data that has already been collected. In other words, utilizing the efforts already undertaken by companies for the sake of informing consumers. The regulator would then only require companies to disclose the metrics that are used for personalization and decide what is authorized. This categorization is mainly a normative question that can be left to the political debate. In this way, the regulator does not need to assess or determine all individual metric scores, which will be delegated to the companies, but the regulator will know what categories have been used and if they comply with the existing legal framework³⁴⁶.

Under the current consumer protection laws, traders have the obligation to disclose a variety of information to consumers. To illustrate, concerning personalized pricing, traders must inform consumers about the fact that the offered price has been personalized based on automated decision-making³⁴⁷. Effectively this amounts to a notification that the price has been personalized similar to an ad notification alongside an advertisement. In essence, with such a notification the trader complies with its duty to inform the consumers, however, the disclosure is far from generating an improved understanding of the price. More specifically, it remains a mystery to the consumer based on what information the price has been personalized, to what extent it is fully individualized or derived from group characteristics, and how much the price differs from the uniform price. Simply put, the disclosure does not add valuable information to the decision-making process of the consumer. The striking part is that the seller employing the personalized pricing mechanism possesses this information but does not disclose it. Under personalized disclosure, these key pieces of information would be disclosed to the consumer³⁴⁸.

³⁴⁵ PORAT/STRAHILEVITZ, «Personalizing default rules and disclosure with big data», *Michigan Law Review*, vol. 112, num. 8, 2014, pp. 1417 ss.

³⁴⁶ For an elaborate discussion of the mechanics behind this system see HACKER, «Personalizing EU private law: From disclosures to nudges and mandates», *European review of private law*, vol. 25, num. 3, 2017, pp. 651 ss.

³⁴⁷ Article 6(1)(ea) CRD, added by the MODERNISATION DIRECTIVE; COMMISSION NOTICE UCPD.

³⁴⁸ See, for example, the work on personalized law by BEN-SHAHAR/PORAT, *Personalized law: Different rules for different people*, Oxford University Press, Oxford, 2021; PORAT, *Michigan Law Review*, vol. 112, num. 8, 2014, pp. 1417 ss.

Consequently, the question arises: How would personalize disclosure look in practice? Under personalized price disclosures, consumers would, *inter alia*, see a brief and clear calculation of the price, the difference with the uniform price, and based on what personal information the price has been formed. In this way, the consumer receives information that can effectively assist the decision-making process. Two potential manners in which disclosure could be personalized are through a pre-selection mechanism or the utilization of *use-pattern information*³⁴⁹. Under the first mechanism, a consumer could pre-tick the boxes (e.g., through an online consumer tool) that are to her specific interest. This would mean that, for instance, the attention of privacy-conscious consumers (inferred from their choices) will be drawn to the privacy-sensitive parts of the personalized service, which will be displayed in a conspicuous and simplified manner. Under the second mechanism, information about consumers' behavior in the past is used to help consumers become aware of the aspects that are most important to them, as reflected by their actions³⁵⁰. Although the technological mechanisms underlying personalized disclosure can vary, the outcome is that consumers will get the information that can effectively assist them in their decision-making process.

A counterargument could be made that personalized disclosure will lead to prohibitively high *administration costs of differentiation*. That is to say, the costs of providing each consumer with individualized information will be higher than the potential benefits. However, this argument can be relativized on two points. First, the (economic) feasibility of personalized disclosure has greatly improved with the rise of Big Data, and the associated costs of personalization technology are expected to go down³⁵¹. Second, the degree of granularity of the personalized disclosure can be determined based on the costs. If it turns out that personalized disclosure is relatively costly, crude forms of personalization can take place. For instance, the categorization of consumers into sophisticated, average, and vulnerable consumers. If the costs go down over time, personalization can be further developed in order to make the disclosure more tailored to the individual. Accordingly, the administration costs of differentiation do not necessarily have to be an unsurmountable obstacle for personalized disclosure.

An extension of personalized disclosure could be the use of *personalized price caps*³⁵². This means that based on the information that has been collected about an individual consumer, a maximum price will be set which the personalized price of the seller may not exceed. However, three obstacles need to be overcome before such a policy can be implemented. First, personalized price caps strongly interfere with a company's freedom to set prices, which from an economic perspective is problematic. Such a decision to override the interests of the companies would need to be firmly substantiated. Second, it is unclear to what extent personalized price caps will have adverse effects by incentivizing sellers to match the cap instead of following the previously calculated personalized price, which could potentially be lower. Third, future research is vital to determine to what extent such an innovation is feasible.

³⁴⁹ BAR-GILL/FERRARI, «Informing consumers about themselves», *Erasmus Law Review*, vol. 3, num. 2, 2010, pp. 93 ss.

³⁵⁰ HACKER, *European review of private law*, vol. 25, num. 3, 2017, pp. 651 ss.

³⁵¹ ID.

³⁵² BAR-GILL, «Price caps in multiprice markets», *The Journal of Legal Studies*, num. 44, vol. 2, 2015, pp. 453 ss.

In sum, the development of personalized disclosure seems to be a promising regulatory avenue. The regulatory avenue, however, does not end at disclosure. It would be beneficial to consumers if they would be given a genuine possibility to protect themselves against unwanted personalization. This is where the second prong of the policy recommendation comes into play. It is conceivable that after experiencing the world of personalization a consumer wants to opt out and go back to a state of *anonymity*. That is to say, receiving non-personalized offers in a non-personalized setting. Accordingly, the consumer should be granted a choice to become anonymous and withdraw from algorithmic pricing³⁵³. This effectively means instituting an *opt-out regime* that is aimed at giving consumers the possibility to take back control, at the lowest possible cost. In layman's terms, giving consumers a genuine possibility to *shut it off*.

Pursuant to Articles 21(2) and 22(1) GDPR, it can be argued that consumers have a right to object to algorithmic pricing purposes. In this sense, there already exists an opt-out regime. In practice, however, it has been made excessively difficult to opt out, thereby effectively undermining the opt-out regime as envisioned by the GDPR³⁵⁴. Opting out currently requires high levels of technical sophistication, the incurring of significant transaction costs, and the overcoming of various decision biases³⁵⁵. Accordingly, to make the opting-out regime effective, it is of pivotal importance to render the opt-out option readily available at any display of a personalized price. It should be made maximally conspicuous to the consumer how to withdraw from the practice. Simply put, opting out should be made as easy as liking or sharing a message on social media. Only then would the opt-out regime significantly reduce the costs of self-help and transform itself into a functional instrument for consumer protection³⁵⁶.

A valuable benefit of this approach is that it prevents far-reaching paternalism. If consumers enjoy receiving personalized prices then consumers should not be protected against their will. If personalization is effectively serving consumers and they are reaping the benefits without regret, as advocated by some scholars³⁵⁷, there should be no need to take away these welfare-enhancing tools. However, if consumers feel that they are harmed by the personalized prices, then it should

³⁵³ Cfr. GAL, «Algorithmic challenges to autonomous choice», *Michigan Technology Law Review*, vol. 25, num. 1, 2018, pp. 59 ss.

³⁵⁴ See, for example, LEON *et al.*, «Why Johnny can't opt out: A usability evaluation of tools to limit online behavioral advertising», *Proceedings of the SIGCHI conference on human factors in computing systems*, 2012, pp. 1 ss.; HABIB *et al.*, «An empirical analysis of data deletion and opt-out choices on 150 websites», *Proceedings of the 15th Symposium on Usable Privacy and Security (SOUPS 2019)*, 2019, pp. 387 ss.; KUNTSMAN *et al.*, «Re-thinking Digital Health: Data, Appisasion and the (im)possibility of 'Opting out'», *Digital Health*, vol. 5, 2019, pp. 1 ss.; HABIB *et al.*, «'It's a scavenger hunt': Usability of Websites' Opt-Out and Data Deletion Choices», *Proceedings of the 2020 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2020, pp. 1 ss.

³⁵⁵ ID.; WILLIS, «When Nudges Fail: Slippery Defaults», *University of Chicago Law Review*, vol. 80, num. 3, 2013, pp. 1155 ss.

³⁵⁶ WAGNER, *University of Chicago Law Review*, vol. 86, num. 2, 2019, p. 591.

³⁵⁷ See, for example, SATISH/YUSOF «A Review: Big Data Analytics for enhanced Customer Experiences with Crowd Sourcing», *Procedia Computer Science*, vol. 116, 2017, pp. 274 ss.; DAWN, «Personalised Marketing: Concepts and framework», *Productivity*, vol. 54, num. 4, 2014, pp. 370 ss.; DANTAS/CARRILLAT, «The relational benefits of personalized communications in an online environment», *Canadian Journal of Administrative Sciences/Revue Canadienne des Sciences de l'Administration*, vol. 30, num. 3, 2013, pp. 189 ss.; KWON/KIM, «How to design personalization in a context of customer retention: Who personalizes what and to what extent?», *Electronic Commerce Research and Applications*, vol. 11, num. 2, 2012, pp. 101 ss.; CONSTANTINIDES, «The marketing mix revisited: Towards the 21st century marketing», *Journal of marketing management*, vol. 22, num. 3-4, 2006, pp. 407 ss.

be made as easy and clear as possible to withdraw. In this way, the opt-out mechanism functions as an effective counterbalance to algorithmic pricing.

Of note is that this opt-out mechanism does not detract from the use of privacy-preserving defaults. It could be argued that the default should be opt-in for the sake of privacy protection. Nonetheless, deciding if the default should be opt-in or opt-out remains a highly normative question as to what weights should be given to efficiency or privacy considerations. In case there is a consensus that algorithmic pricing leads to excessive privacy intrusions that should be remedied, the default could be set on non-personalization. In contrast, if the benefits of personalization seem to be economically desirable, the default could remain to be personalization. This requires a debate on a broader societal level³⁵⁸. The opt-out mechanism, however, works either way. In case the default is non-personalized prices, and the consumer decides to opt in then the opt-out should still always and readily be available. If the default is personalization, the opt-out mechanism will work likewise. In short, it is a tool that safeguards consumers' autonomy and choice, regardless of the initial default.

Finally, the thorough use of the opt-out mechanism provides the legislators and sellers indirectly with valuable information, thereby creating an automatic feedback loop. To specify, if the proponents of algorithmic pricing are correct and personalization mainly leads to the better serving of consumer interests, the opt-out mechanism will be scarcely used. This would mean that consumers with a high WTP will not be deterred by the personalized price and consumers with a low WTP will benefit from the personalized price, which results in a low opt-out rate. If the opposite is true and most consumers opt out, it will signal to the legislators that the practice is mainly beneficial to the sellers rather than the consumers. Simultaneously, consumer behavior will force sellers to react. If consumers are massively opting out of algorithmic pricing services, sellers will understand that the pricing practices will not be profitable and that they will have to scale back on personalization. In this way, further regulatory interventions such as prohibitions will be pre-empted.

The third and last prong of the policy proposal concerns enforcement. Certain cases of consumer exploitation through algorithmic pricing will inevitably take place despite the improved disclosure and the opt-out possibility. In such cases, ex-post enforcement is of utmost importance. As with many consumer problems, it is not only a question of regulation but also enforcement. To increase the potency of consumer protection enforcement, an eclectic approach based on various legal regimes is advocated whereby broad cooperation between different enforcement authorities, which can complement each other in addressing algorithmic pricing, is fostered.

Regulating algorithmic pricing is a complex balancing act. The merit of the presented policy approach is that an outright ban on algorithmic pricing can be circumvented without maintaining the status quo which is detrimental to consumers. Consequently, the danger to consumer welfare can be curtailed without losing the benefits that algorithmic pricing can offer.

³⁵⁸ TENE/POLONETSKY, «Big data for all: Privacy and user control in the age of analytics», *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 11, num. 5, 2013, pp. 239 ss.

7. Bibliography

2001/892/EC: Commission Decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Interception of cross-border mail).

ACM, *Leidraad Bescherming Online Consument*, 2020, retrieved from <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-02/acm-leidraad-bescherming-online-consument.pdf>

ACQUISTI, Alessandro *et al.*, «The economics of privacy», *Journal of Economic Literature*, vol. 54, num. 2, 2016, pp. 442 ss.

ACQUISTI, Alessandro/VARIAN, Hal R, «Conditioning prices on purchase history», *Marketing Science*, vol. 24, num. 3, 2005, pp. 367 ss.

ADAVAL, Rashmi/WYER Jr, Robert S, «Conscious and nonconscious comparisons with price anchors: Effects on willingness to pay for related and unrelated products», *Journal of Marketing Research*, vol. 48, num. 2, 2011, pp. 355 ss.

AGHION Philippe *et al.*, «Artificial intelligence and economic growth», in AGRAWAL, Ajay *et al.* (eds.), *The economics of artificial intelligence: An agenda*, University of Chicago Press, Chicago, 2019, pp. 237 ss.

AKMAN, Pinar, «Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 11, num. 1, 2009, pp. 1 ss.

ALBÆK, Svend, «Consumer welfare in EU competition policy», *Aims and values in competition law*, 2013, pp. 67 ss.

ALBERTI, Valentina *et al.*, «A Europe fit for the digital age — Tracking Europeans' Interest in EC Priorities Using Online Search Data», *Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2022, pp. 1 ss.

ARMSTRONG, Mark, «Recent Developments in the Economics of Price Discrimination», in BLUNDELL, Richard *et al.* (eds.), *Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications: Ninth World Congress*, vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 97 ss.

ARMSTRONG, Mark/VICKERS, John, «Competitive price discrimination», *The RAND Journal of Economics*, vol. 32, num. 4, 2001, pp. 579 ss.

ASSAD, Stephanie *et al.*, «Algorithmic pricing and competition: Empirical evidence from the German retail gasoline market», *CESifo Working Paper*, No. 8521, Center for Economic Studies and Ifo Institute (CESifo), 2020, pp. 1 ss.

BAKER, Walter *et al.*, «Price smarter on the net», *Harvard business review*, vol. 79, num. 2, 2001, pp. 122 ss.

BAR-GILL, Oren, «Algorithmic Price Discrimination: When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions», *University of Chicago Law Review*, vol. 86, num. 2, 2018, pp. 1 ss.

BAR-GILL, Oren, «Price caps in multiprice markets», *The Journal of Legal Studies*, num. 44, vol. 2, 2015, pp. 453 ss.

BAR-GILL, Oren, *Seduction by Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

BAR-GILL, Oren/FERRARI, Franco, «Informing consumers about themselves», *Erasmus Law Review*, vol. 3, num. 2, 2010, pp. 93 ss.

BECKERT, Walter *et al.*, «Competitive price discrimination in a spatially differentiated intermediate goods market», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 25, num. 5, 2015, pp. 884 ss.

BEN-SHAHAR, Omri/PORAT, Ariel, *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

BEN-SHAHAR, Omri/SCHNEIDER, Carl E, *More Than You Wanted to Know*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

BOCK, Christoph, «Preserve personal freedom in networked societies», *Nature*, vol. 537, num. 7618, 2016, p. 9.

BORDEN, Neil H, «The concept of the marketing mix», *Journal of advertising research*, vol. 4, num. 2, 1964, pp. 2 ss.

BOUGETTE, Patrice, «Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses», *The Antitrust Bulletin*, vol. 67, num. 2, 2022, pp. 190 ss.

BUJLOW, Tomasz *et al.*, «Web tracking: Mechanisms, implications, and defenses», *arXiv preprint, arXiv:1507.07872*, 2015, pp. 1 ss.

CALABRESI, Guido, «An exchange about law and economics, letter to Dworkin», *Journal of Legal Studies*, vol. 9, num. 2, 1980, pp. 553 ss.

CALVANO, Emilio *et al.*, «Artificial intelligence, algorithmic pricing, and collusion», *American Economic Review*, vol. 110, num. 10, 2020, pp. 3267 ss.

CALVANO, Emilio *et al.*, «Protecting consumers from collusive prices due to AI», *Science*, vol. 370, num. 6520, 2020, pp. 1040 ss.

Case C-484/08 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc).

CHAPDELAINE, Pascale, «Algorithmic Personalized Pricing», *New York University Journal of Law and Business*, vol. 17, num. 1, 2020, pp. 1 ss.

CHEN, Ming/CHEN, Zhi-Long, «Recent developments in dynamic pricing research: Multiple products, competition, and limited demand information», *Production and Operations Management*, vol. 24, num. 5, 2015, pp. 704 ss.

CHEN, Le *et al.*, «An empirical analysis of algorithmic pricing on amazon marketplace», *Proceedings of the 25th international conference on World Wide Web*, 2016, pp. 1339 ss.

CHEN, Ningyuan/GALLEGO, Guillermo, «Welfare analysis of dynamic pricing», *Management Science*, vol. 65, num. 1, 2019, pp. 139 ss.

CHEN, Zhijun *et al.*, «Competitive Personalized Pricing», *The Institute of Social and Economic Research, Osaka University, Discussion Paper No. 1023*, 2018, pp. 1 ss.

CHOE, Pilsung/WU, Jing, «Customer perceptions toward dynamic pricing for wireless data service», *International Journal of Mobile Communications*, vol. 13, num. 2, 2015, pp. 172 ss.

CHRISTL, Wolfie *et al.*, «Corporate surveillance in everyday life», *Cracked Labs*, vol. 6, num. 1, 2017, pp. 1 ss.

CLIFFORD, Stephanie, «Shopper Alert: Price May Drop for You Alone», *The New York Times*, 2012, retrieved from <https://www.nytimes.com/2012/08/10/business/supermarkets-try-customizing-prices-for-shoppers.html>.

COCKBURN, Iain M *et al.*, «The impact of artificial intelligence on innovation», in AGRAWAL, Ajay *et al.* (eds.), *The economics of artificial intelligence: An agenda*, University of Chicago Press, Chicago, 2019, pp. 115 ss.

COMMISSION NOTICE – Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, 2016, retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52016SC0163>.

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: New Consumer Agenda Strengthening Consumer Resilience for Sustainable Recovery. COM/2020/696 final.

CONITZER, Vincent *et al.*, «Hide and seek: Costly consumer privacy in a market with repeat purchases», *Marketing Science*, vol. 31, num. 2, 2012, pp. 277 ss.

CONSTANTINIDES, Efthymios, «The marketing mix revisited: Towards the 21st century marketing», *Journal of marketing management*, vol. 22, num. 3-4, 2006, pp. 407 ss.

Consumer market study on online market segmentation through personalized pricing/offers in the European Union Request for Specific Services 2016 85 02 for the implementation of Framework Contract EAH/2013/CP/04, Final report.

CONSUMERS INTERNATIONAL, «A Consumer Investigation into Personalised Pricing», 2022, retrieved from <https://www.consumersinternational.org/news-resources/news/releases/new-research-consumers-worldwide-concerned-by-opaque-online-pricing/>.

COOTER, Robert/ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 6th edn, Pearson, Boston, 2016.

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, «Big Data and Differential Pricing», *The White House*, 2015, retrieved from https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf

CRANOR, Lorrie F, «Can users control online behavioral advertising effectively?», *IEEE Security & Privacy*, vol. 10, num. 2, 2012, pp. 93 ss.

DANTAS, Danilo C/CARRILLAT, François, «The relational benefits of personalized communications in an online environment», *Canadian Journal of Administrative Sciences/Revue Canadienne des Sciences de l'Administration*, vol. 30, num. 3, 2013, pp. 189 ss.

DARR, Frank P, «Unconscionability and price fairness», *Houston Law Review*, vol. 30, num. 5, 1994, pp. 1819 ss.

DAVENPORT, Thomas *et al.*, «How artificial intelligence will change the future of marketing», *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 48, num. 1, 2020, pp. 24 ss.

DAWN, Suman K, «Personalised Marketing: Concepts and framework», *Productivity*, vol. 54, num. 4, 2014, pp. 370 ss.

DE GEEST, Gerrit, *Rents: How Marketing Causes Inequality*, Beccaria Books, 2018.

DE GEEST, Gerrit, «Signing without reading», in MARCIANO, Alain/RAMELLO, Giovanni B (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics: Basic areas of law*, 1st edn, Springer, 2015.

Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC.

DELLAVIGNA, Stefano/MALMENDIER, Ulrike, «Paying not to go to the gym», *American Economic Review*, vol. 96, num. 3, 2006, pp. 694 ss.

DE STREEL, Alexandre/JACQUES, Florian, «Personalised pricing and EU law», *30th European Conference of the International Telecommunications Society (ITS): "Towards a Connected and Automated Society"*, Helsinki, Finland, 16th-19th June 2019, *International Telecommunications Society (ITS)*, Calgary, pp. 1 ss.

DETHMERS, Frances/BLONDEEL, Jonathan, «EU enforcement policy on abuse of dominance: Some statistics and facts», *European Competition Law Review*, vol. 38, num. 4, 2017, pp. 147 ss.

DEWAN, Rajiv *et al.*, «Product customization and price competition on the internet», *Management Science*, vol. 49, num. 8, 2003, pp. 1055 ss.

Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.

Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market.

Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive').

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

EDWARDS, Matthew A, «Price and prejudice: The case against consumer equality in the information age», *Lewis & Clark Law Review*, vol. 10, num. 3, 2006, pp. 559 ss.

EIDENMÜLLER, Horst, «Justifying fair price rules in Contract Law», *European Review of Contract Law*, vol. 11, num. 3, 2015, pp. 220 ss.

ELLISON, Glenn/ELLISON, Sara F, «Search, obfuscation, and price elasticities on the internet», *Econometrica*, vol. 77, num. 2, 2009, pp. 427 ss.

European Commission, «Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: Dark patterns and manipulative personalization», Final report, 2022.

European Parliament legislative resolution of 26 February 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (COM[2011]0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284[COD]) (Ordinary legislative procedure: first reading), Amendments 153 and 155.

EZRACHI, Ariel, «Sponge», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 5, num. 1, 2017, pp. 49 ss.

EZRACHI, Ariel/STUCKE Maurice, «The Rise of Behavioural Discrimination», *European Competition Law Review*, vol. 37, num. 2, 2016, 485-492.

FARUQUI, Ahmad/PALMER, Jennifer, «Dynamic pricing and its discontents», *Regulation*, vol. 34, num. 3, 2011, pp. 16 ss.

FARUQUI, Ahmad/SERGICI, Sanem, «Household response to dynamic pricing of electricity: A survey of 15 experiments», *Journal of Regulatory Economics*, vol. 38, num. 2, 2010, pp. 193 ss.

FEHR, Ernst/SCHMIDT, Klaus M, «A theory of fairness, competition, and cooperation», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 114, num. 3, 1999, pp. 817 ss.

FOXALL, Gordon, «A descriptive theory of pricing for marketing», *European Journal of Marketing*, vol. 6, num. 3, 1972, pp. 190 ss.

FUDENBERG, Drew/TIOLE Jean, «Customer Poaching and Brand Switching», *Rand Journal of Economics*, vol. 31, num. 4, 2000, pp. 634 ss.

GABAIX, Xavier/LAIBSON, David, «Shrouded attributes, consumer myopia, and information suppression in competitive markets», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 121, num. 2, 2006, pp. 505 ss.

GAL, Michal S, «Algorithmic challenges to autonomous choice», *Michigan Technology Law Review*, vol. 25, num. 1, 2018, pp. 59 ss.

GALE, Bradley T/SWIRE, Donald J, «Value-based marketing & pricing», *Journal of Professional Pricing*, vol. 15, num. 3, 2006, pp. 30 ss.

GARBARINO, Ellen/LEE, Olivia F, «Dynamic pricing in internet retail: Effects on consumer trust», *Psychology & Marketing*, vol. 20, num. 6, 2003, pp. 495 ss.

GESELL, Laurence E/FARRIS, Martin T, «Airline deregulation: An evaluation of goals and objectives», *Transportation Law Journal*, vol. 21, num. 1, 1992, pp. 105 ss.

GIJSBRECHTS, Els, «Prices and pricing research in consumer marketing: Some recent developments», *International journal of research in marketing*, vol. 10, num. 2, 1993, pp. 115 ss.

GIL GONZÁLEZ, Elena/DE HERT, Paul, «Understanding the legal provisions that allow processing and profiling of personal data—an analysis of GDPR provisions and principles», *Era Forum*, vol. 19, num. 4, 2019, pp. 597 ss.

GOLOBARDES, Mireia Artigot, «Algorithmic personalization of consumer transactions and the limits of contract law», *Journal of Law, Market & Innovation*, vol. 1, num. 1, 2022, pp. 17 ss.

GRAEF, Inge, «Algorithms and fairness: What role for competition law in targeting price discrimination towards ends consumers», *Columbia Journal of European Law*, vol. 24, num. 3, 2018, pp. 541 ss.

GRENNAN, Matthew, «Price discrimination and bargaining: Empirical evidence from medical devices», *American Economic Review*, vol. 103, num. 1, 2013, pp. 145 ss.

GROCHOWSKI, Mateusz *et al.*, «Price Discrimination and Consumer Protection: A Digital Arms Race?», *Technology and Regulation*, 2022, pp. 36 ss.

Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects.

HABIB, Hana *et al.*, «"It's a scavenger hunt": Usability of Websites' Opt-Out and Data Deletion Choices», *Proceedings of the 2020 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2020, pp. 1 ss.

HABIB, Hana *et al.*, «An empirical analysis of data deletion and opt-out choices on 150 websites», *Proceedings of the 15th Symposium on Usable Privacy and Security (SOUPS 2019)*, 2019, pp. 387 ss.

HACKER, Philipp, «Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law», *Common Market Law Review*, vol. 55, num. 4, 2018, pp. 1143 ss.

HACKER, Philipp, «Personalizing EU private law: From disclosures to nudges and mandates», *European review of private law*, vol. 25, num. 3, 2017, pp. 651 ss.

HAGEN, Linda *et al.*, «How can machine learning aid behavioral marketing research?», *Marketing Letters*, vol. 31, num. 4, 2020, pp. 361 ss.

HANNAK, Aniko *et al.*, «Measuring price discrimination and steering on e-commerce web sites», *Proceedings of the 2014 conference on internet measurement conference*, 2014, pp. 305 ss.

HAUSMAN, Jerry A/MACKIE-MASON, Jeffrey K, «Price discrimination and patent policy», *The RAND Journal of Economics*, vol. 19, num. 2, 1988, pp. 253 ss.

HAWES, Kelly L/BEARDEN, William O, «Dynamic pricing and consumer fairness perceptions», *Journal of Consumer Research*, vol. 33, num. 3, 2006, pp. 304 ss.

HAYEK, Friedrich A, *Road to Serfdom*, The University of Chicago Press, Chicago, 1944.

HEIDHUES, Paul/KÖSZEGI, Botond, «Naivete-based discrimination», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 132, num. 2, 2017, pp. 1019 ss.

HELBERGER, Natali *et al.*, «Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability», *Journal of Consumer Policy*, vol. 45, num. 2, 2022, pp. 175 ss.

HELBERGER, Natali *et al.*, «EU Consumer Protection 2.0: Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets», *A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project*, 2021, retrieved from <https://www.beuc.eu/brochure/eu-consumer-protection-20-structural-asymmetries-digital-consumer-markets-0>.

HINTERHUBER, Andreas, «Customer value-based pricing strategies: Why companies resist», *Journal of business strategy*, vol. 29, num. 4, 2008, pp. 41 ss.

HO, Yi-Chun *et al.*, «Online cash-back shopping: Implications for consumers and e-businesses», *Information Systems Research*, vol. 28, num. 2, 2017, pp. 250 ss.

HOGAN, Kevin, «Consumer Experience in the Retail Renaissance: How Leading Brands Build a Bedrock with Data», 2018, retrieved from <https://www.deloittedigital.com/us/en/blog-list/2018/consumer-experience-in-the-retail-renaissance--how-leading-brand.html>.

HUANG, Ke-Wei, «Equilibrium market segmentation for targeted pricing based on customer characteristics», *Available at SSRN 1292508*, 2010, pp. 1 ss.

HUANG, Ming-Hui/RUST, Roland T, «Artificial intelligence in service», *Journal of Service Research*, vol. 21, num. 2, 2018, pp. 155 ss.

INGENBLEEK, Paul *et al.*, «Successful new product pricing practices: A contingency approach», *Marketing Letters*, vol. 14, num. 4, 2003, pp. 289 ss.

JABLONOWSKA, Agnieszka, «Consumer Protection in the Age of Data-Driven Behaviour Modification», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, num. 2, 2022, pp. 67 ss.

KAHNEMAN, Daniel *et al.*, «Fairness as a constraint on profit seeking: Entitlements in the market», *The American Economic Review*, vol. 76, num. 4, 1986, pp. 728 ss.

KALIMO, Harri/MAJCHER, Klaudia, «The concept of fairness: Linking EU competition and data protection law in the digital marketplace», *European law review*, vol. 42, num. 2, 2017, pp. 210 ss.

KANNAN, Pallassana K/KOPALLE, Praveen K, «Dynamic pricing on the Internet: Importance and implications for consumer behavior», *International Journal of Electronic Commerce*, vol. 5, num. 3, 2001, pp. 63 ss.

KAPLOW, Louis/SHAVELL, Steven, «Fairness versus welfare», *Harvard Law Review*, vol. 114, num. 4, 2001, pp. 961 ss.

KAPLOW, Louis/SHAVELL, Steven, «Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income», *The Journal of Legal Studies*, vol. 23, num. 2, 1994, pp. 667 ss.

KIENZLER, Mario, «Value-based pricing and cognitive biases: An overview for business markets», *Industrial Marketing Management*, vol. 68, num. 1, 2018, pp. 86 ss.

KIENZLER, Mario/KOWALKOWSKI, Christian, «Pricing strategy: A review of 22 years of marketing research», *Journal of Business Research*, vol. 78, num. 1, 2017, pp. 101 ss.

KLOCK, Mark, «Unconscionability and price discrimination», *Tennessee Law Review*, vol. 69, num. 2, 2001, pp. 317 ss.

KUMAR, Krishan *et al.*, «Privacy Protection in Personalized Web Search using Obfuscation», *International Journal of Emerging Trends in Engineering Research*, vol. 8, num. 4, 2020, pp. 1410 ss.

KUNTSMAN, Adi *et al.*, «Re-thinking Digital Health: Data, Appisation and the (im)possibility of 'Opting out'», *Digital Health*, vol. 5, 2019, pp. 1 ss.

KWON, Kwiseok/KIM, Cookhwan, «How to design personalization in a context of customer retention: Who personalizes what and to what extent?», *Electronic Commerce Research and Applications*, vol. 11, num. 2, 2012, pp. 101 ss.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DG CCRF), «IP Tracking: conclusions de l'enquête conjointe menée par la CNIL and la DGCCRF», 2014, retrieved from <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/ip-tracking-conclusions-lenquete-conjointe-menee-par-cnil-et-dgccrf>.

LEE, Fei/MONROE, Kent B, «Dynamic pricing on the internet: A price framing approach», in LEE, Angela Y/SOMAN, Dilip (eds.), *Advances in Consumer Research*, vol. 35, num. 1, Association for Consumer Research, Duluth, 2008, pp. 637 ss.

LEON, Pedro G *et al.*, «Why Johnny can't opt out: A usability evaluation of tools to limit online behavioral advertising», *Proceedings of the SIGCHI conference on human factors in computing systems*, 2012, pp. 1 ss.

LEVINE, Michael E, «Price discrimination without market power», *Yale Journal on Regulation*, vol. 19, num. 1, 2002, pp. 1 ss.

LI, Tao *et al.*, «Dynamic pricing, production, and channel coordination with stochastic learning», *Production and Operations Management*, vol. 24, num. 6, 2015, pp. 857 ss.

LI, Xi *et al.*, «Transparency of behavior-based pricing», *Journal of Marketing Research*, vol. 57, num. 1, 2020, pp. 78 ss.

LI, Zihao, «Affinity-based algorithmic pricing: A dilemma for EU data protection law», *Computer Law & Security Review*, vol. 46, 2022, pp. 1 ss.

LIOZU, Stephan M, «State of value-based-pricing survey: Perceptions, challenges, and impact», *Journal of Revenue and Pricing Management*, vol. 16, num. 1, 2017, pp. 18 ss.

LUZAK, Joasia A, «Privacy notice for dummies? Towards European guidelines on how to give “clear and comprehensive information” on the cookies’ use in order to protect the internet users’ right to online privacy», *Journal of Consumer Policy*, vol. 37, num. 4, 2014, pp. 547 ss.

MAGGIOLINO, Mariateresa, «Personalized prices in European competition law», *Bocconi Legal Studies Research Paper*, 2017, pp. 1 ss.

MAHDAWI, Arwa, «Is Your Friend Getting a Cheaper Uber Fare Than You Are?», *The Guardian*, 2018, retrieved from <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/apr/13/uber-lyft-prices-personalized-data>.

MARKOVITS, Richard S, «Why Kaplow and Shavell's double-distortion argument articles are wrong», *George Mason Law Review*, vol. 13, num. 3, 2005, pp. 511 ss.

MARTIN, Kelly D/MURPHY, Patrick E, «The role of data privacy in marketing», *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 45, num. 2, 2017, pp. 135 ss.

MAS-COLELL, Andreu *et al.*, *Microeconomic theory*. Oxford University Press, New York, 1995.

MATHIS, Klaus, *Efficiency instead of justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*, vol. 84, Springer Science & Business Media, 2009.

MCAFEE, Randolph, «Price discrimination», *Issues in Competition Law and Policy*, vol. 1, 2008, pp. 465 ss.

MCCARTHY, John *et al.*, «A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence», *AI Magazine*, vol. 27, num. 4, 2006, pp. 12 ss.

MCDONALD, Aleecia M/CRANOR, Lorrie F, «Survey of the use of adobe flash local shared objects to respawn http cookies», *I/S: Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 7, num. 3, 2012, pp. 639 ss.

MCGILL, Jeffrey I/VAN RYZIN, Garrett J, «Revenue management: Research overview and prospects», *Transportation Science*, vol. 33, num. 2, 1999, pp. 233 ss.

MIKIANS, Jakub *et al.*, «Crowd-assisted search for price discrimination in e-commerce: First results», *Proceedings of the ninth ACM conference on Emerging networking experiments and technologies*, 2013, pp. 1 ss.

MIKIANS, Jakub *et al.*, «Detecting price and search discrimination on the internet», *Proceedings of the 11th ACM workshop on hot topics in networks*, 2012, pp. 79 ss.

MILLER, Akiva A, «What do we worry about when we worry about price discrimination? The law and ethics of using personal information for pricing», *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 19, num. 1, 2014, pp. 41 ss.

MORIARTY, Jeffrey, «Why online personalized pricing is unfair», *Ethics and Information Technology*, vol. 23, num. 3, 2021, pp. 495 ss.

MORRIS, Michael H, «Separate prices as a marketing tool», *Industrial marketing management*, vol. 16, num. 2, 1987, pp. 79 ss.

MOTTA, Massimo, *Competition policy: Theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

MUSOLFF, Leon, «Algorithmic Pricing Facilitates Tacit Collusion: Evidence from E-Commerce», *Proceedings of the 23rd ACM Conference on Economics and Computation*, 2022, pp. 1 ss.

NASH JR, John F, «The bargaining problem», *Econometrica: Journal of the econometric society*, 1950, pp. 155 ss.

NEVO, Aviv/WOLFRAM, Catherine, «Why do manufacturers issue coupons? An empirical analysis of breakfast cereals», *RAND Journal of Economics*, vol. 33, num. 2, 2002, pp. 319 ss.

NEWCOMER, Eric, «Uber Starts Charging What It Thinks You're Willing to Pay», *Bloomberg*, 2017, retrieved from <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-05-19/uber-s-future-may-rely-on-predicting-how-much-you-re-willing-to-pay>.

NIELSEN, Anne-Dorte B, *Harmonisation of EU Marketing Law: Analysis of Advantages and Disadvantages Regarding Regulating of Marketing Law in EU*, Nordic Council of Ministers, Copenhagen, 2002.

NILSSON, Nils J, *The quest for artificial intelligence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

NISSENBAUM, Helen, *Privacy in Context*, Stanford University Press, 2009.

NUSSBAUM, Martha/SEN, Amartya (eds.), *The quality of life*, Clarendon Press, 1993.

O'DONOGHUE, Robert/PADILLA, Jorge, *The law and economics of Article 102 TFEU*, 2nd edn, Hart Publishing, 2013.

ODLYZKO, Andrew, «Privacy, economics, and price discrimination on the internet», *Proceedings of the 5th international conference on electronic commerce*, 2003, pp. 355 ss.

OECD, «Personalized Pricing in the Digital Era», 2018, retrieved from <https://www.oecd.org/competition/personalised-pricing-in-the-digital-era.html>.

OECD, «Price Discrimination - Background note by the Secretariat», 2016, retrieved from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf).

OECD, «Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law», *Commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs*, 1993, retrieved from <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>.

OFT, «The Economics of Online Personalised Pricing», 2013, retrieved from <https://docplayer.net/9529539-The-economics-of-online-personalised-pricing.html>.

OFT, «Personalised Pricing: Increasing Transparency to Improve Trust», 2013, retrieved from https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402165101/http://oft.gov.uk/shared_of/t/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf.

OFT, «Online Targeting of Advertising and Pricing», 2010, retrieved from https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/659703/OFT1231.pdf.

OGUS, Anthony I, *Regulation: Legal form and economic theory*, Bloomsbury Publishing, London, 2004.

OKUN, Arthur M, *Equality and efficiency: The big tradeoff*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2015.

PARISI, Francesco, *The language of law and economics*, Cambridge Books, Cambridge, 2013.

PASQUALE, Frank, *The black box society*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2015.

PASQUALE, Frank, «Technology, Competition, and Values», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 8, num. 1, 2007, pp. 607 ss.

PAVLOU, Paul A *et al.*, «Understanding and mitigating uncertainty in online exchange relationships: A principal-agent perspective», *MIS quarterly*, vol. 31, num. 1, 2007, pp. 105 ss.

PEITZ, Martin, «The Prohibition of Self-Preferencing in the DMA», CERRE Issue Paper, 2022, pp. 1 ss.

PIGOU, Arthur C, *The economics of welfare*, Macmillan, London, 1920.

POLINSKY, Alan M, *An Introduction to Law and Economics*, 2nd edn, Little Brown & Co, 1989.

PORAT, Ariel/STRAHILEVITZ, Lior, «Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data», *Michigan Law Review*, vol. 112, num. 8, 2014, pp. 1417 ss.

POSNER, Richard A, *The problems of jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1990.

POSNER, Richard A, «Wealth maximization revisited», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 2, num. 1, 1985, pp. 85 ss.

POSNER, Richard A, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1981.

POSNER, Richard A, «Utilitarianism, economics, and legal theory», *Journal of Legal Studies*, vol. 8, num. 1, 1979, pp. 103 ss.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts.

RABIN, Matthew, «Incorporating fairness into game theory and economics», *The American Economic Review*, vol. 83, num. 1, 1993, pp. 1281 ss.

RAO, Anita/WANG, Emily, «Demand for “healthy” products: False claims and FTC regulation», *Journal of Marketing Research*, vol. 54, num. 6, 2017, pp. 968 ss.

RAWLS, John B, *A Theory of Justice*, Belknap Press, 1971.

RAYNA, Thierry *et al.*, «Pricing music using personal data: Mutually advantageous first-degree price discrimination», *Electronic Markets*, vol. 25, num. 2, 2015, pp. 139 ss.

Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence, or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC.

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

SALOP, Steven/STIGLITZ, Joseph, «Bargains and ripoffs: A model of monopolistically competitive price dispersion», *The Review of Economic Studies*, vol. 44, num. 3, 1977, pp. 493 ss.

SANCHEZ-CARTAS, Juan M/KATSAMAKAS, Evangelo, «Artificial Intelligence, algorithmic competition and market structures», *IEEE Access*, vol. 10, num. 1, 2022, pp. 10575 ss.

SATISH, Laika/YUSOF, Norazah, «A Review: Big Data Analytics for enhanced Customer Experiences with Crowd Sourcing», *Procedia Computer Science*, vol. 116, 2017, pp. 274 ss.

SCHINDLER, Robert M, *Pricing strategies: A marketing approach*, Sage Publications, 2012.

SCHLEUSENER, Michael/HOSELL, Sarah, «Expertise zum Thema "Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel"», SVRV, *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, 2016, pp. 1 ss.

SCHMALENSSEE, Richard, «Output and welfare implications of monopolistic third-degree price discrimination», *The American Economic Review*, vol. 71, num. 1, 1981, pp. 242 ss.

SCHWARTZ, Marius, «Third-degree price discrimination and output: Generalizing a welfare result», *The American Economic Review*, vol. 80, num. 5, 1990, pp. 1259 ss.

SEELE, Peter *et al.*, «Mapping the ethicality of algorithmic pricing: A review of dynamic and personalized pricing», *Journal of Business Ethics*, vol. 170, num. 4, 2021, pp. 697 ss.

SHAVELL, Steven, *Foundations of economic analysis of law*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2009.

SHILLER, Benjamin R, «First Degree Price Discrimination Using Big Data», *Brandeis University, Department of Economics and International Business School, Working Paper No. 58*, 2014, pp. 1 ss.

SHILLER, Benjamin R/WALDFOGEL, Joel, «Music for a song: An empirical look at uniform pricing and its alternatives», *The Journal of Industrial Economics*, vol. 59, num. 4, 2011, pp. 630 ss.

SKOURAS, Thanos *et al.*, «Economics and marketing on pricing: How and why do they differ?», *Journal of Product and Brand Management*, vol. 14, num. 6, 2005, pp. 362 ss.

SOLTANI, Ashkan *et al.*, «Flash cookies and privacy», *2010 AAAI Spring Symposium Series*, 2010, pp. 158 ss.

STEPPE, Richard, «Online price discrimination and personal data: A General Data Protection Regulation perspective», *Computer law & security review*, vol. 33, num. 6, pp. 768 ss.

STRAHILEVITZ, Lior, «Reputation nation: Law in an era of ubiquitous personal information», *Northwestern University Law Review*, vol. 102, num. 4, pp. 1667 ss.

STUCKE, Maurice E/EZRACHI, Ariel, «Antitrust, algorithmic pricing and tacit collusion», in BARFIELD Woodrow/PAGALLO, Ugo (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 624 ss.

STUYCK, Jules, «Case C-484/08 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)», *Case Note*, 2010, pp. 449 ss.

TAN, Yinliang *et al.*, «Mitigating inventory overstocking: Optimal order-up-to level to achieve a target fill rate over a finite horizon», *Production and Operations Management*, vol. 26, num. 11, pp. 1971 ss.

TAYLOR, Curtis R, «Consumer privacy and the market for customer information», *RAND Journal of Economics*, vol. 35, num. 4, 2004, pp. 631 ss.

TENE, Omer/POLONETSKY, Jules, «Big data for all: Privacy and user control in the age of analytics», *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 11, num. 5, 2013, pp. 239 ss.

TGI DE GRENOBLE, Ordonnance de référé du 4 juillet 2018.

TIROLE, Jean, *The theory of industrial organization*, MIT Press, 1988.

TOWNLEY, Christopher *et al.*, «Big data and personalized price discrimination in EU competition law», *Yearbook of European Law*, vol. 36, num. 1, 2017, pp. 683 ss.

Treaty on the Functioning of the European Union.

TRZASKOWSKI, Jan, «Behavioural economics, neuroscience, and the unfair commercial practises directive», *Journal of Consumer Policy*, vol. 34, num. 3, 2011, pp. 377 ss.

TUROW, Joseph, *The aisles have eyes*, Yale University Press, 2017.

TUROW, Joseph, *Niche envy: Marketing discrimination in the digital age*, MIT Press, 2008.

TUROW, Joseph *et al.*, «Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline», *A Report from the Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania*, 2005.

UR, Blase *et al.*, «Smart, useful, scary, creepy: Perceptions of online behavioral advertising», *Proceedings of the eighth symposium on usable privacy and security*, 2012, pp. 1 ss.

VALENTINO-DEVRIES, Jennifer *et al.*, «Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information», *The Wall Street Journal*, 2012, retrieved from <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>.

VAN DEN BERGH, Roger J, *Comparative competition law and economics*, Edward Elgar Publishing, 2017.

VARIAN, Hal R, *Intermediate microeconomics: A modern approach*, 8th edn, WW Norton & Company, 2010.

VARIAN, Hal R, «Price discrimination and social welfare», *The American Economic Review*, vol. 75, num. 4, 1985, pp. 870 ss.

VARIAN, Hal R, «A model of sales», *The American Economic Review*, vol. 70, num. 4, 1980, pp. 651 ss.

WAGNER, Gerhard/EIDENMÜLLER, Horst, «Down by algorithms: Siphoning rents, exploiting biases, and shaping preferences: Regulating the dark side of personalized transactions», *University of Chicago Law Review*, vol. 86, num. 2, 2019, pp. 581 ss.

WEBER, Franziska, «The Law and Economics of Self-regulation in Advertising», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 3, num. 1, 2014, pp. 5 ss.

WEISMAN, Dennis L/KULICK, Robert B, «Price discrimination, two-sided markets, and net neutrality regulation», *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 13, num. 1, 2010, pp. 81 ss.

WEISS, Robert/MEHROTRA, Ajay K, «Online dynamic pricing: Efficiency, equity and the future of e-commerce», *Virginia Journal of Law & Technology*, vol. 6, num. 2, 2001, pp. 1 ss.

WEISSTEIN, Fei *et al.*, «Effects of price framing on consumers' perceptions of online dynamic pricing practices», *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 41, num. 5, 2013, pp. 501 ss.

WILLIS, Lauren E, «When Nudges Fail: Slippery Defaults», *University of Chicago Law Review*, vol. 80, num. 3, 2013, pp. 1155 ss.

XENIDIS, Raphaële/SENDEN, Linda, «EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination», in BERNITZ, Ulf *et al.* (eds.), *General Principles of EU law and the EU Digital Order*, Kluwer Law International, 2020, pp. 151 ss.

XIA, Lan *et al.*, «The price is unfair! A conceptual framework of price fairness perceptions», *Journal of Marketing*, vol. 68, num. 4, 2004, pp. 1 ss.

XU, Zibin/DUKES, Anthony, «Product line design under preference uncertainty using aggregate consumer data», *Marketing Science*, vol. 38, num. 4, 2019, pp. 669 ss.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Clarendon Press, 1996.

ZUBOFF, Shoshana, «Surveillance capitalism and the challenge of collective action», *New labor forum*, vol. 28, num. 1, 2019, pp. 10 ss.

ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik/POORT, Joost, «Online price discrimination and EU data privacy law», *Journal of Consumer Policy*, vol. 40, num. 3, 2017, pp. 347 ss.

Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales

Sumario

-

Se ha puesto en entredicho la supervivencia de la legítima. La solidaridad familiar, entendida como la asistencia patrimonial a ciertos familiares tras el fallecimiento del cabeza de familia, no sirve hoy en día para justificar la imposibilidad de disponer libremente de dos tercios del patrimonio del testador. El artículo propone una reflexión sobre el fundamento de la institución, a la luz de la actual realidad social y jurídica, que junto a ciertas modificaciones en su régimen jurídico, permita seguir justificando la utilidad de la figura como instrumento de protección de la familia.

Abstract

-

The survival of the compulsory share has been called into question. Family solidarity, understood as patrimonial assistance to certain relatives after the death of the head of the family, does not serve today to justify the impossibility of freely disposal of two thirds of the testator's estate. The article proposes a reflection on the grounds of the institution, in light of the current social and legal reality, which along to certain amendmends in its legal regime, allows to continue justifying the utility of the figure as an instrument of protection of the family.

Title: *The ground for the compulsory share. From patrimonial solidarity to solidarity in personal care*

-

Palabras clave: derechos sucesorios, legítima, desheredación, familia, affectio familiaris, uniones de hecho, familias reconstituidas

Keywords: *Inheritance rights, Compulsory share, Disinheritance, Family, Affectio familiaris, unmarried couples, blended families*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.09

3.2023

Recepción
11/03/2023

-

Aceptación
24/05/2023

-

Índice

-

1. *Introducción*
2. *Fundamento de la legítima*
3. *Afianzamiento del afecto como valor jurídico en las realciones familiares*
4. *Repercusiones de la affectio familiaris en el derecho patrimonial*
5. *Repercusiones de la affectio familiaris en el derecho de sucesiones*
 - 5.1. Derecho común
 - 5.2. Derechos civiles forales y autonómicos
6. *Propuestas de reforma*
 - 6.1. Ampliación y flexibilización de las causas de indignidad y desheredación
 - 6.2. Ampliación de la condición de legitimario
7. *Conclusiones*
8. *Bibliografía*
9. *Resoluciones judiciales*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción

Una de las propuestas de reforma del sistema sucesorio español es la relativa a las legítimas¹. Son muchas las voces que se alzan a favor de la necesidad de reformar una institución que, con cambios menores, ha perdurado a lo largo de la historia pese a las importantes transformaciones sociales, económicas y familiares experimentadas por nuestro país desde el momento de la redacción del Código Civil². Nuestra doctrina oscila desde quienes defienden la absoluta libertad de testar hasta quienes proponen reformas puntuales, como la introducción de nuevas causas de indignidad y/o de desheredación, la ampliación o reducción de sujetos legitimarios, la reducción de las cuotas legitimarias, o modificaciones en la computación de las donaciones o en las acciones de reducción. Pero ambas posturas (libertad de testar y reformas puntuales) exigen comenzar por determinar si el régimen jurídico de la figura sigue respondiendo a la protección de la familia y, de no ser así, si con los debidos cambios puede seguir asumiendo esa función.

Es cierto que, desmarcándose de la postura que adoptó en Alemania el Tribunal Constitucional (BVerfG)³, la doctrina española coincide en el carácter no constitucional de la legítima, por lo que nada parece exigir que la protección de la familia se realice a través de esta institución. Pero lo que parece indudable es que no se puede mantener tan importante limitación a la libertad individual si la legítima no se adecúa a una finalidad de interés social.

Por ello, nos proponemos reflexionar sobre el fundamento de la institución a raíz de la nueva realidad social, deteniéndonos en las reformas legislativas, las tendencias jurisprudenciales y las experiencias de los derechos forales y autonómicos que ponen en entredicho el fundamento que le venía siendo atribuido hasta ahora. Las posturas doctrinales y jurisprudenciales que se han ido abriendo paso en los últimos tiempos, favorables a una flexibilización y ampliación de las causas de indignidad y/o de desheredación, y una modificación de los sujetos legitimarios, obligan a revisar el fundamento de una institución que el legislador decimonónico recogió en un contexto muy diferente al actual, y con él, el de su régimen jurídico. Si la institución no se adecúa ya al fin con el que se diseñó, podría resultar oportuno prescindir de ella, a no ser que con los debidos ajustes siga revelándose como un instrumento útil de protección de la familia.

¹ La Orden de 4 de febrero de 2019, del Ministerio de Justicia, por la que se encomienda a la sección de derecho civil de la comisión general de codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar, se refiere a la necesidad de «afrontar una profunda reforma del sistema sucesorio del Código civil español; reforma que quiere centrarse en dos puntos fundamentales: la cuestión de las legítimas y la mejora del régimen de liquidación de las deudas de la sucesión».

² Se hace eco de esta opinión mayoritaria la propia Orden de 4 de febrero de 2019 anteriormente citada y, entre la doctrina española: GARCÍA RUBIO, «Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil», en BARBA/PÉREZ GALLARDO (coords.), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 48; GALICIA AIZPURÚA, «Las legítimas en la Propuesta de reforma de la asociación de profesores de Derecho Civil», en VILLÓ TRAVÉ (dir.), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Cizur Menor, Navarra, 2019, p. 47; CARILLÓN OLMOS, «Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas», *Revista Boliviana de Derecho*, 30, 2020, p. 366.

³ Sentencia de 19 de abril de 2005, disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050419_1bvr

164400.html. Puede verse un resumen de la sentencia en PINTENS/SENYS, «Comparative Law. Germany. Compulsory Portion and Solidarity Between Generations in German Law», en CASTELEIN/FOQUÉ/VERBEKE (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society. Five Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, pp. 171-174. Entre nuestra doctrina: ARROYO I AMAYUELAS, «La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania», 1.2010, *Indret*.

2. Fundamento de la legítima

Constituye actualmente postura mayoritaria, entre nuestra doctrina, la de entender que la institución de la legítima no se encuentra en la garantía institucional a la herencia, prevista por el art. 33CE, ni es la protagonista de la protección de la familia, aludida por el art. 39CE. Aunque el texto constitucional reconoce el derecho a la herencia (art. 33CE), éste no es sino una prolongación del derecho del propietario a disponer de sus bienes más allá de su muerte. Es decir, una consagración de la libertad de disponer *mortis causa*. Pero nada indica que la Constitución imponga la legítima como contenido esencial del derecho a la herencia ni como institución de protección de determinados familiares⁴. Pero, como afirma PARRA LUCÁN, «Otra cosa es que el Derecho de sucesiones debe conciliar la libertad de disponer (artículo 33 de la Constitución) con la necesaria protección de la familia (art. 39 de la Constitución) y el sistema de las legítimas es una de las formas de lograrlo»⁵.

También es habitual hablar del fundamento familiar de la legítima, o más concretamente, de la solidaridad familiar o solidaridad intergeneracional⁶. Del mismo modo que, en vida del testador, la protección de los miembros de la unidad familiar se articula a través de la patria potestad (arts. 154 y 155CC), los deberes conyugales (arts. 66CC y ss.) y el derecho de alimentos (art. 142CC y ss.), tras su fallecimiento dicha protección se mantendría a través de la institución de la legítima⁷. Dicha solidaridad se ha entendido principalmente en clave de solidaridad patrimonial, como una forma de asistir pecuniariamente a los parientes más próximos del causante⁸. En el contexto del

⁴ Ver al respecto la tesis minoritaria de LÓPEZ Y LÓPEZ, «La garantía institucional de la herencia», *Derecho privado y Constitución*, 3, 1994, p. 43 ss. Disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/9902dpc003029.pdf>. y la actual postura mayoritaria, representada entre otros por CAÑIZARES LASO, «Legítimas y libertad de testar», en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones. 'Liber Amicorum' Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 262 ss; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Legítimas y protección constitucional de la herencia», *RJN*, 99, 2016, p.338 o BARRIO GALLARDO, «Derecho a la herencia y sucesión forzosa en el art. 33 de la constitución española», *Conpedi Law Review*, vol. 4 1, junio 2018, p. 139 ss. y «El ocaso de las legítimas largas», en CAPILLA RONCERO/ESPEJO LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA (dirs.), *Las legítimas y la libertad de Testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, 2019, p. 290 ss.

⁵ PARRA LUCÁN, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *AFUDUC*, 13, 2009, p. 500. Disponible en https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7529/AD_13_art_24.pdf.

⁶ El término solidaridad familiar es demasiado amplio, al ser la legítima una institución que alcanza sólo a determinados familiares, pero hablar de solidaridad intergeneracional excluye a los cónyuges, pertenecientes a una misma generación.

⁷ ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951, pp. 181-182: «[c]abe ver en la legítima la imposición legal de una simple asistencia pecuniaria a los más próximos parientes. Las legítimas se fundan en el *officium pietatis* o deber de amor entre los más próximos consanguíneos, deber que se manifiesta, en vida, a través de la institución de los alimentos y post mortem en las legítimas»; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones II*, Barcelona, Bosch, 1973, pp.14-15: «el legislador del Código al imponer el deber de legítima lo hace pensando que ciertas personas unidas con el causante por vínculo de matrimonio o parentesco muy próximo, y, por tanto con eventual derecho alimentos en sentido amplio, tienen que recibir también una parte de sus bienes: como si el deber de asistencia familiar que da origen a los alimentos legales llegase, más allá de estos, y a falta de necesidad actual, a conferir una pretensión sobre los bienes que tuvo en vida o deja a su muerte el eventual alimentante (al menos, sobre su valor); o bien, incluso, como si los parientes en línea recta descendente y el cónyuge participasen en algún modo en el patrimonio del difunto». En parecido sentido, más recientemente BARRIO GALLARDO, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Madrid, Dykinson, 2012, p.564-568.

⁸ Constanan dicho contenido económico: ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones*, Bosch, Madrid, 2020, p.18; PÉREZ ESCOLAR, «Causas de desheredación y flexibilización de la legítima», en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derechos de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p.1137; VERDERA SERVER, *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, p.340. Pero Espejo Lerdo entiende que dicha solidaridad patrimonial familiar, como finalidad

modelo económico familiar decimonónico éste era el tipo de solidaridad que debía mostrarse hacia aquellos familiares que, en vida del testador, habían contribuido a la economía del grupo familiar y, a la fecha de su fallecimiento, carecían por lo general de recursos propios con los que subsistir; ya sea por su corta edad (los hijos) o por su falta de independencia económica (la esposa que era por lo general el cónyuge supérstite)⁹.

La imposibilidad de seguir atribuyendo a la legítima esa función de sustento, en una sociedad donde la familia ha dejado de ser unidad de producción, los hijos heredan a una edad avanzada, el cónyuge supérstite cuenta con sus propios recursos y el estado de bienestar suple (o debería suplir) la función asistencial cumplida tradicionalmente por las familias, hace que sean cada vez más quienes cuestionan la necesidad de mantener la figura y abogan por su sustitución por un derecho de alimentos¹⁰. O quienes rechazan, cuanto menos, que la llamada a la tradición, por sí sola, sea argumento suficiente para mantenerla¹¹.

Coincidimos en la imposibilidad de mantener una restricción a la autonomía de la voluntad del causante invocando la mera llamada a la tradición. Y compartimos la opinión de quienes ven en una atribución legal de carácter alimenticio, proporcional a las necesidades del alimentista y al caudal hereditario, una respuesta más coherente si la función de la legítima fuera estrictamente la de atender las necesidades económicas de los parientes más próximos al causante, tras su fallecimiento. No obstante, creemos que la legítima puede seguir actuando como instrumento de protección de la familia si reinterpretemos su fundamento y reivindicamos, frente al ámbito estrictamente patrimonial, el de los cuidados personales, y frente a la protección exclusiva de los familiares supérstites, la del propio testador. Se ha constatado que la soledad es un problema de

fundamental de su régimen, sigue siendo la que justifica su mantenimiento actual, mientras que Pérez Escobar aboga por una reinterpretación del principio conforme al concepto de familia imperante en la actualidad, configurado como familiar nuclear, asentada prioritariamente sobre la existencia de vínculos afectivos.

⁹ Hacen referencia a dicho fundamento histórico: ROCA I TRIAS, «Una reflexión sobre la libertad de testar», en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones*, Liber Amicorum Teodora F. Torres García, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 1265 y BARRIO GALLARDO, «El ocaso de las legítimas largas», en CAPILLA RONCERO/ESPEJO LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA (dirs.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, 2019, pp. 303-309. Hay quien alude también a la necesidad social y económica de evitar la concentración de riqueza y la conveniencia de aumentar el número de pequeños propietarios: VERDERA SERVER, *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid 2022, pp. 400-401 y MARGARIÑOS BLANCO, *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, p. 157.

¹⁰ DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol.1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p.1116; VALLADARES RASCÓN, «Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil», en GONZÁLEZ PORRAS/MÉNDEZ GONZALES (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Universidad de Murcia, Murcia 2004, p. 4902; MARGARIÑOS BLANCO, *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, Fundación Notariado, Madrid, 2002, pp.423-485; BARRIO GALLARDO, en CAPILLA RONCERO/ESPEJO LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA (dirs.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, 2019, p. 312; ARROYO I AMAYUELAS/FARNÓS AMORÓS, «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?», *Indret* 2.2015, p. 22. Se muestran contrarios a esta legítima alimenticia: TORRES GARCÍA, «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», *Derecho de sucesiones, Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, p. 224; ESTELLÉS PERALTA, «La indiscutible soberanía de la voluntad del testador», en ESTELLÉS PERALTA (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones, 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p.171. VAQUER ALOY, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *Indret*, 3.2007, p. 14, se decanta por una «legítima colectiva», al modo de la legítima aragonesa y/o vizcaína, ante los problemas que generaría implementar un derecho de alimentos.

¹¹ En este sentido: BARRIO GALLARDO, en CAPILLA RONCERO/ESPEJO LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA (dirs.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, 2019, p. 313.

salud pública y que, más que un sentimiento, puede tener impactos reales en la salud¹². Es cierto que no se puede obligar a padres e hijos a quererse ni a llevarse bien, pero sí a relacionarse y a prestarse las atenciones debidas entre padres e hijos. Si los cuidados personales y afectivos no son siempre espontáneos y desinteresados, utilicemos la legítima como instrumento de cohesión de los vínculos familiares. Ello requiere dejar de considerar la legítima como un derecho de los legitimarios y verla como una compensación por los cuidados proporcionados al causante a lo largo de su vida y durante su vejez. Si estos cuidados fueran los estrictamente económicos, tenemos ya instrumentos jurídicos al alcance del causante, como el contrato de renta vitalicia, el contrato de alimentos, o la hipoteca inversa, pero carecemos de instrumentos que estimulen a los familiares a proporcionar los cuidados personales y afectivos tan difíciles de exigir por parte de quien los necesita y tan difíciles de prestar fuera del ámbito familiar¹³.

Hay quien ha propugnado que dicha protección se realice desde la más absoluta libertad de testar ya que «cuanta mayor sea la disponibilidad del causante, mayor flexibilidad tendrá para optar por mecanismos que satisfagan sus necesidades»¹⁴. No obstante, con ello no se asegura que los cuidados se proporcionen en el entorno familiar del causante ya que éste puede decidir beneficiar a personas extrañas a la familia. Luego se desvanece la función de fortalecimiento de los lazos familiares. Y al dotar de plena libertad al causante, tampoco se asegura que los familiares cercanos que sí le han prestado los cuidados debidos, vean recompensados sus desvelos. La inexistencia, en el derecho común, de los pactos sucesorios impide blindar esa posibilidad en vida del testador.

Pero para desarrollar esta idea, que parte de una revisión del fundamento tradicional de la legítima, debemos volver la mirada una vez más hacia el modelo actual de familia o familias, ya que nadie discute la estrecha vinculación entre ambos sectores del ordenamiento jurídico¹⁵.

¹² Según INFOSALUS/MAYORES, Europa Press, «La soledad no deseada en las personas mayores también es un problema de salud», 18 de noviembre de 2022, «La soledad no deseada en las personas de edades más avanzadas no solo es una cuestión social, sino que también supone un importante problema de salud. De hecho, ha emergido muy recientemente como un factor de riesgo de diferentes patologías, tipo las enfermedades cerebrovasculares, la diabetes, el alzhéimer, o el párkinson, entre otras». Añade que «El también profesor asociado de Psiquiatría de la Universidad Complutense, y expresidente de la Sociedad Española de Psicogeriatría indica que se ha visto que la soledad no deseada es independiente del número de contactos que se tengan, porque uno puede tener más o menos contactos, pero estos no son los que uno desearía, sino que viene de la mano de los contactos que uno desearía tener y no tiene. "Afecta esta soledad no deseada a personas con el deseo no cumplido de tener más relaciones sociales y no tenerlas, y aquí se incluye a la familia, a la pareja, a los amigos, o a otros puntos de relación», indica, al tiempo que reconoce que desde que este factor se ha incluido en los estudios científicos se ha verificado su notable importancia". Disponible en <https://www.infosalus.com/mayores/noticia-soledad-no-deseada-personas-mayores-tambien-problema-salud-20230131081147.html>.

¹³ Esta idea es también defendida por VAQUER ALOY, *InDret*, 2017, 4, p.15 y nota 59, que defiende que el cuidado al causante, durante su vejez, conlleva además un ahorro en gasto social para el Estado y que, si bien puede dar lugar a comportamientos oportunistas y de competición entre los hijos, se contrarresta con una protección eficiente del testador vulnerable. También propone reinterpretar la solidaridad familiar en clave afectiva PÉREZ ESCOLAR, en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derechos de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp.1137 y 1138.

¹⁴ VERDERA SERVER, *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid 2022, p. 391.

¹⁵ ROCA I TRIAS, en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones, Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 1247 y 1248; CAÑIZARES LASO, «Legítimas y libertad de testar», en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 249; REBOLLEDO VARELA, «La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación», en REBOLLEDO VARELA (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010.

3. Afianzamiento del afecto como valor jurídico en las relaciones familiares

Decía LACRUZ que «Desde los primeros tiempos hasta nuestros días la familia cumple tres misiones y persigue tres finalidades: una natural, la de vincular al hombre y la mujer y conservar así el género humano; otra económica, consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, moral y espiritual, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos y el cuidado y educación de la prole»¹⁶. De estas tres finalidades, natural, económica y espiritual, si algo caracteriza a la familia tras la profunda transformación experimentada por la misma desde finales del siglo XIX (transición del modelo de familia como núcleo reproductivo y responsable de las funciones productivas y económicas, hacia el de realización personal y libre desarrollo de la personalidad), es su finalidad espiritual, es decir, la existencia de una unión de personas vinculadas por lazos afectivos, que se apoyan unas a otras sin renunciar al desarrollo de su individualidad.

Son varios los autores españoles y extranjeros que han evidenciado el papel prevalente que ha pasado a desempeñar el elemento afectivo en las relaciones familiares¹⁷. El reconocimiento social y jurídico de nuevos modelos familiares es la prueba palpable de que la *affectio familiaris*, respaldada a falta de parentesco por el requisito de la convivencia, es el común denominador de los diferentes tipos de familia¹⁸. Sin duda, las nuevas estructuras sociales imponen adaptaciones en la forma de ejercer la solidaridad afectiva que se presupone entre los miembros de la familia. El envejecimiento de la población, la movilidad geográfica, los emparejamientos múltiples y diversos a lo largo de la vida, la generalización de parejas donde ambos trabajan y que residen lejos de sus puestos de trabajo y, en general, la existencia de ritmos de vida acelerados que dificultan la comunicación física y el desempeño de labores asistenciales, han incrementado el

¹⁶ LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979, p.213.

¹⁷ En este sentido: GÁLVEZ MONTÉS, «Comentario al artículo 39», en GARRIDO FALLA, (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Aranzadi, Madrid, 2001, p. 851: «(...) si hasta hace poco la familia cumplía funciones económicas de integración social, hoy el aspecto afectivo y de cooperación se ha convertido en el eje central de la institución»; GARCÍA RUBIO, «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», en ABAD TEJERINA (coord.), *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Sepin, Madrid, 2021, p. 288, «no creo equivocarme si digo que, más allá de esas consecuencias puramente formales ligadas a ciertos ritos o lazos de sangre, lo que de verdad caracteriza a la familia o las familias contemporáneas, sea cual sea su tipología, son las relaciones de intimidad, cuidado, e interdependencia, tanto afectiva como económica entre sus miembros. Es evidente que tal constatación difumina las líneas de campo de juego del Derecho de familia (...) pero lo hace también más equitativo y más respetuoso con los derechos fundamentales de las personas que integran los diferentes grupos familiares»; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Límites constitucionales a la libertad de testar», en VAQUER ALOY/SÁNCHEZ GONZÁLEZ/BOCH CAPDEVILLA (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 30-31, «(...) el elemento aglutinante del fenómeno familiar, en buena medida, más allá de los vínculos de parentesco o matrimoniales, puede aparecer representado por relaciones de convivencia y asistencia; esto es, por el desempeño de funciones y fines objetiva y tradicionalmente asignados a la familia»; KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», en *Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014*, en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>,

«(...) un concepto que parecía pertenecer solo al Derecho brasileño (la afetividade) (24), se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del «parentesco social afectivo», para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse «desencarnación», o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo».

¹⁸ BARBA, «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, vol IX, 3, 2002, p. 162: «El reto del derecho de familia actual es incluir dentro del concepto jurídico de «familia» todas las formaciones sociales complejas basadas en una relación afectiva entre sus miembros originarios (...)».

internamiento de mayores en residencias o los modos de velar por los hijos. Pero el papel que se atribuye a la *affectio* en la configuración de las relaciones familiares ha ido incrementando su protagonismo como valor social y jurídico, hasta el punto de convertirse en eje de las relaciones familiares.

Diferentes reformas del derecho de familia dan cuenta de esta realidad. Si no existe un concepto general de familia, sino que es el derecho quien determina lo que es familia, a efectos de aplicar tales o cuales reglas jurídicas¹⁹, debemos convenir en que el legislador otorga gran relevancia a la *affectio*, ya sea como elemento consustancial a la pervivencia de lo que se entiende como relación jurídica familiar, como al de su reconocimiento. Así, la introducción del divorcio no causal, en el año 2005, reconoció a la ausencia de *affectio maritalis*, invocada por uno de los cónyuges, carácter extintivo de la relación matrimonial. Y el reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual o del fenómeno de las parejas de hecho reflejan la importancia del elemento afectivo, acompañado de la convivencia, en el reconocimiento de vínculos jurídico familiares.

Es cierto que, cuando no viene respaldado por el vínculo de parentesco, el elemento afectivo debe ir acompañado de la convivencia entre quienes integran la familia para generar efectos jurídicos. La previsión que hace el art.2a) del Proyecto de Ley de Familias, de expreso reconocimiento como familias, a efectos de aplicación de la Ley, de aquellas personas individuales, parejas matrimoniales y parejas de hecho, así como sus ascendientes o personas que dependan de ellas por filiación (común no), tutela, guarda o acogimiento, o respecto de las que ejerzan curatela representativa o medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica análogas, siempre que formen un núcleo estable de convivencia²⁰, corrobora la tendencia legislativa a ampliar el concepto jurídico de familia, articulando el mismo sobre la convivencia afectiva y la existencia de vínculos análogos a los del matrimonio o la relación paterno filial. Pero, aunque se trate de modelos aún incipientes en España, otros proyectos vitales como el de las llamadas parejas LAT (*Living Apart Together*), que eligen no vivir juntas a pesar de tener la posibilidad de hacerlo²¹, o

¹⁹ En este sentido la doctrina mayoritaria, para quien no existe un concepto constitucional de familia, siendo el ordenamiento jurídico quien determina los modelos familiares dignos de protección jurídica en cada momento histórico: ROCA I TRIAS, «Familia y Constitución», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 2006, p. 209. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2006-10020700228; Díez-PICAZO/GÜLLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p.32; GARCÍA AMADO, «La familia y su Derecho», *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, vol. 1, 2016, p. 17 ss.; GÁLVEZ MONTÉS, en GARRIDO FALLA, (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 850-853; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 453 ss., para quien no corresponde ni a la Constitución, ni a los respectivos Tribunales Constitucionales fijar el concepto de familia, sino a la primera, «establecer el marco jurídico en el que el legislador se ha de desenvolver para la determinación jurídica de los tipos familiares y sus consecuencias», y a los segundos «medir la adecuación de la opción legislativa que en cada caso se tome a las exigencias del Texto Fundamental».

²⁰ El art. 3.2 a) del Anteproyecto define el núcleo estable de convivencia como «aquel en el que dos o más personas comparten de forma habitual y continuada el mismo domicilio, en los términos establecidos en el artículo 2.2. No obstante, se entenderá que la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas justificadas, incluyendo los supuestos de fuerza mayor o privación de libertad, no rompe la convivencia, salvo en los casos de privación de libertad por condena por delito de violencia de género o doméstica con pena de alejamiento». Disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF.

²¹ Según el Estudio sociológico dirigido por REQUENA, «La evolución de la pareja en España: del rito del matrimonio para toda la vida a la diversidad de relaciones basadas en el pacto privado y la aceptación de la ruptura y el re-emparejamiento». Proyecto de investigación *La gestión de la intimidad en la sociedad de la información y el*

el de las relaciones convivenciales de ayuda mutua, reguladas en derecho catalán²², plantean la apertura del concepto jurídico de familia más allá de la existencia o no de convivencia e incluso más allá de la existencia de un vínculo sexual o filial.

La jurisprudencia de los más altos tribunales también se ha hecho eco de esta realidad. El Tribunal Constitucional lleva más de tres décadas haciendo una interpretación del concepto de familia que va más allá de la familia matrimonial²³ y, en materia de filiación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo reconocen «la existencia de una vida familiar *de facto* incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante»²⁴. En aplicación de esta jurisprudencia, el Tribunal Supremo no sólo reconoce la filiación de deseo por parte de parejas de mujeres casadas -amparada por el art.7.3 de la Ley 14/20006 de Técnicas de Reproducción Asistida- sino que también ha abierto la puerta a una doble maternidad por parte de mujeres no casadas, sobre la base de una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado. De los tres elementos clásicos integrantes de la posesión de estado (*nomen*, *tractatus* y *fama*), al no poder exigirse el *nomen* en supuestos de filiaciones extramatrimoniales, se considera suficiente acreditar la atención y asistencia al hijo que comportan el cumplimiento de la función propia de madre (*tractatus*) y la exteriorización constante de la relación de estado (*fama*). Luego el elemento volitivo (por parte de quien consiente en que su pareja se someta a estas técnicas), junto al interés del menor y los cuidados materiales y afectivos son constitutivos de una nueva forma de determinación de la filiación²⁵.

conocimiento. Parejas y rupturas en la España actual (GESTIM-BBVA-2018). Disponible en La evolución de la pareja en España: del rito del matrimonio para toda la vida a la diversidad de relaciones basadas en el pacto privado y la aceptación de la ruptura y el re-emparejamiento - Fundación BBVA (fbbva.es), las parejas que desean vivir en esta situación «por mantener su independencia» representan en la actualidad el 7%, pero los autores consideran que se trata de un fenómeno emergente y que aumentará en los próximos años porque es algo mucho más común en otros países de Europa, sobre todo entre los mayores de 60 años. El hecho de que sean menos frecuentes en España «probablemente se deba a valores culturales más reacios al re-emparejamiento en estas generaciones y por el mantenimiento de una importante red de apoyo familiar que dificulta la búsqueda de nuevas parejas, pero esta es una cuestión que previsiblemente va a cambiar de forma significativa en los próximos años con el envejecimiento de las generaciones que protagonizaron el cambio familiar en nuestro país». Sobre esta cuestión, puede verse igualmente AYUSO SÁNCHEZ, «Living Apart Together en España ¿Noviazgos o parejas independientes?», en *Revista Internacional de Sociología*, vol.70, 3, septiembre-diciembre 2012, pp. 587-613.

²² Ver epígrafe 5.2. Derechos civiles forales y autonómicos.

²³ STC (Pleno) 222/1992, de 11 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993); STC (Pleno) 45/1989, de 20 de febrero (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1989); STC (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012); y STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2013). SALAR SOTILLO, «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8 bis, julio 2018, p.223 afirma que «la doctrina constitucional parece seguir la tendencia del Derecho de familia a configurarse como un «Derecho a la carta», esto es, tiende al establecimiento de distintos tipos de relaciones en cuyo contenido y consecuencias sería cada vez más determinante la elección individual antes que los valores tradicionales de la familia y la dirección parece apuntar a la protección de los lazos de hecho y el afecto, con independencia de las exigencias jurídicas».

²⁴ Entre otras muchas: SS del TEDH, *Paradiso y Campanelli*, (25358/12), de 24 de enero de 2017, y *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia* (71552/17), de 18 de mayo de 2021. Y STS 835/2013, Civil (Pleno), de 6 de febrero de 2014 (ROJ: 247, 2014); STS 277/ 2022, Civil, de 31 de marzo de 2022 (ROJ: 1153, 2022), todas ellas en casos de maternidad subrogada, donde se indica que la protección de dicha familia *de facto* no puede desplegar efectos jurídicos en prohibición de lo dispuesto por una norma legal.

²⁵ Así, en la STS 740/2013, Civil, de 5 de diciembre de 2013 (ROJ: 5765, 2013) y la STS 758/2012, Civil (Pleno), de 15 de enero de 2014 (ROJ: 2014, 608), se admitió que prosperaran acciones judiciales de reclamación de maternidad, valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre. No considera que han quedado acreditados dichos requisitos

4. Repercusiones de la *affectio familiaris* en el derecho patrimonial

Los efectos del mayor protagonismo de la *affectio familiaris* se perciben en su papel como causa de extinción o revocación de atribuciones patrimoniales. Pero, aunque su importancia se ha intensificado a resultas de la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo del maltrato de obra, como causa de desheredación (art. 853.2CC), se ha atribuido diferente alcance a la ausencia de *affectio familiaris* en el ámbito patrimonial y en el orden sucesorio.

Así, la pensión de alimentos entre parientes, que según el Tribunal Supremo «se basa en el principio de solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución» (ST de 1 de marzo de 2001)²⁶, tiene entre sus causas de extinción el haber cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación (art. 152.4CC). De acuerdo con la interpretación que ha hecho nuestro Tribunal Supremo del art. 853.2CC, el maltrato psíquico y reiterado contra el causante, imputable al desheredado, es causa de desheredación, y la falta de relación o abandono emocional tiene cabida en ese maltrato psicológico si se acredita que ha sido causa del mismo (STS de 3 de junio de 2014). Pero, en materia de extinción de la pensión alimenticia, a pesar de enlazar con la sentencia de 3 de junio de 2014 que sienta los requisitos de la desheredación por falta de relación, el Tribunal Supremo sólo exige acreditar «la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda» y que ésta sea imputable «de modo principal y relevante al alimentista» (STS. de 19 de febrero de 2019)²⁷. Luego, siempre que la falta de relación sea conocida por todos -y ya no reiterada, como menciona el alto tribunal en materia de desheredación- y siempre que sea imputable de modo principal y relevante al alimentista, se podrá solicitar la extinción de la pensión alimenticia. No sería necesario probar que la nula o mala relación entre alimentante y alimentista ha causado un daño psíquico al alimentante²⁸. Sin perjuicio de la incoherencia de mantener distintos requisitos en el ámbito patrimonial y en el orden sucesorio, existiendo una expresa remisión legislativa, es indiscutible -porque así lo expresa la sentencia- la voluntad del alto tribunal de evitar que «quien renuncia a las relaciones familiares y al respeto y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente en los vínculos parentales».

En materia de revocación de donaciones por ingratitud del donatario (art. 648.1CC), donde el donatario puede ser o no familiar del donante, los tribunales han ido ampliando progresivamente el concepto de ingratitud. Alejándose de interpretaciones anteriores más restrictivas, la STS de 18 de diciembre de 2012 ya afirmó que el precepto debía interpretarse en sentido laxo, sin ser

la STS 45/2022, Civil, de 27 de enero de 2022 (ROJ: 243, 2022) y la STS 558/2022, Civil, de 11 julio de 2022 (ROJ: 3002, 2022).

²⁶ STS 184/2001, Civil, de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2562).

²⁷ STS 104/2019, Civil, de 19 de febrero de 2019 (ROJ: 502, 2019). El tribunal da por constatada la falta de relación manifiesta entre el alimentante y sus hijos, pero no da por probado que la misma fuera imputable de modo principal y relevante al desheredado.

²⁸ La postura de las Audiencias no es unánime. La SAP de Murcia, Sección 1ª, de 27 de mayo de 2019 (ROJ: 1125, 2019) y la SAP de Badajoz, Sección 3ª, de 20 de abril de 2020 (ROJ 420, 2020) exigen la prueba de dicho maltrato - pese a invocar la STS de 19 de febrero de 2019-, y la SAP de Badajoz lo da por probado dada la larga enfermedad del alimentante sin que el alimentista le visitara. Sin embargo, la SAP de Navarra, Sección 3ª, de 27 de octubre de 2020 (ROJ: 902, 2020), la SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 7 de diciembre de 2020 (ROJ: 2390, 2020) y la SAP de Huelva, Sección 2ª, de 21 de junio de 2022 (ROJ: 555, 2022), omiten la necesidad de acreditar maltrato psicológico alguno.

necesario que exista una previa sentencia penal condenatoria y ni tan siquiera un procedimiento penal en marcha. Basta la existencia de una conducta del donatario socialmente reprobable y ofensiva para el donante. Pero exigía que la conducta del donatario «revistiera o proyectara caracteres delictuales, aunque no estén formalmente declarados como tales»²⁹. Y la STS de 20 de julio de 2015 ha dado un paso más, al añadir que «de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del art. 648.1 del Código Civil. (...) en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante»³⁰. Luego, acreditado el comportamiento despectivo del donatario hacia el donante, éste podrá esgrimir la ingratitud para recuperar los bienes donados. Y, en el caso de familiares se dará dicho comportamiento, no sólo cuando el donatario agrede o injurie gravemente al donante sino también cuando -ya sea el donatario descendiente, ascendiente, cónyuge, pareja de hecho u otro familiar del donante- le cause daño psicológico al negarse a mantener las relaciones afectivas que se presumen normales entre ambos, dado el vínculo existente³¹. En este caso, la jurisprudencia sí ha mantenido la necesidad de contar con cumplida prueba de la concurrencia de maltrato de obra o psicológico (SSAP de Madrid, de 15 de noviembre de 2018 y de Asturias, de 22 de marzo de 2021)³².

5. Repercusiones de la *affectio familiaris* en el derecho de sucesiones

A pesar de la incidencia que ha tenido la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2014³³, en la extinción y revocación de disposiciones patrimoniales efectuadas en el ámbito familiar, la

²⁹ STS 881/2010, Civil, de 18 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 11277). El tribunal entendió que no se daba una actuación de la donataria de carácter delictivo ya que «el hecho relativo a la presunta agresión y maltrato, que afectaba a la hija de la donataria, supuso el archivo de las actuaciones penales y una posterior apertura de diligencias previas por denuncia falsa de la donante, de igual forma que reconoció que los objetos que manifestó le habían sido sustraídos los tenía inadvertidamente en su poder».

³⁰ STS 422/2015, Civil, de 20 de julio de 2015 (ROJ: 4153, 2015): «En el presente caso, conforme a la prueba practicada, debe considerarse plenamente acreditado el maltrato, en toda su extensión, de la donataria respecto a los donantes, agravado por su relación filial y exteriorizado en diversos episodios de trato despectivo y humillante que culminaron en una bofetada a su padre y en insultos e injurias graves a su madre».

³¹ No obstante, en la reciente STS 44/2023, Civil, de 18 de enero de 2023 (ROJ: 287, 2023), el Tribunal Supremo consideró que, en los hechos probados por la sentencia recurrida, «no se identifica ningún hecho que, aunque no medie condena, pueda ser subsumido de manera prejudicial en alguna actividad delictiva, tal y como exige el art. 648.1CC para la revocación de una transmisión efectuada por medio de donación, a diferencia de lo que para la desheredación sucede con el art. 853,2 CC, que considera justa causa para desheredar a los hijos y descendientes «haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra».

³² La SAP de Madrid, Sección 10ª, de 15 de noviembre de 2018 (ROJ: 15300, 2018), consideró que la prueba practicada no probada la existencia de los malos tratos de obra y psicológicos que justifican la revocación de la donación por ingratitud, solo la existencia de una mala o nula relación reconocida por la propia demandada, con discusiones familiares entre la demandada y su esposo, frente a los padres y la otra hermana. En el caso de la SAP de Asturias, Sección 6ª, de 22 de marzo de 2021 (ROJ: 886, 2021), según el informe pericial psiquiátrico, la expulsión de la actora, por su hijo y con mala formas, de la empresa en la que estuvo volcada durante 50 años, llevando la dirección los últimos 30 años, y el cese de toda relación personal con él y con sus nietos, le había provocado un trastorno adaptativo.

³³ STS 258/2014, Civil, de 3 de junio de 2014 (ROJ STS 2484, 2014).

relevancia que tiene la *affectio* en el actual concepto de familia apenas ha trascendido al ámbito sucesorio, especialmente en el derecho común.

5.1. Derecho común

Es cierto que la Ley 15/2005, de 8 de julio, suprimió la legítima viudal y el llamamiento como heredero *ab intestato* en caso de separación legal o de hecho (arts. 834 y 945CC), lo cual denota la trascendencia de la ausencia de afecto -manifestada en el cese de la convivencia entre los miembros de la pareja- frente a la pervivencia del vínculo jurídico. La reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, equiparó la situación de las parejas de hecho a la de las parejas matrimoniales a efectos de mejorar a los hijos comunes con cargo a los bienes del otro cónyuge (art. 831.6). Y la Ley General de Seguridad Social hizo lo mismo a efectos de obtención de la pensión de viudedad (art. 221). Pero, en el derecho común, el reconocimiento legal y jurisprudencial de relaciones familiares *de facto* no ha tenido repercusión en el reconocimiento de derechos sucesorios y, a la inversa, los derechos sucesorios actualmente existentes no descansan en el afecto, sino que siguen respondiendo al vínculo de parentesco.

Se ha querido ver, en la introducción por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de una nueva causa de indignidad para suceder, en el art. 756.7CC, o en la interpretación que ha hecho nuestro Tribunal Supremo de la causa de desheredación prevista por el art. 853.2 CC para los descendientes, un indicio de la solidaridad afectiva que se exige entre familiares. Pero tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, ambas se han formulado en términos excesivamente estrictos para considerar que el fundamento de la legítima ha dejado de ser la mera solidaridad patrimonial, para alcanzar la solidaridad familiar en sentido amplio³⁴.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente acerca del ámbito de aplicación de la causa de indignidad para suceder del art. 756.7CC, que además de afectar sólo a personas con discapacidad, se limita a no haber prestado las atenciones previstas por los arts. 142 y 146CC: «(...) las atenciones debidas a que hace mención el art. 756. 7.ª CC son exclusivamente de carácter patrimonial, esto es, que el contenido de la obligación alimenticia es estrictamente patrimonial, económico y, por ende, desligado de toda obligación de carácter personal, como sería el cuidado de la persona del alimentado» (STS. de 2 de julio de 2019)³⁵. Esta interpretación, condicionada por la remisión que hace el precepto a los alimentos previstos por el art. 142CC, tolera comportamientos abusivos graves, sobre los que no ha recaído condena penal, por parte del

³⁴ VAQUER ALOY, *InDret*, 2017, .4, p.9 ss; PÉREZ ESCOLAR, en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBÍO (dirs.), *Estudios de Derechos de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p.1142.

³⁵ STS 384/2019, Civil, de 2 de julio de 2019 (ROJ: STS 2241, 2019). Considera el Tribunal Supremo que «para acudir a la interpretación flexible de esta concreta causa no se pueden utilizar los motivos que proporcionaron la del maltrato de obra a efectos de desheredación [...] [E]se maltrato psicológico o emocional no puede considerarse como una negación de alimentos, que es en lo que se concreta las atenciones debidas. Que no cabe confundir una y otra atención se colige del art. 853 CC, que contempla la negación de alimentos y el maltrato de obra, en el que jurisprudencialmente se integraría el emocional o psicológico, como causas diferentes de desheredación en sus n.º 1.º y 2.º [...] Lo dicho no empece a que algún sector de la doctrina científica mantenga que en la causa 7.ª del art. 756 CC, se debería haber incluido el cuidado y atención personal de la persona con discapacidad. Es cierto que de conformidad con la doctrina de la sala esos incumplimientos, como maltrato psicológico o emocional, podrían ser causa de desheredación, pero también lo es que para ello será preciso que la persona con discapacidad lo sea en un grado que le permita testar».

heredero *ab intestato*. Y deja sin consecuencia alguna el comportamiento del heredero frente al testador, no discapacitado, que no ha otorgado testamento³⁶.

La interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo de la causa de desheredación del art. 853.2CC, incluyendo en el maltrato de obra el maltrato psicológico, y el abandono familiar de los ascendientes como una modalidad de este último, está sin duda más orientada a la solidaridad familiar que la interpretación que venía prevaleciendo hasta entonces. A raíz de la sentencia de 3 de junio de 2014, el comportamiento del heredero ya no se relega al campo de la moral o la ética cuando no se puede probar la existencia de agresiones o insultos graves (STS de 28 de junio de 1993)³⁷, sino que los herederos que no quieran arriesgarse a verse privados de su cuota legitimaria deben ser respetuosos con sus ascendientes³⁸. Y dicho respeto incluye prestarles asistencia cuando se encuentran vulnerables, ya que, de lo contrario, podrían ocasionarles un daño psicológico.

Con todo, y a pesar de este avance en el terreno de la solidaridad intergeneracional, sigue sin concederse a la ausencia de *affectio familiaris* las consecuencias jurídicas propias del papel que desempeña el elemento afectivo en el actual modelo de familia.

Por una parte, la dificultad de probar un daño psicológico hace que, en la práctica, se venga exigiendo acreditar la existencia de acontecimientos susceptibles de reportar tal sufrimiento, como una situación de enfermedad o desamparo del testador (STS. de 3 de junio de 2014 y 13 de mayo de 2019)³⁹ o abusos económicos causados por el desheredado (STS de 30 de enero de 2015)⁴⁰. Tal y como afirma el Tribunal Supremo, hay que diferenciar el «abandono emocional», como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, del «maltrato psíquico y reiterado» (STS de 3 de junio de 2014); la mera ausencia de relación o abandono emocional no es causa de desheredación porque el legislador no la contempla como tal (STS de 24 de mayo de 2022 y 19 de abril de 2023)⁴¹. Luego la indiferencia y el desapego emocional de quien no se

³⁶ En este sentido VAQUER ALOY, «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *ADC*, t. LXXIII, fasc. III, 2020, pp. 1067-1095, quien propone una nueva redacción del art. 756.7 CC del siguiente tenor: «Tratándose de la sucesión de una persona vulnerable/dependiente, las personas con derecho a la herencia que hubieran abusado de ella física, psicológica o económicamente».

³⁷ STS 675/1993, Civil, de 28 de junio de 1993 (ROJ: 17783, 1993): «(...) la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc. Son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al tribunal por la conciencia».

³⁸ STS de 3 de junio de 2014 (ROJ: 2484, 2014): «los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra el padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, in que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno (...)».

³⁹ STS 258/2014, Civil, de 3 de junio de 2014 (ROJ: 2484, 2014) y STS 267/2019, Civil, de 13 de mayo de 2019 (ROJ 1523, 2019). SAP de Badajoz, Sección 3ª, de 20 de abril de 2020 (ROJ: 420, 2020); Toledo, Sección 2ª, de 19 de febrero de 2020 (ROJ:137, 2020).

⁴⁰ STS 59/2015, Civil, de 30 de enero de 2015 (ROJ: 565, 2015).

⁴¹ STS 419/2022, de 24 de mayo de 2022 (ROJ: 2068, 2022): «Los hechos en que se basa la parte apelante para apoyar la desheredación no son tan graves como los que dieron lugar a la calificación de maltrato psicológico en las sentencias del Tribunal Supremo que tratan esta cuestión (sentencias de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015). En estas se había dado la falta de relación con uno de los padres, que era el testador, durante los siete años en que estuvo enfermo, en que quedó al cuidado de una de sus hermanas, con el vaciamiento del patrimonio del causante forzando a que este realizara donaciones en favor del heredero. Por el contrario, en el supuesto de autos

interesa nunca por sus padres, si no es para heredarlos, no es causa de desheredación si no va acompañada de una situación de *especial* vulnerabilidad, más allá de la que ocasiona ya, por sí misma, la edad. Algunas Audiencias Provinciales han llegado a sostener que, lejos de la mera desafección o pasividad en el mantenimiento de contacto con el causante, la desheredación por causa de maltrato psicológico requiere «un comportamiento activo por parte del desheredado» (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 14 de diciembre de 2015, SAP Córdoba, de 16 de octubre de 2017 y SAP de Zamora, de 23 de julio de 2019)⁴². En otros términos, sigue perteneciendo al campo de la moral no comunicarse con sus padres, aunque la falta de comunicación impida saber si se encuentran en situación de necesidad⁴³. Entre nuestra doctrina hay quien afirma que un distanciamiento que se prolongue durante un tiempo inusual, sin que el descendiente se interese por la evolución del testador, pese a ser requerido, puede adquirir visos de maltrato psicológico⁴⁴. Pero a la vista de la jurisprudencia actual creemos que será difícil desheredar al descendiente si el testador no se encontraba en sus últimos años en una situación de especial vulnerabilidad o desamparo que permita inferir un daño psicológico⁴⁵. El caso, cada vez más frecuente, de mayores que fallecen solos en su hogar, sin que nadie tenga conocimiento de ello hasta pasado un largo periodo de tiempo, no sería constitutivo de causa de desheredación si el causante no había requerido la ayuda de sus familiares y no padecía enfermedad o necesidad⁴⁶.

lo que hay es una falta de relación de las actoras con su padre y con su abuela, sin ningún episodio de maltrato de obra ni de palabra. En el Código civil no procede incluir el mero distanciamiento familiar dentro del maltrato psicológico constitutivo del maltrato de obra. (...) La aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla». La STS 556/2023, Civil, de 19 de abril de 2023 (ROJ: 1676, 2023) reitera la doctrina anterior y considera que, a pesar de una ausencia de relación continuada de 16 años ante el testador y la legitimaria, iniciada cuando la hija ya era mayor de edad, «la falta de relación no permite afirmar, salvo en el terreno especulativo, la existencia de un maltrato psicológico ni de un abandono injustificado, sobre lo que no existe prueba alguna, prueba que incumbía a la designada heredera, que no se ha personado en el procedimiento, desconociéndose igualmente si el padre realizó algún intento de ponerse en contacto o conocer la situación de su hija».

⁴² SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 14 de diciembre de 2015 (ROJ: 3051, 2015); SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 16 de octubre de 2017 (ROJ: 693, 2017) y SAP de Zamora, Sección 1ª, de 23 de julio de 2019 (ROJ: 351, 2019). También se refiere a una conducta activa que tiene que ir más allá del mero abandono emocional y de la pérdida de contacto familiar, GONZÁLEZ CARRASCO, «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Civil, Sección 1ª) de 3 de junio 2014. Desheredación por maltrato psicológico. Concepto incluido en el término «maltrato»», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 97, 2015, p. 283.

⁴³ En este sentido: VAQUER ALOY, *Indret*, 4.2017, pp. 12-14 y *ADC*, t. LXXIII, fasc. III, 2020, p.1078 y nota 34, PÉREZ ESCOLAR, en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derechos de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p.1142 y ZURITA MARTÍN, «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», en VAQUER ALOY (coord.), *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, 2018, pp.107-108.

⁴⁴ CABEZUELO ARENAS, *Maltrato psicológico y abandono efectivo de los ascendientes como causa de desheredación* (art. 853.2CC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 101.

⁴⁵ Ver al respecto la SAP de Madrid, Sección 13ª, de 22 de septiembre de 2022, citada a continuación, o la STS de 19 de abril, citada anteriormente, en que la falta de relación de 16 años no se considera suficiente para acreditar la existencia de daño psicológico al testador, además de no haber quedado acreditado que la misma fuera imputable a la legitimaria.

⁴⁶ Ésta es la conclusión que cabe inferir de algunas sentencias. Según la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 14 de diciembre de 2015 (ROJ: 3051, 2015): «(se) requiere para la existencia de un maltrato psicológico una conducta activa en el desheredado de menosprecio hacia el testador, que vaya algo más allá de la pura conducta omisiva de no visitarle o de prestarle asistencia en los últimos años de su vida, cuando se desconocen la causas de esa situación y cuando esa asistencia se puede prestar y se presta por otros medios, incluso con los propios que cuenta el testador». Asimismo la SAP de Madrid, Sección 13ª, de 22 de septiembre de 2022 (ROJ: 13084, 2022) declara, en un caso en que no era objeto de controversia la nula relación entre padre e hija a lo largo de 20 años y en que el testador, en la etapa final de su vida, hizo un intento, infructuoso, de contacto con su hija, que la falta de relación no era imputable a la hija sino que, habida cuenta que el distanciamiento se inició cuando ésta tenía

Por otra parte, la jurisprudencia se muestra estricta en la imputación de la mala o nula relación afectiva al desheredado, a pesar de que la mayoría de las veces la situación sea atribuible a ambas partes. En materia de alimentos, ya vimos que el Tribunal Supremo desestimó la demanda de extinción de los mismos porque no se había acreditado que la falta de relación fuera imputable «de modo principal y relevante al alimentista» (STS de 19 de febrero de 2019). Y en materia de desheredación, la STS de 24 de mayo de 2022 consideró que, además de no haberse acreditado el daño psicológico a la testadora, tampoco había quedado probado que la falta de relación familiar y afecto fuera imputables a las desheredadas, sino que, «como bien dice la Audiencia, se produce tras una historia previa de desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación». Lo que permite inferir, de nuevo, la necesidad de que el abandono familiar sea imputable exclusivamente al desheredado para que se dé la causa de desheredación⁴⁷. El tribunal consideró además que «En esa historia es destacable que fuera la misma abuela quien, en 2004, tras la separación de los padres de las actoras, desahuciaría judicialmente a la madre y las nietas de la vivienda situada en el camping familiar y que habían venido ocupando desde su nacimiento»⁴⁸. Luego atribuye al procedimiento judicial, seguido por la testadora contra las desheredadas y su madre, un papel significativo en la responsabilidad de la demandante en el abandono, sin entrar a valorar si la pretensión patrimonial de la testadora fue arbitraria o respondió a la previa actuación de las desheredadas y su madre que, sin base legal, obligaron a la testadora a defenderse. De ser éste el caso, otras sentencias de la jurisprudencia menor han considerado que el comportamiento de los desheredados, que han puesto al testador en la tesitura de emprender medidas legales para recuperar lo que le pertenece, es constitutivo de maltrato psicológico y causa de desheredación (SAP de Tenerife, de 10 de marzo de 2015, SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 13 de enero de 2015, SAP de Vizcaya, de 5 de noviembre de 2015,

cuatro o cinco años de edad, recaía sobre el causante la obligación de facilitar y promover la relación con su hija. Tampoco resultaba acreditado «un menoscabo psicológico –afectación de la salud, integridad o bienestar– en el causante derivado del comportamiento de la hija».

No obstante, aunque son las menos, cabe encontrar alguna sentencia de las Audiencias Provinciales en sentido contrario, como la SAP de Vizcaya, Sección 3ª, de 5 de noviembre de 2015 (ROJ: 2078, 2015), que se recurrió y dio lugar a la STS de 13 de mayo de 2019 ya citada: «hay que entender los términos «maltrato» e «injuria» en sentido amplio e integrador, que abarque no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas, sino también todo daño o sufrimiento psicológico inferido por cualquiera de los herederos legitimarios al testador, debiendo incluirse a modo de ejemplo, la falta de cariño, el menosprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados, (...), en su doble vertiente de proveer a las necesidades alimenticia y de vivienda, por un lado, y de atención, afecto y cuidados, por otro, procurando que los progenitores que lo necesiten se sientan en todo momento acompañados, asistidos y protegidos». Igualmente, la SAP de Valencia, Sección 11ª, de 24 de junio de 2016 (JUR 2016, 247572) calificó, como circunstancias que objetivamente tienen la consideración de maltrato psicológico, el que el hijo rompiera la relación y el vínculo afectivo con su madre, no manteniendo relación con ella en los últimos 12 años, no dirigiéndole la palabra ni abriéndole la puerta de su casa, y solamente acudiendo a verla por motivos económicos. Y, para la SAP de Toledo, Sección 2ª, de 19 de febrero de 2020 (ROJ: 137, 2020), «los procedimientos judiciales existentes entre las partes, el abandono de la hija hacia su madre y la falta de afectividad mostrada por la primera hacia la segunda dejan patente la concurrencia de una situación psicológica y emocional severa para la causante que estuvo provocada por la conducta desplegada por la desheredada».

⁴⁷ Son varias las sentencias de las Audiencias Provinciales que exigen que la conducta sea imputable exclusivamente al desheredado, sin que existan «recíprocas situaciones de desafecto y distanciamiento»: SAP de Baleares, Sección 5ª, de 20 de diciembre de 2016 (AC 2016, 2147); SAP de Badajoz, Sección 3ª, de 11 de septiembre de 2014 (ROJ: 838, 2014); SAP de Asturias, Sección 7ª, de 29 de septiembre de 2016 (ROJ: 2500, 2016) y Sección 5ª, 20 de diciembre de 2018 (ROJ: 3589, 2018); SAP de la Coruña, Sección 6ª, de 15 de abril de 2016 (ROJ: 895, 2016); SAP de Madrid, Sección 13ª, de 22 de septiembre de 2022 (ROJ: 13084, 2022).

⁴⁸ STS 419/2022, Civil, de 24 de mayo de 2022 (ROJ 2068, 2022).

SAP de Asturias, de 20 de febrero de 2017)⁴⁹. La minoría de edad de los descendientes desheredados en el momento en que se inició el distanciamiento, especialmente cuando hubo separación o divorcio entre los progenitores, es otra de las circunstancias que suelen tener en cuenta los tribunales para excluir la imputabilidad de la causa de desheredación. Pero lo cierto es que, en ocasiones, el menor desheredado tiene ya edad para ser consciente del daño que ocasiona su conducta, o es mucho el tiempo transcurrido entre el momento en que éste alcanzó la mayoría de edad o la madurez para decidir por sí mismo y aquél en que se produjo el fallecimiento del testador (STS de 27 de junio de 2018)⁵⁰.

A la vista de lo anterior, no es de extrañar que, pese a compartir el objetivo perseguido por la STS de 3 de junio de 2014, la doctrina haya puesto de manifiesto la dificultad e inseguridad jurídica que genera analizar algo, tan íntimo, como el daño psicológico que puede ocasionar al testador el abandono emocional o a quien le es imputable el deterioro de la *affectio familiaris*⁵¹.

5.2. Derechos civiles forales y autonómicos

A diferencia de lo ocurrido en el derecho común, el afecto inherente a las relaciones familiares ha tenido una notable repercusión en el derecho sucesorio de los territorios forales. Son mayoría los ordenamientos que extienden los derechos sucesorios más allá del matrimonio y el parentesco. En lo referente a las relaciones de pareja, es cuasi general la equiparación, en mayor o menor medida, de la pareja de hecho a la pareja matrimonial, supeditando la adquisición de derechos sucesorios a la subsistencia de la convivencia en el momento del fallecimiento del testador (arts. 442.3 y 452-1.1 CCCat; DA. 3ª de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia, en relación con el art.238.2 de la misma Ley; art. 47 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; art.13 de la Ley del Parlamento Balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, en relación con el art. 45.1 de la Compilación de Derecho Civil Balear, aprobada por

⁴⁹ SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 10 de marzo de 2015 (ROJ: 255, 2015); SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, de 13 de enero de 2015 (ROJ: 92, 2015); y SAP de Asturias, Sección 1ª, de 20 de febrero de 2017 (ROJ: 497, 2017).

⁵⁰ STS 401/2018, Civil, de 27 de junio de 2018 (ROJ 2492, 2018): «(...) lo cierto es que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos. Tal circunstancia no puede apreciarse en el caso si se tiene en cuenta que esa falta de relación se inició cuando la demandante tenía nueve años, y que incluso se acordó judicialmente la suspensión de visitas ente el padre y la hija por ser contrarias a su interés, dada la relación conflictiva ente la menor y el padre y, sobre todo, entre la menor y la pareja del padre. Evidentemente, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña». ¡La desheredada contaba ya con 23 años cuando falleció su padre! Ver también la SAP Murcia, Sección 4ª, de 5 de octubre de 2000 (ROJ: 7956, 2000); SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 15 de diciembre de 2010 (ROJ: 2972, 2010); SAP Alicante, Sección 9ª, de 24 de octubre de 2014 (ROJ: 2014, 3409); SAP Barcelona, Sección 16ª, de 31 de marzo de 2016 (ROJ: 2475, 2016); y SAP de Madrid, Sección 13ª, de 22 de septiembre de 2022 (ROJ: 13084, 2022). Reconoce en cambio que la edad del desheredado (41 años) a la fecha de fallecimiento del testador impide atender a que era menor cuando se inició el distanciamiento, la SAP de Badajoz, Sección 3ª, de 20 de abril de 2020 (ROJ: 420, 2022).

⁵¹ Con respecto al derecho común: ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones*, Bosch, Madrid, 2020, pp. 101-103 y ARROYO Y AMATUELAS/FARNÓS AMORÓS, *Indret*, 2. 2015, pp. 8-10. Las autoras ponen además en entredicho que la STS de 3 de junio de 2014 exija probar la imputabilidad de la falta de trato al desheredado: «Lo espectacular de la decisión radicaría entonces en que el TS, aunque no lo exprese con estas mismas palabras, habría dicho que la ausencia de trato familiar es causa de desheredación y, esto es lo trascendente, sin necesidad de averiguar a quién es imputable la ruptura». En lo referente al derecho catalán; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones*, Bosch, Madrid, 2020, pp. 105 y 106 y ARROYO Y AMATUELAS/FARNÓS AMORÓS, *Indret*, 2.2015, pp. 18-19.

Decreto Legislativo 79/1990)⁵². En algunos casos, el cese de la *affectio familiaris* no sólo extingue los derechos sucesorios, como herederos forzoso o *ab intestato*, sino que la separación conyugal o entre convivientes de hecho hace que devengan ineficaces las disposiciones testamentarias otorgadas a favor de ellos, o en consideración a ellos, por el otro cónyuge o conviviente (art. 422-13.1, 2 y 4 CCCat, art. 208 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia) o permite que se puedan revocar los pactos sucesorios otorgados en atención al matrimonio o pareja de hecho (art. 108 de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco).

El mantenimiento o no de la *affectio* también tiene consecuencias sucesorias, más allá de los estrictos vínculos de parentesco, en las relaciones intergeneracionales. Es el caso del derecho catalán, donde el art. 443-2 del Código Civil reconoce, a los hijos adoptados por el cónyuge o la pareja que convive con el progenitor y a los ascendientes del progenitor de origen sustituido por la adopción, derechos a suceder *ab intestato*⁵³. Y el art. 443-3 CCCat hace lo mismo con los hermanos por naturaleza, en los casos de adopción regulados por los arts. 443-2 CCCat (adopción por el cónyuge o pareja de hecho) y 443-4 CCCat (adopción de huérfanos en la propia familia). Pero, en ambos casos, el art. 443-5 CCCat supedita los derechos sucesorios *abintestato* del hijo o hermano adoptado, en la herencia de su padre o hermano biológico, al mantenimiento de trato familiar entre ellos.

Siempre en derecho catalán, se ha dado cabida a modelos convivenciales que la doctrina califica como cuasi familiares o pseudo familiares, ya que no se da una afectividad análoga a la conyugal pero sí una comunidad de vida y de cuidados. Es el caso de las situaciones convivenciales de ayuda mutua, reguladas por los arts. 240-1 a 240-7 CCCat y que el preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, considera un tipo más de relación familiar, que se diferencia de la matrimonial, junto a la formada por un progenitor solo con sus descendientes o la convivencia en pareja estable (heteroparental o homoparental)⁵⁴. Es éste un modelo de convivencia entre parientes colaterales o personas unidas por vínculos de amistad o compañerismo (en este caso como máximo cuatro personas) que, sin constituir una familia nuclear, comparten la vivienda y ponen en común el trabajo doméstico con voluntad de permanencia y de ayuda mutua. Lo que une a sus componentes no es la *affectio maritalis* ni un vínculo paterno-filial (según el art. 240-2.1 CCCat sus integrantes no pueden estar unidos por un vínculo matrimonial o formar una pareja estable con otra persona con la que convivan, ni estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta), pero el Código tampoco especifica el alcance de los cuidados que deben prestarse sus integrantes, más allá de la referencia genérica a la ayuda mutua, los gastos comunes y el trabajo doméstico. Los

⁵² Cuestión distinta es qué requisitos son necesarios para la consideración como pareja de hecho.

⁵³ Posibilidad prevista también en derecho común por el art. 178CC.

⁵⁴ No obstante, entiende que el Código niega a este tipo de relación la condición de familia, al regularla en un título específico y diferente: CARPÍ MARTÍN, «Familia por pacto. Relaciones convivenciales de ayuda mutua en Cataluña tras casi veinte años en vigor: luces y sombras», en SANCINEMA ASURMENDI/CARBAJO GONZÁLEZ (coord.), La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares, Thomson Reuters, 2018, p. 2; GETE ALONSO Y CALERA, «Familia y Relaciones de convivencia», en GETE-ALONSO Y CALERA/YSÁS SOLANES/SOLÉ RESINA, *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, Tirant Lo Blanch, 3ªed., Valencia, 2013, pp. 21-22 entiende que si bien «no alcanza la condición jurídica de familia sí debe considerarse incluida en el ámbito del Derecho de Familia, ya que afecta a la esfera personal de relación de la persona. Ha de notarse que, en lo referente a determinadas medidas y prestaciones sociales, el art. 3 LAF considera situación equiparada a la familia la derivada de estas convivencias de ayuda mutua».

convivientes son quienes pueden precisar los deberes que conforman su relación y su intensidad (art. 240-1 CCCat)⁵⁵.

El legislador asocia a esta *affectio* familiar o cuasi familiar efectos dirigidos a proteger a los convivientes en caso de extinción de la relación, algunos de ellos pensados para el caso de que la extinción se produzca por fallecimiento de uno de sus integrantes. Es el caso del derecho a seguir ocupando la vivienda propiedad del fallecido durante seis meses tras el fallecimiento, salvo pacto en contrario, o el de subrogarse en el alquiler por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del contrato, si es inferior (art. 240-6 párr. 1 y 2 CCCat). Asimismo, se reconoce una pensión periódica (o en su caso el pago de una cantidad global mediante su capitalización al interés legal del dinero) para el caso de fallecimiento del conviviente que mantenía total o parcialmente a los demás. Su cuantía depende de las necesidades del conviviente superviviente, del tiempo que el fallecido ha venido manteniendo al conviviente y del patrimonio hereditario. Tiene una duración máxima de tres años y grava como derecho de crédito el caudal relictivo, aunque puede ser excluido por pacto al constituirse la relación convivencial. Dicha cantidad se pierde si quien la percibe se casa, convive maritalmente u obtiene alimentos de las personas legalmente obligadas a prestárselos (art. 240-7 CCCat).

Encontramos igualmente una mayor interconexión entre *affectio familiaris* y derecho sucesorio autonómico en materia de legítimas y causas de desheredación. Así, varios derechos autonómicos atribuyen relevancia al comportamiento del legitimario, como causa de desheredación, no sólo frente al testador sino también frente a sus parientes más cercanos. El derecho catalán, que incluye como causa de desheredación el maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador (art. 451-17 c) CCCat), el derecho aragonés, que menciona el maltrato de obra o injurias graves al testador, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado (art. 510 c) del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas), o el derecho navarro, para quien también es relevante la causación de un daño o la realización voluntaria de una conducta socialmente reprobable contra la persona o bienes del causante o contra personas integrantes de su grupo o comunidad familiar o de sus bienes (art.270.1 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo).

Pero el caso más significativo lo tenemos en la causa de desheredación y de extinción de la pensión de alimentos, introducida en derecho catalán por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones: la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar por causa imputable exclusivamente al legitimario, (arts. 237-13.1.e) y 451-17 e) CCCat). A diferencia de la interpretación que vienen haciendo los tribunales del art. 853.2 CC, conforme a la cual el abandono familiar puede ser constitutivo de maltrato psíquico y con ello de maltrato de obra, en derecho catalán la conducta de quien abandona en soledad al

⁵⁵ En este sentido, afirma GAVIDIA, «La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre», *Derecho Privado y Constitución*, 12, enero-diciembre 1998, p. 137, que en este modelo convivencial se encuadran uniones no familiares, limitadas a compartir hogar, gastos y tareas, pero también relaciones que merezcan ser consideradas como familiares, por darse una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, que van más allá. Acerca de la ambigüedad del concepto de ayuda mutua: CARPÍ MARTÍN, en SANCINEMA ASURMENDI/CARBAJO GONZÁLEZ (coord.), *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, Thomson Reuters, 2018, pp. 4 y 5.

causante es causa autónoma de desheredación, sin necesidad de acreditar que la falta de relación constituyó una forma de maltrato⁵⁶.

La doctrina ha puesto de manifiesto los problemas que genera la formulación legal vigente, en lo referente a la ausencia de relación familiar, su carácter manifiesto y continuado y, sobre todo, en lo que atañe a la imputabilidad exclusiva de la causa de desheredación al legitimario y la necesidad de que sean los herederos quienes prueben, en caso de impugnación de la desheredación, la falta de relación con el causante y su imputabilidad exclusiva al legitimario⁵⁷. Precisamente, para evitar que resulte inoperativa dicha causa de desheredación, el Anteproyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del código civil de Catalunya contempla una inversión de la carga de la prueba, de manera que sea el desheredado que impugne el testamento quien tenga que probar, de forma excepcional para los casos en que el testador hubiese alegado falta de relación imputable al desheredado, que no hubo abandono emocional o que, de haberlo, no le fue imputable exclusivamente a él⁵⁸. Tal y como afirma la Exposición de Motivos, «en la práctica, se había puesto de manifiesto que a quien tiene el título hereditario le es muy difícil demostrar la ausencia de relación familiar, exclusivamente imputable a la persona legitimaria, que justifica la desheredación».

La opción del derecho catalán, aunque no exenta de dificultades, se muestra a todas luces más coherente con el modelo familiar actual.

⁵⁶ Entre los ordenamientos que contemplan también dicha causa de desheredación fuera de nuestras fronteras, en Europa cabe citar Austria (art. 770.4 y 5 ABGB, disponible en <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/gesamt/>); Croacia (art. 85.1 Zakon o nasljeđivanju (NN 048/2003), disponible en <https://sredisnjikatalogrh.gov.hr/>); República Checa (art. 1646 CC, disponible en <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>); Malta (art.623b CC., disponible en <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/75318/78312/F1710705054/MLT75318.pdf>). En Latinoamérica, Perú (art. 744.2º CC, disponible en <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>); Brasil (arts. 1962.IV y 1963.IV CC, disponible en <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02>); Bolivia (art.1173.2 CC, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_bolivia.pdf). Y en Asia, Japón (art.892 CC, disponible en <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/2252/en>). Para un estudio detallado de Austria y Luisiana: ARROYO I AMAYUELAS/FARNÓS AMORÓS, *Indret*, 2015, 2, p.9 y ss.

⁵⁷ PÉREZ ESCOLAR, en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derechos de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp.1151-1153; ARROYO I AMAYUELAS/FARNÓS AMORÓS, *Indret*, 2.2015, p. 18 ss.; FARNÓS AMORÓS, «Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿Hacia la debilitación de la legítima?», en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 467 ss.; DE BARRÓN ARNICHES, «Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores», en VAQUER ALOY (coord.), *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 144-145; ZURITA MARTÍN, «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», en VAQUER ALOY (coord.), *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, 2018, p.106; SILLERO CROVETTO, «Desheredados en tiempos de pandemia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 785, 2021, p. 1802 ss; GARCÍA GORDAR, «La nueva doctrina de Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 786, 2021, pp. 2496-2498.

⁵⁸ Avantprojecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya. Disponible en https://justicia.gencat.cat/ca/departament/Normativa/normativa_en_tramit/avlleimodificacio-ccc/. Article 451-20. «Impugnació del desheretament 1. Si la persona legitimària desheretada impugna el desheretament al·legant la inexistència de la causa, correspon a l'hereu o hereva provar que existia. Excepcionalment, la prova de la inexistència de la causa de l'apartat 2.e) de l'article 451-17 correspon a la legitimària. 2. Si la persona legitimària desheretada al·lega reconciliació o perdó, la prova de la reconciliació o del perdó correspon a la desheretada. 3. L'acció d'impugnació del desheretament caduca al cap de quatre anys de la mort de qui testa».

6. Propuestas de reforma

Como indicábamos al inicio de este trabajo, son cada vez más las voces que se alzan en favor de una reforma de nuestro sistema legitimario, de mayor o menor alcance. No es el objetivo de este trabajo analizar todos los aspectos necesitados de reforma. Algunos de ellos, cómo la posible reducción de las cuotas legitimarias, responden a factores que van más allá del peso de la *affectio* en los actuales modelos de familia. Por ejemplo, el descenso en el número de hijos o la mayor transmisión de riqueza en vida del testador, que hacen que resulte hoy excesivo reservar dos tercios del patrimonio hereditario a quien a menudo es hijo único y se ha visto ya ampliamente beneficiado en vida del testador. Y otras reivindicaciones, como la de anteponer el cónyuge viudo a los descendientes o ascendientes, no serían tan acuciantes si el testador dispusiera de mayor libertad para favorecer a su cónyuge, ya sea a resultas de una ampliación de las causas de indignidad/desheredación o de una reducción de las cuotas de los demás legitimarios. No obstante, nos gustaría detenernos en aquellos aspectos que deberían ser reconsiderados a la luz del papel desempeñado por la *affectio* en el actual concepto de familia y la propuesta reinterpretación del fundamento de la legítima.

6.1. Ampliación y flexibilización de las causas de indignidad y desheredación

Si reinterpretemos el fundamento de la legítima y entendemos que la solidaridad familiar alcanza la prestación de ayuda y socorro *mutuos*, en los ámbitos *patrimonial* y *personal*, no podemos sino entender que la mera desafección -al igual que la negación de alimentos- justifica la desaparición de límites a la libertad de testar, independientemente de cuál sea el vínculo familiar existente entre los implicados y de la existencia o no de un daño psíquico al testador⁵⁹.

Respecto de la pareja matrimonial, dicha consecuencia ya está prevista por la ley ya que, aunque la ausencia de *affectio maritalis*, al igual que el maltrato de obra y psicológico, puede no ir acompañada de ruptura de la convivencia, ambas son reconducibles al incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales (art. 855 CC). Entendemos que la misma previsión debería hacerse respecto de los descendientes, pero también respecto de los ascendientes ya que, si bien es cierto que la solidaridad familiar intergeneracional quiebra fundamentalmente cuando miramos hacia la línea descendiente⁶⁰, puede darse el caso de ascendientes que maltraten a sus

⁵⁹ En este sentido, entre otros: PÉREZ ESCOLAR, en DOMÍNGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derechos de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 1142: «(...) si la legítima es una institución cuyo fundamento está en los vínculos familiares que unen a descendientes y ascendientes y a los cónyuges entre sí (art. 807CC) y esos vínculos familiares descansan sobre una realidad sociológica que requiere la existencia de relaciones de afectividad entre los implicados, lo cierto es que las causas para desheredar recogidas por el CC no reflejan esa realidad (...); BARCELÓ DOMÉNECH, «Abandono de personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, febrero 2016, p.301: «Tiene entidad suficiente la ausencia de relación familiar para erigirse en causa autónoma de desheredación. Aun reconociendo el avance producido desde 2014 con el nuevo criterio jurisprudencial, la situación actual, en la que la ausencia de relación familiar solamente da lugar a la desheredación si desemboca en un maltrato psicológico, no da cuenta de la realidad social»; ORDÁS ALONSO, *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Wolters Kluwer, 2021, p.386. En sentido contrario GARCÍA GOLDAR, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 786, 2021, p. 2492, opta por una intervención legislativa que aclare con mayor precisión el concepto de maltrato de obra del art. 853.2 CC, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, frente a una «desaconsejable» introducción del abandono familiar como causa autónoma de desheredación.

⁶⁰ Ver al respecto: LÓPEZ LÓPEZ/GONZÁLEZ HINCAPIÉ/SÁNCHEZ FUENTES, *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia*, CINCA, Madrid, 2015, p. 54.

hijos o se desentiendan emocionalmente de ellos tras la mayoría de edad y, como hemos indicado, la solidaridad familiar ha de ser recíproca⁶¹. Ésta es la postura adoptada por el derecho catalán, que no distingue entre ascendientes y descendientes cuando se trata de desheredar por ausencia manifiesta y continuada de relación familiar (art. 451-17e CCCat), o por maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a sus ascendientes o descendientes (art. 451-17c CCCat). Se impone la uniformidad entre todos los legitimarios de la desheredación por maltrato de obra y por falta de relación. Del mismo modo que es causa de desheredación de ascendientes, descendientes y cónyuge, la negativa de alimentos al testador sin motivo legítimo (art. 853.1º, 854.2º y 855.1º CC). El tratamiento uniforme permitiría además dotar de mayor coherencia a un sistema que sí permite a un hijo revocar las donaciones hechas a un padre/madre que le maltrató psicológicamente, enervar la acción de alimentos por ellos ejercida o extinguir la pensión alimenticia a ellos debida⁶². En todos estos supuestos se ha faltado a la solidaridad familiar que se presume entre los familiares más cercanos.

La inclusión del abandono emocional al testador, como causa de desheredación autónoma, es acorde con una legítima que no se entiende como un derecho de los legitimarios sino como una compensación por los cuidados proporcionados al causante. Al margen de dotar de utilidad a la figura como instrumento de cohesión de los vínculos familiares, se eliminaría la inseguridad jurídica que ocasiona pronunciarse acerca de un elemento tan subjetivo como es el del daño psicológico al testador. Es cierto que, con daño psicológico o sin él, uno de los requisitos que más dificultades genera en los litigios de reclamación de legítima, instados por los desheredados, es la atribución de la carga de la prueba al heredero⁶³. En el derecho catalán, las dificultades que ocasiona tener que probar que efectivamente el desheredado desatendió al causante (un hecho negativo) y que la desafección le es imputable en exclusiva (cuando en muchos casos es compartida) ha llevado a algunos autores a defender un modelo fáctico, en donde sea suficiente probar la ausencia de relación entre causante y legitimario. Del mismo modo que las consecuencias de la ruptura matrimonial no exigen investigar a quién le es imputable la ruptura a efectos de la pérdida de derechos sucesorios, la ausencia manifiesta y continuada de relaciones familiares entre sujetos mayores de edad extinguiría esos mismos beneficios cuando el causante

⁶¹ LASARTE ÁLVAREZ, «Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea», en LASARTE (dir.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 382: «Debería la persona que ostente la condición de legitimaria y que ha sido desheredada demostrar el mantenimiento de los lazos afectivos, la cercanía sentimental, los cuidados propios de cada caso en relación con la persona causante, sea ésta progenitora, cónyuge o descendiente, pues evidentemente la regla habría de aplicarse con carácter general a cualesquiera supuestos de legítima». CABEZUELO ARENAS, *Maltrato psicológico y abandono efectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art.853.2CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.112: «De lege ferenda debería adoptarse en nuestro Código una solución que permitiera a los hijos desheredar a sus propios padres, si fueran éstos los que suscitaban, por su propia intransigencia, una escisión, sembrando cizaña en la familia». También se pronuncia en este sentido ORDÁS ALONSO, *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Wolters Kluwer, 2021, pp. 285-286 y MARTÍN FUSTER, «La desheredación en la jurisprudencia y su influencia en la concepción de la legítima», en CAPILLA RONCERO/ESPEJO LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA (dirs.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, 2019, p. 668.

⁶² En este sentido CABEZUELO ARENAS, *Maltrato psicológico y abandono efectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art.853.2CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 227-238, esp. 232, que recuerda que «la remisión que hace el art. 152.4 CC a las causas de desheredación es genérica. Basta con incurrir en cualquiera de ellas para enervar la pretensión del alimentista, aunque estuvieran reservadas para desheredar a otro tipo de parientes».

⁶³ Acerca de las dificultades que genera al causante preconstituir prueba que ayude después al heredero a demostrar la realidad de los hechos imputados al legitimario: DE BARRÓN ARNICHEs, en ALOY VAQUER, *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p.131 ss.

lo hace valer en testamento⁶⁴. No creemos que optar por este modelo condene las causas de desheredación a la inutilidad⁶⁵. Si bien es cierto que se deja en manos del testador relacionarse o no con sus legitimarios y, de este modo, decidir si excluirles o no de la herencia, a diferencia de un sistema puramente dispositivo un sistema fáctico seguiría requiriendo hacer valer una causa de desheredación (en este caso la falta de relación) para disponer libremente. Luego, quien se ha beneficiado de las atenciones de sus familiares más cercanos no puede, al término de su vida, decidir excluirles libremente. No obstante, existe una diferencia importante entre la situación del cónyuge y la de los familiares en línea recta. El cónyuge puede dejar de serlo por voluntad de su consorte, luego el abandono emocional no es necesario para privarle de derechos sucesorios. Es tan sencillo como romper el vínculo matrimonial. Sin embargo, la relación paterno-filial o entre nietos/as y abuelos/as no se extingue por voluntad de los implicados. La admisión de un modelo fáctico podría causar un efecto contrario al aquí propugnado y servir de excusa, al causante que quiere desheredar a un hijo, para fomentar la desafección familiar⁶⁶.

Por ello, parece razonable la opción propuesta por gran parte de la doctrina⁶⁷ y plasmada en el Anteproyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del código civil de Catalunya, de invertir la carga de la prueba y hacer recaer la misma sobre el desheredado. Éste es quien tiene más facilidades de probar un hecho que pertenece a su esfera íntima, como es la existencia de relación con el testador. Al ser el desheredado que impugna el testamento quien tiene que probar que no hubo abandono emocional o que, de haberlo, no le fue imputable en exclusiva (como prevé el derecho catalán) o de forma principal y relevante (como prevé el Tribunal Supremo en caso de extinción de la pensión de alimentos (STS de 19 de febrero de 2019)), debería aumentar la operatividad de la desheredación y con ello el incentivo a un fortalecimiento de los vínculos familiares.

Pero si la *affectio familiaris* sobre la cual se asienta el actual modelo de familia debe inspirar una nueva interpretación del fundamento de la legítima, entendemos que su repercusión no debe limitarse a dicha institución, sino que debe alcanzar a los demás mecanismos de transmisión de la riqueza, dentro y fuera del ámbito sucesorio. Es por ello que, no sólo el maltrato psicológico sino también la falta de cuidados personales debería incluirse entre las causas de extinción de la pensión de alimentos entre familiares (como no puede ser de otro modo mientras se mantenga además la remisión legal expresa del art. 152.4 CC a las causas de desheredación) y considerarse causa de revocación de donaciones por ingratitud, entre familiares. Asimismo, consideramos que ésta debería incluirse también como causa de indignidad sucesoria cuando el causante es una persona discapacitada, dependiente o vulnerable y no ha mediado remisión por parte del

⁶⁴ En este sentido, respecto al derecho catalán: OLLÉ FAVARÓ, «La reforma del derecho de sucesiones en Cataluña», *Anales de la Academia Maritense del Notariado*, t. 49, 2009, p. 453.

⁶⁵ Así lo entienden sin embargo ARROYO I AMAYUELAS/FARNÓS AMORÓS, *Indret*, 2.2015, p. 22 y GARCÍA GOLDAR, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 786, 2021, p. 2493.

⁶⁶ En este sentido: FARNÓS AMORÓS, en DOMÍNGUEZ LÜELMO/GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 476.

⁶⁷ CARRAU CARBONELL, «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho Civil*, vol II, 2, abril-junio 2015, pp.249-256; GARCÍA GOLDAR, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 2021, 786, p.2492, Ver, respecto del derecho catalán, nota 51; LASARTE ALVAREZ, en Lasarte (dir.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 382; ALGABA ROS, «Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación», *Indret*, 2015, 1, p.20; MARTÍN FUSTER, en CAPILLA RONCERO/ESPEJO LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA (dirs), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, 2019, p. 688; ORDÁS ALONSO, *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Wolters Kluwer, 2021, pp. 380-381.

causante. Es cierto que la sucesión forzosa limita la voluntad dispositiva del causante mientras que la sucesión intestada se aplica en defecto de expresión de tal voluntad. Luego, si el causante no ha manifestado su deseo de desheredar al legitimario que le abandonó emocionalmente, ¿Por qué habría que excluirle de la sucesión? No obstante, quienes padecen una situación de discapacidad, dependencia o desamparo pueden tener problemas para expresar su voluntad testamentaria y desheredar a quienes les abandonaron o incluso abusaron de ellos sin haber sido condenados penalmente⁶⁸.

Para SCALISE, «las reglas sobre sucesión intestada encarnan la valoración colectiva social en cuanto a la forma en que los bienes de un individuo deben ser transferidos en ausencia de una expresión de su voluntad; y esta valoración es un producto de, entre otras cosas, las costumbres sociales, las influencias culturales y la disponibilidad de recursos económicos»⁶⁹. Si el cuidado personal de las personas vulnerables se considera un valor social a propiciar, el mismo no puede limitarse al ámbito patrimonial ni a las personas con discapacidad (tal y como prevé actualmente el art. 756.7 CC), sino que debe alcanzar la prestación de las atenciones debidas, en general, a quienes se encuentran en situación de desamparo⁷⁰. Con ello se evitarían resultados, como al que se vio abocada la STS de 2 de julio de 2019, que reconoció el derecho a suceder *ab intestato* a las nietas que se desinteresaron de sus abuelos, personas dependientes.

De acuerdo con la interpretación que están haciendo nuestros tribunales del maltrato psicológico como causa de desheredación, el abandono emocional de los testadores que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desamparo (lo que no implica *per se* la edad según la jurisprudencia analizada), es constitutivo de maltrato psicológico y por lo tanto de causa de desheredación. Con la propuesta aquí formulada, el alcance de la falta de *affectio familiaris* no sería el mismo en la sucesión forzosa y en la sucesión *ab intestato*. Mientras que como causa de indignidad sería necesario que el causante abandonado se encontrase en situación de vulnerabilidad (lo que se viene exigiendo en la actualidad por nuestros tribunales para dar por probado el daño psicológico necesario a la concurrencia de la causa de desheredación), como causa de desheredación creemos que el abandono emocional debería recogerse como causa autónoma de desheredación, independientemente de cuáles sean las circunstancias del testador. Se mantendría así un criterio más riguroso respecto de los legitimarios, por su estrecha vinculación con la persona del causante⁷¹.

⁶⁸ VAQUER ALOY, ADC, t. LXXIII, fasc. III, 2020, p. 1086 ss., se muestra favorable a una nueva causa de indignidad sucesoria que alcance los abusos físicos, psicológicos y económicos a personas vulnerables. En contra, GARCÍA GOLDAR, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 2021, 786, p. 2498, para quien dicha opción es cuestionable: «podría ocurrir que la privación de un legitimario de su derecho a herencia no se correspondiese con la voluntad real del causante abandonado, y desde luego, solo parece dar lugar a un incremento de rupturas familiares, tras los muchos reproches que cabría esperar entre todos los miembros». INFANTE RUÍZ, «Indignidad sucesoria y desheredación: una visión actual», en GARCÍA MAYO, *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Wolters Kluwer, 2020, p. 28, no es partidario de que se introduzca, de *lege ferenda*, el abandono familiar como causa de desheredación. Afirma que debería hacerse con una reforma profunda del sistema de legítimas, indignidad sucesoria y desheredación, para lo que se impone un llamamiento a los expertos y, por qué no, a la experiencia catalana.

⁶⁹ SCALISE, «Honor Thy Father and Mother?: How Intestacy Law Goes Too Far in Protecting Parents», *Seton Hall Law Review*, vol. 37, 2007, p. 172.

⁷⁰ En este sentido VAQUER ALOY, ADC, t. LXXIII, 2020, fasc. III, p. 1085 ss.

⁷¹ Afirma JORDANO FRAGA, *Indignidad sucesoria y desheredación (Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Comares, Granada, 2004, p. 31, con cita de García Goyena, Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Zaragoza, 1974, que ese es el criterio que ha venido manteniendo el legislador, convirtiendo en causa de desheredación hechos ofensivos que, fuera el ámbito de la legítima, no se consideran

6.2. Ampliación de la condición de legitimario

Hemos puesto manifiesto, al inicio de este trabajo, que doctrina y jurisprudencia coinciden en la ausencia de un concepto constitucional de familia. Es el legislador quien determina los modelos familiares dignos de protección jurídica en cada momento histórico, de acuerdo con la interpretación que hacen nuestros tribunales (fundamentalmente el Tribunal Constitucional) de las exigencias de nuestro texto constitucional. Y tanto a nivel nacional como europeo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos coinciden en el mandato a los poderes públicos para proteger, no sólo la familia matrimonial, sino los diferentes modos de convivencia familiar que en la sociedad se expresen. Es cierto que no todas las relaciones familiares requieren la misma protección (cuanto mayor sea la elasticidad del concepto de familia, mayor la heterogeneidad de su tratamiento jurídico), sino una que se ajuste a sus características y necesidades. Aunque coincidimos con VALPUESTA FERNÁNDEZ, en que los principios de solidaridad y responsabilidad deben presidir la regulación de cualquier modelo convivencial de carácter familiar⁷²: la solidaridad entre quienes comparten un proyecto de comunidad de vida y la responsabilidad de quienes, asumiendo el rol de padre o madre, crean lazos afectivos y de dependencia por parte de quienes con ellos conviven.

Las uniones de hecho constituyen un fenómeno social plenamente asentado en nuestro país y los comportamientos e intereses de sus miembros son análogos a los de una pareja matrimonial, por lo que son mayoría quienes defienden que el legislador debería asumir la protección de sus miembros y adecuar medidas para la atención de sus necesidades⁷³. No obstante, se plantea la duda de si tales medidas han de ser las mismas que para las parejas matrimoniales, ya que el Tribunal Constitucional ha dejado claro que matrimonio y unión de hecho no son instituciones equivalentes. A nivel estatal, el art. 221 de la Ley General de Seguridad Social ha equiparado ambos modelos familiares a efectos de obtención de la pensión de viudedad (art. 221) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo recurre a la figura del enriquecimiento injusto para evitar que, tras el cese de la unión de hecho, uno de los integrantes de la pareja quede apartado del aumento patrimonial que se haya producido durante la misma, cuando colaboró en la obtención de dicho beneficio con su trabajo doméstico y su dedicación a la familia o mediante la colaboración en los negocios del fallecido⁷⁴. Pero es sólo a nivel autonómico donde se ha llegado a una equiparación a efectos de derechos sucesorios.

tan graves como para convertirlos en causas de indignidad sucesoria. Aunque el autor propone, de lege ferenda, un régimen unificado sobre la base de la actual indignidad sucesoria, también aplicable a los legitimarios del causante ofendido (p. 10).

⁷² VALPUESTA FERNÁNDEZ, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 460 ss.

⁷³ Para SERRANO FERNÁNDEZ, «Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. II, 2008, p. 567, la ausencia de una normativa que regule las relaciones de los convivientes supone un incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia. Y según GARCÍA RUBIO, «Parejas de hecho y lealtad constitucional», en Libro Homenaje al prof. J. Serrano García, ed. Universidad de Valladolid, 2004, p. 42, la inseguridad jurídica provocada por la ausencia de regulación no es acorde con la Constitución.

⁷⁴ STS 5/2003, Civil, de 17 de enero (ROJ: 2003,122); STS 584/2003, Civil, de 17 de junio de 2003 (ROJ: 2003, 4196) y STS 1107/2004, Civil, de 23 de noviembre de 2004 (ROJ: 7601, 2004), en casos en que la pareja de hecho se extingue por fallecimiento de uno de sus miembros.

Aunque la cuestión requiere un estudio sociológico y jurídico más exhaustivo, entendemos que la familia moderna, caracterizada por la función de socorro mutuo de sus familiares, comunidad de vida entre ellos y cuidado de los hijos -cuando los hay-, elimina cualquier posible diferencia funcional entre pareja matrimonial y pareja de hecho que justifique un tratamiento diferenciado a efectos jurídicos. Especialmente, tras la introducción del divorcio no causal en nuestro ordenamiento jurídico y la consiguiente pérdida de estabilidad que caracterizaba al matrimonio, frente a la unión de hecho, hasta entonces⁷⁵. Si, además, reinterpretemos el fundamento de la legítima a la luz de la protección, no sólo patrimonial sino también personal que demanda la familia moderna⁷⁶, se cierra el círculo en materia de sucesión forzosa ¿Quién mejor que el conviviente para prestar cuidados personales al causante y para ser compensado por ellos *mortis causa*?

Las familias reconstituidas, formadas por los progenitores, los hijos de cada uno de ellos y los hijos comunes, constituyen también en la actualidad un fenómeno en auge y socialmente aceptado, que se integra en el engranaje de las relaciones familiares⁷⁷. Son escasas las referencias legales a este modelo familiar (arts. 176.2 y 1362.1 CC; art.2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas) y nulas las de naturaleza sucesoria. Entre quienes se han interesado por la cuestión, es pacífico admitir que debe presumirse voluntad del causante beneficiar a los hijos de la pareja, antes que al Estado, en la sucesión intestada, e incluso anteponerlos a miembros de la familia extensa con quienes apenas se alberga relación⁷⁸. Incluso se llega a defender su equiparación a los hijos naturales o adoptivos en determinadas

⁷⁵ En contra MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «A cada uno su familia, a cada familia su derecho», *Teoría y derecho, Revista de pensamiento jurídico*, junio-diciembre, 2/2007, p. 42, para quien «a) desde el punto de vista sociológico, el matrimonio integrado por un hombre y una mujer es el modelo que mejor cumple las funciones estratégicas que la familia: es significativamente más fecundo y estable que las uniones de hecho heterosexuales, y todavía más si nos referimos a los modelos homosexuales, ya sean éstos de unión de hecho, o de unión de hecho juridificada, o incluso de matrimonio, como ocurre entre nosotros; b) desde el punto de vista jurídico, también el matrimonio, y más cuanto más firme sea el vínculo jurídico que genera (es decir, cuanto más exigentes sean las causas de divorcio), es institucionalmente más estable que las uniones de hecho, hayan sido juridificadas o no».

⁷⁶ Sin perjuicio de la necesidad de que los convivientes de hecho manifiesten de consuno su sometimiento a la regulación prevista para las parejas matrimoniales: SSTC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2013) y (Pleno) 75/201475/2014, de 8 de mayo de 2014 (BOE núm. 135, de 4 de junio de 2014).

⁷⁷ Acerca de la difusión del fenómeno de las familias recompuestas: GARCÍA MÍNA FREIRE/CARRASCO GALÁN/ESPINAR FELLMAN/MARTÍNEZ DÍAZ, «Familias reconstituidas: un acercamiento al estudio de las nuevas estructuras familiares», *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 60, 116, 2002, p.185 ss.

⁷⁸ VAQUER ALOY/IBARZ LÓPEZ, «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, 2017, vol. 4, 4, p.226 y ss.; PÉREZ GALLARDO, «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato. ¿Una ecuación lineal?», *RDP*, 2011, Año 95, 3, p.75. BARBA, «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, 3, 2022, p. 198 ss.

circunstancias o cuando se dan ciertos condicionamientos⁷⁹, pero es más delicada la cuestión del reconocimiento de derechos forzosos⁸⁰.

Entendemos que la tendencia legal y jurisprudencial a configurar la relación paterno filial sobre bases no exclusivamente biológicas (parejas homosexuales, adopción, técnicas de reproducción asistida con donante, reconocimiento de complacencia, o maternidad subrogada que, aunque no por prohibida deja de practicarse) obliga a analizar cuando se da una relación paterno-filial de *facto*, entre los convivientes. Si existe afectividad, convivencia y asunción de roles paterno-filiales -lo cual puede determinarse a través de un reconocimiento judicial o la concurrencia de determinados requisitos objetivos ligados a la convivencia-, es preciso dotar de protección jurídica a esas relaciones familiares afín de evitar la ausencia de derechos⁸¹ y la imposibilidad de tomar decisiones respecto de la persona, no vinculada biológicamente, que se tiene a cargo. Y entre los derechos se incluyen los de naturaleza sucesoria. Una reforma de nuestro sistema legitimario, que responda a un fortalecimiento de los lazos familiares a través de una mayor atención a los cuidados personales, no puede obviar a personas que se encuentran plenamente integradas en la unidad familiar y que son susceptibles de prestar cuidados en iguales condiciones que los padres e hijos biológicos o adoptivos.

No nos sumamos a la opinión doctrinal ni a la tendencia de otros ordenamientos jurídicos de suprimir la condición de legitimarios de los ascendientes. Entendemos que la protección de la familia nuclear por medio de la legítima debe alcanzar a quienes son susceptibles de prestarse ayuda y socorro mutuos y, aunque lo más habitual es que dichas atenciones se demanden con

⁷⁹ VAQUER ALOY/IBARZ LÓPEZ, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, .4, 2017, p. 227 ss. propugnan anteponer los hijos de la pareja al Estado, en todo caso, anteponerlos a los parientes colaterales cuando ha habido convivencia cualificada, porque ha durado un tiempo que puede considerarse como significativo de la existencia de lazos afectivos como los que se dan en la filiación por naturaleza, y equiparlos a los hijos naturales o adoptivos cuando se dan las circunstancias del art. 236-15.2 CCCat. Es decir, si la autoridad judicial atribuye la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, y además ha seguido habiendo convivencia durante al menos dos años más. PÉREZ GALLARDO, *RDP*, Año 95, .3, 2011, p. 76, entiende que los hijos afines deberían ser llamados junto a los hijos biológicos, «y que puedan recibir al menos a una determinada cuota parte del caudal hereditario». BARBA, *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, .3, 2022, p. 193 y ss. defiende la conveniencia de un reconocimiento judicial del progenitor afín, solicitada por los dos progenitores convivientes, el hijo y el no conviviente si existiera, con consecuencias legales cercanas a las de la filiación. Entre ellas, la existencia de derechos sucesorios recíprocos en la sucesión forzosa y ab intestato (p. 199). Sin embargo, en el caso de progenitores afines de *facto*, la presencia de hijos propios impediría que el hijo afín tuviera la consideración de heredero legal ya que no es posible considerar a hijos propios y afines exactamente de la misma manera; lo contrario vulneraría el principio de igualdad y razonabilidad al tratar de la misma manera situaciones que son muy diferentes (nota 110). En ausencia de hijos o progenitores biológicos o adoptivos, estaría justificado el derecho de hijos y progenitores afines a heredarse recíprocamente, en su caso en concurso con otros parientes (p. 198).

⁸⁰ VAQUER ALOY/IBARZ LÓPEZ, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, .4, 2017, p. 231, propone el reconocimiento de derechos sucesorios recíprocos en la sucesión forzosa (en igualdad de condiciones que cualquier otro hijo), cuando concurren cumulativamente los siguientes requisitos: a) el hijastro ha convivido con el causante; b) la convivencia se inició durante la minoría de edad del hijastro; c) el padrastro o la madrastra ha asumido el ejercicio de las funciones propias de la potestad parental (con o sin titularidad); y d) tras la asunción de las funciones parentales, la convivencia se ha prolongado otros dos años. También se muestra favorables al reconocimiento de dichos derechos PÉREZ GALLARDO, *RDP*, Año 95, .3, 2011, p. 75 y ss., espec. p. 78, respecto de los ahora llamadas «herederos especialmente protegidos» de los arts. 492 a 495 del CC. Cubano. Para BARBA, *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, 3, 2022, p. 196 de no darse un reconocimiento judicial de la condición de progenitor afín, la relación que se establece a través de la convivencia justifica el poder-deber de colaborar en la educación de los hijos del otro conviviente, pero no la condición de legitimarios recíprocos.

⁸¹ STC, Sala Primera, 13/1995, de 24 de enero de 1995 (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1995), que niega el derecho de subrogación arrendaticia a la hija del cónyuge de la arrendataria.

mayor intensidad a la vejez y que sean entonces la pareja y los hijos y descendientes quienes estén en mejores condiciones de prestarlas, también son exigibles, a lo largo de la vida del testador mayor de edad, a sus ascendientes. Los padres y ascendientes que se desentienden de las necesidades emocionales y económicas de sus descendientes no cumplen con la solidaridad en cuidados que se presume y espera de los familiares más cercanos. Cuestión distinta es la de la oportunidad de reducir su cuota legitimaria, para ofrecer al testador mayor libertad de disponer en favor del cónyuge, pareja de hecho o terceros

7. Conclusiones

Se ha puesto en entredicho la supervivencia de la legítima. La solidaridad familiar, entendida como la asistencia patrimonial a ciertos familiares -especialmente los descendientes- tras el fallecimiento del cabeza de familia, no sirve hoy en día para justificar la imposibilidad de disponer libremente de dos tercios del patrimonio del testador. Una legítima asistencial, condicionada a la existencia de una situación de necesidad justificada, resultaría hoy más coherente si la finalidad de la institución es subvenir a quienes se encuentran desamparados tras el fallecimiento del testador.

No obstante, creemos que la legítima puede seguir cumpliendo una importante función de protección de la familia si reinterpretemos su fundamento y reivindicamos, frente al ámbito estrictamente patrimonial, el de los cuidados personales, y frente a la protección exclusiva de los familiares supérstites, la del propio testador. Si los cuidados personales y afectivos no son siempre espontáneos y desinteresados, se puede utilizar la legítima como incentivo, premiando a quienes los proporcionaron y sancionando a quienes se desinteresaron del testador por causa a él no imputable, independientemente de las circunstancias o consecuencias de dicho abandono. La mayoría de los legitimarios dispensarán los cuidados personales y patrimoniales necesarios al testador y éste, guiado por esos mismos vínculos, favorecerá materialmente a sus allegados, pero pueden darse desviaciones que siguen justificando la intervención legislativa limitadora de la libertad de testar. El mantenimiento de una legítima, aunque reducida respecto de la actual, serviría como estímulo para que se mantuviesen las obligaciones asistenciales de cuidado o compañía en aquellos casos en que no se dieran instintivamente.

Las reformas en materia de derecho de familia y las resoluciones de los más altos tribunales apelan al valor que desempeña el afecto en las relaciones familiares. No obstante, este elemento no ha tenido la debida proyección en el ámbito sucesorio. La interpretación que ha hecho nuestro Tribunal Supremo del maltrato de obra, como causa de desheredación, de extinción de la pensión de alimentos o de revocación de donaciones por causa de ingratitud, pone de manifiesto las limitaciones del poder judicial, constreñido a exigir la existencia de un daño psicológico -como modalidad de maltrato de obra- y a hacer recaer la carga de la prueba -en caso de impugnación del testamento- sobre los herederos. Por ello, entendemos que le toca tomar el relevo al legislador y, aprovechando la experiencia del derecho catalán, introducir una causa de desheredación por falta de relación imputable al legitimario, con inversión de la carga de la prueba, realmente acorde con la solidaridad familiar.

Dotar a la *affectio familiaris* del papel que le corresponde en el sistema legitimario requiere igualmente reconsiderar quienes han de tener la consideración de legitimarios. La introducción del divorcio no causal impide seguir invocando una mayor estabilidad del matrimonio, frente a

la unión de hecho, que haga del cónyuge persona más idónea para prestar cuidados personales, que el conviviente. Ambos serán, junto con los descendientes, las personas en mejores condiciones para atender al testador y, por ende, quienes han de beneficiarse de la solidaridad familiar recíproca tras su fallecimiento. Del mismo modo, los vínculos paterno-filiales no descansan ya exclusivamente en la sangre, sino también en la voluntad de asumir responsabilidades parentales. Aunque el modelo de las familias reconstituidas carece actualmente de regulación jurídica, ignorar los vínculos afectivos que pueden surgir entre sus miembros y sus consecuencias a efectos sucesorios es condenar cualquier reforma del sistema legitimario a la obsolescencia.

8. Bibliografía

ALGABA ROS, Silvia, «Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación», *Indret*, 1.2015.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther/ FARNÓS AMORÓS, Esther, «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?», *Indret*, 2.2015.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania», *Indret*, 1.2010.

AYUSO SÁNCHEZ, Luis, “Living Apart Together en España ¿Noviazgos o parejas independientes?”, en *Revista Internacional de Sociología*, vol. 70, 3, septiembre-diciembre, 2012, pp. 587-613.

BARBA, Vincenzo, «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, 3, 2002, pp. 157-206.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, «Abandono de personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, febrero 2016, pp. 289-302.

BARRIOS GALLARDO, Aurelio, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.

BARRIOS GALLARDO, Aurelio, «Derecho a la herencia y sucesión forzosa en el art. 33 de la constitución española», *Conpedi Law Review*, vol. 4, 1, junio 2018, pp. 139-158.

BARRIOS GALLARDO, Aurelio, “El ocaso de las legítimas largas», en CAPILLA RONCERO, Francisco/ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel/ARANGUREN URRIZA, Francisco José, (dirs.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, 2019, pp. 287-313.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Maltrato psicológico y abandono efectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CAÑIZARES LASO, Ana, «Legítimas y libertad de testar», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/GARCÍA RUBIO, María Paz (dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones. ‘Liber Amicorum’ Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp.245-270.

CARPI MARTÍN, Rebeca, «Familia por pacto. Relaciones convivenciales de ayuda mutua en Cataluña tras casi veinte años en vigor: luces y sombras», en SANCINEMA ASURMENDI,

Camino/CARBAJO GONZÁLEZ, Julio (coord.), *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, Thomson Reuters, 2018, pp. 179-192.

CARRAU CARBONELL, José María, «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, 2, abril-junio 2015, pp. 249-256.

CARRIÓN OLMOS, Salvador, «Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas», *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, 30, pp.364-391.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, «Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores», en VAQUER ALOY, Antoni, *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp.113-146.

DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo, «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 1097-1116.

DÍEZ-PICAZO, Luis/GÜLLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones*, Bosch, Madrid, 2020.

ESTELLÉS PERALTA, Pilar María, «La indiscutible soberanía de la voluntad del testador», en ESTELLÉS PERALTA, Pilar María (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones, 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.150-192.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿Hacia la debilitación de la legítima?», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/GARCÍA RUBIO, María Paz (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 451-478.

GALICIA AIZPURÚA, Gorka Horacio, «Las legítimas en la Propuesta de reforma de la asociación de profesores de Derecho Civil», en VILLÓ TRAVÉ, Cristina (dir.), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 47-74.

GÁLVEZ MONTÉS, Francisco Javier, «Comentario al artículo 39», en GARRIDO FALLA, Fernando (coord.) *Comentarios a la Constitución*, Aranzadi, Madrid, 2001.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «La familia y su Derecho», *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, vol. 1, 2016.

GARCÍA GOLDAR, Mónica, «La nueva doctrina de Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 786, 2021, p. 2482-2516.

GARCÍA-MINA FREIRE, Ana García/CARRASCO GALÁN, María José/ESPINAR FELLMAN, Isabel/MARTÍNEZ DÍAZ, María Pilar, «Familias reconstituidas: un acercamiento al estudio de las nuevas estructuras familiares», *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 60, 116, 2002, pp. 185-198.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «Parejas de hecho y lealtad constitucional», *Libro Homenaje al prof. J. Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 35-63.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», en ABAD TEJERINA, Paloma (coord.), *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo*, Sepín, Madrid, 2021, pp. 279-290.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil», en BARBA, Vincenzo/PÉREZ GALLARDO, Leonardo B (coords.), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 23-58.

GADIVIA, Julio V., «La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre», *Derecho Privado y Constitución*, 12, enero-diciembre 1998, pp. 69-142.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Familia y Relaciones de convivencia», en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen/YSÀS Y SOLANES, María/ SOLÉ RESINA, Judith, *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2013, pp. 17-32.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Civil, Sección 1ª) de 3 de junio 2014. Desheredación por maltrato psicológico. Concepto incluido en el término "maltrato"», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 97, 2015, pp. 277-288.

INFANTE RUIZ, Francisco Javier, «Indignidad sucesoria y desheredación: una visión actual», en GARCÍA MAYO, Manuel, *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Wolters Kluwer, 2020, p. 22

INFOSALUS/MAYORES, 18 de noviembre de 2022, Europa Press. Disponible en <https://www.infosalus.com/mayores/noticia-soledad-no-deseada-personas-mayores-tambien-problema-salud-20230131081147.html>.

JORDANO FRAGA, Francisco, *Indignidad sucesoria y desheredación (Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Comares, Granada, 2004.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014», en *Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014*, en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>,

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Sucesiones II*, Bosch, Barcelona, 1973.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea», LASARTE Álvarez, Carlos (dir.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 363-383.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, «La garantía institucional de la herencia», *Derecho privado y Constitución*, 1994, 3, pp. 29-62. Disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/9902dpc003029.pdf>.

LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa/GONZÁLEZ HINCAPIÉ, Viviana/SÁNCHEZ FUENTES, Antonio Jesús, *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia*, Madrid, 2015, CINCA.

MARGARIÑOS BLANCO, Victorio, *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, Fundación Notariado, Madrid 2022.

MARTÍN FUSTER, José Manuel, «La desheredación en la jurisprudencia y su influencia en la concepción de la legítima», en CAPILLA RONCERO, Francisco/ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel/ARANGUREN URRIZA, Francisco José (dirs.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters, 2019, pp. 663-689.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «A cada uno su familia, a cada familia su derecho», Teoría y derecho, *Revista de pensamiento jurídico*, junio-diciembre, 2/2007, pp. 29-47

OLLÈ FAVARÓ, Joan Carles, «La reforma del derecho de sucesiones en Cataluña», *Anales de la Academia Maritense del Notariado*, t. 49, 2009, pp. 439-491.

ORDÁS ALONSO, Marta, *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Wolters Kluwer, 2021.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario da Facultades de Dereito da Universidades da Coruña*, 13, 2009, pp. 481-554. Disponible en https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7529/AD_13_art_24.pdf.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato. ¿Una ecuación lineal?», *Revista de Derecho Privado*, Año 95, 3, 2011, pp. 63-82.

PÉREZ ESCOLAR, Marta, «Causas de desheredación y flexibilización de la legítima», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/GARCÍA RUBIO, María Paz (dirs.), *Estudios de Derechos de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 1131-1154.

PINTENS, Walter/SEYNS, Steven, «Comparative Law. Germany. Compulsory Portion and Solidarity Between Generations in German Law», en CASTELEIN, Christoph/FOQUÉ René/VERBEKE, Alain Laurent (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society. Five Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, pp. 167-188.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación», en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23-42.

REQUENA, Félix (dir.), «La evolución de la pareja en España: del rito del matrimonio para toda la vida a la diversidad de relaciones basadas en el pacto privado y la aceptación de la ruptura y el re-emparejamiento». Proyecto de investigación *La gestión de la intimidad en la sociedad de la información y el conocimiento. Parejas y rupturas en la España actual (GESTIM-BBVA-2018)*. Disponible en *La evolución de la pareja en España: del rito del matrimonio para toda la vida a la diversidad de relaciones basadas en el pacto privado y la aceptación de la ruptura y el re-emparejamiento* - Fundación BBVA (fbbva.es).

ROCA I TRIAS, Encarna, «Familia y Constitución», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 2006, pp. 207-228. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2006-10020700228

ROCA I TRIAS, Encarna, «Una reflexión sobre la libertad de testar», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/GARCÍA RUBIO, María Paz (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones, Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 1245-1266.

ROYO MARTÍNEZ, Miguel, *Derecho sucesorio mortis causa*, 1951, Sevilla, Edelce.

SALAR SOTILLO, María José, «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8 bis, julio 2018, pp.196-225.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, «Límites constitucionales a la libertad de testar», en VAQUER ALOY, Antoni/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz/BOSCH CAPDEVILA, Esteve (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 7-38.

SCALISE, Ronald, J, «Honor Thy Father and Mother?: How Intestacy Law Goes Too Far in Protecting Parents». *Seton Hall Law Review*, vol. 37, 2007.

SERRANO FERNÁNDEZ, María, «Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. II, 2008, pp. 543-617.

SILLERO CROVETTO, Blanca, «Desheredados en tiempos de pandemia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 785, 2021, pp. 1781-1814.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», *Derecho de sucesiones, Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 173-230.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, 2012.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina, «Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil», en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel/MÉNDEZ GONZALES, Fernando P. (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4893-4902.

VAQUER ALOY, Antoni, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *Indret*, 3.2007.

VAQUER ALOY, Antoni, «Acerca del fundamento de la legítima», *InDret*, 4.2017.

VAQUER ALOY, Antoni/IBARZ LÓPEZ, Noelia, «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, 4, 2017, pp. 211-235.

VAQUER ALOY, Antoni, *Libertad de testar y para testar*, ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

VAQUER ALOY, Antoni, «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXIII, fasc. III, 2020, pp. 1067-1095.

VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid 2022.

ZURITA MARTÍN, Isabel, «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», en VAQUER ALOY, Antoni/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz/BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (coord.), *La libertad de testar y sus límites*, Marcial Pons, 2018, pp. 82-112.

9. Resoluciones judiciales

STEDH, *Paradiso y Campanelli* (25358/12) de 24 de enero de 2017.

STEDH, *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia* (71552/17) de 18 de mayo de 2021.

STC (Pleno) 45/1989, de 20 de febrero (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1989)

STC (Pleno) 222/1992, de 11 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993).

STC (Sala Primera), 13/1995, de 24 de enero de 1995 (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1995).

STC (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012)

STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2013).

STC (Pleno) 75/2014, de 8 de mayo de 2014 (BOE núm. 135, de 4 de junio de 2014).

STS 675/1993, Civil, de 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4792).

STS 184/2001, Civil, de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2562).

STS 5/2003, Civil, de 17 de enero de 2003 (ROJ: 2003,122)

STS 584/2003, Civil, de 17 de junio de 2003 (ROJ: 2003, 4196)

STS 1107/2004, Civil, de 23 de noviembre de 2004 (ROJ: 7601, 2004),

STS 881/2010, Civil, de 18 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 11277).

STS 740/2013, Civil, de 5 de diciembre de 2013 (ROJ: 5765, 2013).

STS 758/2012, Civil (Pleno), de 15 de enero de 2014 (ROJ: 608, 2014).

STS 835/2013, Civil (Pleno) de 6 de febrero de 2014 (ROJ: 247, 2014).

STS 258/2014, Civil, de 3 de junio de 2014 (ROJ: 2484, 2014).

STS 59/2015, Civil, de 30 de enero de 2015 (ROJ: 565, 2015).

STS 422/2015, Civil, de 20 de julio de 2015 (ROJ: 4153, 2015).

STS 401/2018, Civil, de 27 de junio de 2018 (ROJ: 2492, 2018).

STS 104/2019, Civil, de 19 de febrero de 2019 (ROJ: 502, 2019).

STS 267/2019, Civil, de 13 de mayo de 2019 (ROJ: 1523, 2019).

STS 384/2019, de 2 de julio de 2019 (ROJ: 2241, 2019).

STS 45/2022, Civil, de 27 de enero de 2022 (ROJ: 243, 2022).

STS 277/2022, Civil, de 31 de marzo de 2022 (ROJ: 1153, 2022).

STS 419/2022, Civil, de 24 de mayo de 2022 (ROJ: 2068, 2022).

STS 558/2022, Civil, de 11 julio de 2022 (ROJ: 3002, 2022).

STS 44/2023, Civil, de 18 de enero de 2023 (ROJ: 287, 2023).

STS 556/2023, Civil, de 19 de abril de 2023 (ROJ: 1676, 2023).

SAP Murcia, Sección 4ª, de 5 de octubre de 2000 (ROJ: JUR 2001\7956).

SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 15 de diciembre de 2010 (ROJ: 2972, 2010).

SAP de Badajoz, Sección 3ª, de 11 de septiembre de 2014 (ROJ: 838, 2014).

SAP Alicante, Sección 9ª, de 24 de octubre de 2014 (ROJ: 3409, 2014).

SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, de 13 de enero de 2015 (ROJ: 92, 2015).

SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 10 de marzo de 2015 (ROJ: 255, 2015).

SAP de Vizcaya, Sección 3ª, de 5 de noviembre de 2015 (ROJ: 2078, 2015).

SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 14 de diciembre de 2015 (ROJ: 3051, 2015).

SAP de la Coruña, Sección 6ª, de 15 de abril de 2016 (ROJ: 895, 2016).

SAP de Valencia, Sección 11ª, de 24 de junio de 2016 (JUR 2016, 247572).

SAP de Barcelona, Sección 16ª, de 31 de marzo de 2016 (ROJ: 2475, 2016).

SAP de Asturias, Sección 7ª, de 29 de septiembre de 2016 (ROJ: 2500, 2016).

SAP de Baleares, Sección 5ª, de 20 de diciembre de 2016 (AC 2016, 2147).
SAP de Asturias, Sección 1ª, de 20 de febrero de 2017 (ROJ: 497, 2017).
SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 16 de octubre de 2017 (ROJ: 693, 2017).
SAP de Madrid, Sección 10ª, de 15 de noviembre de 2018 (ROJ: 15300, 2018).
SAP de Asturias, Sección 5ª, de 20 de diciembre de 2018 (ROJ: 3589, 2018).
SAP de Murcia, Sección 1ª, de 27 de mayo de 2019 (ROJ: 1125, 2019).
SAP de Zamora, Sección 1ª, de 23 de julio de 2019 (ROJ: 351, 2019).
SAP de Toledo, Sección 2ª, de 19 de febrero de 2020 (ROJ:137, 2020).
SAP de Badajoz, Sección 3ª, de 20 de abril de 2020 (ROJ: 420, 2020).
SAP de Navarra, Sección 3ª, de 27 de octubre de 2020 (ROJ: 902, 2020).
SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 7 de diciembre de 2020 (ROJ: 2390, 2020).
SAP de Asturias, Sección 6ª, de 22 de marzo de 2021 (ROJ: 886, 2021).
SAP de Huelva, Sección 2ª, de 21 de junio de 2022 (ROJ: 555, 2022).
SAP de Madrid, Sección 13ª, de 22 de septiembre de 2022 (ROJ: 13084, 2022).

Ivó Coca Vila
 Universidad Pompeu Fabra
 MPI-CSL

Agresión sexual por engaño

Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual

Sumario

-
El art. 178 CP tipifica como agresión sexual todo acto contra la libertad sexual no consentido. El consentimiento excluyente del injusto debe haber sido manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. En este trabajo se aborda la cuestión de cómo valorar aquellos supuestos en los que quien consiente de forma clara y expresa lo hace engañado respecto de un aspecto subjetivamente decisivo para aprobar la relación sexual. En particular, se defiende que es posible cometer un delito de agresión sexual a través de un engaño, aunque solo son relevantes ex art. 178 CP, en tanto que lesivos de una pretensión de veracidad protegida por dicha norma, aquellos que recaigan sobre la naturaleza sexual de la relación, la identidad nominal de la pareja y el grado de injerencia corporal.

Abstract

-
Article 178 CP defines rape as any act against sexual freedom that is not consensual. The consent that excludes the offence must have been freely given by acts that, in the circumstances of the case, clearly express the person's will. In this article I consider those cases in which the person who has clearly and expressly consented is deceived about a deal breaker. In particular, I argue that it is possible to commit rape by deception, although only those cases in which the deception concerns the sexual nature of the relationship, the nominal identity of the partner and the degree of physical interference are relevant under art. 178 CP, as the perpetrator violates the victim's right not to be deceived, which is protected by the offence of rape.

Abstract

-
Art. 178 CP definiert den sexuellen Übergriff als jede gegen die sexuelle Freiheit gerichtete Handlung, die nicht einvernehmlich erfolgt. Die die Strafbarkeit ausschließende Einwilligung muss dabei frei und durch Handlungen erteilt worden sein, die unter den gegebenen Umständen den Willen der Person eindeutig zum Ausdruck bringen. In diesem Artikel befasse ich mich mit Fällen, in denen eine Person, zwar klar und ausdrücklich eingewilligt hat, aber über einen sogenannten "Dealbreaker" getäuscht wird. Insoweit zeige ich auf, dass ein sexueller Übergriff auch durch Täuschung begangen werden kann, allerdings nur, wenn die Täuschung den sexuellen Charakter der Beziehung, die nominelle Identität des Partners und den Grad der körperlichen Einmischung betrifft. Denn nur dann verletzt der Täter den Wahrheitsanspruch des Opfers, den Art. 178 StGB als Form des sexuellen Übergriffs schützt.

Title: *Rape by deception. Towards a differentiation theory of deception that invalidates sexual consent*

Titel: *Sexueller Übergriff durch Täuschung. Auf dem Weg zu einer differenzierten Theorie der einwilligungsausschließenden Täuschung*

-
Palabras clave: *Delitos sexuales, agresión sexual, autonomía sexual, consentimiento, engaño, fair labelling*

Keywords: *Sexual offences, rape, sexual autonomy, consent, deception, fair labelling*

Stichwörter: *Sexualdelikte, Sexueller Übergriff, Sexuelle Autonomie, Einwilligung, Täuschung, fair labelling.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.10

-

-
- 1. Introducción**
- 2. El engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual**
 - 2.1. Contra la agresión sexual por engaño
 - 2.2. El engaño como forma idónea de menoscabo de la autonomía sexual
- 3. La tesis subjetivista del engaño sexual**
- 4. Las tesis diferenciadoras del engaño penalmente relevante**
 - 4.1. Error referido al bien jurídico y error sobre el motivo o la contraprestación
 - 4.2. Fraude en el hecho y fraude en la inducción
 - 4.3. El objeto del consentimiento sexual
- 5. Fundamentos de una teoría del engaño bastante en materia sexual**
 - 5.1. La dimensión sexual de la autonomía
 - 5.2. La autonomía y el consentimiento sexual como magnitudes graduales
 - 5.3. La determinación normativa del consentimiento excluyente del injusto
- 6. Hacia una teoría del engaño bastante en materia sexual**
 - 6.1. ¿Deberes penales genéricos de información en materia sexual?
 - 6.2. Delimitación de los engaños penalmente relevantes *ex art.* 178 CP
 - a. Engaños idóneos para menoscabar la autonomía sexual
 - b. Engaño bastante como medio comisivo del delito de agresión sexual
- 7. Fair labelling y engaños no constitutivos de agresión sexual**
- 8. Conclusiones**
- 9. Bibliografía**

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, aunque pronto rectificada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, supone la culminación de un largo proceso de redefinición del objeto de protección del delito de agresión sexual. Superados quedan los días en los que se reprimía la agresión sexual como un atentado contra la propiedad del padre o el marido de la mujer. Lo están también aquellos en los que se concebía como un atentado contra la honestidad de la mujer forzada a mantener una relación sexual extramatrimonial¹. El nuevo art. 178 CP plasma, aunque quizá ya no de modo paradigmático tras la reforma del año 2023, la tesis ahora dominante, tanto en la discusión jurídico-penal como iusfilosófica, según la cual el delito de agresión sexual protege la autonomía o libertad sexual (negativas), esto es, el derecho de toda persona a no participar en relaciones de carácter sexual no deseadas².

Y dicho precepto protege el derecho a la autonomía sexual de forma omnicomprendiva, pues todas las formas de atentado contra la libertad sexual imaginables, también las no coercitivas, quedan reunidas ahora en un tipo único, si bien tras la reforma del año 2023 se vuelven a establecer distinciones penológicas en función del medio comisivo. En todo caso, el delito de agresión sexual ha dejado de reprimir menoscabos coercitivos de la libertad sexual, para pasar a quedar definido como la práctica de sexo no consentido³. Pese a los esfuerzos doctrinales por redefinir la noción de relación sexual legítima como el fruto de una negociación y el sexo como una forma de "trabajo en equipo" deseada (*welcomed*), superando una noción unilateral de

* Autor de contacto: Ivó Coca Vila (ivo.coca@upf.edu). Este artículo se enmarca en el proyecto PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/511100011033. Una primera versión de este trabajo fue presentada en la Facultad de Derecho de la UBA el 16.09.22 y en el Seminario de Derecho Penal de la UPF el 11.10.22. A los participantes en ambas discusiones agradezco sus críticas y sugerencias. Asimismo, agradezco a Elena Larrauri y a Carlos Castellví sus muy valiosas observaciones críticas a un primer borrador de este trabajo.

¹ Sobre la evolución del objeto de protección del delito sexual, cfr. HÖRNLE, «Rape as Non-Consensual Sex», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 236 s.; o DRIPPS, «Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent», *Columbia Law Review*, (92-7), 1992, pp. 1780 ss. Entre nosotros, cfr. MASFERRER, *De la honestidad a la integridad sexual*, 2020, Cap. 5; o PEREIRA GARMENDIA, *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales*, 2021, pp. 9 ss.

² Sobre la autonomía sexual como paradigma del Derecho penal sexual liberal, cfr. SCHULHOFER, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, 1998, pp. 99 ss.; entre nosotros, Díez RIPOLLÉS, «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, pp. 86 ss.; o MALÓN MARCO, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, 2020, Cap. VIII. Hasta donde alcanzo, son básicamente dos las corrientes críticas contra la tesis de la autonomía. Por un lado, una corriente feminista critica la idealizada noción de consentimiento sexual (libre y racional) de la mujer. En sus formulaciones extremas (*vid. p. ej.*, MACKINNON, «Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory», *Signs*, (7-3), 1982, p. 635; LA MISMA, «Rape Redefined», *Harvard Law & Policy Review*, (10-2), 2016, p. 436, *passim*), ninguna mujer podría consentir libremente una relación sexual con un hombre. En consecuencia, se propone reconceptualizar el delito de agresión sexual como un ataque a la «dignidad» o «integridad sexual» de la mujer. En este sentido, cfr. LACEY, «Unspeakable subjects, impossible rights: Sexuality, integrity and criminal law», en LA MISMA, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 1998, pp. 112 ss.; LARSON, «Women Understand so Little, They Call My Good Nature 'Deceit': A Feminist Rethinking of Seduction», *Columbia Law Review*, (93-2), 1993, pp. 424 ss.; o MCJUNKIN, «Deconstructing Rape by Fraud», *Columbia Journal of Gender and Law*, (28-1), 2014, *passim*. Por otro lado, hay quien sostiene que el *proprium* del delito de agresión sexual no es la lesión de la autonomía (sexual), sino algo necesariamente más grave, a saber, el ataque sexual coercitivo (violento). Cfr. RUBENFELD, «The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy», *The Yale Law Journal*, (122), 2013, *passim*. Próximo CHIESA, «Solving the Riddle of Rape-by-Deception», *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, p. 452.

³ En favor de una protección omnicomprendiva de la autonomía sexual frente al modelo fragmentario basado en la coerción (violencia o intimidación), cfr. SCHULHOFER, *Unwanted sex*, 1998, pp. 99 ss., 102. Sobre el auge del modelo del consentimiento frente al coercitivo, *vid. también* HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s., con ulteriores referencias.

consentimiento basada en una visión desigualitaria del rol del hombre (proponente) y la mujer (aquiesscente)⁴, la figura del consentimiento, a tenor de lo establecido en el nuevo art. 178 CP, es central en la dogmática del Derecho penal sexual español.

En este lugar no pretendo ocuparme de los muchos problemas interpretativos y probatorios que plantea el consentimiento en el marco del nuevo art. 178 CP⁵. Mi interés en este trabajo se centra en un problema específico, a saber, el de la relevancia penal de los vicios del consentimiento. En particular, me interesa abordar la cuestión de cómo valorar penalmente aquellos supuestos en los que quien consiente de forma clara y expresa lo hace en una situación de error respecto de un aspecto que resulta (subjektivamente) decisivo para aprobar su participación en una relación sexual. Por un lado, es posible que el potencial autor se aproveche del error en el que se encuentra su pareja, quien no hubiera consentido en caso de conocer la realidad de las cosas. Con un ejemplo: (V) confunde a (A), a quien acaba de conocer, con un afamado cantante de pop y accede a mantener relaciones sexuales con (A), quien se percató del error y de su trascendencia, pero sabe que, si desvela su verdadera identidad, (V) no consentiría. Por otro lado, es posible que sea el potencial autor quien genere a través de un engaño (expreso o concluyente) el error en su pareja, siendo aquel igualmente determinante para conseguir el consentimiento. Con un ejemplo: (A) promete a (V) falsamente matrimonio en caso de que (V) acceda a mantener relaciones sexuales. La promesa de matrimonio es decisiva para que (V) consienta. Los casos que aquí nos interesan quedan, pues, definidos por dos rasgos fundamentales: en primer lugar, la presencia de una forma de consentimiento (consentimiento comunicativo o performativo) a una determinada relación sexual. En segundo lugar, por un rechazo contrafáctico a la relación sexual practicada. Si la víctima hubiera sabido la verdad respecto de un aspecto afectado por un error o engaño, aquella no hubiera consentido la relación sexual.

En un Derecho penal que tiende a contractualizar la relación sexual⁶ y define el injusto penal de la agresión sexual a partir de la falta de consentimiento, la pregunta sobre la relevancia penal del error y engaño cobra especial trascendencia. Aunque la incipiente discusión española al respecto se ha centrado hasta el momento en un supuesto muy particular, el del *stealthing*⁷, son muchos

⁴ En este sentido cfr. p. ej., MACKINNON, *Harvard Law & Policy Review*, (10-2), 2016, pp. 440 ss.; PALMER, «Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and freedom to Negotiate», en REED *et al.* (eds.), *Consent: Domestic and Comparative Perspectives*, 2017, pp. 9 ss.; o GARDNER, «The Opposite of Rape», *Oxford Journal of Legal Studies*, (38-1), 2018, pp. 48 ss.; o MCJUNKIN, «Rape as Indignity», *Cornell Law Review*, en prensa. Entre nosotros, próxima, FARALDO CABANA, «"Solo sí es sí" hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en ACALE SÁNCHEZ (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, pp. 276 ss.; PÉREZ HERNÁNDEZ, «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género», *Revista Mexicana de Sociología*, (78-4), 2016, pp. 742 ss. Para una defensa de la lógica del consentimiento, en cambio, vid. CHADHA, «Sexual Consent and Having Sex Together», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-3), 2020, pp. 619 ss.

⁵ Al respecto, vid. MANZANARES SAMANIEGO, «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», *Diario La Ley*, (10142), 2022, *passim*; y la reciente STS 196/2023, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1400). Sobre la noción de consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, fundamental, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, apdo. 2.3.

⁶ En general, sobre la burocratización de la relación sexual, críticamente, vid. GERSEN/SUK, «The Sex Bureaucracy», *California Law Review*, (104-4), 2016, *passim*.

⁷ Esto es, aquel en el que dos sujetos acuerdan mantener una relación sexual con acceso carnal bajo la condición del uso de preservativo, siendo que quien debería usarlo no llega a hacerlo o tras haberlo hecho decide quitárselo y seguir con la relación sexual sin avisar a la otra parte. Al respecto, vid. GILI PASCUAL, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, *passim*; CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el stealthing», *Diario La Ley*, (9962), 2021; COCA VILA, «El stealthing como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *InDret*, (4), 2022, pp. 294 ss.; o RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño

más los casos objeto de controversia en el debate filosófico y jurídico contemporáneo. En este lugar me limito a presentar algunos de los más importantes a fin de ilustrar la problemática a abordar en este trabajo⁸.

Proctólogo: (A), proctólogo, consigue que su paciente (V) consienta expresamente una exploración anal amparándose en un falso motivo terapéutico. (A) introduce en el ano de (V) un objeto sexual con ánimo lascivo.

Gemelas: (A) y (B) son gemelas univitelinas de apariencia prácticamente idéntica. (A) mantiene una relación de noviazgo con (V). (B), quien siente igualmente una poderosa atracción sexual por (V), entra a oscuras en el dormitorio de (V) y sin mediar palabra inicia una relación sexual con (V) que éste tolera y prosigue en la creencia de que está manteniéndola con su novia.

Transgénero: (A), persona transgénero, conoce a (V), varón heterosexual, en una discoteca. (A) sabe que si revela a (V) que su identidad o expresión de género actual difiere de su sexo biológico de nacimiento, (V) no consentirá la relación sexual ambicionada. Desconociendo el sexo biológico de nacimiento de (A), (V) consiente una relación sexual con acceso carnal por vía anal.

Árabe israelí: (V) está dispuesta a mantener una relación sexual con (A) siempre y cuando este sea judío y esté soltero. (A) miente a (V) sobre ambos extremos y consigue así el consentimiento de (V).

Variación: (A) pacta con (V) mantener una relación sexual introduciéndole el pene en la vía vaginal. Una vez iniciada la relación sexual, (A) introduce en la vagina de (V) un objeto sexual penetrativo de un tamaño similar a un pene humano.

Estafa sexual: (A) pacta con (V) mantener una relación sexual a cambio del pago de 100 €. Tras mantener la relación sexual acordada, (A) se marcha del lugar sin abonar la cantidad pactada. (A) nunca tuvo la intención de abonar los 100 € a (V).

Observador: (A), ginecólogo de profesión, accede a que su buen amigo (B), ingeniero forestal, le acompañe en un día de consultas. (V), paciente de (A), accede a que (A) le practique una exploración ginecológica en presencia de (B), al haberle asegurado (A) que (B) es un ginecólogo en prácticas. La exploración vaginal resultaba médicamente indicada y es practicada conforme a la *lex artis*.

Estos son solo siete de los muchos ejemplos imaginables en los que un sujeto se aprovecha del error o engaña a su contraparte en una relación sexual sobre un extremo que resulta decisivo para conseguir el consentimiento⁹. Aunque el error recae sobre factores de muy distinta

como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 167 ss.

⁸ Recogiendo gran parte de la casuística jurisprudencial y doctrinal, cfr. KEßLER, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, 2022, pp. 334 ss.

⁹ Como ha mostrado SPARROW, «Masturbation, Deception, and Rape», *Journal of Applied Philosophy*, (39-5), 2022, pp. 875 ss., todos ellos se pueden construir asimismo a partir de una estructura de autoría mediata, de modo que a través de un engaño se determina a una persona a masturbarse. Tomando como referencia el caso «estafa

naturaleza, en la medida en que todos son decisivos para que (V) otorgue el consentimiento, los anteriores casos plantean dos preguntas centrales en la interpretación del nuevo art. 178 CP: ¿puede el engaño (por acción o por omisión) respecto de un extremo subjetivamente decisivo privar al consentimiento prestado de fuerza excluyente del injusto del delito de agresión sexual? Es decir, ¿comete un delito de agresión sexual y, eventualmente, de violación, quien se aprovecha de un error o engaña a su pareja sexual para conseguir así su (viciado) consentimiento? Quien responda afirmativamente, y este será mi caso, se habrá de plantear acto seguido una segunda cuestión no menos significativa: ¿son todos los engaños causalmente decisivos idénticos a la hora de excluir la validez del consentimiento o, más bien, el tratamiento penal de unos y otros debe variar? Es decir, ¿todo aprovechamiento de un error o engaño subjetivamente decisivo da lugar a un delito de agresión sexual o hay engaños causalmente decisivos pero irrelevantes en el marco del art. 178 CP? A dar respuesta a estas dos preguntas se dedica el presente trabajo¹⁰.

En particular, en lo que sigue me ocupo primeramente de dar respuesta a la pregunta de si el engaño puede ser un medio comisivo típico del delito de agresión sexual (2). Tras presentar los argumentos esgrimidos en contra de tal posibilidad, definiendo que el engaño (o el aprovechamiento del error) puede efectivamente constituir una forma de menoscabo de la autonomía sexual penalmente típica *ex art.* 178 CP. A partir de aquí: ¿deben ser considerados a efectos penales todos los errores (aprovechados o generados) equivalentes? Tras presentar y descartar la tesis subjetivista (radical) que otorga los mismos efectos a todo engaño (3), definiendo que los intentos tradicionales para delimitar el círculo de engaños penalmente relevantes no son convincentes (4). En el apartado (5) expongo los fundamentos de una teoría de la diferenciación del engaño sexual para, ya en el siguiente apartado (6) delimitar los engaños penalmente relevantes *ex art.* 178 CP. Solo los engaños referidos a la naturaleza sexual de la actividad, la identidad personal de los participantes y el grado de injerencia corporal dan lugar a un delito de agresión sexual. El resto de engaños no deben ser tipificados como una forma de agresión sexual, a ello se opone el principio del *fair labelling* (7). El presente trabajo concluye con un último apartado (8) dedicado a condensar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

2. El engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual

2.1. Contra la agresión sexual por engaño

Es común en la literatura penal afirmar que la mentira verbal de los particulares carece de relevancia en un ordenamiento penal liberal¹¹. Solo cuando el legislador la tipifique

sexual»: (A) promete a (V) pagarle una cantidad de dinero en caso de que se introduzca en el ano un juguete sexual. (V) accede a las pretensiones de (A), quien no paga a (V).

¹⁰ Quedan fuera del objeto de mi trabajo el aprovechamiento de errores o los engaños cuya relevancia típica se basa en una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima. Al respecto, antes de la reforma, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*, 2004, pp. 47 ss., 66 ss. Ello se tipifica expresamente en el nuevo art. 178.2 CP. El médico que convence a una víctima para que acceda a mantener relaciones sexuales como única vía para curar un cáncer la agrede sexualmente, pero las razones que explican la irrelevancia del consentimiento, a saber, la explotación de una situación de superioridad y vulnerabilidad, son distintas a las que me interesan aquí. Lo mismo sucede en el caso del directivo que informa a su secretaria mendazmente de que la empresa está en crisis y solo unas pocas secretarías escogidas personalmente por él podrán salvar el puesto de trabajo. La secretaria accede así a mantener relaciones sexuales con el execrable directivo.

¹¹ En profundidad, SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, pp. 77 ss. En general, sobre las razones de la indulgencia del Derecho con el (puro) engaño cfr. ALEXANDER/SHERWEIN, «Deception in Morality and Law», *Law and Philosophy*, (22), 2002, pp. 394 s., y en particular, en el ámbito del Derecho penal sexual, pp. 406 s.

expresamente, piénsese en el delito de estafa o en el de falso testimonio, aquella constituiría un medio comisivo idóneo. En esta misma línea, la doctrina penal ha afirmado tradicionalmente que el engaño no es un medio comisivo típico ni del delito de agresión sexual, que expresamente limitaba los medios comisivos a los coercitivos, ni siquiera del delito de abusos sexuales, que solo reprimía ataques a la libertad sexual no consentidos¹². El consentimiento obtenido a través de un engaño estaría viciado, pero afirmar que la relación sexual se practica entonces "sin que medie consentimiento" supondría ir demasiado lejos¹³. En favor de esta tesis hablaría también el hecho de que, hasta la reforma del año 2022, el legislador español había restringido la relevancia penal del engaño como medio comisivo a un caso (muy) particular, esto es, al estupro contra persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años (art. 182.1 CP). Si resulta que solo el engaño a un menor era considerado penalmente relevante, y lo era además con una pena sensiblemente inferior a la del delito de agresión sexual, el engaño a un adulto habría de ser considerado penalmente atípico en el marco de los delitos de agresión y abuso sexual¹⁴.

Los anteriores argumentos, sin embargo, pierden gran parte de su fuerza en el marco del nuevo art. 178 CP. No es solo que este ya no restrinja los medios comisivos típicos, ni limite la tipicidad a los actos sexuales no consentidos, sino que establece expresamente que solo «se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». La pregunta clave ahora es, pues, si un consentimiento viciado puede expresar o no (de manera clara) la voluntad de una persona. ¿Puede un engaño afectar al consentimiento hasta el punto de considerar que la relación sexual basada en aquel es constitutiva de un delito de agresión sexual? Hasta donde alcanzo, entre quienes asumen que el delito de agresión sexual protege la autonomía sexual¹⁵, son dos los principales argumentos esgrimidos en contra de considerar al engaño un medio comisivo típico de dicho delito.

En primer lugar, se alude a la distinta antijuridicidad material: el injusto de una agresión sexual coercitiva, así por ejemplo PUNDIK, sería sustancialmente distinto al de una afectación a la libertad sexual a través de un engaño¹⁶. Por un lado, tomando en consideración el desvalor de acción, se afirma que la afectación coercitiva denotaría una crueldad extrema, pues el autor se mostraría inerte ante las actitudes reactivas negativas de una víctima que se sabe agredida sexualmente. Quien engaña a su víctima y la determina a mantener una relación sexual no querida, por el contrario, no habría de enfrentarse a la oposición de la víctima durante el hecho, pues su rechazo no es actual, sino (meramente) futuro y contrafáctico¹⁷. Por el otro, atendiendo al desvalor del resultado, se afirma que el daño causado a una víctima que es consciente de la

¹² Sobre el principio general de la irrelevancia penal del engaño sexual cfr. WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2010, pp. 193, 197 ss. En este mismo sentido, crítica con la exportación de la máxima latina del *caveat emptor* al "mercado sexual", vid. LARSON, *Columbia Law Review*, (93-2), 1993, p. 413.

¹³ En este sentido, cfr. CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021.

¹⁴ Al respecto, aunque sin considerar decisivo este argumento, cfr. GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 108 ss.

¹⁵ Puede quedar desde ya a un lado la tesis que niega la mayor, a saber, que el delito de agresión sexual protege la autonomía de la víctima. Al respecto, paradigmático RUBENFELD, *The Yale Law Journal*, (122), 2013, *passim*. Evidentemente, quien reduzca los medios comisivos del injusto al ataque violento solo debe mostrar –en contra de lo defendido p. ej., por JAKOBS, *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*, 2018, pp. 56 s.– que el engaño no supone una forma violenta de doblegar la voluntad.

¹⁶ PUNDIK, «Coercion and Deception in Sexual Relations», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, pp. 97 ss., 108 ss., 111; EL MISMO, «The Law of Deception», *Notre Dame L. Rev. Online*, (172), 2018, pp. 180 ss.; y PUNDIK/SCHNITZER/BLUM, «Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex», *Criminal Justice Ethics*, (41-2), 2022, pp. 178 ss.

¹⁷ PUNDIK, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, p. 111.

agresión sexual en el momento de los hechos, tanto moral como psíquico, es siempre superior al de quien descubre a posteriori el engaño¹⁸. Así las cosas, siempre según PUNDIK, el injusto basado en el engaño debería tipificarse por separado, en tanto que forma cualitativamente distinta y menos grave de atentado contra la libertad sexual¹⁹. Ello, a su vez, sería imprescindible a fin de no degradar simbólicamente el injusto de la agresión sexual²⁰: quien es coercitivamente violado sufre un injusto que debe ser reconocido como algo cualitativamente distinto al de quien mantiene una relación sexual creyendo erróneamente que lo hace con un exitoso cantante de pop.

Y, en segundo lugar, en contra de la posibilidad de apreciar el engaño como forma comisiva típica del delito de agresión sexual se arguye con frecuencia un argumento de naturaleza político-criminal: puede ser que ciertos engaños conduzcan a una afectación de la autonomía sexual relevante, pero dado que no existen criterios claros para delimitar tales engaños²¹, admitir su relevancia típica conduciría a una expansión inaceptable del Derecho penal sexual²². Esta expansión, además, supondría una fuerte injerencia en la intimidad de amplias capas de la sociedad obligadas a revelar toda aquella información confidencial que se sabe relevante para la contraparte en una relación sexual²³.

2.2. El engaño como forma idónea de menoscabo de la autonomía sexual

En mi opinión, la tesis que sostiene una diferencia cualitativa entre todo atentado a la libertad sexual coercitivo y el llevado a cabo a través de cualquier engaño no resulta convincente. Si lo que el delito de agresión sexual protege es el derecho de toda persona a no participar en relaciones sexuales no deseadas, ni cabe excluir del tipo los actos sexuales (viciadamente) consentidos, alegando que la víctima sí ha consentido; ni cabe negar toda relevancia penal al aprovechamiento de un error o engaño respecto de un factor sabido clave para la decisión de consentir. Las tesis ahora criticadas llevan a equiparar el «consentimiento comunicado» con la voluntad de la víctima. Sucede sin embargo que lo que protege el delito de agresión sexual no es el no verse sometido a una relación sexual no comunicativamente aceptada, sino precisamente el no verse sometido a una relación sexual no querida. De hecho, el vigente art. 178 CP señala en este sentido que «sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». El consentimiento sexual obtenido por engaño o error no es, pues, válido a estos efectos²⁴.

¹⁸ PUNDIK, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, p. 113.

¹⁹ PUNDIK, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, pp. 100, 111, 126 s. En las consecuencias, próximo GIBSON, «Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, (41-1), 2020, pp. 102 ss.

²⁰ Paradigmáticamente PUNDIK, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, pp. 123 s.

²¹ PUNDIK, *Notre Dame Law Review Online*, (93:172), 2018, p. 186.

²² Cfr. CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret Penal*, (4), 2023, quien defiende que el art. 178 CP opera con un concepto “débil” de consentimiento, como mera aceptación, y no como acto aceptado de forma libre y consciente. Además del argumento político-criminal esgrime uno de corte sistemático: tipificar en el art. 178.1 CP los actos sexuales aceptados por error supondría una *interpretatio abrogans* del art. 181.1 CP, pues aquel abarcaría todos los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia.

²³ PUNDIK, *Notre Dame L. Rev. Online*, (172), 2018, p. 180.

²⁴ No comparto, pues, la pretensión de CASTELLVÍ MONSERRAT (*InDret*, (4), 2023) de condicionar la tipicidad *ex art.* 178 CP a la ausencia de todo consentimiento. Aun cuando la tesis aquí acogida supusiera vaciar de contenido el art. 181.1 CP, resulta obligada en el marco de un sistema que quiere prohibir toda relación sexual que no responde a la voluntad de la persona llamada a consentirla de manera expresa.

Las tesis que niegan relevancia al engaño afirman asimismo que este no afecta a la voluntad de la decisión de manera (suficientemente) seria. Sin embargo, esta asunción desconoce que la toma de una decisión autónoma, además de la ausencia de coacción externa y de la competencia mental de quien consiente, depende también de la información de la que dispone quien consiente²⁵. Retomando el caso *proctólogo*: quien cree consentir a un acto médico cuando en realidad está siendo sometido a un acto de naturaleza sexual ve lesionada su autonomía sexual del mismo modo que quien consiente para evitar ser físicamente atacado. El «consentimiento comunicado» en ambos casos no es autónomo, pues la relación sexual consentida no supone un ejercicio de libre autodeterminación sexual. Y si lo que protege el delito de agresión sexual (en su modalidad básica) es la autonomía sexual, ni la consciencia o inconsciencia de la agresión mientras se produce, ni el daño moral o psíquico son factores decisivos para excluir el engaño del círculo de medios comisivos. Por un lado, el que la víctima no sea consciente del delito en el momento de la agresión en nada afecta a la lesión de su derecho a la autonomía sexual²⁶. Ello se admite ampliamente a propósito del atentado contra la libertad sexual de una persona privada de sentido²⁷, sin que el hecho de que el autor no deba hacer frente (cruelmente) a las actitudes reactivas de la víctima sea condición suficiente para negarle estatus de agresión sexual. Por otro lado, el daño empíricamente medible (moral o psíquico) no es tampoco determinante para afirmar o negar la existencia de una lesión a la autonomía sexual. Como es sabido, esta también se menoscaba de forma relevante cuando la víctima no sufre ningún daño en su integridad física²⁸.

Por último, tampoco creo que los problemas para medir el impacto causal de un engaño o para averiguar si lo declarado por un interviniente es cierto o falso sean una razón suficiente para negarle toda relevancia típica al engaño o al aprovechamiento del error²⁹. Tales problemas serán especialmente complejos ante factores idiosincráticos, –¿alguna jueza creerá que una persona no hubiera consentido una relación sexual de haber sabido que los calcetines de su pareja sexual eran de un color distinto al declarado? ¿de verdad (A) no quería a (V) cuando afirmó hacerlo para conseguir el consentimiento sexual?–, pero estos problemas probatorios no quitan para que el engaño que se demuestre determinante constituya una forma *prima facie* relevante de afectación de la autonomía sexual.

²⁵ En este sentido, tempranamente SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, 1998, p. 105. Asimismo vid. GREEN, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 2020, pp. 28 s.

²⁶ En este sentido, con razón vid. KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, pp. 126 ss., 130

²⁷ Al respecto, cfr. GARDNER/SCHUTE, «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, *passim*; o SPENA, «Harmless Rapes?», *Diritto & Questioni Pubbliche*, (10), 2010, pp. 513 ss.

²⁸ Pero es que, además, tampoco es pacífico que el daño psíquico que sufre la víctima de una agresión sexual coercitiva sea mayor que el de quien descubre a posteriori que ha sido engañada para mantener una relación sexual. Sobre las graves consecuencias psicológicas de la agresión sexual por engaño cfr. FALK, «Not Logic, But Experience: Drawing on Lessons from the Real World in Thinking About the Riddle of Rape-by-Fraud», *The Yale Law Journal Online*, (123), 2013, pp. 361 s., con ulteriores referencias. Igualmente crítico con la tesis que minimiza el daño empíricamente medible a la víctima en el caso de la agresión sexual por engaño cfr. WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2010, pp. 206 s.

²⁹ Sobre los problemas probatorios de la tesis subjetivista, cfr. p.ej., SHERWIN, «Infelicitous Sex», *Legal Theory*, (2), 1996, pp. 227 s.; o CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, 2022, p. 235. Replicando de manera convincente esta objeción vid. HERRING, «Under what circumstances should "sex by fraud" be rape?», *Great Debates in Criminal Law*, 2020, pp. 127 ss., 132 s., o WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2010, p. 201.

3. La tesis subjetivista del engaño sexual

Quien acepte que, efectivamente, el engaño es un medio comisivo típico del delito de agresión sexual (art. 178 CP), habrá de plantearse sin solución de continuidad la siguiente pregunta: ¿es todo engaño causalmente determinante del consentimiento penalmente relevante o solo ciertos engaños dan lugar a un delito de agresión sexual? Retomando el ejemplo propuesto al inicio de este trabajo (*estafa sexual*): ¿comete efectivamente una violación (agresión sexual con penetración) el cliente que mantiene una relación sexual con una persona que ejerce la prostitución sabiendo de antemano que no le pagará el precio convenido?

Es mérito del penalista británico Jonathan HERRING haber formulado por primera vez una versión acabada de la que se ha venido a denominar tesis subjetivista³⁰. En su opinión, todo engaño o aprovechamiento de un error causalmente determinantes para obtener el consentimiento es un medio comisivo idóneo del delito de agresión sexual. Su razonamiento puede resumirse como sigue: (i) mantener una relación sexual con una persona a sabiendas que esta no la hubiera consentido en caso de saber toda la verdad supone mantener una relación sexual no consentida. (ii) Mantener una relación sexual no consentida es algo profundamente injusto y debería ser considerado, con independencia de si el autor ha causado o solo se ha aprovechado del error, un delito de agresión sexual (*rape*)³¹.

Lo anterior, por un lado, valdría con independencia de si el autor crea a través del engaño el error o solo se aprovecha (conscientemente) de aquel. En opinión de HERRING, el potencial autor debe informar a su potencial víctima sobre todos aquellos factores que intuya relevantes para la toma de decisión de su pareja sexual³². Por otro lado, para HERRING es completamente irrelevante si las condiciones impuestas por la víctima resultan moralmente aceptables o no. También merece protección quien vincula su consentimiento sexual a una condición profundamente discriminatoria, piénsese en quien, como en *Árabe israelí*, solo quiere mantener relaciones sexuales con una persona judía, pues nadie "está obligado a ofrecer un servicio sexual a otros con base en un fundamento antidiscriminatorio"³³. Las tesis que reducen el círculo de engaños relevantes a los que guardan relación con la dimensión puramente física del sexo, por el contrario, olvidarían que el alcance de una relación sexual es algo estrictamente personal y que toda relación sexual no querida es igualmente injusta³⁴. Retomando el caso *estafa sexual*, también

³⁰ HERRING, «Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 193 s.; EL MISMO, «Mistaken Sex», *Criminal Law Review*, (Julio), 2005, pp. 511 ss., 514; EL MISMO, «Rape and The Definition of Consent», *National Law School of India Review*, (26-1), 2014, pp. 70 ss.; EL MISMO, *Great Debates in Criminal Law*, 2020, pp. 127 ss., 132 s. Próximo, HORDER, «Consent, Threats and Deception in Criminal Law», *King's College Law Journal*, (10-1), 1999, p. 108. En la discusión filosófica esta tesis es defendida de forma paradigmática por DOUGHERTY, «Sex, Lies and Consent», *Ethics*, (123-4), 2013, pp. 717 ss.; EL MISMO, «Deception and consent», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 164 ss.

³¹ Próximo *vid.* además DSOUZA, «Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law», *Law and Philosophy*, (33), 2014, pp. 502 ss., 507: solo las condiciones que dependen de comportamientos posteriores (*event subsequent*) al acto sexual serían irrelevantes. Lo sería, p. ej., el engaño de quien consigue el consentimiento sexual con la promesa de un pago posterior al acto sexual. Por otro lado, dado que el consentimiento se ofrecería con carácter general de manera irreflexiva, sin determinar y expresar la totalidad de *deal breakers*, entiende DSOUZA que las tesis subjetivistas sobreestiman el número de errores que de facto vician el consentimiento. Cfr. DSOUZA, «False Beliefs and Consent to Sex», *The Modern Law Review*, (85-5), 2022, p. 1205 s.

³² HERRING, *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 194 s.

³³ HERRING, *National Law School of India Review*, (26), 2014, p. 71.

³⁴ HERRING, *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 191 s.; 195 ss.; EL MISMO, *National Law School of India Review*, (26), 2014, p. 71. En este mismo sentido, *vid.* DSOUZA, *The Modern Law Review*, (85-5), 2022, pp. 1200 s.

la persona que mantiene relaciones sexuales a fin de cobrar por ello es víctima de un delito de agresión sexual cuando el autor arranca su consentimiento sabiendo que no está dispuesto a pagar el precio convenido³⁵.

En Alemania, es VAVRA quien con mayor rotundidad ha defendido la tesis subjetivista: es inválido a efectos penales todo consentimiento que no hubiera sido prestado en caso de conocer la víctima la realidad de las cosas, con total independencia de cuál sea la naturaleza del *deal breaker*³⁶. Y esto vale con independencia de la valoración moral que merezca la razón que llevaría a la víctima a no consentir: también razones discriminatorias viciarían el consentimiento de forma penalmente relevante, pues también quien engaña sobre su etnia para conseguir el consentimiento estaría lesionando injustamente la autonomía sexual de la contraparte³⁷. A diferencia de lo sostenido por HERRING, VAVRA, niega sin embargo un deber genérico de revelar todos aquellos datos que se saben relevantes para la contraparte en una relación sexual. Dado que sobre la potencial víctima recaería una incumbencia de comunicar (*Kommunikationsobliegenheiten*) su *deal breaker* particular, solo cuando el autor engaña a la víctima respecto de un factor que ha sido expuesto como decisivo cabría considerar viciado el consentimiento³⁸. De este modo trata VAVRA de contener la expansión punitiva a la que conducen las tesis subjetivistas clásicas: ni el mero aprovechamiento de un error preexistente en la víctima, ni un engaño respecto de un factor que la propia víctima no ha comunicado (expresamente o a través de actos concluyentes) como decisivo serían, pues, constitutivos de un delito de agresión sexual.

La aproximación subjetivista a la relevancia penal de los vicios del consentimiento tiene razón en que las relaciones sexuales no consentidas, con carácter general, representan una instrumentalización y cosificación de la persona que consiente engañada³⁹. Contra dicha teoría tampoco son decisivas las alusiones a la importancia de la fantasía y a una supuesta adecuación social de la seducción engañosa⁴⁰. Tampoco me parece concluyente la crítica que apunta a las consecuencias perjudiciales para las minorías discriminadas, en particular, las derivadas de la imposición de una carga de revelar información íntima potencialmente relevante para la pareja

³⁵ HERRING, *Singapore Law Review*, (22), 2002, p. 196.

³⁶ Al respecto, con ulteriores referencias, VAVRA, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (12), 2018, pp. 613 ss.; LA MISMA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 370 ss. Ya antes, aunque fuera del contexto sexual y únicamente en relación a los errores no imputables a quien consiente, RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 432: el error relativo al bien jurídico conduce a negar el consentimiento, el no relativo al bien jurídico a entenderlo ineficaz por estar viciado; o MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 1991, pp. 530 ss., 544 ss. La tesis subjetivista ha sido defendida entre nosotros por ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, 2014, pp. 173 ss., aunque a propósito de hechos lesivos del patrimonio y la integridad física.

³⁷ Cfr. VAVRA, *ZIS*, (12), 2018, pp. 613 s.; LA MISMA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 372 ss.

³⁸ Cfr. VAVRA, *ZIS*, (12), 2018, p. 616; LA MISMA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 382 ss.

³⁹ VAVRA, *ZIS*, (12), 2018, p. 616; o HERRING, *Great Debates in Criminal Law*, 2020, pp. 127 ss., 132 s.

⁴⁰ Lo advierte con razón HERRING, *Great Debates in Criminal Law*, 2020, 129. Cfr. sin embargo RUBENFELD, *The Yale Law Journal*, (122), 2013, p. 1416; GROSS, «Rape, Moralism and Human Rights», *The Criminal Law Review*, (Marzo), 2007, p. 221; o BRYDEN, «Redefining Rape», *Buffalo Criminal Law Review*, (3-2), 2000, pp. 457 ss. Para una crítica desde los postulados feministas a la pretendida adecuación social de la seducción sexual vid. MCJUNKIN, *Columbia Journal of Gender and Law*, (28-1), 2014, pp. 21 ss.

sexual⁴¹. Retomando el caso *transgénero*, la persona que no desea revelar su biografía de género no tiene por qué hacerlo, pero si engaña (por acción u omisión) al respecto está determinando a una persona a mantener una relación sexual no consentida y, por ende, afectando la autonomía sexual ajena. Desde los postulados subjetivistas, no hay razón por la que desproteger el derecho a la autonomía sexual en favor de un derecho a no revelar cierta información íntima. Aunque se advierta un conflicto entre derechos, parece claro que el derecho a la autonomía sexual debe primar frente al de la intimidad de quien solo puede conseguir una relación sexual mintiendo sobre su biografía de género⁴².

Ahora bien, pese a parecer a primera vista la única aproximación al problema del engaño compatible con la lógica de la autonomía sexual, la teoría subjetivista no resulta convincente. En mi opinión, son esencialmente tres las razones que hablan en su contra.

En primer lugar, aquella está basada en una concepción unilateral o solipsista de la relación sexual que no se corresponde con su naturaleza necesariamente plural⁴³. En particular, esta aproximación olvida que a la hora de regular el círculo de derechos en materia sexual tan importante es atender a la posición de la potencial víctima como a la del potencial autor. La decisión sobre qué vicios del consentimiento son penalmente relevantes no puede depender exclusivamente de que el error sea o no causalmente determinante para el consentimiento de la específica víctima⁴⁴. Aquella decisión precisa de un juicio normativo más complejo, en el que sean tomados en consideración en un plano de igualdad al autor y a la víctima como titulares de derechos y obligaciones. Así las cosas, no es cierto que si lo que protege el delito de agresión sexual es la autonomía sexual, la voluntad subjetiva de la víctima sea lo único relevante. Una cosa es que cada ciudadano pueda vincular su consentimiento sexual al factor que estime oportuno, y otra muy distinta que el Derecho penal deba considerar merecedoras de castigo *ex art. 178 CP* todas las relaciones sexuales que la víctima no hubiera consentido en caso de tener toda la información. En contra de lo sostenido por los defensores de la tesis subjetivista, desvincular la protección penal de la voluntad particular de un sujeto no supone moralizar paternalistamente la relación sexual⁴⁵. ¿A quién sino al Derecho estatal le corresponde establecer los límites del injusto del delito de agresión sexual? Cuestión distinta es que la regulación penal tenga efectos sobre la moral sexual. Pero también un Derecho penal de corte puramente subjetivista los tendría.

En segundo lugar, aunque muy vinculado con lo anterior, la concepción aquí criticada propone una subjetivización radical del ámbito de protección de la norma penal que resulta inaceptable⁴⁶.

⁴¹ Formula esta crítica, p. ej., SHARPE, «Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent», *Criminal Law Review*, (3), 2014, pp. 222 ss.

⁴² Tampoco creo que el derecho (positivo) a la autonomía sexual sea decisivo para legitimar engaños efectivamente lesivos de la autonomía sexual ajena. Es decir, un pretendido derecho (moral) a mantener relaciones sexuales de la persona transgénero no puede justificar la lesión del derecho negativo a la autonomía sexual de la víctima engañada. Lo advierte en la discusión filosófica SRINIVASAN, *The Right to Sex. Feminism in the Twenty-First Century*, 2021, pp. 84 ss.

⁴³ En este sentido, cfr. p. ej. ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, 5ª ed., 2020, § 13, nm. 106a.

⁴⁴ Así, acertadamente, *vid.* ya BERGELSON, «Rethinking Rape-By-Fraud», en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, pp. 152 ss., p. 159: «the “all or nothing” approach to the protection of sexual autonomy is overbroad and untenable».

⁴⁵ De otra opinión, *vid.* p. ej., CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, 2.3.

⁴⁶ Así ya GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 123 s.; LAZENBY/GABRIEL, «Permissible Secrets», *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, p. 273; BERGELSON, en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, pp. 159 s.

El delito de agresión sexual pasa a ser concebido como una herramienta de protección de la voluntad irrestricta de la víctima, al margen de cualquier límite conceptual o axiológico. Bien mirado, se protegen penalmente afectaciones a la libertad que, desde un punto de vista conceptual, no pueden ser entendidas como atentados contra el núcleo de la autonomía sexual. A la espera de una definición algo más precisa del *proprium* del atentado contra la libertad sexual, baste en este lugar con afirmar que quien engaña a su víctima sobre su etnia, o sobre el hecho de consumir carne, no afecta a la libertad sexual protegida en el art. 178 CP, sino a una dimensión de la libertad general de la víctima distinta⁴⁷. La tesis subjetivadora desnaturaliza el injusto del delito de agresión sexual, protegiendo un derecho genérico a la libertad, una suerte de derecho a no ser engañado, remotamente vinculado con una relación sexual.

Y en tercer y último lugar, como ha puesto de manifiesto BERGELSON, la tesis subjetivista es inasumible por su absoluta falta de diferenciación⁴⁸. Aun cuando se asuma que todo acto sexual no consentido es lesivo de la autonomía sexual, algo en absoluto evidente, no cabe derivar de aquí automáticamente que toda relación sexual no consentida deba ser considerada constitutiva de un delito de agresión sexual. Quizá tenga razón DOUGHERTY cuando afirma que toda relación sexual no consentida constituye un injusto moral grave⁴⁹, pero es indudable que a los efectos penales no todo injusto moral (grave) debe ser considerado equivalente y tipificado como agresión sexual⁵⁰. Están en lo cierto quienes entienden que la tesis subjetivista radical lleva a banalizar el injusto del delito de agresión sexual⁵¹. En realidad, este es un riesgo inherente a toda tipificación insuficientemente distintiva (*unfair labelling*): considerar agresión sexual la relación sexual consentida al creer una de las partes que la otra era millonaria, con independencia del específico castigo que se imponga al declarado “agresor sexual”, impide hacer justicia en términos expresivos al injusto sufrido por la víctima de una agresión sexual nuclear⁵². Nuevamente con BERGELSON, el planteamiento subjetivista es «innecesario, indeseable e irrealista: aun cuando tratemos la autonomía sexual de forma muy seria y sacrifiquemos una gran cantidad de otros valores para su protección, no podemos proteger *completamente* la autonomía sexual»⁵³.

4. Las tesis diferenciadoras del engaño penalmente relevante

Pese al auge experimentado por la teoría subjetivista en los últimos tiempos, es mayoritario el sector de la doctrina penal que entiende imprescindible diferenciar entre clases de engaños y limitar el círculo de los penalmente relevantes. En este lugar me limito a presentar las dos teorías diferenciadoras del engaño más influyentes en la discusión (penal) contemporánea, así como una tercera corriente que niega la agresión sexual por engaño, pero tipifica algunos de los supuestos aquí discutidos como agresiones sexuales no consentidas. Pese a que la pretensión diferenciadora es digna de elogio, como habrá de mostrarse en lo que sigue, ninguna de las dos

⁴⁷ Apuntando en un sentido parecido, *vid.* CUGAT MAURI, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, 2022, p. 237.

⁴⁸ BERGELSON, en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, pp. 160 s.

⁴⁹ DOUGHERTY, *Ethics*, (123-4), 2013, p. 743.

⁵⁰ Con razón, *vid.* GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 107 ss.

⁵¹ Cfr. GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 105 s.

⁵² Al respecto *vid. infra* 7.

⁵³ BERGELSON, en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 160 (cursiva en el original).

aproximaciones está en disposición de ofrecer una teoría delimitadora del engaño en materia sexual convincente.

4.1. Error referido al bien jurídico y error sobre el motivo o la contraprestación

En la doctrina alemana contemporánea sigue gozando de un importante predicamento la teoría diferenciadora acuñada por ARZT⁵⁴. Su planteamiento parte de la distinción entre la dimensión estática de un bien jurídico, protegida con carácter general por el Derecho penal (*Bestandsschutz*), y una dimensión dinámica, de libertad de intercambio (*Tauschfreiheit*), que el Derecho penal solo protegería excepcionalmente a través de tipos particulares como el de estafa o estupro⁵⁵. A partir de aquí, sostiene ARZT que el criterio para determinar la relevancia de un vicio para anular la eficacia del consentimiento es el de la referencia al bien jurídico en su dimensión estática⁵⁶. Solo convierte en ineficaz el consentimiento aquel engaño que conduce a un error referido al bien jurídico, esto es, cuando el que consiente yerra sobre el modo, la dimensión o la peligrosidad de la renuncia al bien jurídico. Por el contrario, no convertiría en ineficaz el consentimiento aquel engaño que se refiere a una contraprestación esperada⁵⁷.

Así las cosas, comete un delito de lesiones el médico que consigue que su paciente consienta el suministro de una inyección calmante al ocultarle los efectos perjudiciales de dicha inyección. El engaño conduce aquí a un error sobre la peligrosidad de la renuncia al bien jurídico⁵⁸. A una solución distinta llega ARZT en el caso del médico que miente al paciente sobre el coste de la inyección y, de este modo, consigue su consentimiento. Lo contrario, esto es, considerar que también los errores sobre una mera contraprestación eliminan el consentimiento supondría proteger penalmente el valor de intercambio de bienes individuales a través de delitos comunes, en este caso, el delito de lesiones. Con ello, además de extenderse indebidamente el alcance de protección de estos tipos, limitado a proteger la dimensión estática de los bienes, se burlarían los límites establecidos por el tipo de estafa para la protección del valor de intercambio del patrimonio⁵⁹. En realidad, dice ARZT, tomar en cuenta tales errores para excluir el consentimiento supondría desdibujar la laboriosa diferenciación de los bienes jurídicos particulares en la parte especial del Derecho penal, pues todos ellos pasarían a ser protegidos como intereses de intercambio⁶⁰. Con ello el Derecho penal contribuiría decididamente a que «todos los bienes jurídicos, también los así llamados 'altamente personales' se conviertan en objetos de intercambio»⁶¹.

Frente al planteamiento diferenciador de ARZT se ha formulado tres objeciones. En primer lugar, que es infrainclusivo, en palabras de MONA, que es excesivamente «amigable con el delincuente»⁶². Ello fue advertido tempranamente por ROXIN quien, a partir de la distinción de

⁵⁴ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, p. 17 ss.

⁵⁵ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, p. 17.

⁵⁶ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 20, 22.

⁵⁷ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 17 ss. Entre nosotros, próximo vid. CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho penal*, 1987, pp. 85 s.

⁵⁸ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 19 ss.

⁵⁹ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 17 ss., 20 ss.

⁶⁰ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 20 s.

⁶¹ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, p. 20.

⁶² MONA, *Die Einwilligung im Strafrecht*, 2017 p. 350: «stark täterfreundlich». Asimismo, MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 1991, pp. 515 s.; y ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, p. 169.

ARZT, defiende que algunos engaños no relativos al bien jurídico también excluirían la validez del consentimiento, en particular, aquellos que recaen sobre un fin altruista de la víctima y los que consisten en arrancar un consentimiento simulando una situación de necesidad⁶³. En segundo lugar, que está basado en una concepción estática de los bienes jurídicos inasumible. El Derecho penal no protegería la integridad física o el patrimonio como entidades de base ontológica, como piezas de museos estáticas (*Bestandesschutz*), sino precisamente como herramientas dinámicas al servicio de la libertad de su titular⁶⁴. La utilización dinámica de los propios bienes jurídicos como mecanismo para la autodeterminación vital sería una expresión de la propia personalidad tan merecedora de protección como lo pueda ser la salvaguarda estática del bien⁶⁵. Y, finalmente, en tercer y último lugar, se ha objetado que la delimitación entre los errores relativos al bien jurídico y los que no lo son resulta arbitraria. Y es que tanto el concepto de «bien jurídico» como el de «relativo al bien jurídico» serían profundamente vagos⁶⁶. Esta última crítica es, en mi opinión, especialmente importante en el ámbito de la delincuencia sexual. Lo que es «relativo a un bien jurídico» respecto de un bien tan etéreo como la libertad o autonomía sexual resulta altamente controvertido. Retomando el ejemplo (*gemelas*) en el que se engaña sobre la identidad nominal: ¿se trata este de un error vinculado al bien jurídico, esto es, afecta al modo o a la dimensión de la renuncia al bien jurídico; o más bien se trata de un puro motivo para la relación sexual? ¿Y en el caso *stealth*? ¿Afecta dicha práctica al bien jurídico como tal o más bien al motivo que lleva a una persona a aceptar mantener la relación sexual?

La teoría de ARZT quiebra ante aquellos bienes jurídicos que representan dimensiones particulares de la libertad o autonomía personal⁶⁷. Aunque su pretensión restrictiva es digna de alabanza, y la distinción entre errores relativos al bien jurídico y los que afectan a los motivos parece un interesante punto de partida para reflexionar sobre el círculo de engaños relevantes en materia sexual, su teoría dista mucho de ofrecer una respuesta adecuada y definitiva al problema objeto de este trabajo.

4.2. Fraude en el hecho y fraude en la inducción

En la doctrina y jurisprudencia angloamericanas se asume desde antaño una teoría de la diferenciación similar a la propuesta en su día por ARZT e importada del derecho mercantil⁶⁸. El fraude en el hecho (*fraud in the factum*) es aquel en el que el engaño recae sobre la propia naturaleza sexual del comportamiento consentido por la víctima, de modo que esta no es consciente de estar participando en un acto sexual. Por el contrario, el fraude en la inducción (*fraud in the inducement*) es aquel en el que el engaño recae sobre las características o los motivos

⁶³ Cfr. ROXIN, «Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht», en HAUSER *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, 1984, pp. 283 ss. Siguiéndole *vid.* entre nosotros SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, 2000, p. 145. Críticamente, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, pp. 170 ss.

⁶⁴ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, pp. 169 s. Y ya antes, en este mismo sentido, RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, pp. 415 ss.

⁶⁵ En este sentido, cfr. SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf*, 2018, p. 87.

⁶⁶ Así, cfr. MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 1991, pp. 507 s., 515 s., con ulteriores referencias.

⁶⁷ En este sentido, VAVRA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 372 ss.; LA MISMA, *ZIS*, (12), 2018, p. 614.

⁶⁸ GREEN, «Lies Rape, and Statutory Rape», en SARAT (ed.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, 2015, pp. 198 s.

que llevan a la persona a consentir la relación sexual⁶⁹. Mientras que el fraude en el hecho anularía la validez penal del consentimiento, pues la «participación sexual generada por el fraude en el *factum* es tan involuntaria como lo es la generada en una agresión sexual coercitiva violenta»⁷⁰, el fraude en la inducción sería irrelevante. Aunque el engaño en la inducción reduce la voluntariedad de la relación sexual, esta presentaría una menor lesividad que la propia de una auténtica agresión sexual⁷¹.

Así las cosas, sería punible el hecho del *proctólogo* que consigue el consentimiento de su paciente fingiendo una razón médica. Aunque es más controvertido, en la jurisprudencia del *common law* se ha asumido tradicionalmente que también estaríamos ante un fraude en el hecho en el supuesto del extraño que finge ser el marido de una mujer⁷². Dado que una relación sexual marital es algo esencialmente distinto a una extramatrimonial, de hecho, lo segundo era constitutivo de delito (adulterio), el engaño recaería aquí también sobre la auténtica naturaleza del comportamiento sexual consentido. Por el contrario, cualquier engaño sobre el específico motivo o sobre una eventual contraprestación, en tanto no recaería sobre la propia naturaleza del acto, sería irrelevante desde la óptica del Derecho penal sexual⁷³. Un ejemplo prototípico de fraude en la inducción es el de la *estafa sexual*: dado que la persona engañada sí conoce la naturaleza sexual de la relación a la que consiente, el engaño respecto de la voluntad de pago no anularía la validez del consentimiento prestado.

Bien mirado, frente a esta distinción cabe formular una crítica muy similar a la efectuada contra el planteamiento de ARZT. A los efectos que aquí interesan, baste con apuntar ahora lo siguiente. La distinción entre el fraude en el hecho y el fraude en la inducción resulta infrainclusiva si se interpreta de forma estricta: si lo único relevante es que la víctima no sepa que está participando en una relación sexual, quedan fuera de la protección penal casos lesivos del núcleo íntimo de la autonomía sexual⁷⁴. Con un ejemplo: dado que la víctima del *stealth* sabe que está participando en una relación sexual, el engaño respecto del uso del preservativo sería irrelevante. Difícilmente cabe negar que el daño que se produce en un caso como este es de naturaleza sexual, por mucho que la víctima sí haya consentido una relación sexual. Si, por el contrario, se interpreta el concepto de fraude en el hecho de manera más laxa, vinculándolo a la naturaleza sexual del acto en un sentido más amplio, esta tesis distintiva, al igual que la de ARZT, pierde su capacidad delimitadora. Este problema se plantea a las claras al aceptar que el engaño respecto de la identidad personal de quien se hace pasar por el marido de la víctima es un fraude en el hecho. ¿Por qué la naturaleza sexual del acto queda condicionada por el estatus civil de uno de los participantes? ¿Por qué no lo haría, en cambio, la creencia errónea de la víctima de que su pareja sexual le es fiel o un error sobre el auténtico color de piel de la pareja sexual? En definitiva, ¿cuál es el criterio para determinar lo relevante en la configuración de la naturaleza sexual de un

⁶⁹ Sobre la distinción cfr. p. ej., GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 102 s.

⁷⁰ FEINBERG, «Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent», *Ethics*, (96-2), 1986, pp. 331 ss., p. 339.

⁷¹ FEINBERG, *Ethics*, (96-2), 1986, p. 340 s.: el daño no es sexual, sino que guarda relación con la naturaleza de la defraudación padecida. En el caso de la estafa de prostitución, p. ej., se trataría de un daño patrimonial.

⁷² Al respecto, GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 103.

⁷³ Vid. sin embargo MURPHY, «Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law», *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*, 1998, p. 160: para quien el fraude en la inducción solo sería irrelevante cuando la víctima demuestra a través de su condición que no valora su propia sexualidad como debiera. Quien condiciona su consentimiento a que su pareja sexual le pague un abrigo de visión no merecería la protección penal que brinda el delito de agresión sexual.

⁷⁴ En este sentido, vid. MURPHY, *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*, 1998, pp. 159 s.

acto? La distinción entre ambas clases de fraude y, por tanto, el tratamiento penal del problema depende esencialmente de cuán rica sea la descripción del acto o de la naturaleza del acto. Del mismo modo que no toda coacción excluye la validez del consentimiento, piénsese en la irrelevancia a tal efecto de factores estructurales (exclusión social, pobreza...) que influyen en la toma de decisiones sexuales en un mundo no ideal⁷⁵, es imprescindible delimitar normativamente el círculo de engaños relevantes a los efectos del delito de agresión sexual.

4.3. El objeto del consentimiento sexual

En la doctrina filosófica se ha planteado una forma distinta de distinguir entre engaños sexuales relevantes e irrelevantes. El problema que aquí nos ocupa, así lo entienden TILTON y ICHIKAWA⁷⁶, no reside en si el consentimiento prestado por la potencial víctima está o no viciado, sino en si ha consentido o no la relación sexual que finalmente tiene lugar. Es decir, no se trataría de analizar el grado de autonomía de quien consiente, sino de delimitar con claridad el alcance de lo consentido. Retomando el caso del *stealththing*: la pregunta no sería si el consentimiento de quien acepta la penetración con preservativo está viciado por el engaño, sino a qué ha consentido exactamente la potencial víctima. Dado que lo consentido era una relación sexual con preservativo, pero lo que tiene lugar finalmente es una relación sexual sin preservativo, estaríamos ante un caso de agresión sexual por falta de consentimiento. Dado que rara vez concretarán las partes el exacto objeto de lo consentido, TILTON y ICHIKAWA abogan por recurrir a la metasemántica y a las convenciones sociales, que operarían como factores defectivos de determinación del exacto objeto de lo consentido⁷⁷. Las preferencias no convencionales, siempre según los autores referidos, deberían ser explicitadas por los participantes de la relación sexual.

Esta aproximación al problema permite a sus defensores negar toda relevancia al engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual. En las consecuencias, sin embargo, no dista de otros planteamientos (distintivos) partidarios de considerar ciertos engaños como formas de agresión sexual. El camino es lo que cambia: no es que el engaño vicie el consentimiento, sino que la víctima había consentido una relación sexual distinta a la que había tenido lugar, de modo que el autor la somete a una relación sexual no consentida. Esta tesis es la acogida entre nosotros por CASTELLVÍ MONSERRAT y MÍNGUEZ ROSIQUE⁷⁸. El engaño no sería un medio comisivo del delito de agresión sexual del art. 178 CP, pero muchos de los supuestos en los que la doctrina admite un consentimiento viciado por engaño sí serían típicos *ex art.* 178 CP al someter el autor a la víctima a una relación no consentida. Esta conclusión es defendida también por RAMOS VÁZQUEZ, quien la fundamenta, básicamente, con base en un razonamiento de interpretación histórico-subjetiva: dado que el legislador no ha incluido en el art. 178 CP mención alguna al engaño, y rechazó expresamente dicha posibilidad en el trámite parlamentario, derogando el abuso sexual fraudulento del art. 182 CP, el consentimiento sexual obtenido por engaño no sería un medio comisivo típico del delito de agresión sexual⁷⁹.

⁷⁵ Cfr. al respecto SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, 1998, pp. 109 ss. En general, sobre el problema de la validez del consentimiento en contextos de injusticia (de género) sistémica *vid.* TADROS, «Consent to Sex in an Unjust World», *Ethics*, (131-2), 2021, pp. 306 ss.

⁷⁶ Cfr. TILTON/ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 127 ss.

⁷⁷ TILTON/ICHIKAWA, *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 139 ss.

⁷⁸ CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021. Y próximamente, en profundidad, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023.

⁷⁹ RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 172 s.

Comparto con la tesis acabada de resumir su crítica a la tesis subjetivista, así como la necesidad de ofrecer un tratamiento (penal) distintivo a los casos aquí objeto de estudio. En las consecuencias prácticas, esta tesis llega a consecuencias muy similares a las que defenderé en este trabajo (6). Sin embargo, como TADROS ha mostrado de forma convincente, tomarse en serio la noción de autonomía pasa por negar validez al consentimiento de quien lo presta gracias a un acto de explotación epistémica de otra persona⁸⁰. Dicho de otro modo: negar al engaño fuerza suficiente para afectar la autonomía sexual de un modo relevante es infraproteger el derecho a la libertad negativa.

En términos prácticos, tampoco alcanzo a ver las ventajas conceptuales de negar al engaño, a diferencia de otros vicios clásicos del consentimiento, fuerza para viciarlo y replantear la cuestión como un problema de determinación del objeto del consentimiento. Por un lado, como los propios partidarios de esta aproximación reconocen, determinar qué es exactamente lo que las partes habían consentido resulta extraordinariamente complejo. Cuando (A) y (V) pactan mantener una relación sexual con penetración a cambio del pago de un precio, ¿consiente (V) que su cliente le bese en los labios o solo ha consentido la penetración explícitamente pactada? El recurso a las convenciones sociales, además de no amortiguar la incertidumbre sobre los límites de lo realmente consentido, tiene el riesgo de determinar el consentimiento de la víctima con base en convenciones sociales moralmente cuestionables⁸¹. Dado que la convención social establece que en la mayoría de contextos el sexo biológico de una persona es relevante, no revelar dicho dato conduciría a afirmar que la relación sexual no ha sido consentida, cometiendo la persona transgénero un delito de agresión sexual.

Por el otro, contemplado desde la perspectiva penal, la tesis aquí criticada asume una aproximación binaria al problema que no hace justicia al carácter gradual de la autonomía subyacente a un acto de consentimiento. O el hecho sexual no fue consentido, y estamos ante una agresión sexual, o el hecho sexual sí fue abarcado por el consentimiento y, por ende, ni hay delito de agresión sexual. Bien mirado, ello supone negar la existencia de injustos morales no penalmente relevantes. Con un ejemplo presentado por TADROS⁸²: quien consiente una relación sexual al ser engañado respecto de la muerte de su pareja en un conflicto bélico está consintiendo una relación sexual, pero es evidente que su consentimiento no representa una verdadera expresión de su voluntad. En vez de afirmar que la persona ha consentido la relación sexual en la que ha participado, creo preferible reconocer que su consentimiento no era plenamente libre, aunque su pretensión de veracidad lesionada pueda no estar protegida por la norma del art. 178 CP.

Y finalmente, vinculado con este argumento, la tesis de TILTON y ICHIKAWA, importada coherentemente al Derecho penal, es sobreinclusiva. Retomando el caso *Árabe israelí*: (V) está dispuesta a mantener una relación sexual con (A) siempre y cuando este sea judío y esté soltero, algo que expresa claramente. (A) miente a (V) sobre ambos extremos y consigue así el consentimiento de (V). Aquí es evidente que (V) ha consentido una relación sexual muy determinada, a saber, con una persona judía y soltera. La tesis aquí criticada debería admitir que (A) somete a (V) a una relación sexual no consentida, de modo que estaría cometiendo un delito de agresión sexual. En mi opinión, como mostraré más adelante, esta conclusión es incorrecta.

⁸⁰ Cfr. TADROS, «Beyond the Scope of Consent», *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, pp. 440 s.

⁸¹ TILTON/ICHIKAWA, *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 150 ss.

⁸² TADROS, *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, p. 442.

5. Fundamentos de una teoría del engaño bastante en materia sexual

En opinión de RUBENFELD, o se niega relevancia al engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual, o se admite que todo engaño y aprovechamiento de un error es constitutivo de dicho delito⁸⁵. *Tertium non datur*. Toda pretensión de distinguir y otorgar una distinta relevancia a los engaños causalmente determinantes sería, así PUNDINK⁸⁴, arbitraria. Lo que pretendo a continuación es demostrar que esta conclusión, pese a las insuficiencias que presentan las tesis diferenciadoras clásicas, no es cierta. Para ello presento aquí las bases sobre las que construir una teoría normativa del engaño sexual. Ello me habrá de permitir en el siguiente epígrafe delimitar el círculo de los engaños penalmente relevantes ex art. 178 CP.

5.1. La dimensión sexual de la autonomía

La doctrina afirma mayoritariamente que el delito de agresión sexual protege la autonomía sexual⁸⁵. Es igualmente común afirmar que el Derecho penal solo puede proteger la dimensión negativa de la autonomía sexual, esto es, el derecho a verse libre de contactos sexuales no queridos o no consentidos, así como a rechazar en cualquier momento una relación sexual iniciada⁸⁶. Por el contrario, la dimensión positiva, a saber, la pretensión de participar en una actividad sexual, no puede garantizarse jurídicamente, pues su realización dependería siempre de la libre decisión de otra persona⁸⁷. Los problemas comienzan a la hora de definir con algo más de detalle la noción de autonomía sexual (negativa) que habría de proteger el delito de agresión sexual.

Resulta relativamente pacífico afirmar que la autonomía sexual alude a la posibilidad de un ciudadano de gobernarse a sí mismo en materia sexual, esto es, de conducir su propia vida sexual de modo acorde a sus propias representaciones⁸⁸. A partir de aquí, ni está claro qué específicos derechos encierra la genérica noción de autonomía sexual, ni cuál sería el rasgo característico de la autonomía sexual frente al genérico derecho a la autodeterminación⁸⁹. Esta incertidumbre explica a su vez los muchos problemas todavía existentes para determinar el *proprium* del delito de agresión sexual frente a otros delitos graves⁹⁰. Aunque es compartida la idea de que ser

⁸⁵ RUBENFELD, *The Yale Law Journal*, (122), 2013, pp. 1400 s.

⁸⁴ PUNDINK, *Notre Dame Law Review Online*, (93-172), 2018, p. 186.

⁸⁵ Cfr. p. ej., DRIPPS, *Columbia Law Review*, (92-7), 1992, p. 1785.

⁸⁶ Sobre la dimensión negativa y positiva de la libertad sexual, cfr. SICK/RENIKOWSKI, «Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung», en HOYER (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, pp. 603 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, pp. 71 ss.; MANALICH RAFFO, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno», *Revista Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 33 s.; o RENIKOWSKI, «Primat des Einverständnisses? Unerwünschte konsensuelle Sexualitäten», en LEMBKE (ed.), *Regulierung des Intimen, Geschlecht und Gesellschaft*, 2017, p. 199.

⁸⁷ El Derecho penal, a lo sumo, puede no obstaculizar su ejercicio, en la medida en que no criminalice actos sexuales basados en decisiones autónomas, como, p. ej., las relaciones sadomasoquistas o incestuosas. Cuestión distinta es si el Estado debería legalizar determinadas formas de prostitución a fin de garantizar la dimensión positiva de la autonomía sexual a personas discapacitadas. Una defensa de esta tesis puede leerse en APPEL, «Sex rights for the disabled?», *Journal of Medical Ethics*, (36-3), 2010, pp. 152 ss. Críticamente, DI NUCCI, «Sexual rights and disability?», *Journal of Medical Ethics*, (37-3), 2011, pp. 158 ss.: la solución debe dejarse en manos de organizaciones civiles que intermedien entre las personas discapacitadas y los ciudadanos dispuestos a proveer (gratuitamente) placer sexual.

⁸⁸ SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, 1998, p. 11.

⁸⁹ Así lo reconoce con razón GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 20.

⁹⁰ Al respecto, vid. MURPHY, *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*, 1998, pp. 147 ss.

sometido a un acto sexual no deseado es uno de los injustos más graves imaginables, hay quien afirma que solo el homicidio sería más grave⁹¹, no está claro el motivo, ni la razón por la que la autonomía sexual precisa de un tipo específico para su protección. ¿Por qué no recurrir a un concurso de delitos entre las coacciones o detenciones ilegales, delitos contra la integridad física o psíquica y delitos contra la intimidad⁹²?

En este lugar me conformo con aludir a tres elementos particulares que, en mi opinión, permiten capturar la dimensión sexual de la autonomía y, por ende, la esencia del delito de agresión sexual frente a otras formas delictivas graves. Lo propio de este delito es que el autor menoscaba de forma grave la autonomía de su víctima a través de una injerencia corporal que supone un grave menoscabo al núcleo central de su intimidad. En la medida en que ambas afectaciones resultan instrumentales para la satisfacción del deseo sexual del autor, la agresión sexual se caracteriza asimismo por constituir una grave afrenta a la dignidad de una víctima que es cosificada como un instrumento sexual. La afectación interrelacionada –en mayor o menor medida– de estos tres derechos negativos capitales en un contexto de naturaleza sexual constituye el injusto propio del delito de agresión sexual⁹³.

Solo a partir de esta materialización de la indiferenciada noción de autonomía sexual cabe establecer las imprescindibles distinciones de grado entre las distintas afectaciones a tal genérico derecho. Aunque en ambos casos quepa constatar una merma de la autonomía sexual, contemplado desde el prisma del grado de injerencia o invasión corporal y a la intimidad, no es lo mismo una penetración sexual que un beso en el cuello. Tampoco el menoscabo de la dignidad de la víctima es idéntico en ambos casos⁹⁴. Evidentemente, cómo definir la naturaleza sexual como marco en el que se produce la injerencia corporal y en la intimidad de la víctima no es sencillo. Ahora bien, frente a tesis puramente subjetivistas o de corte biologicista⁹⁵, entiendo aquí indispensable una aproximación normativa: lo que es *sexual* queda determinado de manera convencional⁹⁶.

5.2. La autonomía y el consentimiento sexual como magnitudes graduales

El principal error en el que incurre la teoría subjetivista es su incapacidad para aprehender las nociones de autonomía sexual y consentimiento como nociones eminentemente graduales. Sin embargo, es hoy ampliamente compartida la idea de que la autonomía (sexual) es efectivamente una categoría gradual, pues en un mundo no ideal las decisiones no son plenamente autónomas o plenamente heterónomas, sino siempre más o menos autónomas. Es igualmente pacífico afirmar que el predicado de «autónomo» respecto de una acción humana se imputa o atribuye

⁹¹ SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, 1998, p. 100.

⁹² Advierte del problema con claridad MAÑALICH RAFFO, *Revista Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 32 s.

⁹³ En un sentido parecido, *vid.* HÖRNLE, «Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (127-4), 2015, pp. 861 ss.

⁹⁴ Como aquí, GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 23.

⁹⁵ Sobre qué debe ser considerado una conducta sexual, *vid.* GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 8 ss., quien parece inclinarse por una definición basada en la noción de deseo (sexual) definida a partir de la noción de excitación sexual empíricamente medible.

⁹⁶ Sobre el acto sexual como construcción cultural, *cfr.* CORRÊA CAMARGO/RENIKOWSKI, «El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el derecho penal», *InDret*, (1), 2021, pp. 149 ss., 153 ss., 161: «un acto de naturaleza sexual es toda acción que, conforme a un determinado ámbito cultural, pertenece al dominio de las interacciones sexuales y que es realizada conscientemente por el actor vinculándose a tal significado social».

convencionalmente⁹⁷. El consentimiento sexual, pues, es también *nolens volens* una noción gradual: este exterioriza la voluntad más o menos autónoma de quien lo presta⁹⁸.

Como ha mostrado GREEN, cabe distinguir entre formas de consentimiento sexual en atención a tres factores graduales⁹⁹: en primer lugar, a la intensidad de las actitudes subjetivas de quien consiente. Aunque los juristas asumimos que ambas decisiones son autónomas, no es lo mismo consentir una relación sexual de forma entusiasta, piénsese en la persona que recibe la propuesta tras meses cortejando a la proponente, que hacerlo de forma resignada, piénsese en la persona que accede a mantener la relación sexual como forma de ganarse la vida. En segundo lugar, la competencia psíquica determina también la mayor o menor autonomía de la acción consentida. El consentimiento de la persona adulta emocionalmente madura y sobria es –contemplado desde el prisma de la autonomía– distinto al del joven emocionalmente inmaduro que accede a mantener una relación sexual bajo los efectos del alcohol. Finalmente, en tercer lugar, también el grado de conocimiento sobre las circunstancias que rodean una decisión y las intenciones de la pareja sexual es determinante a la hora de valorar el consentimiento prestado y su capacidad de reflejar la voluntad de quien lo presta. Con carácter general, supone una mayor expresión de autonomía consentir una relación sexual con una persona de la que se conocen todos los detalles, así como sus intenciones, frente al consentimiento prestado a ciegas.

5.3. La determinación normativa del consentimiento excluyente del injusto

Siendo la autonomía y el consentimiento nociones graduales, es evidente que, si el Derecho penal debe operar a partir de juicios binarios entre hechos consentidos y no consentidos, la determinación del consentimiento ha de obedecer a un juicio necesariamente normativo.¹⁰⁰ Es normativa la decisión según la cual también una persona emocionalmente inestable puede consentir válidamente una relación sexual. Lo es también el que un menor de dieciséis años no pueda consentir válidamente una relación sexual con una persona de avanzada edad bajo ningún concepto. Y también obedece a una reflexión normativa la decisión sobre si un engaño respecto de la religión o el estado civil es o no relevante a los efectos de atribuir fuerza excluyente del injusto al consentimiento prestado. La pregunta fundamental a los efectos de este trabajo no es, pues, si la decisión fruto de un engaño es o no autónoma, sino si la autonomía sexual, teniendo en cuenta a todos los sujetos implicados en la relación en tanto que sujetos autorresponsables portadores de derechos y obligaciones, se ha afectado de un modo tal como para que sea legítima la imposición del castigo previsto en el delito de agresión sexual (art. 178 CP)¹⁰¹. Responder a esta pregunta es lo que permite en última instancia decidir si el consentimiento prestado está o no –a los efectos penales– viciado.

⁹⁷ En este sentido, *vid.* PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 2023, pp. 259 ss.

⁹⁸ Muy clara ya, MCKINNON, *Towards a Feminist Theory of the State*, 1989, pp. 171 ss. Distinguiendo entre grados de afectación de la autonomía sexual a través del engaño, *vid.* BROWN, «Sex crimes and misdemeanours», *Philosophical Studies*, (177-5), 2020, pp. 1371 ss.

⁹⁹ GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 29 ss. Asimismo, recientemente, *vid.* RAGUÉS I VALLÈS, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 96 ss.

¹⁰⁰ En general, sobre el carácter normativo del consentimiento, acertadamente, *vid.* ÍÑIGO CORROZA, «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (75), 2022 pp. 194 s.

¹⁰¹ Así, con razón, BERGELSON, en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 160. Próximo TADROS, *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, p. 466.

6. Hacia una teoría del engaño bastante en materia sexual

El punto de partida –en el marco de un Derecho penal liberal– a la hora de enjuiciar qué defectos de información son relevantes no puede ser otro que el principio de autorresponsabilidad. Como sostiene PAWLIK, con carácter general le compete a quien consiente asegurarse de disponer de toda la información que estime oportuna para decidir sobre cómo disponer de su libertad (sexual). Sin autorresponsabilidad no hay autodeterminación¹⁰². Asimismo, en el marco de un ordenamiento jurídico que regula los conflictos entre esferas de libertad tomando en consideración a todos los sujetos potencialmente afectados en un plano de igualdad,¹⁰³ lo decisivo a los efectos que aquí interesan no es si el engaño es causalmente decisivo, sino si la víctima de dicho engaño ve con ello lesionado su derecho a decidir con base en una información veraz.

6.1. ¿Deberes penales genéricos de información en materia sexual?

Así las cosas, no cabe legitimar con carácter general deberes (penalmente garantizados) de sacar del error a la otra parte en el marco de los tratos preliminares a una relación sexual¹⁰⁴. No existen deberes genéricos de revelar información, ni siquiera aquella que se sabe decisiva para que la otra parte consienta¹⁰⁵. Quien se aprovecha para conseguir el consentimiento sexual de un error preexistente, por ejemplo, en lo que se refiere al sexo biológico de una persona transgénero, actúa de forma moralmente censurable, pero su hecho no constituye un delito de agresión sexual. De nuevo, el argumento central aquí no es que la persona transgénero tenga el derecho a no revelar información de carácter íntimo¹⁰⁶, sino simple y llanamente que compete a quien consiente asegurarse de disponer de toda la información que considera relevante para decidir en materia sexual. Y esta conclusión no puede burlarse imponiendo genéricas posiciones de garantía por un actuar precedente: la persona transexual no genera el error a través de una injerencia (antijurídica) en su víctima¹⁰⁷, por lo que no está obligada –en tanto que garante– a desvelar su sexo biológico antes de iniciar una relación sexual.

Tampoco resulta asumible en el marco de un Derecho penal sexual liberal aquella tesis que busca en el principio de buena fe (contractual) el fundamento de un deber genérico de revelar a la pareja sexual toda aquella información que pudiera resultar decisiva para su consentimiento¹⁰⁸. Y tampoco cabe aquí legitimar deberes de garante con base en la noción de relación de confianza

¹⁰² En detalle, *vid.* PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 2023, pp. 271 ss.

¹⁰³ *Vid.* COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, 2016, pp. 258 ss.

¹⁰⁴ Así, con razón, SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, 2018, p. 91. Próximo CHIESA, *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, p. 407.

¹⁰⁵ Cfr. en este sentido JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 7/120, 21/78. De otra opinión, aunque limitando normativamente el alcance de los deberes de revelar información, cfr. LAZENBY/GABRIEL, *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 276 ss.

¹⁰⁶ Incide en este argumento SHARPE, *Criminal Law Review*, (3), 2014, pp. 219 ss.

¹⁰⁷ Contra la fundamentación de posiciones de garantía por un actuar precedente conforme a Derecho *vid.* COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 19 ss.

¹⁰⁸ Aunque a propósito de la estafa, en este sentido, con razón, IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, 2018, p. 199: «la acusada amplitud e indeterminación del principio de buena fe impide aceptar que constituya el origen normativo próximo de un deber de veracidad jurídico-penal» (cursiva en el original). *Vid.* sin embargo LARSON, *Columbia Law Review*, (93-2), 1993, p. 413, criticando la infraprotección del consentimiento sexual frente a lo que sucede en el mundo comercial, donde se acepta un principio de buena fe contractual.

especial institucionalizada¹⁰⁹. Aunque las expectativas de veracidad recíprocas de los cónyuges sean fácticamente más intensas que las que puedan existir entre dos sujetos desconocidos, no cabe legitimar en el marco de una relación matrimonial un deber de revelar toda aquella información trascendente para el consentimiento sexual de la otra parte. El marido, pues, no está obligado –en tanto que garante *ex art. 178 CP*– a revelar a su mujer que le ha sido infiel, aun cuando sepa que ello es decisivo para que su mujer consienta una determinada relación sexual.

6.2. Delimitación de los engaños penalmente relevantes *ex art. 178 CP*

No todo engaño (activo o a través de un silencio concluyente) causalmente determinante del consentimiento constituye un injusto penalmente relevante, sino solo aquel que lesione una pretensión de veracidad de la víctima garantizada por el delito de agresión sexual (*art. 178 CP*). Expresado desde la perspectiva del autor: no todo engaño causalmente eficaz elimina la validez penal del consentimiento, sino solo aquel que supone un menoscabo –contrario a deber– de la base de información a la que tiene derecho su víctima¹¹⁰. Una solución distintiva al problema del engaño en materia sexual pasa esencialmente, pues, por una determinación normativa de qué clase de engaños están penalmente prohibidos por el delito de agresión sexual¹¹¹. O en palabras de BERGELSON: «La cuestión central es la siguiente: ¿cuáles son nuestros derechos legales con respecto a las diversas mentiras utilizadas para conseguir el consentimiento sexual?»¹¹².

Dejando a un lado ámbitos en los que la distribución de cargas de información está expresamente regulada, piénsese por ejemplo en el ámbito médico-terapéutico y, en particular, en la figura del consentimiento informado¹¹³, definir la pretensión de verdad de la víctima penalmente protegida, como demuestra ya la controvertida dogmática de la estafa por omisión¹¹⁴, resulta extraordinariamente complejo¹¹⁵. Lo es sin duda en el ámbito de las relaciones sexuales. ¿Qué clase de engaños vician el consentimiento de modo que el menoscabo de la libertad sexual de la víctima constituye un delito de agresión sexual y cuáles son a tal efecto irrelevantes? En mi opinión, son dos las cuestiones fundamentales de las que depende la relevancia penal del engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual.

¹⁰⁹ Contra la confianza especial como fuente de deberes de garantía, críticamente *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2006, pp. 467 ss., 476 ss.

¹¹⁰ En este sentido, *cfr.* PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 2023, pp. 271 s.; y a propósito del delito de estafa, EL MISMO, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 103 ss.; y ya antes, *vid.* KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (103-2), 1991, pp. 399 s.: engaño típico como infracción de un deber de veracidad en favor del engañado como titular del derecho a la verdad. Con razón señala JAKOBS (*Coacciones*, 2018, p. 56 s.) que, en puridad, no se trata aquí de una pretensión de veracidad, sino más bien de una pretensión a no ser desinformado.

¹¹¹ Lo advierte con razón SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, 2018, pp. 92 s. En un sentido parecido, *vid.* LAZENBY/GABRIEL, *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 265 ss., para quienes solo son relevantes los engaños causales que lesionan un *claim-right* de la víctima.

¹¹² BERGELSON, en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 162.

¹¹³ *Cfr.* PANTALEÓN DÍAZ, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, pp. 683 ss.

¹¹⁴ Fundamental al respecto, IZQUIERDO, *Estafas por omisión*, 2018, Cap. 5; y antes, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 169 ss.

¹¹⁵ Así lo reconocen LAZENBY/GABRIEL, *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 276 s.

a. *Engaños idóneos para menoscabar la autonomía sexual*

De ahora en adelante entiendo por engaño toda forma de comunicación idónea para distorsionar de forma contraria a deber la base de información a partir de la cual se consiente. Aquel puede consistir en una afirmación expresa o en un comportamiento con valor declarativo, ya sea una maquinación insidiosa, ya sea una forma de silencio con valor declarativo (engaño concluyente)¹¹⁶. A los efectos que aquí interesan, solo son relevantes aquellas formas de engaño causalmente determinantes para el consentimiento prestado, esto es, aquellas mentiras que recaen sobre auténticos *deal breakers*¹¹⁷. La determinación del círculo de engaños penalmente típicos pasa en primer lugar por determinar cuáles de los infinitos aspectos relevantes a ojos de una víctima en una relación sexual están efectivamente garantizados por una pretensión de veracidad penalmente protegida en el delito de agresión sexual. En mi opinión, ello solo es posible tomando en consideración la noción de autonomía sexual protegida en el delito de agresión sexual. Son (únicamente) tres los factores que merecen desde dicho prisma quedar *prima facie* garantizados por la pretensión de veracidad protegida por el art. 178 CP.

La naturaleza sexual de la actividad

Me refiero, en primer lugar, al hecho de conocer si uno está o no participando en una actividad de naturaleza sexual. Quien engaña a su víctima sobre la naturaleza sexual del acto en cuestión para conseguir su consentimiento, lesiona una expectativa de veracidad protegida por el delito de agresión sexual¹¹⁸. Con un ejemplo: el *proctólogo* que se inventa un motivo médico para llevar a cabo una exploración anal con ánimo lascivo atenta contra la libertad sexual de su víctima de modo penalmente relevante. Sin duda, estamos aquí ante una injerencia corporal y en la intimidad de un sujeto, quien es claramente instrumentalizado o cosificado (a través de un engaño) para la satisfacción de un deseo sexual. Bien mirado, no parece que exista diferencia normativa alguna relevante entre este supuesto y el de una agresión sexual ejecutada sobre una persona que se halla privada de sentido¹¹⁹.

Atípico debe considerarse, sin embargo, el engaño sobre los factores accesorios que son determinantes para el consentimiento, pero que no afectan estrictamente al conocimiento de la víctima de la naturaleza sexual del acto. Retomando el ejemplo (*observador*) presentado al inicio, el médico que engaña a su víctima sobre la condición de médico asistente de un amigo *voyeur* que contempla una exploración médica indicada no comete un delito de agresión sexual, por mucho que el paciente no hubiera consentido en caso de saber de las intenciones espurias del observador. Tampoco lesiona la pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual el médico que engaña a un paciente al que le hace creer que manteniendo una relación

¹¹⁶ Al respecto, cfr. RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 430; o KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, p. 252.

¹¹⁷ Queda a un lado aquí, pues, la hipotética relevancia penal de engaños que no son determinantes para conseguir el consentimiento sexual, ya sea porque la potencial víctima no acaba consintiendo, ya sea porque consiente pero ello no depende del engaño. El primer aspecto alude al difícil problema de determinación del inicio del a tentativa en un delito de agresión sexual definido como sexo no consentido. El segundo se refiere a la trascendencia penal de engaños inidóneos por ser irrelevantes para la víctima.

¹¹⁸ En este sentido, *vid.* p. ej., BERGELSON, en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 163.

¹¹⁹ Así, con razón, FEINBERG, *Ethics*, (96-2), p. 339; o HOVEN/WEIGEND, «Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (3), 2018, p. 160.

sexual con él se curará de una enfermedad grave. Cuestión distinta es si tal consentimiento deba considerarse viciado por abusar el autor de una situación de vulnerabilidad de la víctima.

¿Y cómo valorar el engaño inverso sobre la naturaleza de una relación sexual? Con un ejemplo: (V) consiente que (A), estudiante de medicina, le introduzca su mano por la vagina. (V) cree que participa en una relación sexual, cuando la realidad es que (A) simplemente quiere practicar sus habilidades médicas a fin de preparar un examen. En mi opinión, el hecho debe ser considerado atípico desde el prisma del delito de agresión sexual, pues (A) lesionaría en su caso la dimensión positiva de la autonomía sexual de (V), dimensión no protegida por el delito de agresión sexual. Esta clase de instrumentalizaciones podrían ser tipificadas eventualmente como formas de atentado contra la integridad moral (art. 173 CP).

Identidad personal de los participantes

En segundo lugar, queda también cubierto por la pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual la identidad nominal de quien participa en el acto sexual¹²⁰. En realidad, es común definir la noción de autonomía sexual precisamente como el derecho a decidir cuándo, cómo y con quién mantener una relación sexual. Contemplado este derecho desde el prisma de la intimidad y la dignidad, ha de afirmarse que la identidad personal es un factor decisivo merecedor de protección penal en el delito de agresión sexual. Así pues, quien entra a hurtadillas en una habitación a oscuras y haciéndose pasar por el marido de quien yace en la cama inicia una relación sexual infringe una pretensión garantizada de veracidad. La suplantación de identidad es, pues, *prima facie* penalmente relevante¹²¹.

Sobre este factor creo necesario hacer dos puntualizaciones. En primer lugar, no hay razón para limitar la relevancia penal del engaño a aquel consistente en suplantar al marido (o pareja de hecho)¹²². En contra de pretéritas tesis, el factor que otorga relevancia penal al engaño aquí no es que la relación sexual marital tenga un estatus jurídico distinto a la extramarital, ni que lo segundo constituya un adulterio¹²³, sino que la suplantación de intimidad supone una lesión relevante de la autonomía sexual en el sentido arriba referido. En segundo lugar, en contra del sentido de algunas previsiones legales propias del Derecho penal anglosajón, tampoco creo que quepa limitar la relevancia del engaño a los casos en los que el autor se hace pasar por una

¹²⁰ BERGELSON, en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 164. Asimismo, *vid.* KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, p. 120; o RAGUÉS I VALLÈS, «Tema 6. Delitos contra la libertad sexual», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., 2023, p. 141.

¹²¹ En este sentido ya, HÖRNLE, *ZStW*, (127-4), 2015, 880 s.; o HOVEN/WEIGEND, *KriPoZ*, (3), 2018, p. 160. Asumo aquí un concepto estricto de identidad personal: quien mantiene relaciones sexuales con (A) porque ha sido engañado sobre el hecho de que (A) es un agente de policía infiltrado en un colectivo antisistema, no ve penalmente garantizada su pretensión de veracidad *ex art.* 178 CP. Tampoco comete un delito de agresión sexual quien miente sobre su sexo biológico: no es solo que no exista obligación de revelar una información íntima jurídicamente protegida (art. 18 CE, art. 8 CEDH), sino que el engaño no afecta a la dimensión estricta de la identidad nominal protegida penalmente. En este sentido, BERGELSON, en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 165; y monográficamente, SHARPE, *Sexual Intimacy and Gender Identity "Fraud". Reframing the Legal and Ethical Debate*, 2018, *passim*; resumidamente, LA MISMA, *Criminal Law Review*, (3), 2014, pp. 222 ss.

¹²² En este sentido, con razón, GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 111 s.; BRYDEN, *Buffalo Criminal Law Review*, (3-2), 2000, p. 466.

¹²³ Esta pudo ser la razón histórica por la que pronto se reconoció relevancia penal al engaño en caso de usurpación marital (*spousal impersonation*). Al respecto, CHRISTOPHER/CHRISTOPHER, «Adult Impersonation: Rape by Fraud as a Defense to Statutory Rape», *Northwestern University Law Review*, (101-1), 2007, p. 80.

persona que conoce personalmente la víctima¹²⁴. En favor de esta limitación se alega que la persona que cree que está manteniendo una relación sexual con un futbolista profesional no es víctima de una usurpación de identidad, sino de un engaño sobre el estatus profesional y económico de su pareja sexual. Ello no es convincente: una cosa es afirmar que uno juega en una liga de fútbol profesional y otra muy distinta afirmar o pretender ser un específico jugador de dicha liga. En este segundo caso, la víctima lo es de un fraude sobre la identidad personal de su pareja sexual penalmente relevante¹²⁵.

El grado de injerencia corporal

Finalmente, en tercer lugar, queda igualmente cubierto por la pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual el particular grado de injerencia corporal y a la intimidad inherente a la relación sexual¹²⁶. Si, como aquí se ha asumido, la autonomía sexual se define por la posibilidad de autorizar una injerencia corporal y en la intimidad de significado sexual, resulta plausible afirmar que alteraciones en el grado de tales injerencias basados en consentimientos viciados deben ser considerados penalmente relevantes. Con un ejemplo: quien consiente mantener una relación sexual sin penetración es víctima de un delito de agresión sexual cuando el autor la penetra vaginalmente. Dejando a un lado estos supuestos claros, no resulta en absoluto sencillo establecer una métrica de la injerencia corporal. En este lugar me limito a realizar tres puntualizaciones relevantes al respecto.

En primer lugar, en contra de lo sostenido por un sector de la doctrina, ni el riesgo de embarazo ni el riesgo de transmisión de una enfermedad son factores que afectan al grado de injerencia corporal propio de la relación sexual. Por ende, el engaño sobre estos dos factores carece de relevancia penal desde la óptica del delito de agresión sexual¹²⁷. Tanto lo uno como lo otro son constitutivos de un delito (intentado) de lesiones. El engaño vicia aquí el consentimiento al delito de lesiones. Cuestión distinta es que el riesgo de provocar un embarazo no deseado merezca ser tipificado. A día de hoy, el art. 161 CP solo castiga la maternidad o paternidad indeseada en el supuesto de tratamientos de reproducción asistida no consentidos.

En segundo lugar, existen buenas razones para afirmar que, con carácter general, el sexo penetrativo supone un plus de injerencia en el sentido aquí descrito frente a modalidades no penetrativas de sexo. De hecho, hay quien sostiene que toda penetración es un hecho *prima facie* injusto o, como mínimo, que existen razones generales en contra de su práctica¹²⁸. Mayores

¹²⁴ En este sentido, GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 112 s.

¹²⁵ Cuestión distinta es que no todos los engaños que recaigan sobre este factor sean merecedores de pena, básicamente, por entender que la víctima infringe un deber de autoprotección. Cfr. *infra*. b.

¹²⁶ Próxima HÖRNLE, ZStW, (127-4), 2015, pp. 861 ss., 880 s.

¹²⁷ En este sentido, respecto de la transmisión de una enfermedad sexual, cfr. GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 115. Próxima COWAN, «Offenses of Sex or Violence? Consent, Fraud, and HIV Transmission», *New Criminal Law Review*, (17-1), 2014, p. 135. De otra opinión, *vid.* sin embargo BRYDEN, *Buffalo Criminal Law Review*, (3-2), 2000, p. 464; o STANNARD, «When Failure to Disclose HIV-Positive Status Vitiates Consent to Sex in Canada», (Noviembre), *Journal of Commonwealth Criminal Law*, 2012, p. 366: el engaño al respecto vicia el consentimiento sexual.

¹²⁸ En el mejor de los casos, el sexo penetrativo sería un hecho *prima facie* injusto justificable. En este sentido, paradigmático, HERRING/MADDEN DEMPSEY, «Rethinking the criminal law's response to sexual penetration. On theory and context», en MCGLYNN/MUNRO (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, 2010, pp. 30 ss.; LOS MISMOS, «Why Sexual Penetration Requires Justification», *Oxford Journal of Legal Studies*, (27-3), 2007, pp. 467 ss., quienes fundamentan su tesis en que toda penetración requiere ejercer fuerza física y tiene una negativa connotación social patriarcal. Próximo WALL, «Sexual Offences and General Reasons Not to Have Sex», *Oxford Journal of Legal Studies*, (35-4), 2015, pp. 777 ss. Críticamente GREASLEY, «Sex, Reasons, Pro Tanto Wronging, and the Structure of Rape Liability», *Criminal Law and Philosophy*, (15), 2021, pp. 169 ss., 173 ss.

problemas plantea la determinación de si el grado de injerencia varía con el cambio de vía de acceso (vaginal, anal o bucal) o con el cambio del elemento penetrativo (pene, otros miembros corporales u objetos). En mi opinión, y aunque el legislador español no haga tales distinciones a los efectos de castigar el delito de violación (art. 179 CP), el cambio de vía de acceso sí puede afectar de modo relevante al grado de injerencia corporal y a la intimidad asumido por quien consiente. La respuesta a si un engaño respecto del objeto penetrativo es relevante dependerá de la naturaleza del cambio. Mientras que es cuestionable que quien ha pactado la penetración de un pene se injiera en mayor medida en la esfera corporal y de intimidad de su víctima al penetrarla con un objeto que reproduce un pene masculino, parece plausible afirmar que sí existe un plus de injerencia en el supuesto en el que lo pactado es una penetración digital y el autor penetra a su víctima con el pene.

En tercer y último lugar, como he defendido en un trabajo previo¹²⁹, el *stealth* constituye también una forma de engaño relevante. El engaño afecta aquí a un factor decisivo como es el grado de injerencia corporal y en la intimidad de la relación sexual. Existe –desde este prisma– una diferencia incuestionable entre la práctica de una relación sexual con preservativo y sin preservativo. Como señala HOVEN, se trata de un comportamiento que supone un plus de injerencia, y no solo un «*aliud*» frente a la relación sexual con preservativo¹³⁰. A una conclusión distinta debe llegarse sin embargo en el caso en el que una mujer miente al afirmar que se ha practicado una vasectomía. El que ello sea un *deal breaker* para el consentimiento del hombre no empece para afirmar que la relación sexual no supone un grado de injerencia corporal distinto y que, por ende, el consentimiento sexual no está viciado a los efectos del art. 178 CP.

b. Engaño bastante como medio comisivo del delito de agresión sexual

¿Significa que todo engaño sobre el «sí» de la relación sexual, la identidad de la contraparte o la naturaleza de la actividad es constitutivo de un delito de agresión sexual? En mi opinión la respuesta debe ser negativa. Existen, ahora ya en segundo lugar, engaños sobre tales aspectos que no vician el consentimiento de forma suficiente a efectos penales. O expresado de otro modo: vician el consentimiento sobre un elemento central de la relación sexual, pero de un modo tal que el comportamiento sexual defraudatorio no merece el castigo propio del delito de agresión sexual. En este lugar me limito a presentar dos *topoi* relevantes para la concreción de qué engaños *prima facie* relevantes lesionan las expectativas de veracidad protegidas por el delito de agresión sexual.

Por un lado, no deben atribuirse al autor aquellos errores reconducibles en primera instancia a una autopuesta en peligro de la víctima por infracción de sus incumbencias de cuidado¹³¹. Quien afirma en una discoteca ser un conocido cantante y con ello consigue el consentimiento sexual de su víctima no la agrede sexualmente cuando aquella accede a mantener relaciones sexuales. Aquí debe importarse de la dogmática de la estafa los criterios de restricción del alcance típico en los casos de engaño burdo o absoluta falta de perspicacia o extraordinaria indolencia¹³².

¹²⁹ COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, pp. 294 ss.

¹³⁰ HOVEN, «Das neue Sexualstrafrecht - Ein erster Überblick», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (10), 2020, p. 581. En las consecuencias, igualmente, RAGUÉS I VALLÈS, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 101; EL MISMO, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., 2023, p. 141. Ya anteriormente, CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 5 ss.; GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 123 ss.

¹³¹ Cfr. en este sentido BRYDEN, *New Criminal Law Review*, (3-2), 2000, pp. 461 s.

¹³² En detalle, cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 104 ss., 115 ss.

Evidentemente, las incumbencias de autoprotección de las víctimas deben reconstruirse de manera individualizada, atendiendo a las circunstancias particulares de la víctima, en particular, ante víctimas débiles. En casos extremos, el consentimiento se entenderá viciado no por el engaño (bastante) del autor, sino por el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima en el sentido descrito en el art. 178 CP.

Y, por el otro, tampoco cabe afirmar la infracción de una pretensión de veracidad penalmente protegida ex art. 178 CP cuando el autor, aun engañando a su víctima respecto de uno de los tres aspectos centrales arriba referidos, lleva a cabo un acto sexual que constituye un *minus* en términos de afectación a la libertad sexual (injerencia corpórea) respecto de la injerencia pactada. El fundamento de este criterio clásico de exclusión de la imputación por disminución del riesgo también debe tener relevancia práctica en el ámbito de la delincuencia sexual: quien pacta con su víctima mantener relaciones sexuales con penetración sabiendo que solo está dispuesto a mantener una relación sexual sin penetración no comete un delito de agresión sexual cuando inicia la relación sexual¹³³. Y lo mismo vale para el caso del *stealthing* inverso: quien usa preservativo habiendo pactado lo contrario con su víctima no lesiona la pretensión de veracidad penalmente protegida por el delito de agresión sexual¹³⁴. Este criterio permite excluir también el castigo por agresión sexual de quien da un beso a la víctima que ha consentido una relación sexual (estrictamente) penetrativa. Aunque tal comportamiento pueda ser inmoral, y en cierta medida pueda considerarse una forma de trato degradante, piénsese en la persona que ejerce la prostitución y condiciona su consentimiento a tal aspecto, lo cierto es que no creo que quien da el beso afecte de manera relevante a la autonomía sexual protegida por el art. 178 CP.

7. *Fair labelling* y engaños no constitutivos de agresión sexual

La teoría acabada de esbozar, como cualquier teoría intermedia, queda sujeta a críticas en sus dos flancos. Quienes niegan que el aprovechamiento de un error o el engaño vicia el consentimiento como lo pueda hacer la violencia afirmarán que tampoco en los tres supuestos arriba referidos cabe considerar que el autor agrede sexualmente a su víctima. Por el contrario, los partidarios de las tesis subjetivistas insistirán contra la tesis aquí defendida que esta es *infrainclusiva*: cualquier relación sexual consentida en virtud de un engaño es (gravemente) injusta y amerita sanción penal.

Contra la tesis que niega toda relevancia al error o engaño como medios comisivos típicos del delito de agresión sexual ya se ha objetado arriba que es incompatible con la aproximación a tal delito como una forma de lesión de la autonomía sexual. Los engaños que afectan al sí de la naturaleza sexual del acto, a la identidad nominal de quienes participan y a la intensidad de la injerencia corporal, en la medida en que vician de forma intensa el consentimiento y afectan al núcleo de la autonomía sexual, merecen ser tipificados como formas de agresión sexual. Ahora bien, ¿qué sucede con aquellos engaños que, aun siendo causalmente determinantes para el consentimiento, no afectan a las tres dimensiones centrales acabadas de referir?

Quizá existan algunas razones para criminalizar también aquellos engaños causalmente determinantes que afectan solo periféricamente a la autonomía sexual. Ello, sin embargo, debe

¹³³ Críticamente, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, 3.2.

¹³⁴ De otra opinión, *vid.* sin embargo KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, p. 342; o CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 8: «desde la perspectiva de la libertad sexual ambas prácticas resultan equivalentes y, por tanto, el «stealthing inverso» también deberá calificarse como abuso sexual».

hacerse necesariamente en un tipo distinto al de agresión sexual. De acuerdo con el principio el *fair labelling*¹³⁵, las distinciones entre tipos deben reflejar adecuadamente las distinciones existentes en la naturaleza y seriedad del injusto criminalizado. Y es que, como señala SILVA SÁNCHEZ, «cualquier condena penal –aunque en ella no se imponga una pena de prisión– constituye una intensa expresión de reproche (*censure, Tadel*) al reo por el hecho cometido»¹³⁶. Tipificar como agresión sexual la conducta de quien engaña sobre su edad y consigue así el consentimiento sexual de su pareja supondría una clara infracción del principio del *fair labelling*: la conducta del autor no merece el reproche inherente al injusto del delito de agresión sexual. Y aunque, como muestra CORNFORD, existen buenas razones contra una excesiva diferenciación de injustos penales¹³⁷, básicamente, razones prácticas de técnica legislativa y vinculadas con el mandato de determinación, en el caso que nos ocupa sí sería en mi opinión imprescindible tipificar separadamente los engaños sexuales periféricos.

Y frente a lo aquí sostenido no cabe afirmar que el subtipo atenuado de agresión sexual regulado en el art. 178.4 CP establece una pena de multa que bien podría servir para castigar proporcionadamente los engaños sexuales periféricos. Por un lado, ello no sería posible en los casos de relación sexual penetrativa, que habrían de ser encuadrados –en tanto que forma de violación– en el art. 179 CP. Este precepto no incorpora un subtipo atenuado paralelo al del art. 178.4 CP. Por otro lado, el reproche propio de la agresión sexual, aunque se castigue con una pena de multa, sigue siendo inadecuado. Dejando a un lado la cuestión de si cabe censurar adecuadamente un delito sexual con una multa¹³⁸, lo cierto es que al catalogar un engaño sexual sobre un factor periférico como agresión sexual no solo se lesiona el derecho del autor a no ser reprochado en exceso, sino que se banaliza el injusto de la auténtica agresión sexual y, con ello, el derecho de la víctima a que su injusto sea reconocido adecuadamente. Esto último ha sido adecuadamente puesto de manifiesto por un importante sector de la literatura¹³⁹: quizá todo engaño en materia sexual es inmoral o injusto, pero lo que está claro es que entre la agresión sexual violenta y el injusto que sufre quien consiente una relación sexual en la esperanza de que su pareja cumpla una promesa de matrimonio hay una diferencia cualitativa esencial.

8. Conclusiones

1.- El nuevo art. 178 CP tipifica unitariamente todo menoscabo de la autonomía sexual. Resulta ahora fundamental determinar las razones que vician de forma penalmente relevante el consentimiento. Este trabajo se ocupa de analizar si el aprovechamiento de un error o un engaño son medios comisivos típicos del art. 178 CP en tanto que formas de viciar el consentimiento sexual.

¹³⁵ Cfr. CORNFORD, «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (42-4), 2022, pp. 996 ss.

¹³⁶ En profundidad, SILVA SÁNCHEZ, «El estigma como política pública. El reproche de la pena y las clases de delitos», en ABEL SOUTO *et al.* (eds.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, 2021, p. 1368.

¹³⁷ CORNFORD, *Oxford Journal of Legal Studies*, (42-4), 2022, pp. 998 ss.

¹³⁸ Al respecto, con ulteriores referencias, *vid.* COCA VILA, «What's Really Wrong with Fining Crimes? On the Hard Treatment of Criminal Monetary Fines», *Criminal Law and Philosophy*, (16), 2022, pp. 397, 404.

¹³⁹ Una interesante defensa de una tipificación diferenciadora de las diferentes formas de atentado contra la autonomía sexual puede leerse en TADROS, «Rape Without Consent», *Oxford Journal of Legal Studies*, (26-3), 2006, pp. 517 ss., 536 ss. Sobre esto mismo, a propósito de la supresión de la diferenciación entre atentados sexuales en la reforma del año 2022, críticamente, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 52 ss.

2.- Dado que el aprovechamiento de un error o engaño llevan al afectado a expresar un consentimiento (viciado) que no se corresponde con su voluntad, no cabe negar que aquellos constituyen medios comisivos típicos del art. 178 CP. Y ello vale, aunque le asista la razón a aquellos autores que advierten del riesgo de una importante expansión punitiva.

3.- La tesis subjetivista afirma que todo engaño causalmente determinante vicia el consentimiento de forma relevante y conduce a un delito de agresión sexual. Esta tesis se basa en una concepción solipsista de la relación sexual, amén de desconocer que el ordenamiento jurídico debe regular cualquier conflicto atendiendo a todos los sujetos implicados en un plano de igualdad. Las tesis diferenciadoras clásicas, aun ofreciendo un buen punto de partida, no están en disposición de solventar la totalidad de problemas que plantea el engaño sexual.

4.- En este trabajo se ha defendido que una adecuada tesis diferenciadora pasa, en primer lugar, por definir la dimensión sexual de la autonomía. Esta alude a actos de naturaleza sexual que suponen una injerencia corporal y en la intimidad que, en la medida en que no es consentida, supone una instrumentalización radical de la víctima. En segundo lugar, la diferenciación aquí emprendida asume que, por defecto, le compete a cada sujeto disponer de la información sobre la que asienta sus decisiones. Solo excluirá el consentimiento aquel engaño que suponga una lesión de una pretensión de veracidad protegida penalmente por el art. 178 CP.

5.- El art. 178 CP, en tanto que atentado contra la autonomía sexual, solo protege la pretensión de veracidad de la víctima respecto de los engaños que afectan a tres factores: la naturaleza sexual de la relación, la identidad nominal de la pareja sexual y el grado de injerencia corporal. No todos los engaños al respecto dan lugar a un delito de agresión sexual, sino solo aquellos que puedan ser considerados –desde una perspectiva normativa– como engaños bastantes.

9. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004.

ALEXANDER/SHERWEIN, «Deception in Morality and Law», *Law and Philosophy*, (22), 2002, pp. 393 ss.

APPEL, «Sex rights for the disabled?», *Journal of Medical Ethics*, (36-3), 2010, pp. 152 ss.

ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, Athenäum, Frankfurt, 1970.

BERGELSON, «Rethinking Rape-By-Fraud», en ASHFORD/REED (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2016, pp. 152 ss.

BROWN, «Sex crimes and misdemeanours», *Philosophical Studies*, (177-5), 2020, pp. 1363 ss.

BRYDEN, «Redefining Rape», *Buffalo Criminal Law Review*, (3-2), 2000, pp. 317 ss.

CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, en prensa.

CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing», *Diario La Ley*, (9962), 2021.

CHADHA, «Sexual Consent and Having Sex Together», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-3), 2020, pp. 619 ss.

CHIESA, «Solving the Riddle of Rape-by-Deception», *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 407 ss.

CHRISTOPHER/CHRISTOPHER, «Adult Impersonation: Rape by Fraud as a Defense to Statutory Rape», *Northwestern University Law Review*, (101-1), 2007, pp. 75 ss.

COCA VILA, «What's Really Wrong with Fining Crimes? On the Hard Treatment of Criminal Monetary Fines», *Criminal Law and Philosophy*, (16), 2022, pp. 395 ss.

———, «El stealthing como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *Indret*, (4), 2022, pp. 294 ss.

———, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016.

———, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 1 ss.

CORNFORD, «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (42-4), 2022, pp. 985 ss.

CORRÊA CAMARGO/RENZIKOWSKI, «El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el derecho penal», *Indret*, (1), 2021, pp. 145 ss.

COWAN, «Offenses of Sex or Violence? Consent, Fraud, and HIV Transmission», *New Criminal Law Review*, (17-1), 2014, pp. 135 ss.

CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 227 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, pp. 69 ss.

DI NUCCI, «Sexual rights and disability?», *Journal of Medical Ethics*, (37-3), 2011, pp. 158.

DOUGHERTY, «Deception and consent», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, London, 2018, pp. 164 ss.

———, «Sex, Lies, and Consent», *Ethics*, (123-4), 2013, pp. 717 ss.

DRIPPS, «Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent», *Columbia Law Review*, (92-7), 1992, pp. 1780 ss.

DSOUZA, «False Beliefs and Consent to Sex», *The Modern Law Review*, (85-5), 2022, pp. 1191 ss.

———, «Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law», *Law and Philosophy*, (33), 2014, pp. 489 ss.

ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FALK, «Not Logic, But Experience: Drawing on Lessons from the Real World in Thinking About the Riddle of Rape-by-Fraud», *The Yale Law Journal Online*, (123), 2013, pp. 353 ss.

FARALDO CABANA, «"Solo sí es sí" hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en ACALE SÁNCHEZ (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, BOE, Madrid, 2021, pp. 265 ss.

FEINBERG, «Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent», *Ethics*, (96-2), 1986, pp. 330 ss.

GARDNER, «The Opposite of Rape», *Oxford Journal of Legal Studies*, (38-1), 2018, pp. 48 ss.

GARDNER/SCHUTE, «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 193 ss.

GERSEN/SUK, «The Sex Bureaucracy», *California Law Review*, (104-4), 2016, pp. 881 ss.

GIBSON, «Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-1), 2020, pp. 82 ss.

GILI PASCUAL, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, pp. 85 ss.

GREASLEY, «Sex, Reasons, Pro Tanto Wronging, and the Structure of Rape Liability», *Criminal Law and Philosophy*, (15), 2021, pp. 159 ss.

GREEN, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

———, «Lies, Rape, and Statutory Rape», en SARAT (ed.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 194 ss.

GROSS, «Rape, Moralism and Human Rights», *The Criminal Law Review*, (Marzo), 2007, pp. 220 ss.

HERRING, «Under what circumstances should "sex by fraud" be rape?», *Great Debates in Criminal Law*, 4ª ed., Red Globe Press, London, 2020, pp. 123 ss.

———, «Rape and The Definition of Consent», *National Law School of India Review*, (26-1), 2014, pp. 62 ss.

———, «Mistaken Sex», *Criminal Law Review*, (Julio), 2005, pp. 511 ss.

———, «Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 182 ss.

HERRING/MADDEN DEMPSEY, «Rethinking the criminal law's response to sexual penetration. On theory and context», en MCGLYNN/MUNRO (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Routledge, Abingdon, 2010, pp. 30 ss.

———, «Why Sexual Penetration Requires Justification», *Oxford Journal of Legal Studies*, (27-3), 2007, pp. 467 ss.

HORDER, «Consent, Threats and Deception in Criminal Law», *King's College Law Journal*, (10-1), 1999, pp. 104 ss.

HÖRNLE, «Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (127-4), 2020, pp. 851 ss.

———, «Rape as Non-Consensual Sex», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, London-New York, 2018, pp. 235 ss.

HOVEN, «Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (10), 2020, pp. 578 ss.

HOVEN/WEIGEND, «Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (3), 2018, pp. 156 ss.

IÑIGO CORROZA, «El consentimiento de la víctima: hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (75), 2022, pp. 167 ss.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Atelier, Barcelona, 2018.

JAKOBS, *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

———, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin-New York, 1991.

KEßLER, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022.

KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (103-2), 1991, pp. 398 ss.

LACEY, «Unspeakable subjects, impossible rights: Sexuality, integrity and criminal law», en EL MISMO, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart, Oxford, 1998, pp. 98 ss.

LARSON, «"Women Understand so Little, They Call My Good Nature 'Deceit' ": A Feminist Rethinking of Seduction», *Columbia Law Review*, (93-2), 1993, pp. 374 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 51 ss.

LAZENBY/GABRIEL, «Permissible Secrets», *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 265 ss.

MACKINNON, «Rape Redefined», *Harvard Law & Policy Review*, (10-2), 2016, pp. 431 ss.

———, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Harvard, 1989.

———, «Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory», *Signs*, (7-3), 1983, pp. 513 ss.

MANZANARES SAMANIEGO, «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», *Diario La Ley*, (10142), 2022.

MAÑALICH RAFFO, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno», *Revista Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 21 ss.

MALÓN MARCO, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020,

MASFERRER, *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho Penal sexual español en el marco de la cultura occidental*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

MCJUNKIN, «Rape as Indignity», *Cornell Law Review*, en prensa.

———, «Deconstructing Rape by Fraud», *Columbia Journal of Gender and Law*, (28-1), 2014, pp. 1 ss.

MITSCHE, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 1991.

MONA, *Die Einwilligung im Strafrecht*, Bern, 2017. Disponible en: <https://perma.cc/6FQX-4UQY>

MURPHY, «Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law», *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*, Springer, Dordrecht, 1998, pp. 141 ss.

PALMER, «Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and freedom to Negotiate», en REED *et al.* (eds.), *Consent: Domestic and Comparative Perspectives*, Routledge, London, New York, 2017, pp. 9 ss.

PANTALEÓN DÍAZ, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, pp. 683 ss.

PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, Atelier-Universidad Externado de Colombia, Barcelona-Bogotá, 2023.

———, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymann, Köln, 1999.

PEREIRA GARMENDIA, *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales*, Reus, Madrid, 2021.

PÉREZ HERNÁNDEZ, «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género», *Revista Mexicana de Sociología*, (78-4), 2016, pp. 741 ss.

PUNDIK, «The Law of Deception», *Notre Dame L. Rev. Online*, (172), 2018, pp. 172 ss.

———, «Coercion and Deception in Sexual Relations», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, pp. 97 ss.

PUNDIK/SCHNITZER/BLUM, «Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex», *Criminal Justice Ethics*, (41-2), 2022, pp. 167 ss.

RAGUÉS I VALLÈS, «Tema 6. Delitos contra la libertad sexual», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 133 ss.

———, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima: una revisión crítica de la Ley Organica 10/2022», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 95 ss.

RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 167 ss.

RENIKOWSKI, «Primat des Einverständnisses? Unerwünschte konsensuelle Sexualitäten», en LEMBKE (ed.), *Regulierung des Intimen, Geschlecht und Gesellschaft*, Springer, Wiesbaden, 2017, pp. 197 ss.

RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

ROXIN, «Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht», en HAUSER *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Schulthess, Zürich, 1984, pp. 275 ss.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, 5ª ed., Beck, München, 2020.

RUBENFELD, «The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy», *The Yale Law Journal*, (122), 2013, pp. 1372 ss.

SCHEIDEGGER, «Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception», *German Law Journal*, (22), 2021, pp. 769 ss.

———, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf*, Stämpfli Verlag, Bern, 2018.

SCHULHOFER, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SHARPE, *Sexual Intimacy and Gender Identity 'Fraud'. Reframing the Legal and Ethical Debate*, Routledge, Abindon, 2018.

———, «Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent», *Criminal Law Review* (3), 2014, pp. 207 ss.

SHERWIN, «Infelicitous Sex», *Legal Theory*, (2), 1996, pp. 209 ss.

SICK/RENIKOWSKI, «Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung», en HOYER (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 603 ss.

SILVA SÁNCHEZ, «El estigma como política pública. El reproche de la pena y las clases de delitos», en ABEL SOUTO *et al.* (eds.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1367 ss.

———, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH/ SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 75 ss.

———, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., BdeF, Montevideo, 2006.

SPARROW, «Masturbation, Deception, and Rape», *Journal of Applied Philosophy*, (39-5), 2022, pp. 870 ss.

SPENA, «Harmless Rapes?», *Diritto & Questioni Pubbliche*, (10), 2010, pp. 497 ss.

SRINIVASAN, *The right to sex. Feminism in the Twenty-First Century*, Farrar, Starus and Giroux, New York, 2021.

STANNARD, «When Failure to Disclose HIV-Positive Status Vitiates Consent to Sex in Canada», *Journal of Commonwealth Criminal Law*, (Noviembre), 2012, pp. 366 ss.

TADROS, «Beyond the Scope of Consent», *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, pp. 409 ss.

———, «Consent to Sex in an Unjust World», *Ethics*, (131-2), 2021, pp. 293 ss.

———, «Rape Without Consent», *Oxford Journal of Legal Studies*, (26-3), 2006, pp. 515 ss.

TILTON/JENKINS ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 127 ss.

VAVRA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

———, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (12), 2018, pp. 611 ss.

WALL, «Sexual Offences and General Reasons Not to Have Sex», *Oxford Journal of Legal Studies*, (35-4), 2015, pp. 777 ss.

WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Alejandro Turienzo Fernández
Universidad de Barcelona

«Ojos que no ven, corazón que no siente»: los llamados «casos puros»

Sumario

-

La comisión de un delito, por lo general, acarrea malestar emocional en la víctima. Pero, ¿y si ésta nunca toma conocimiento de que un tercero ha atentado contra sus intereses? A este grupo de supuestos la doctrina angloamericana los denomina «casos puros» y su examen ocupará el presente artículo.

Abstract

-

Generally speaking, wrongdoing entails emotional distress for the victim. But, what if he/she never learns that someone else has set back his/her interests? These are the so-called «pure cases» and it is the purpose of this paper to analyze them.

Zusammenfassung

-

Im Allgemeinen stellt Unrecht emotionalen Stress für das Opfer dar. Was aber, wenn er/sie nie erfährt, dass jemand anderes seine/ihre Interessen beeinträchtigt hat? Dies sind die sogenannten «Reinen Fälle», die in diesem Artikel analysiert werden sollen.

Title: «What you don't know, can't hurt you»: the so-called «pure cases»

Titel: «Was ich nicht weiß, macht mich nicht heiß»: die sogenannten «Reinen Fälle»

-

Palabras clave: casos puros, bien jurídico, daño, víctima, experiencia subjetiva, bienestar

Keywords: pure cases, legal good, harm, victim, subjective experience, well-being

Stichwörter: Reine Fälle, Rechtsgut, Schaden, Opfer, Subjektive Erfahrung, Wohlfahrt

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.11

-

1. Introducción

2. *Notas sobre el concepto de delito: en particular, los daños psíquicos asociados a la victimización*

2.1. Daño social y daño personal

2.2. La generación de malestar emocional en la víctima del delito

a. La salud mental y su protección jurídico-penal

b. El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (i): daños psíquicos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal

c. El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (ii): daños psíquicos cuya gravedad es superior a la de aquellos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal

d. El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (iii): misma conducta, distinto impacto victimal

2.3. Los «casos puros» como «*hurtless but harmful crimes*» y supuestos comparativamente menos graves

2.4. A modo de excuso: los «falsos casos puros»

3. *Empeoramiento del bienestar individual de la víctima a raíz de la comisión del delito*

3.1. El empeoramiento del bienestar individual de la víctima que el delito acarrea y el reto que los «casos puros» representan para esta concepción

3.2. ¿En serio solo importa el placer y el dolor? Una revisión del requisito de la experiencia defendido por el hedonismo prudencial en relación con el concepto de bienestar individual

3.3. En los «casos puros» también se empeora el bienestar individual aunque no en la misma medida que cuando la víctima sufre

4. Conclusiones

5. Bibliografía

1. Introducción*

Considérense los siguientes casos (ficticios):

Caso 1a: María se encuentra en coma inducido postrada en la cama de un hospital. Alberto, aprovechándose de su condición de enfermero y del estado de la paciente, le practica tocamientos en diversas ocasiones a lo largo de varios meses. María se despierta del coma y es informada por un agente de policía de lo que Alberto hizo. Alberto fue descubierto gracias a la grabación de una cámara de seguridad instalada cerca de su habitación. María se echa a llorar desconsoladamente. Siente que ha sido cosificada por Alberto. Pasan los meses tras el trágico suceso y María, quien está sumida en una profunda depresión, es incapaz de rehacer su vida sentimental y entablar relaciones íntimas con otras personas.

Caso 1b: Pablo y Mónica practican sexo en la habitación de un hotel. En un momento dado, Pablo se percata de que en el detector de humos parpadea una extraña luz violeta. Pablo desatornilla la placa del detector de humos y descubre en su interior una *webcam*. Matías, quien trabaja en el hotel como recepcionista, les confiesa que fue él quien la instaló con el fin de grabarles practicando sexo y emitir en directo el suceso en varios sitios web pornográficos. Pablo y Mónica se sienten furiosos e impotentes. También se culpan entre sí por lo poco cautos que han sido y se arrepienten enormemente de haber mantenido relaciones sexuales en un lugar distinto al domicilio particular de cualquiera de ellos.

Caso 1c: Agustín accede a la vivienda de Carolina aprovechando que está fuera de la ciudad durante el fin de semana. Carolina regresa antes de tiempo porque se le habían olvidado unas llaves que necesitaba y se encuentra allí a Agustín sentado en su sofá viendo la televisión. Entre gritos, Carolina, aterrorizada y visiblemente nerviosa, le ordena que abandone de inmediato su hogar. Agustín sale corriendo. Desde aquel incidente, Carolina sufre problemas de insomnio y ansiedad.

Los casos que interesan en esta contribución se diferencian de los anteriores en un único, aunque relevante, elemento: en ellos la víctima ignora que alguien ha atentado contra sus intereses y, por ello, no sufre ni un ápice, ni durante ni después de lo ocurrido¹. Hay un célebre refrán español que pienso que capta bastante bien su esencia: «Ojos que no ven, corazón que no siente». La doctrina angloamericana los ha bautizado con el nombre de «casos puros»². Para muestra, algunos botones:

* Autor de contacto: Alejandro Turienzo Fernández (alejandro.turienzo@ub.edu). Esta publicación no hubiese sido posible sin los estimulantes debates mantenidos con Miguel Cáceres, Carlos Castellví, Javier Cigüela, Mirentxu Corcoy, Noelia Gómez, Diego González, Juan Pablo Mañalich, Fernando Molina, Íñigo Ortiz de Urbina, Marta Pantaleón, Guillermo Ramírez, Gabriel Rogé, Andrés Salazar, Vicente Valiente y Rosa Viñas. Quiero dar las gracias, de nuevo, a Carlos Castellví, Íñigo Ortiz de Urbina y Vicente Valiente por haber leído una versión inicial de este texto y haberme trasladado sus sugerentes comentarios.

¹ Recurriendo a la terminología manejada por WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, pp. 110-111 no habría daño experiencial ni sincrónico a los hechos (acción en T1, sufrimiento en T1) ni diacrónico a estos (acción en T1, sufrimiento en T2).

² Dicho término fue empleado por primera vez por GARDNER/SHUTE, «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, pp. 4 ss., en alusión a los llamados *harmless rapes* que luego examinaremos. Analiza en profundidad el trabajo citado MAÑALICH, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista Ius Et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 35 ss. Se habla de «casos puros» por no darse en estos reacciones contingentes y dependientes de la evaluación de la víctima ante el hecho delictivo cometido contra ella. La popularidad de esta expresión ha sido tal que también se ha utilizado en publicaciones sobre otros fenómenos como el «voyeurismo puro», esto es, espiar a alguien mientras se desnuda o practica sexo sin éste saberlo. Vid. GREEN, «To See and Be Seen:

Caso 2a: María se encuentra en coma inducido postrada en la cama de un hospital. Alberto, aprovechándose de su condición de enfermero y del estado de la paciente, le practica tocamientos en diversas ocasiones a lo largo de varios meses. María se despierta del coma sin tener la más mínima idea de lo sucedido y sigue con su vida como si nada hubiese pasado³.

Caso 2b: Pablo y Mónica practican sexo en la habitación de un hotel ignorando que Matías, quien trabaja allí como recepcionista, ha instalado subrepticamente una *webcam* en el detector de humos con la que les ha grabado y ha emitido en directo el suceso en varios sitios web pornográficos. Pablo y Mónica fallecen en un trágico accidente de coche de camino a casa, con lo cual, nunca llegaron a tener conocimiento de lo que Matías hizo⁴.

Caso 2c: Agustín accede a la vivienda de Carolina aprovechando que está fuera de la ciudad durante el fin de semana. Agustín actúa de forma particularmente diligente con tal de no dejar rastro de su paso: en lugar de forzar la cerradura la desatornilla con una envidiable habilidad y la vuelve a colocar tal como se le encontró, limpia todo lo que ensució y hace la cama en la que duerme. Carolina vuelve a su domicilio el domingo por la noche y no hay forma de que se percate de que Agustín estuvo allí⁵.

A primera vista, pareciese que el interés práctico que despiertan los «casos puros» es básicamente nulo. Si estos se caracterizan por no salir a la luz, nunca llegarían a ser enjuiciados en un proceso penal⁶, con lo cual, alguien podría poner en duda que se les deba prestar atención. Es verdad que hay supuestos entre los introducidos previamente que, desde el prisma del contexto jurídico español, no suscitarían deliberación práctica alguna. En los delitos contra la intimidad, como es el caso de la revelación de secretos (caso 2b) o el del allanamiento de morada (caso 2c), resulta indispensable para la persecución penal la previa denuncia de la persona agraviada (art. 201 CP). Si ésta nunca toma conocimiento de lo sucedido, tampoco podrá tomar cartas en el asunto y, en consecuencia, la persecución penal nunca se producirá. Ahora bien, los delitos contra la libertad sexual (caso 2a) son otra historia. Pues pueden tanto ser perseguidos a instancia de parte, a partir de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, como de oficio, mediante querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en liza (art. 191 CP). De este modo, incluso en el caso extremo de que la víctima de agresión sexual fallezca y resulte imposible que sepa que fue victimizada, podría llegar su caso hasta los tribunales gracias a la labor del Ministerio Fiscal, siempre y cuando tome noticia del hecho. Consiguientemente, algunos «casos puros» sí poseerían repercusión práctica.

Reconstructing the Law of Voyeurism and Exhibitionism», *American Criminal Law Review*, (55), 2018, pp. 226 ss.; NATHAN, «Just Looking: Voyeurism and the Grounds of Privacy», *Public Affairs Quarterly*, (4-4), 1990, pp. 366 ss.; DOYLE, «Privacy and Perfect Voyeurism», *Ethics and Information Technology*, (11), 2009, pp. 181-189.

³ Caso inspirado en las películas «Kill Bill Vol. 1» (2003), dirigida por Quentin Tarantino, y «Hable con Ella» (2002), dirigida por Pedro Almodóvar. Como se avanzó en la nota a pie de página nº 2, quedaría incardinado en lo que algunos autores llaman *harmless rapes*. He redactado el supuesto de hecho de un modo tal como para excluir de base la probable causación a la víctima, fruto del acto sexual no consentido, de repercusiones psíquicas, fisuras vaginales, riesgo de contagio de enfermedades de transmisión sexual y/o de embarazo indeseado para así centrarme lo máximo posible en el punto de estudio sobre el cual deseo reflexionar.

⁴ Este ejemplo lo redacté tras leer la siguiente noticia: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20211125/7884655/instalando-sistema-movil-sabras-hay-camaras-ocultas-airbnb-sitio-pmv.html>

⁵ Se ha modificado ligeramente el caso introducido por RIPSTEIN, «Beyond the Harm Principle», *Philosophy & Public Affairs*, (34-3), 2006, p. 218 y que el citado autor bautiza con el nombre de «*harmless trespass*».

⁶ Puntualizan que los *harmless rapes* nunca suscitarían una deliberación práctica aunque ello no les impide poner en valor el interés que despiertan en el plano moral GARDNER/SHUTE, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, pp. 7, 10-11.

Independientemente de que sean o no enjuiciados en la *praxis*, lo cierto es que los «casos puros» constituyen un desafío teórico no menor sobre el que vale la pena reflexionar. La nota característica de los «casos puros», que es la que los torna excepcionales, es la ruptura con una lógica respecto a la cual podría decirse que estamos acostumbrados: que la víctima experimente subjetivamente el evento delictivo perpetrado contra ella. Dado que no resulta ni mucho menos evidente qué consecuencias debería tener para la teoría del delito la ausencia de dicho elemento en esta serie de supuestos tan particulares, las siguientes páginas perseguirán ofrecer una fundamentada respuesta a tal efecto^{7/8}.

⁷ Debo precisar que las reflexiones de las siguientes páginas serán formuladas tomando como referencia figuras delictivas concretas. A saber, aquellas en las que el bien jurídico lesionado es uno individual y cuya comisión pueda llegar a acontecer sin que la víctima concreta e identificable se dé cuenta. A tal efecto, veo posible ofrecer una clasificación tripartita en función de cuál sea el papel desempeñado por el conocimiento de la víctima en torno a su victimización:

(a) *Comportamientos prohibidos penalmente para cuya comisión es necesario el conocimiento de la víctima acerca de su victimización*: contamos con muchos ejemplos de delitos que encajan en esta descripción. El asesinato por ensañamiento (art. 139.1.3º CP) sería uno de ellos. Por sus características, a la víctima no le queda otra que conocer que alguien está ejecutando los elementos del tipo objetivo en su perjuicio. También me parece que entraría dentro de esta categoría el delito de exhibicionismo obsceno practicado antes menores de edad (art. 183 CP). Según creo, hace falta que el menor sepa que está padeciendo una victimización sexual con tal de poder estimar penalmente relevante el comportamiento del autor. Sin ello, no habrá forma de que se perturbe su adecuado desarrollo en el plano sexual. Por ello, parte de la jurisprudencia (SAP de Cádiz 249/2011, de 20 de junio [ECLI:ES:APCA:2011:1957], SAP de Cádiz 234/2010, de 1 de junio [ECLI:ES:APCA:2010:1269], SAP de Córdoba 330/2009 de 9 de diciembre [ECLI:ES:APCO:2009:1529]) y de la doctrina (p. ej., RAMÓN RIBAS, «Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual: identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada», en VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 2015, pp. 189 ss.) niegan la tipicidad de las conductas exhibicionistas obscenas practicadas en presencia de infantes de muy corta edad por entender, no sin razón, que, aunque el menor contemple el acto, su escaso desarrollo cognitivo le impedirá comprender lo que está ocurriendo, con lo cual, el riesgo de perturbar su correcto desarrollo sexual brillará por su ausencia. Del mismo modo, tampoco debería castigarse el acto exhibicionista ejecutado cuando los menores estén dormidos o de espaldas: la ignorancia sobre lo acontecido impedirá que su óptimo desarrollo sexual se vea afectado de manera negativa. Otra figura delictiva que me parece que entraría dentro de esta categoría es el delito de amenazas (arts. 169 ss. CP): si el mensaje intimidatorio transmitido por el autor no llega hasta la víctima (p. ej., porque está sorda y la intimidación se articula verbalmente) difícilmente su libertad y/o seguridad podrán verse de algún modo cercenadas. Análogas reflexiones deben efectuarse con respecto al delito de acoso (art. 172 ter CP): no es posible que el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima se vea alterado si ésta ignora que alguien la vigila, la persigue o lleva a cabo cualquier otra de las conductas contempladas en el tipo penal.

(b) *Comportamientos prohibidos penalmente cuya comisión presupone la ignorancia de la víctima acerca de su victimización, cuando menos, durante la ejecución delictiva*: el mejor ejemplo es el delito de estafa (art. 248.1 CP). La víctima lleva a cabo engañada el acto de disposición patrimonial perjudicial para sí o para tercero, por lo que (por definición) nunca se da cuenta de que la están estafando.

(c) *Comportamientos prohibidos penalmente que pueden cometerse tanto sabiendo la víctima que alguien la está victimizando como no sabiéndolo*: el paradigma son los delitos contra la intimidad en los que se incardina, p. ej., el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP). Tanto cabe que la víctima se entere, más o menos tarde, de lo ocurrido como que no. También creo que participarían en esta categoría los delitos de agresión sexual (art. 178 CP). La víctima puede tomar conocimiento de que alguien está atentando contra su libertad sexual (p. ej., en un caso en el que el autor obliga a punta de navaja a la víctima a practicarle una felación) o, por el contrario, desconocer tal extremo (p. ej., porque se halla privada de sentido).

⁸ En la presente contribución dejaré de lado otro problema vinculado con la óptica de la víctima: el de la valoración subjetiva por ésta de un hecho de un modo positivo a pesar de que objetivamente deba ser calificado como negativo. En pocas palabras: la víctima considera que lo que le ha sucedido es algo bueno aun cuando objetivamente sea algo malo. A tales efectos, podrían diferenciarse dos grupos de casos. En primer lugar, aquellos en los que la víctima, con carácter previo a la ejecución por el autor de la acción típica, ya tenía intención de que el hecho ocurriese, si bien tal circunstancia era desconocida *ex ante facto* por el sujeto activo y resultaba incognoscible al no haber sido nunca su consentimiento exteriorizado. Un ejemplo: Pedro hurta a Juan un espantoso aunque valioso cuadro y, tras enterarse, Juan, en vez de entristecerse, se alegra enormemente porque, desde hacía ya unos días, quería deshacerse de él dado que era un regalo de bodas de un primo suyo y lo tenía colgado en su casa como puro gesto de cortesía. Y en segundo lugar, aquellos otros supuestos que

2. Notas sobre el concepto de delito: en particular, los daños psíquicos asociados a la victimización

Con tal de poder abordar adecuadamente el tema planteado en esta contribución pienso que hace falta adentrarse, primero de todo, en las raíces del problema, explorando una cuestión nuclear en el Derecho Penal: el concepto de delito. Es sabido que en las tradiciones angloamericana y continental se han hecho uso de criterios dispares para definir qué ha de entenderse por tal. Del lado angloamericano, el principio del daño, así como, desde FEINBERG, con carácter alternativo, el de la ofensa⁹, como así se discute en relación con conductas tales como los delitos contra los sentimientos religiosos¹⁰ o los ultrajes¹¹. Y del lado continental, la teoría del bien jurídico¹². Mientras que el principio del daño hunde sus raíces en la obra de MILL, quien manifestó que solamente cabe prohibir bajo la amenaza de la pena aquellas conductas que causen daños a terceros¹³, el concepto de bien jurídico¹⁴ tiene origen en la obra de BIRNBAUM¹⁵ y su esfuerzo por superar el encorsetamiento que la lógica del amparo de derechos subjetivos formulada por FEUERBACH acarrea¹⁶ (recuperada, en tiempos recientes, por algunos autores contemporáneos¹⁷)¹⁸.

podríamos calificar como de anómala e inesperada reacción de la víctima frente al suceso que la victimiza una vez toma conocimiento de su acaecimiento. A modo de ejemplo: María está en coma inducido postrada en la cama de un hospital. Alberto, aprovechándose de su condición de enfermero y del estado de la paciente, le practica tocamientos en diversas ocasiones a lo largo de varios meses. María se despierta del coma al cabo de un tiempo y es informada por un agente de policía de lo que Alberto hizo. Para sorpresa del agente de policía, María manifiesta que no le importa lo más mínimo que Alberto le practicara tales tocamientos.

⁹ La ofensa, que es una categoría distinta y menos grave que el daño, es definida por FEINBERG, *Offense to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, v. 2, 1986, p. 1, como la generación de estados mentales desagradables en los demás.

¹⁰ Vid. ALCÁCER GUIRAO, «Símbolos y ofensas: crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (21), 2019, pp. 1 ss.

¹¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría de la antijuridicidad penal. Los delitos “de odio” y los ultrajes a España», en QUERALT JIMÉNEZ/CARDENAL MONTRAVETA (dirs.), *Derecho Penal y libertad de expresión*, 2022, pp. 45 ss. De otra opinión, CARPIO BRIZ, «Más que tela: ¿por qué hacer jirones del delito de ultrajes», en SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez*, 2021, pp. 735 ss.

¹² Tanto la noción de daño como la del bien jurídico presentan una doble dimensión: una perspectiva político-criminal, preocupada por definir qué cabe criminalizar, y otra dogmática, orientada a desarrollar, para los fines que correspondan, qué ha de entenderse exactamente por aquella conducta delictiva que se prohíbe bajo la amenaza de una pena. En este trabajo nos situamos en este segundo plano. Sobre la referida doble dimensión, si bien solo en relación con el concepto de bien jurídico, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 172; ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 16-20, 76.

¹³ MILL, *On Liberty*, 1993 (1859), p. 13. También, esencial, FEINBERG, *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, v. 1, 1984.

¹⁴ Concepto jurídico indeterminado donde las haya a la luz de la rica variedad de propuestas de definición sugeridas. Con amplias referencias, vid. STRATENWERTH, «Zum Begriff des Rechtsgutes», en ESER (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70 Geburtstag*, 1998, pp. 378-379.

¹⁵ BIRNBAUM, «Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», *Archiv des Criminalrechts Neue Folge*, (15), 1834, pp. 149 ss.

¹⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1832.

¹⁷ Entre otros, RENZIKOWSKI, «Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft», en KOHTE/ABSENGER (coords.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, 2015, pp. 210-211; HÖRNLE, «Theories of Criminalization», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 691; SPENA, «Harmless Rapes? A False Problem or the Harm Principle», *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 518, 522.

¹⁸ Debe precisarse, sin embargo, que bien jurídico y derecho subjetivo no son conceptos mutuamente excluyentes. Es perfectamente posible que un tipo penal ampare un determinado bien jurídico que, a su vez, se asiente sobre

Que una y otra tradición hayan transitado caminos distintos no significa, en todo caso, que estemos ante posturas inconciliables¹⁹. Lo único que las separa es su respectivo punto de partida. Los defensores del principio del daño ponen el foco en aquello que es disvalioso, que al Derecho Penal le parece mal y merece ser prohibido bajo la amenaza de la pena; en cambio, los partidarios de la teoría del bien jurídico se preocupan por aquello estimado valioso, que es considerado positivo y ha de ser amparado jurídico-penalmente. Daño y bien jurídico no son, por tanto, construcciones teóricas antagónicas sino perfectamente complementarias por tratarse de dos caras de una misma moneda. Quienes parten del criterio del daño se ven obligados a responder «a qué se daña», mientras que los partidarios del bien jurídico han de resolver «respecto a qué se protege el bien jurídico». No debería sorprender, por ello, que, desde el Derecho penal angloamericano, las presuntas limitaciones del principio del daño hayan intentado superarse a partir de un más atento estudio de la noción de interés²⁰. Y viceversa, desde el Derecho penal español y alemán, la por algunos denominada «crisis del bien jurídico»²¹ ha alimentado una creciente atención por los conceptos tanto de daño²² como de ofensa²³.

Esta pretendida combinación armónica entre la lógica del daño y la del bien jurídico seguramente pueda dar sus frutos y ayudar a superar los potenciales problemas que conlleva manejar un solo criterio como si de una fórmula matemática se tratase²⁴. Desde esta postura conciliadora, cobran pleno sentido las palabras de TRUCCONE: «(...) afirmar que un bien jurídico ha sido lesionado es aproximadamente equivalente a afirmar que alguien está sufriendo un daño»²⁵. De lo que se trataría, a continuación, es de analizar los contornos del concepto de daño penal en tanto homólogo de la noción de lesión del bien jurídico.

un derecho subjetivo expresamente reconocido. Ese sería el caso, p. ej., de los delitos contra la intimidad: la intimidad tanto es un bien jurídico protegido como un derecho fundamental previsto expresamente en el art. 18.1 CE.

¹⁹ Sobre sus puntos de conexión, como, p. ej., el espíritu liberal compartido, *vid.* ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, p. 101, nm. 125a.

²⁰ Afirma HARCOURT, «The Collapse of the Harm Principle», *Journal of Criminal Law and Criminology*, (90-1), 1999, p. 183: «Debemos mantener un mayor debate en ética, derecho y política: debates sobre el poder, la autonomía, la identidad, el desarrollo humano, la igualdad, la libertad y otros intereses y valores que dan sentido a la afirmación de que un daño identificable importa». Asimismo, SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, p. 517 cree que el principio del daño demanda una subyacente teoría moral sustantiva que establezca qué intereses son legítimos. Desde el lado de la doctrina española, LASCURAIN SÁNCHEZ, «Bien jurídico y objeto protegible», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (60), 2007, p. 129 destaca la aportación del bien jurídico a la comprensión del daño producido por la conducta típica. Igualmente, en el marco de la doctrina alemana, considera ESER, «The Principle of “Harm” in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests», *Duquesne Law Review*, (4-3), 1965, p. 374 que ha de examinarse exactamente qué se lesiona con la conducta respecto de la cual predicamos la derivación de un daño penalmente relevante, para lo cual, es preciso fijarse en el concepto de interés legal que el autor citado asocia con la noción de bien jurídico.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 501-502; FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico», *InDret*, (2), 2008, p. 4.

²² *Vid.* VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el principio del daño», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 42; AMBOS, «Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 2013, pp. 366 ss.

²³ *Vid.* MIRÓ LLINARES, «La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17-23), 2015, pp. 1-65.

²⁴ De esta opinión, ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, p. 101, nm. 125a.

²⁵ TRUCCONE, «Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal», *Política Criminal*, (12-24), 2017, p. 1199, nota a pie de página nº 24.

2.1. Daño social y daño personal

El concepto de daño penal encierra una dimensión dual: una colectiva y otra individual²⁶. Desde la óptica de la sociedad, el delito causa un daño social (o público) que presenta una doble faz: un daño simbólico o expresivo, basado en la negación del Derecho por el delincuente, y otro daño psicológico-social, en el que se encuadraría la inquietud ciudadana despertada a propósito del suceso delictivo. Por lo que respecta a la víctima concreta del delito, tiende a hablarse de la producción de un daño personal que, a su vez, se desdobra en una vertiente material –la lesión de la libertad ambulatoria o del patrimonio, p. ej., quedarían incardinados en esta categoría– y otra inmaterial –SILVA SÁNCHEZ aporta algunos ejemplos como la humillación de la víctima, su culpabilización o exclusión²⁷ a los que podrían añadirse otros como la vergüenza, la rabia o la tristeza sentidas–²⁸.

Comencemos con el daño social. La comisión de un delito no solo les incumbe a la víctima y a su agresor, como si de un conflicto privado se tratase, sino que igualmente concierne a la sociedad en su conjunto²⁹ por la perturbación del orden social que la infracción penal acarrea³⁰. Con su hecho el delincuente quebranta la norma jurídico-penal a la que está sujeto, defraudando, con ello, la expectativa de que el resto de ciudadanos se comportarán conforme a Derecho y rompiendo, en fin, la convivencia en común que el sistema jurídico-penal aspira a asegurar³¹ en calidad de instrumento de control social formal. No obstante, si no queremos quedarnos en un plano excesivamente abstracto, lo anterior ha de complementarse con los controvertidos efectos que se derivan de la desconsideración hacia el Derecho de la que el delincuente hace gala. Esto es: la sensación colectiva de inseguridad que se presume que se origina en la comunidad a propósito del delito³², en concreto, a la luz del riesgo de repetición a

²⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Delito y daño: una puntualización», *InDret*, (3), 2008, pp. 1-3; EL MISMO, «Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal del delito», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, (47-127), 2017, pp. 498-499; RENZIOWSKI, en KOHTE/ABSENGER (coords.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, 2015, pp. 210 ss.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2008, p. 2.

²⁸ A esta serie de efectos externos cabría sumarle otra variante de daño más que afectaría al propio delincuente y que se concretaría p. ej., en el remordimiento de conciencia sentido, el padecimiento de expresiones de justicia paralela o, simple y llanamente, de la pena impuesta judicialmente. No obstante, pienso que nada de eso representaría, en rigor, una tercera dimensión de daño asociada al delito sino que se tratarían de males propios de las reacciones formales o informales desencadenadas a propósito del hecho antijurídico cometido.

²⁹ HASSEMER, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en SCHOLLER/PHILLIPS (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum. 65. Geburtstag Festschrift*, C.F. Müller, Heidelberg, 1989, p. 88; RENZIOWSKI, en KOHTE/ABSENGER (coords.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, 2015, pp. 217-218.

³⁰ Desde una postura sociológico-funcionalista, vid. JAKOBS, «¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental del Derecho Penal», *Cuadernos de política criminal*, (100), 2010, pp. 39 ss., EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, pp. 57-58, nm. 24-25; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 16 ss., 330 ss., 350 ss.

³¹ KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., 2008 (1785), p. 166 advierte que el delito pone en peligro a la comunidad y no sólo al individuo.

³² KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., 2008 (1785), p. 168 escribe que quien roba hace insegura la propiedad de los demás. Igualmente, JAKOBS, *La pena estatal: significa y finalidad*, 2006, pp. 139-140 alude al miedo de las víctimas potenciales a la delincuencia y el apoyo cognitivo que la imposición de una pena contra el autor del delito les brinda por poder contar que, con alta probabilidad, no sufrirán un delito. En la doctrina angloamericana también pueden encontrarse referencias a la sensación de inseguridad generada por el hecho delictivo, p. ej., en FLETCHER, «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law Review*, (51-3), 1999, pp. 56-57 trayendo a colación la tesis de NOZICK.

futuro de conductas prohibidas como la cometida³³, capaz de limitar aquel conjunto de actividades que, de otro modo, se estaría dispuesto a realizar³⁴. Dicha idea de inseguridad ciudadana está estrechamente vinculada con una noción clave: la del miedo de las víctimas potenciales³⁵ al delito³⁶ (compatible con otras emociones como el asco, la indignación o la tristeza frente al hecho)³⁷. Y parecería remitirnos a un difícil debate: el de la protección de sentimientos de la colectividad, particularmente, el de paz o tranquilidad públicas³⁸. Sin embargo, no se trata de que, con todo tipo penal, el Derecho penal persiga proteger simple y llanamente sentimientos de esta clase³⁹ y la mentada inseguridad cognitiva constituya la razón

³³ SEELMANN, «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho Penal», en SEELMANN, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho Penal*, 2013, pp. 193 ss.

³⁴ Comentan ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, p. 37, nm. 27 que la merma de la sensación de seguridad conduce hacia una limitación de la libertad, toda vez que aquel que se preocupa por su seguridad debe renunciar a un conjunto de actividades que, en otras circunstancias, llevaría a cabo.

³⁵ La distinción entre víctimas actuales y víctimas potenciales puede encontrarse, entre otros, en SEELMANN, en EL MISMO, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho Penal*, 2013, p. 190; FLETCHER, *Buffalo Criminal Law Review*, (51-3), 1999, p. 55; HÖRNLE, «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *Juristen Zeitung*, (19), 2006, p. 950.

³⁶ Relacionan el miedo al delito con la noción de inseguridad ciudadana CARO CABRERA/NAVARRO ARDOY, «La medición del miedo al delito a través de los barómetros del CIS», *Revista Española de Investigación Sociológica*, (157), 2017, p. 24.

³⁷ La gran dificultad que conlleva medir en qué grado la comisión de un determinado hecho delictivo ha contribuido a generar intranquilidad en la ciudadanía ha sido uno de los factores que ha suscitado cierta desconfianza hacia semejante dimensión colectivista del delito, tal como puede leerse en HÖRNLE, «Distribution of Punishment: The Role of Victim's Perspective», *Buffalo Criminal Law Review*, (3-1), 1999, pp. 180-181. Sin embargo, que algo sea sumamente complejo de medir no debe suponer negar de plano su existencia. Hace ya décadas que la investigación social empírica dispone de instrumentos dirigidos a medir el miedo al delito, como son las encuestas de victimización o, particularmente en España, los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Sistemas de evaluación como estos arrojan datos sobre cómo una parte representativa de la población percibe el problema de la delincuencia, sea en abstracto o en referencia a fenómenos delictivos concretos (terrorismo, corrupción, etc.). Percepción que, todo sea dicho, no suele ajustarse al riesgo real de victimización, varía en función de múltiples variables como el género, la edad, el grupo social o el historial de victimización previa e influye en cuán temeroso puede sentirse uno de padecer un delito en un futuro. Con tales instrumentos es posible constatar, al menos, que, en mayor o menor medida, ese sentimiento de inseguridad es una realidad, se erige como un indicador de un problema que debe corregirse y posee un relevante coste social (p. ej., limitar actividades que, de otro modo, se realizarían o introducir medidas de seguridad que, en otras circunstancias, no serían necesarias). Desde esta óptica, me parece que la doctrina estaría en buenas condiciones de presumir que, aunque sea mínimamente, todo delito aporta un grano de arena a esa indeseable inseguridad colectiva que interesa prevenir, aun cuando tal contribución cambie en función de variables tales como, p. ej., la cobertura mediática del caso e independientemente de que medir exactamente cuánto sea harto complejo, aspecto que ciertamente situaría en desventaja al daño social para servir como factor principal a considerar en la fase de determinación judicial de la pena. Al respecto, sobre el miedo al delito, *vid.* RADER, «Fear of Crime», *Oxford Research Encyclopedias. Criminology and Justice*, 2017, pp. 1 ss., También, con referencias a los sistemas de medición del miedo al delito en España, *vid.* CARO CABRERA/NAVARRO ARDOY, *Revista Española de Investigación Sociológica*, (157), 2017, pp. 24 ss.

³⁸ Con amplias referencias, sobre la llamada paz jurídica, *vid.* KARGL, «Zur Strafbarkeit staatlich gelenkter Angriffe auf die Psyche. Probleme des strafrechtlichen Gefühlsschutzes», *Neue Justiz*, (3), 2017, p. 98. Particularmente, BLOY, «Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität», en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, 2005, p. 244 niega que la noción de paz jurídica tenga que ver con la de bien jurídico y la define como una figura normativa basada en la confianza de que el resto respetará el ordenamiento jurídico, cosa que cada delito cuestiona.

³⁹ Como, con acierto, advierte LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 100: «Ciertamente la comisión de cualquier delito, y más cuanto más grave es, hiere los sentimientos de los ciudadanos, pero no por ello decimos que radica en ello el objeto de protección. No decimos que el bien jurídico del delito de homicidio no es, o no es, ante todo, la vida, sino el sentimiento de inquietud, dolor o repugnancia ante la conducta homicida».

principal que justifica la censura penal de la conducta prohibida⁴⁰. Tal protección, a lo sumo, podría calificarse como un aspecto tangencial e instrumental respecto a lo que primordialmente importa: la protección de bienes jurídicos. Como bien comenta ALCÁCER GUIRAO, «junto a los bienes jurídicos, condición de la libertad del ciudadano en sociedad es también la misma expectativa de seguridad de que esos intereses no habrán de verse lesionados por terceras personas (...) Sólo esa seguridad permite un trato pacífico con sus propios intereses, sin el permanente temor a ver vulnerada su esfera de libertad»⁴¹.

Con lo antedicho se ha buscado poner en valor el daño social en aras de comprender algo fundamental: por qué el delito ha de estimarse un hecho con trascendencia pública^{42/43}, calificación que posee múltiples repercusiones tanto sustantivas como procesales. Por mencionar algunas: asociar al ilícito penal una reacción pública estatal como es la pena; autorizar, salvo contadas excepciones, su perseguibilidad de oficio al amparo del art. 105 Lecrim; contemplar, como regla general, la publicidad del proceso penal de acuerdo con el art. 120.1 CE o bien excluir de la esfera de intimidad del sujeto activo aquella información acerca de la infracción criminal cometida⁴⁴.

Ahora bien, que el daño social no pueda ser desatendido no significa que tenga que ocupar el plano central ni mucho menos que la lesividad del acto típico se agote con éste⁴⁵. Tomar en serio al individuo y al conjunto de condiciones necesarias para su autorrealización personal, si bien dentro de la vida social⁴⁶, obliga a situarlo como eje respecto al cual debe pivotar el sistema jurídico-penal. Por ello, importa priorizar una concepción personalista de bien jurídico⁴⁷ a la que le preocupe, ante todo, el individuo y sus intereses, frente a una sociológico-funcionalista, conforme a la cual, el bien jurídico operaría principalmente como requisito básico para conservar el orden social⁴⁸. Como reflejo de esta visión, el daño personal

⁴⁰ Niegan que el quebranto de la sensación de seguridad sea lo que fundamente el castigo penal ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, p. 37, nm. 27. Igualmente, BLOY, en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, 2005, p. 253 ve controvertido legitimar tipos penales sobre la base de la perturbación de la paz jurídica.

⁴¹ ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 144.

⁴² Se refiere al carácter público del conflicto generado por el delito JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, p. 12, nm. 8.

⁴³ Esta explicación general sobre el carácter público del delito seguramente debería complementarse con otras más específicas tales como el debate sobre la indisponibilidad de según que bienes jurídicos o la afectación de intereses colectivos por determinados ilícitos penales (p. ej., el delito medioambiental o el fraude fiscal).

⁴⁴ RAGUÉS I VALLÈS, «La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas», *InDret*, (3), 2015, p. 16; GARCÍA MORENO, «Whistleblowing y canales institucionales de denuncia», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, 2015, p. 179.

⁴⁵ De otra opinión, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 16 ss., 330 ss., 350 ss., quien focaliza la noción de antijuridicidad material en el daño a la estructura social.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 431-432; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 174, nm. 43; ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 77, 144; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2019, p. 54.

⁴⁷ Defienden esta concepción personalista del bien jurídico, entre otros, HASSEMER, en SCHOLLER/PHILLIPS (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum. 65. Geburtstag Festschrift*, 1989, pp. 90 ss., ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 81; GARCÍA ARROYO, «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, (24-12), 2022, pp. 28 ss., 39-40. Se muestra especialmente crítico con esta noción de bien jurídico JAKOBS, *Cuadernos de política criminal*, (100), 2010, pp. 35 ss.

⁴⁸ Alude a esta idea SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 427 ss. No obstante, este autor asume como válido un concepto ecléctico de bien jurídico, conforme al cual, comparte el

naturalmente debe ser verificado. Y no sólo eso: conviene, además, ubicarlo un eslabón por encima del daño social⁴⁹.

El delito tiene que ser considerado, ante todo, un daño a otro, para ser más precisos, la víctima concreta que es titular de aquellos intereses lesionados, aun cuando paralelamente no deba olvidarse al conjunto de personas indeterminadas que temerían sufrir en un futuro agresiones típicas a la luz de la afrenta que la conducta criminal del sujeto activo ha representado para el ordenamiento jurídico, esto es, las víctimas potenciales⁵⁰. En quien más fuerte y directamente repercutirá negativamente el delito es en el sujeto concreto que lo soporta, por mucho que, de manera más o menos difusa, el resto de ciudadanos también salgan mal parados con su realización en el sentido ya visto. Por aterrizar estas ideas con un ejemplo: el empleo de sustancias químicas (p. ej., burundanga) en espacios de ocio nocturno (p. ej., discotecas) con el fin de perpetrar agresiones sexuales. Esta práctica sin duda siembra intranquilidad entre la ciudadanía y puede terminar por condicionar sus actividades (p. ej., salir menos de fiesta, interactuar sólo con amigos y personas conocidas o reforzar las medidas de autoprotección). Pero, a pesar de que importe atender e interesarse por corregir dicha sensación de inseguridad colectiva a la que han contribuido hechos tan censurables, no creo que sea comparable al concreto daño infligido a la mujer que ha resultado ser víctima de esta clase de actos ilícitos. A nivel social, es cierto que el delito cuestiona el Derecho y pone en entredicho la seguridad a la que los ciudadanos aspiran en la orientación de sus vidas debido a la desconfianza generada sobre si los demás respetarán las normas de conducta que se les dirigen. Pero más grave y determinable resulta, a mi parecer, el empeoramiento que, por lo general, el delito conlleva para el bienestar del sujeto que lo padece, extremo sobre el que volveremos en otro momento.

Conforme a esta comprensión, es evidente que hay que reflexionar acerca del daño personal causado por el hecho penalmente relevante. Constituye opinión dominante que el llamado daño personal material debe ser considerado por la teoría del delito. A fin de cuentas, la lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico representa el núcleo duro de la noción de injusto⁵¹. Esta postura guarda absoluta coherencia con la respuesta a la pregunta de qué protege exactamente el Derecho penal. Como no podía ser de otro modo, el concepto de delito depende

punto de partida de la noción sociológico-funcional pero introduce una referencia central al individuo. Se decanta por esta forma de ver las cosas aun cuando disienta con los postulados de la teoría de la protección de bienes jurídicos JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, p. 52, nm. 15.

⁴⁹ Habla de la prioridad axiológica del individuo y de su esfera de intereses ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 81. Distingue el daño directo del daño indirecto o social y cree que hay que darle al primero el peso que se merece SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 511-512.

⁵⁰ En este sentido, FLETCHER, *Buffalo Criminal Law Review*, (51-3), 1999, pp. 55-56 quien entiende que el delito es, sobre todo, una acción que causa un daño a otras personas, si bien reconoce que en el ámbito jurídico-penal el daño alcanza tanto a la sociedad como a las víctimas que sufren una invasión en sus intereses. Opina ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 111 que la lesividad del delito no se agota en el menoscabo de la esfera de libertad del ciudadano sino que conlleva una ulterior afección intersubjetiva, consistente en un menoscabo de la seguridad, de la confianza en el respeto de las normas. Aun así, opina que lo segundo es dependiente de lo primero. Por su lado, considera SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 434 que las lesiones de los objetos de protección jurídico-penal deben afectar a individuos y mostrarse socialmente dañinos.

⁵¹ Por todos, vid. ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, pp. 20 ss., nm. 1 ss., MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 161, nm. 10.

del fin que el Derecho penal persigue⁵². Si su vocación primordial es la de amparar bienes jurídicos parece sensato que pretenda lograrse previniendo aquellas conductas que se muestren lesivas de estos, prohibiéndolas bajo la amenaza de una sanción penal⁵³. Dicho fin no es incompatible con asegurar a los ciudadanos la expectativa de que sus intereses serán respetados por los demás a través de la protección de las normas jurídico-penales, toda vez que, como señalamos, esto último también contribuye a lo primero. Existiría, en definitiva, un innegable punto de encuentro entre dos propuestas teóricas que tiempo atrás parecían incompatibles pero que, en realidad, no lo son: el amparo del bien jurídico, conectado al daño personal material, y la estabilización de la norma penal, vinculada con el daño social⁵⁴.

Menos pacífica, y comparativamente menos explorada por la doctrina española, es la cuestión de si, además de pretender amparar aquel conjunto de intereses que la sociedad estima dignos de protección, el Derecho penal tiene como misión adicional escudar a las personas del malestar emocional que comporta ser victimizadas, en cuyo caso, el llamado daño personal inmaterial también debería ser considerado. Por su incidencia sobre el objeto de estudio de la presente contribución dedicaremos el próximo apartado a discutir sobre ello.

2.2. La generación de malestar emocional en la víctima del delito

El término «malestar emocional» es un hiperónimo que abarca cualquier clase de reacción personal frente a la conducta nociva de otro: desde desajustes emocionales temporales hasta severas secuelas psicológicas⁵⁵.

En ocasiones, el delito, además de representar un atentado contra el interés en liza, desencadenará en quien lo sufre emociones negativas⁵⁶. Es decir, traerá aparejado con carácter accesorio un daño emocional que bien podría ser calificado como daño inmaterial. Pensemos, p. ej., en el susto que se lleva la persona a la que le roban a punta de navaja o en el enfado que puede sentir alguien porque otro le haya hurtado el móvil aprovechando un descuido. Hace ya tiempo KARSTEDT comentaba que las emociones impregnan tanto el Derecho penal sustantivo como el sistema de justicia penal⁵⁷. Tal es así que ya se habla de una área de estudio de

⁵² ALCÁZER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 13, 21.

⁵³ La contracara de considerar valiosos una serie de intereses es que se considerará disvalioso y, por tanto, prohibido por la norma jurídico-penal el comportamiento que se muestre lesivo respecto a estos, señala ALCÁZER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 13. Apunta LUZÓN PEÑA «El Derecho Penal: entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGU SOLER/HORTAL IBARRA/JOSHI JUBERT (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2022, pp. 685-686 que el Derecho Penal, a través de su función de prevención, realiza la función de protección de bienes jurídicos. Hablan sobre dicha función preventiva del Derecho Penal, también, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 291 ss., 491 ss.; PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, 2022, pp. 50 ss.

⁵⁴ Entienden que ambas posturas son compatibles SILVA SÁNCHEZ, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), 2017, p. 11; ALCÁZER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 94, 143-146; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 31 ss.

⁵⁵ Vid. PERSAK, «Pathways to the criminalisation of emotional distress: An offence- and harm-based typology», *International Journal of Law, Crime and Justice*, (63), 2020, p. 5.

⁵⁶ Manejan este concepto PIQUERAS RODRÍGUEZ *et al.*, «Emociones negativas y su impacto en la salud mental y física», *Suma Psicológica*, (16-2), 2009, p. 85.

⁵⁷ KARSTEDT, «Emotions and criminal justice», *Theoretical Criminology*, (6-3), 2002, p. 300.

creciente interés denominada *law and emotions*⁵⁸ en la que se inserta, p. ej., el debate acerca de si y en qué medida las emociones pueden operar como factor mitigante de la responsabilidad penal del autor del delito⁵⁹ –considérese en el Derecho penal español, p. ej., la atenuante por arrebató u obcecación (art. 21.3º CP) o la circunstancia exculpatoria por miedo insuperable (art. 20.6º CP)– o el relativo al papel que juegan las emociones en las decisiones judiciales⁶⁰. Podría pensarse que el desencadenamiento de emociones negativas en la víctima concreta sería otro terreno más por explorar. Sin embargo, no parece que, desde el prisma del principio de lesividad, su prevención sea algo sobre lo que el Derecho penal tenga que preocuparse. Otra cosa es que, en aras de resarcir a la víctima, el Derecho civil de daños tome en cuenta su sufrimiento emocional con tal de fijar una indemnización en concepto de responsabilidad civil *ex delicto*.

Ahora bien, no siempre la víctima de un delito experimentará simple y llanamente emociones negativas. La victimización puede representar un problema de mayor complejidad y envergadura por suponer para quien la soporta un auténtico perjuicio para su salud mental. Si ha habido una disciplina que se ha afanado por explorar este problema esa ha sido la victimología. Entre sus múltiples preocupaciones, se encuentran los procesos de victimización y, en particular, la repercusión que la victimización⁶¹ conlleva para quien la sufre⁶². Se entiende que el fenómeno delictivo constituye una experiencia traumática a la que se le suelen asociar una serie de secuelas (p. ej., trastorno de estrés postraumático), matizadas con arreglo a factores de distinta índole, tales como la clase de delincuencia sufrida (sexual, patrimonial, etc.), la resiliencia o capacidad para mantenerse estable frente a eventos adversos (en virtud de distintas variables personales y sociales) o la vulnerabilidad de quien lo soporta (pues importa, p. ej., si la víctima es menor de edad o adulta). Cuando la victimización pasa a ser un problema para la salud mental, es evidente que la noción de daño emocional se queda demasiado corta por no captar bien lo que en el fondo está en juego. Ya no se trataría solamente de que la víctima sienta miedo, asco o ira en el momento de producirse los hechos sino que, más allá de eso, desarrollaría indeseables trastornos mentales en los que el delito habría contribuido decisivamente⁶³. El concepto que resulta más atinado emplear en esta serie de casos es el de

⁵⁸ El trabajo de referencia en esta materia, por ser pionero en hermanar el derecho penal con el tema de las emociones, es el de KAHAN/NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 269 ss.

⁵⁹ Vid. DUFF, «Criminal Responsibility and the Emotions: If Fear and Anger Can Exculpate, Why Not Compassion?», *Inquiry*, (58-2), 2015, pp. 189 ss.

⁶⁰ Vid. GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*, 2020, pp. 99 ss.; UCÍN, «¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (45), 2022, pp. 191 ss.

⁶¹ Suele diferenciarse la victimización primaria, referida a los efectos nocivos inmediatamente derivados del delito y soportados por la víctima, de la secundaria, que es aquella sufrida por la víctima a raíz de su paso por el sistema de justicia penal. En este trabajo sólo interesa la primera. Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, p. 118; PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, p. 32.

⁶² Vid. GREEN/PEMBERTON, «The impact of crime: victimisation, harm and resilience», en WALKLATE (ed.), *Handbook of Victims and Victimology*, 2ª ed., 2018, pp. 77 ss. KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., 2016, pp. 2, 24; PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, pp. 33-34, 39 ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, pp. 109 ss. VARONA MARTÍNEZ/DE LA CUESTA ARZAMENDI/MAYORDOMO RODRIGO/PÉREZ MACHÍO, *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramientas de comprensión e intervención*, 2017, pp. 62-63.

⁶³ STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst. Psychische Gesundheit als strafrechtliches Rechtsgut*, 2015, p. 122, precisa que la integridad psíquica no es un simple «sentimiento positivo» sino que ha de leerse en su condición de salud psíquica.

«daño psíquico» al que, ni mucho menos, podría atribuírsele el carácter de daño inmaterial ya que sería igual de material que cualquier otro por comprometer un preciado interés: la salud mental del individuo. Es justo en este terreno donde pienso que el Derecho penal ha de intervenir.

a. *La salud mental y su protección jurídico-penal*

De acuerdo con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) firmada en New York el 22 de julio de 1946, la salud consiste en el «estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». Conforme a esta comprensión, es normal que la salud mental, definida como el «estado de bienestar mental que permite a las personas hacer frente a los momentos de estrés de la vida, desarrollar todas sus habilidades, poder aprender y trabajar adecuadamente y contribuir a la mejora de su comunidad»⁶⁴, sea considerada por la OMS un derecho fundamental del ser humano igual de relevante que la salud física⁶⁵. Los problemas de salud mental, que pueden consistir, p. ej., en depresiones, abusos de alcohol o drogas, trastornos de ansiedad o intentos de suicidio, importan por la seria perturbación que pueden suponer para la vida de la persona. Y la exposición a circunstancias desfavorables, como el estrés o precariedad laborales, la pobreza, la muerte de seres queridos, los problemas físicos, las situaciones discriminatorias, las consecuencias de la pandemia del Covid-19 (en concreto: confinamientos, restricciones de movilidad, uso de mascarillas, miedo a contagiarse, dispersión de *fake news*, etc.) o los conflictos bélicos (como la actual guerra entre Ucrania y Rusia) incrementan el riesgo de que aparezcan⁶⁶. El fenómeno delictivo, en su condición de evento traumático, también puede constituir una fuente de problemas en este plano por las consecuencias negativas en la salud mental que quizás de éste se deriven. Así lo advierte la OMS a partir de ejemplos como el maltrato en el hogar o el *bullying*⁶⁷.

Pese a la importancia que la salud mental tiene en nuestro día a día y el impacto negativo que el fenómeno delictivo puede suponer para ella, sorprende que, a nivel comunitario, haya instrumentos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no prevean, hoy por hoy, un derecho a la salud mental o integridad psíquica, máxime cuando otros, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 3.1, sí lo contemplan.

Tampoco en el art. 15 de la Constitución Española de 1978 figura un derecho fundamental a la salud mental, solo a la integridad física y moral. No obstante, esta relevante carencia se entiende por el contexto en el que el texto constitucional fue aprobado. En aquel momento la psiquiatría española era considerada la «cenicienta de la sanidad»⁶⁸ y tan siquiera se había dado inicio todavía al proceso de reforma psiquiátrica. No fue hasta principios de los años ochenta que el PSOE comenzó a darle forma. Su culminación llegó con la aprobación de la aún vigente Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁶⁹. Lo que se logró marcó un antes y un después

⁶⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, p. 8.

⁶⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, pp. 11, 14-16.

⁶⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, pp. 19 ss.

⁶⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, pp. 170 ss.

⁶⁸ ESPINO GRANADO, «Presente y futuro de la atención psiquiátrica en España: veinte años después del Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica», en EL MISMO (coord.), *La atención de la salud mental en España. Estrategias y compromiso social*, 2005, p. 28.

⁶⁹ En más detalle, *vid.* ESPINO GRANADO, en EL MISMO (coord.), *La atención de la salud mental en España. Estrategias y compromiso social*, 2005, pp. 27 ss.

en el modo como se asisten en España a quienes padecen problemas de salud mental. Fue dejada atrás una oscura época en la que el enfermo mental, al que se tachaba de loco, era estigmatizado, marginado socialmente y aislado forzosamente de por vida en un manicomio y se abrió una revolucionaria etapa en la que, al amparo del art. 20.1 de la Ley General de Sanidad, el enfermo mental recibe hoy una atención combinada no sólo profesional en servicios hospitalarios sino también comunitaria, fomentándose su inclusión en la vida social con implicación de familiares y amigos⁷⁰. Tras este hito, España ha destinado cada vez más esfuerzos y recursos tanto humanos como financieros en orden a colocar a la salud mental en el lugar que se merece a pesar de que todavía quede bastante camino por recorrer. Uno de los mayores desafíos actuales seguramente sea el de trabajar en políticas públicas idóneas con tal de implementar efectivamente el Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2013-2030 de la OMS que define las líneas maestras relativas a la transformación del tratamiento de la salud mental que se aspira a alcanzar mundialmente tras haber sido una de las áreas de salud pública más minusvalorada y malinterpretada⁷¹.

El significativo progreso que la atención de la salud mental ha experimentado en nuestro país sin duda ha favorecido que su protección jurídico-penal esté, hoy por hoy, garantizada en calidad de bien jurídico digno de amparo⁷². El legislador penal español vio en el Código Penal de 1995 una oportunidad para introducir explícitamente la salud mental en los arts. 147 y ss., CP, en tanto componente, junto con la salud física, de la salud en general, lo cual permitió abrir de par en par la puerta al reconocimiento autónomo e independiente de las lesiones psíquicas como conducta penalmente prohibida^{73/74}, extremo que en ordenamientos jurídicos como el alemán no ha resultado ser tan pacífico⁷⁵. Ello no quiere decir, ni mucho menos, que cualquier

⁷⁰ Vid. DESVIAT, «Evolución histórica de la atención de la salud mental: hitos esenciales en la construcción del discurso de la salud mental comunitaria», *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, (75), 2020, pp. 29-31.

⁷¹ Así se señala en WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, p. 248.

⁷² Creen que la salud mental o integridad psíquica es un bien jurídico merecedor de protección jurídico-penal KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, 2013, pp. 287 ss.; KARGL, *Neue Justiz*, (3), 2017, pp. 97 ss., STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 121-122, 130; NISCO, «Psychische Integrität als strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut Systematische und rechtsvergleichende Anmerkungen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, (1), 2021, pp. 5, 9.

⁷³ En general, sobre las lesiones psíquicas desde la óptica del derecho penal español, vid. PÉREZ DE LA RIVA VILCHES, *Las lesiones psíquicas*, tesis doctoral, Universidad de La Laguna, 2019, *passim*.

⁷⁴ Paralelamente, el legislador penal español ha introducido con posterioridad tipos penales más específicos cuyo contenido, de manera más o menos directa, también podría ser interpretado en el sentido de pretender amparar la integridad psíquica frente a conductas nocivas concretas, sea por su determinado modo de ejecución, como el delito de acoso o *stalking*, sea por el específico contexto en el que se producen, como ocurre con el delito de acoso laboral o *mobbing*.

⁷⁵ En Alemania se discute si el § 223 StGB daría cabida no sólo a las lesiones físicas sino también a las psíquicas. Según la doctrina mayoritaria, podrían castigarse, aunque como lesiones físicas, los trastornos psicómicos (p. ej., depresiones que se exteriorizan en forma de falta de sueño o pérdidas de peso), lo que, en su opinión, resultaría acorde a las expresiones «daño corporal» y «delito contra la integridad corporal» que el legislador penal maneja. Esto no ha terminado de convencer a algunos autores que, con acierto, se posicionan a favor de otorgar a la psique el peso que se merece y que consideran que el dualismo cartesiano cuerpo-mente estaría más que superado en atención a la estrecha interrelación entre los procesos mentales y los fisiológicos (especialmente, desde las bases de las neurociencias). Básicamente se critica a la doctrina dominante que se sitúe al daño psíquico (traumas, trastornos, etc.) en un plano secundario cuando debería ocupar el principal. En rigor, las afectaciones físicas producidas no serían más que reflejos del atentado contra la salud mental que subyacería detrás. A su entender, los daños psíquicos tendrían perfecto encaje en el § 223 StGB a la luz del perjuicio que representan para la salud individual. En más detalle, sobre este debate, con su respectiva opinión crítica frente a la mayoritaria, vid. STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 128; KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, 2013, pp. 52 ss., 110 ss., BUBLITZ, «Der (straf-)rechtliche Schutz der Psyche. Vom

comportamiento lesivo de la salud mental esté sujeto a censura penal. Hay conductas completamente cotidianas que pueden contar con la idoneidad suficiente como para provocar en otros depresiones, trastornos de ansiedad, insomnio o pensamientos autolíticos o suicidas. Pero no por ello estamos dispuestos a estimarlas típicamente relevantes. Pensemos, p. ej., en la persona que pone fin a su relación sentimental con su pareja tras años de noviazgo o bien en el despido practicado por un empresario con respecto a su empleado a causa de los recortes de personal en la mercantil. Aun cuando pueda existir una relación causal entre la acción ejecutada y el daño psíquico, ni mucho menos bastaría eso para atribuir al sujeto responsabilidad penal. Figuras como la adecuación social serían de gran utilidad en este punto para evitar alcanzar conclusiones desafortunadas⁷⁶.

Bajo este entendimiento, en los siguientes epígrafes, someteremos a un examen más minucioso aquellos daños psíquicos que se desencadenan a propósito de la realización de ciertos comportamientos delictivos, precisamente porque en los «casos puros» faltarían estos, debido al desconocimiento de la víctima de que otro ha atentado contra sus intereses. Solamente si se exploran primero las repercusiones jurídico-penales por la producción de los mencionados daños psíquicos podrá responderse adecuadamente luego a la hipótesis contraria que es justo la que los «casos puros» representan.

b. El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (i): daños psíquicos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal

El ordenamiento jurídico-penal español prohíbe determinadas conductas en relación con las cuales ni tendría sentido ni resultaría procedente que el menoscabo de la salud mental de la víctima figurase a modo de elemento del tipo penal⁷⁷. Pienso en delitos como las agresiones sexuales, el robo con violencia o intimidación, el allanamiento de morada, las coacciones, los secuestros o las detenciones ilegales, entre otros. Básicamente, si fuesen configurados de este modo, llegaríamos a un auténtico sinsentido: no podría estimarse realizado el tipo cuando esa perniciosa afectación de la integridad psíquica brillase por su ausencia, bien por desconocer la víctima que ha sido victimizada y no experimentar subjetivamente nada a propósito del hecho delictivo, como ocurre en los «casos puros», bien, en el extremo opuesto, porque la víctima, lejos de padecer, haya disfrutado aquello que el Derecho Penal prohíbe (considérese, p. ej., el caso del menor de catorce años que pasa un buen rato manteniendo relaciones sexuales con una persona de treinta años).

Lo llamativo es que, pese a que nada se diga en el tipo penal, todos los fenómenos delictivos mencionados suelen venir acompañados de la causación de daños psíquicos a la víctima⁷⁸, sea durante la ejecución delictiva (p. ej., el profundo miedo a morir sentido en el transcurso de un robo con violencia) o con carácter post-consumativo (p. ej., el trastorno de pánico desarrollado

Körperverletzungstatbestand zum Grundrecht auf mentale Selbstbestimmung», *Rechtswissenschaft*, (2-1), 2011, pp. 28 ss.

⁷⁶ NISCO, *ZIS*, (1), 2021, p. 10; KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, 2013, p. 95; BUBLITZ, *Rechtswissenschaft*, 2011, (2-1), pp. 51-53.

⁷⁷ Esto sí ocurre con delitos que guardarían una relación, más o menos estrecha, con la protección de la salud mental como el *stalking* (el art. 172 ter.1 CP habla de «alterar el normal desarrollo de la vida cotidiana») o las torturas (el art. 174 CP demanda, aunque en clave de tipo mixto alternativo, la causación de «sufrimientos físicos o mentales»).

⁷⁸ EISENBERG, «Criminal Infliction of Emotional Distress», *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, pp. 610, 660, llama a esto la «aproximación implícita»: el legislador presume que ciertas conductas delictivas son traumáticas para la víctima, de tal modo que en el proceso no tendría que probarse su concurrencia en aras del castigo.

tras un secuestro)⁷⁹. Nada obsta, sin embargo, para que, en situaciones puntuales, la comisión de alguno de los delitos señalados desencadene exclusivamente daños psíquicos post-consumativos (p. ej., la angustia generada en quien recibe la noticia de que otro ha allanado su morada mientras estaba ausente). Incluso, el articulado penal contempla igualmente tipos penales que, por sus peculiaridades, parecerían admitir solamente esta última posibilidad. Vienen a la mente esencialmente delitos contra la intimidad tales como el descubrimiento y revelación de secretos o el *revenge porn* (piénsese, p. ej., en la depresión en la que se sume la persona que toma conocimiento de la circulación en la red de imágenes suyas de índole sexual que fueron difundidas sin su consentimiento)⁸⁰.

Habida cuenta de que el lenguaje que se emplea importa, sonaría desacertado expresar que daños psíquicos como los vistos son consustanciales o que están inexorablemente unidos al hecho principal. Si realmente fuese así, no cabría pensar en un solo supuesto en el que se incurriese en una de tales conductas delictivas sin que se provocasen, a su vez, estas negativas repercusiones psicológicas en la víctima. Pero justamente los «casos puros» demuestran lo contrario: que, aunque excepcionalmente, ello sí resulta posible. Por consiguiente, resulta más atinado decir que estos son daños psíquicos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal. Definir qué cuenta por «frecuente» no puede reducirse a una tarea netamente especulativa al tratarse de una cuestión que demanda base empírica. Sería adecuado, para tales fines, explorar la prevalencia de los trastornos (de personalidad, ansiedad, etc.) asociados a cada fenómeno delictivo. Es decir, cuál es la proporción de víctimas del fenómeno delictivo en cuestión que los presentan. Encuestas epidemiológicas como las publicadas por la OMS⁸¹, así como los estudios disponibles sobre ellas⁸², podrían ser instrumentos de gran utilidad para ello.

Entrando en mayor grado de detalle, es bueno apuntar que el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003 sentó las bases, respetadas por resoluciones judiciales posteriores (entre otras, STS 501/2018, Penal, de 24 de octubre [ECLI:ES:TS:2018:3699], STS 1534/2003, Penal, de 17 de noviembre [ECLI:ES:TS:2003:7242], STS 1305/2003, Penal, de 6 de noviembre [ECLI:ES:TS:2003:6912]), sobre el tratamiento jurídico-penal a dispensar en relación con aquellos daños psíquicos derivados de la comisión de agresiones sexuales y que la jurisprudencia posterior amplió a otras figuras delictivas, como el robo o los secuestros (p. ej., STS 1387/2011, Penal, de 12 de diciembre [ECLI:ES:TS:2011:8470]). Textualmente se dispuso que «las alteraciones síquicas (sic.) ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del Código Penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil».

⁷⁹ STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 51 ss., analiza una serie de normas jurídico-penales, como el allanamiento de morada, las detenciones ilegales o los delitos sexuales, que no exigen ni en las que basta la lesión de la integridad psíquica pero cuya conducta prohibida acarrearía habitualmente la producción de daños de esta naturaleza.

⁸⁰ En más detalle, sobre los daños psíquicos ocasionados a las víctimas del llamado «abuso sexual basado en imágenes» (*image-based sexual abuse*), vid. GREIF, *Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen. Eine phänomenologische und strafrechtsdogmatische Betrachtung des sog. Image-based sexual abuse*, 2023, pp. 88 ss.

⁸¹ <https://www.hcp.med.harvard.edu/wmh/>

⁸² Vid. SCOTT *et al.*, «Post-traumatic stress disorder associated with sexual assault among women in the WHO World Mental Health Surveys», *Psychological Medicine*, (48-1), 2018, pp. 155-167.

El criterio al que se aboga en el párrafo citado no es otro que el del concurso de normas, en concreto, aquel que se daría, entiendo, entre el delito de lesiones leves psíquicas del art. 147.2 CP o el maltrato de obra del art. 147.3 CP, dependiendo del caso, y el de agresiones sexuales del art. 178 CP o, alternativamente, el tipo penal que corresponda en el caso en cuestión, al tratarse de los preceptos en los que aparentemente el hecho podría subsumirse. Lejos de lo que pueda pensarse, la Sala Segunda del Tribunal Supremo no pretendió que la solución del concurso de normas alcanzase la producción de toda clase de daños psíquicos vinculados con fenómenos criminales de distinta índole, sin importar cual sea su entidad. Contradiría los pilares de la igualdad material que la respuesta legal fuese la misma a pesar de la distinta gravedad del daño psíquico originado. Por ello, numerosos pronunciamientos judiciales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 13/2019, Penal, de 17 de enero [ECLI:ES:TS:2019:39], STS 501/2018, Penal, de 24 de octubre [ECLI:ES:TS:2018:3699], STS 629/2008, Penal, de 10 de octubre [ELI:ES:TS:2008:5614]), en línea con el adverbio «ordinariamente» manejado en el acuerdo citado, han precisado que la solución del concurso de normas queda limitada a aquellos supuestos en los que el hecho principal ocasiona a la víctima daños psíquicos calificados, en términos estadísticos, como «normales».

Se entiende que toda agresión sexual acarrea regularmente el padecimiento de un daño psíquico «mínimo» que haría las veces de acto acompañante típico⁸³, como ocurre, p. ej., con los daños materiales causados en el robo con fuerza en las cosas del art. 238 CP. Por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, tal acto se vería desplazado a favor del delito de agresión sexual del art. 178 CP en su condición de tipo preferente y más amplio. Al haber sido el tipo penal de agresión sexual configurado por el legislador en atención a su fisonomía regular, ese delito principal ya captaría de modo completo el desvalor del acto, incluida, aunque sea implícitamente, la reprobación por el atentado contra la salud mental frecuentemente causado⁸⁴. De este modo, resultaría coherente expresar que el ámbito de protección de la norma jurídico-penal abarcaría no sólo el interés prioritariamente en liza (p. ej., la libertad sexual) sino también, aunque sea como cuestión colateral o de segundo orden, la salud mental del individuo⁸⁵, como ocurre también con la libertad ambulatoria a la luz de la mínima y diría que insoslayable limitación de movimientos acontecida durante el ataque. Apremiar un concurso de normas y resolverlo de la mano del principio de absorción representa,

⁸³ En este sentido, acerca de los daños psíquicos que habitualmente acompañan a los robos o a los delitos sexuales, STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 18.

⁸⁴ En general, sobre el principio de consunción como criterio de resolución del concurso de normas, en particular, de los casos de hechos acompañantes típicos, vid. GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, 1995, pp. 382 ss., MATUS, «Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (58), 2005, pp. 483 ss.

⁸⁵ En este sentido, KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, 2013, pp. 80 ss. En cambio, BLOY, en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, 2005, p. 250 cree que el daño psíquico es un efecto colateral que no amplía el ámbito de protección de la norma infringida mediante la inclusión de un interés jurídico adicional que amparar como es la integridad psíquica. Por esa razón, niega que delitos como el robo protejan adicionalmente la salud y bienestar mentales. Sostiene una opinión cercana, también, STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 18. En España la CFGE 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre ha negado que la integridad física y/o psíquica constituyan el bien jurídico protegido de los arts. 178 ss., CP. Sin embargo, acto seguido, se expresa que el maltrato de obra se entenderá absorbido en el delito contra la libertad sexual por formar parte de la dinámica comisiva inherente a los supuestos de ejecución violenta de la agresión sexual. Con esta afirmación, creo que se estaría reconociendo que, ni que sea secundariamente, la norma penal ofrece un mínimo amparo a la salud del individuo. Esta postura diría que no es incompatible con defender que el principal interés en liza es la libertad sexual.

en fin, la solución más acertada, puesto que permite respetar la prohibición de *bis in idem*⁸⁶: al considerarse solamente la infracción penal principal, cuyo marco penal ha sido definido por el legislador considerando ya al acto acompañante típico, y al vetarse, en consecuencia, la estimación cumulativa de un delito de lesiones psíquicas, omitiría castigarse dos veces el daño psíquico mínimo concurrente⁸⁷.

Que el desencadenamiento de aquellos daños psíquicos que frecuentemente acompañan al comportamiento delictivo principal suponga apreciar exclusivamente el delito de agresiones sexuales (o el que proceda) en nada obsta para que haya espacio para acordar una indemnización en concepto de responsabilidad civil *ex delicto*. Al Derecho civil de daños, después de todo, se le atribuye la función principal de resarcir a la víctima por el daño ocasionado⁸⁸, con lo cual, cobra sentido que tenga que preocuparse por cómo ha experimentado el fenómeno delictivo de cuya comisión se deriva éste⁸⁹, particularmente, el malestar emocional generado⁹⁰. Solo así podrá el tribunal cuantificar económicamente de manera razonada la indemnización que, en virtud del art. 110.3º CP, corresponda⁹¹ por el sufrimiento tanto físico como emocional provocado (*pain and suffering*)⁹² en su condición de daño moral⁹³.

Igualmente, la victimología también jugará un rol destacado. Como esta ciencia no sólo analiza los procesos de victimización sino también los de desvictimización⁹⁴, es preciso que explore las

⁸⁶ BLOY, en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, 2005, p. 255.

⁸⁷ Igualmente en Alemania la jurisprudencia del BGH ha negado que las consecuencias psicológicas habituales de una agresión sexual posean un efecto agravatorio de la pena. Cuestión distinta serían aquellas otras que cabría calificar como excepcionales. Con amplias referencias, *vid.* STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 86-87.

⁸⁸ Entre otros, MONTES RODRÍGUEZ, «Derecho de daños y responsabilidad civil extracontractual. Consideraciones terminológicas, concepto y funciones. Evolución histórica, tendencias actuales y fuentes», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (coords.), *Derecho de daños*, 2021, p. 20; COBAS COBIELLA, «El daño», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (coords.), *Derecho de daños*, 2021, p. 267; ROCA TRÍAS/NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8ª ed., 2020, p. 22; PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual*, 2022, pp. 59 ss. En cambio, opinan que la función compensatoria del Derecho civil de daños ni es la única ni tampoco la primera SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, 1997, pp. 106-107.

⁸⁹ A juicio de KOLBER, «The Experiential Future of Law», *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 595, 605, 608, 648, el Derecho civil de daños presta mucha más atención a las malas experiencias que el Derecho Penal, pese a que, a su juicio, esta última rama jurídica también debería considerarlas. Próximo a estas ideas, WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, pp. 111-112.

⁹⁰ *Vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, «Concepto de daño moral», en GÓMEZ POMAR/MARÍN GARCÍA (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., 2017, p. 39; KIRCHER, «The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm», *Marquette Law Review*, (90-4), 2007, pp. 789 ss.

⁹¹ Señalan GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2016, p. 240 que la determinación de la cuantía de la indemnización queda al arbitrio del tribunal que procederá valorando los factores que concurran en el caso concreto.

⁹² DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, 2008, pp. 66-63 identifica la indemnización de estos daños con el nombre del «precio del dolor» (*pretium doloris*).

⁹³ Sobre los problemas para conceptualizar el daño moral y el reto que conlleva compensarlo civilmente, *vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, en GÓMEZ POMAR/MARÍN GARCÍA (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., 2017, pp. 36 ss.; CASADO ANDRÉS, «El concepto de daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED*, (18), 2016, pp. 399 ss.

⁹⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, p. 123 explican que la desvictimización es el proceso de restitución o resarcimiento del impacto o secuelas que el hecho criminal haya podido generar en la figura de la víctima y manifiestan que dicha reparación es uno de los objetivos fundamentales, si no el que más, de la disciplina victimológica. Al respecto, *vid.*, asimismo, PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, pp. 65-66.

repercusiones negativas que el delito tiene para quien lo padece y que, por tanto, evalúe cuáles son los mecanismos más prometedores para lograr que la víctima del delito deje de serlo y alcanzar así la condición de superviviente⁹⁵. En definitiva: trabajar por su reparación. La asistencia psicológica de la víctima en aras de abordar aspectos tales como su percepción individual sobre el crimen sufrido o el impacto que ha tenido la eventual falta de reconocimiento social del daño experimentado, la prevención del riesgo de victimización secundaria por su paso por el sistema de justicia penal, el reconocimiento de una serie de derechos en el seno del proceso penal (concretamente, los que se recogen en el Estatuto de la Víctima del año 2015), la organización de programas de mediación con el victimario o las entrevistas reparadoras serían algunos de los posibles instrumentos a emplear desde las instituciones públicas en dicho proceso de desvictimización en el que la justicia restaurativa⁹⁶ desempeñaría un relevante papel.

Así las cosas, llama poderosamente la atención que en el anteproyecto de reforma de la ley orgánica de garantía de la libertad sexual de 3 de marzo 2020 se contemplase la introducción de un nuevo precepto, el art. 194 bis CP, cuya redacción, emulando al art. 177 CP que acompaña a los delitos de torturas y contra la integridad moral, rezaba inicialmente como sigue: «si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la libertad sexual, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código». La versión inicial de este precepto nunca llegó a ver la luz.

Por aquel entonces, parte de la doctrina aplaudió su introducción. A su juicio, el precepto citado servía para corregir la profunda injusticia que, en su opinión, subyace en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003 ya examinado⁹⁷. Ha de recordarse, sin embargo, que el mentado acuerdo no tuvo intención de establecer que cualquier daño psíquico es absorbido por el tipo penal de agresión sexual, solamente aquellos que algunos pronunciamientos judiciales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo califican como «normales».

Según creo, la incorporación de un precepto como el art. 194 bis CP, conforme a su redacción originaria, únicamente resultaría compatible con la prohibición de *bis in idem*, en lo relativo a la integridad psíquica, si el delito de agresión sexual fuese reinterpretado de un modo tal como para entender que el legislador penal tan siquiera ha considerado los daños psíquicos habitualmente asociados al ataque perpetrado y, que, por tanto, el ámbito de protección de la norma jurídico-penal abarca única y exclusivamente la libertad sexual⁹⁸. Esto es, que se asumiese que el tipo penal principal toma precisamente los «casos puros» como punto de referencia. En ese caso, debería modificarse, a la baja, el marco de pena asociado al delito de

⁹⁵ Acerca de aquella rama de la victimología llamada supervivenciología que principalmente analiza las positivas y exitosas historias de personas que en su día fueron víctimas de un delito y que han conseguido seguir adelante con sus vidas y, a partir de ahí, estudia los factores que propiciaron tal recuperación, *vid.* KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., 2016, pp. 36-37.

⁹⁶ Fundamental, ZEHR, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, 2010, *passim*.

⁹⁷ RAMÓN RIBAS/FARALDO CABANA, «Solo sí es sí. Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», *Estudios Penales y Criminológicos*, (40), 2020, p. 39.

⁹⁸ Entiende ACALE SÁNCHEZ, «Artículo 194 bis», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2023, p. 1306 que, tras la implementación de la cláusula del art. 194 bis CP, conforme a la redacción final que luego reproduciremos, la voluntad legislativa sería la de proteger en exclusiva la libertad sexual.

agresión sexual al quedar fuera incluso el daño psíquico «mínimo». Sólo de la forma descrita el castigo separado de cualquier lesión de la salud mental, sea cual sea su gravedad, resultaría por completo procedente.

Ahora bien, en caso de interpretarse que el legislador ha configurado el tipo penal atendiendo a la fisonomía regular de la realización típica, en la que el daño psíquico «mínimo» ya es tomado en consideración, sí que se produciría una doble valoración incompatible con el *non bis in idem*. Después de todo, se sancionaría siempre a todo autor de un atentado contra la libertad sexual, como mínimo, por un delito de agresión sexual en concurso ideal con otro delito de lesiones psíquicas leves o, en su caso, un maltrato de obra representativos de esa mínima afectación psíquica que el legislador ya habría considerado al momento de definir el marco penal del art. 178 CP. Desde una óptica sistemática, dicho tratamiento jurídico-penal tampoco acabaría de entenderse. El daño psíquico que ordinariamente acompaña a una agresión sexual gozaría siempre de autonomía y cabría sancionarlo de manera separada, mientras que el propio de otras conductas prohibidas no, al faltar, en su caso, una regla concursal como la del art. 194 bis CP inicialmente proyectado. Semejante distinción podría intentar salvarse expresando que el impacto victimal de una agresión sexual no es comparable al de un robo o un secuestro, lo que justificaría que las consecuencias jurídico-penales no coincidan. Pero, aun cuando existiese esa presunta divergencia experiencial, entiendo que ésta ya habría sido considerada por el legislador, lo que permitiría entender que el marco de pena de unas y otras conductas diverja.

Más aún, en el complejo mundo de las agresiones sexuales, el daño psíquico infligido a la víctima variará en función de cuál sea la conducta ejecutada, independientemente de que todas ellas representen una merma de la libertad sexual ajena. No va a ser equivalente, p. ej., la desagradable experiencia de sufrir un tocamiento sorpresivo (p. ej., que alguien manosee el trasero de otra persona en el vagón del metro aprovechando una hora punta con gran afluencia de pasajeros) que la de padecer una violación mientras se está consciente⁹⁹, a propósito de cuya comisión, es más probable que se desarrolle un trastorno de estrés postraumático¹⁰⁰. La disparidad experiencial de los diversos ataques contra la libertad sexual, con sus correspondientes secuelas psicológicas para la víctima, pienso que contribuye a entender por qué el legislador debe contemplar consecuencias jurídico-penales distintas para cada cual. Con lo anterior no pretendo expresar que la particular experiencia traumática por padecer la comisión del delito sea lo único relevante a la hora de explicar por qué criminalizamos unas u otras conductas y por qué les asociamos (o deberíamos asociarles) a cada cual marcos de pena no coincidentes. Me limito a reconocerla como un factor más en la graduación de la lesividad

⁹⁹ Opina igual EISENBERG, *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, p. 610 quien considera que la especial gravedad de la violación se determina por las consecuencias emocionales que comporta para la víctima. Según WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, p. 109, aunque tanto los besos no consentidos como las relaciones sexuales no consentidas traspasen sin consentimiento las fronteras corporales de otro, el sexo vaginal no consentido es diferente y lo es porque la experiencia sincrónica y las potenciales consecuencias del acto son distintas. Por su lado, CAHILL, *Rethinking Rape*, 2001, pp. 109 ss., precisa que no existe una unificada y determinada experiencia relativa al fenómeno de la violación, toda vez que tal acto desencadenará experiencias individuales no coincidentes. Con todo, pone el acento en la significativa «experiencia corporal» que la violación encierra. También BOGART, «Reconsidering Rape: Rethinking the Conceptual Foundations of Rape Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-1), 1995, pp. 169-171 advierte que una violación puede ser experimentada de formas distintas por las víctimas. No obstante, en su opinión, este hecho debería situarnos en alerta sobre considerar la experiencia del sujeto un daño intrínseco de dicho fenómeno delictivo. Por ello, el autor citado fundamenta el castigo de la violación desde un prisma no-experiencial y abstracto sobre la exclusiva base de la vulneración de derechos.

¹⁰⁰ Vid. SCOTT *et al.*, *Psychological Medicine*, (48-1), 2018, pp. 5 ss.

del ataque perpetrado¹⁰¹ al que obviamente le acompañarían otros como p. ej., el recurso a la violencia contra la víctima en algunos casos, con el mayor riesgo que acarrea para su salud, o bien el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal practicado en según qué contactos sexuales ilícitos, lo que revelaría una peor invasión de la esfera corporal.

Dicho esto, y volviendo a aquello que nos ocupa, la reforma de los delitos sexuales operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre terminó por adicionar al articulado penal aquel art. 194 bis CP del que antes hablábamos, si bien con una redacción significativamente distinta: «Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen». Ciñéndome a lo relativo a la violencia psíquica¹⁰², creo que esta regla concursal, que sigue intacta tras la más reciente reforma de los delitos sexuales efectuada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, consolidaría en vía legislativa, ciertamente en favor de la seguridad jurídica, una práctica ampliamente extendida desde hace un par de décadas en los tribunales: reconocer sustantividad propia únicamente a aquellas lesiones psíquicas que sobrepasen aquel umbral de «normalidad» del que la jurisprudencia habla.

- c. *El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (ii): daños psíquicos cuya gravedad es superior a la de aquellos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal*

Cuando las repercusiones psíquicas del concreto acto delictivo no son meramente accesorias al hecho principal, sino que superan aquello que podemos calificar como frecuente o habitual, el daño psíquico deja de mostrarse como un simple efecto colateral para alcanzar sustantividad propia. Esto puede deberse o bien al específico modo de ejecución empleado por el autor del delito o bien a las características personales de la víctima particular contra cuyos intereses se atenta y que dan cuenta de un peor impacto victimal¹⁰³. Semejante *plus* de antijuridicidad material, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, permitiría apreciar un delito de lesiones psíquicas básicas (art. 147.1 CP) en concurso ideal con un delito de agresiones sexuales (STS 537/2020, Penal, de 22 de octubre [ECLI:ES:TS:2020:3450]), robo con violencia (STS 245/2016, Penal, de 30 de marzo [ECLI:ES:TS:2016:1510]), detenciones ilegales (STS 167/2012, Penal, de 1 de marzo [ECLI:ES:TS:2012:1796]) o secuestro (STS 629/2008, Penal, de 10 de octubre [ECLI:ES:TS:2008:5614]), dependiendo del caso¹⁰⁴. Esta solución resulta compatible con la eventual responsabilidad civil *ex delicto* del autor, de mayor grado que cuando concurren solo daños psíquicos frecuentes, toda vez que es acorde a la prohibición de *bis in idem* penar por aquellos daños psíquicos que se estima que disponen de sustantividad propia en aras de prevenir a futuro su acaecimiento y, a su vez, acordar el pago de una indemnización con el fin

¹⁰¹ LACEY, *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 1998, pp. 115-116 entiende que el daño emocional originado a raíz de la experiencia de practicar sexo indeseado, violento o abusivo opera como mecanismo de graduación de la gravedad del delito.

¹⁰² Como reconoce la CFGE 1/2023, de 29 de marzo, el concepto de «violencia psíquica» es impreciso y, a su entender, abarcaría conductas susceptibles de ser calificadas como lesiones psíquicas (no se aclara de qué tipo), amenazas, coacciones, torturas y delitos contra la integridad moral, así como los delitos contra el honor.

¹⁰³ En otro momento se reflexionará sobre el problema de que un mismo comportamiento delictivo conlleve daños psíquicos de entidad distinta según la víctima de que se trate.

¹⁰⁴ Comenta GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, 1995, p. 400 que en los casos de absorción el «excedente» concurrirá normalmente en concurso de delitos con el hecho principal.

de resarcir a la víctima por su sufrimiento¹⁰⁵. Tal compatibilidad también es predicable respecto a la batería de medidas de corte victimológico orientadas a lograr la desvictimización de la víctima. Labor que cabe presumir que resultará más desafiante en estos casos a la luz de la clase de repercusiones en la salud mental ocasionadas, sin perjuicio de que factores tales como la resiliencia individual lo compensen. Precisar, sobre todo lo expuesto, un par de cuestiones.

Algunos autores tanto de la doctrina alemana como estadounidense, tomando como referencia sus respectivos ordenamientos jurídicos, se han posicionado a favor de que el daño psíquico experimentado por la víctima de agresiones sexuales o de otro delito opere como factor a valorar en la fase de determinación judicial de la pena¹⁰⁶. Consecuentemente, en caso de desencadenarse un peor daño psíquico que el que frecuentemente se provocaría, se corregiría al alza la pena a imponer, agravándola, a no ser que ya sea de aplicación un subtipo específico que contemple un marco penal más severo en el que se tenga en cuenta esa particular circunstancia¹⁰⁷. En el caso de España es verdad que el art. 66 CP establece que la aplicación de la pena prevista por la ley para el delito cometido se determinará, en la extensión que se estime adecuada, no sólo en atención a las circunstancias personales del delincuente sino también a la mayor o menor gravedad del hecho. Gravedad que podría venir definida en función también de la excepcional producción de daños contra la salud mental cuya intensidad exceda de la estimada habitual en relación con delitos de la misma naturaleza que aquel cometido¹⁰⁸. El fundamental problema que creo que cabe asociar a esta alternativa es que no casa bien con la idea, transmitida unos párrafos más arriba, de que el tipo penal principal topa con el límite infranqueable de englobar única y exclusivamente los ataques mínimos contra la salud mental. Por tanto, si las circunstancias del caso permiten advertir que la conducta del autor no sólo ha acarreado una lesión de la libertad ambulatoria, p. ej., sino también autónomamente de la salud mental del individuo, la fórmula del concurso de delitos será la más precisa respuesta legal con miras a captar el desvalor total del hecho.

Por otro lado, en relación con las agresiones sexuales, ha de considerarse que el articulado contempla, desde la reforma penal de septiembre de 2022, un subtipo penal agravado – el art. 180.2º CP – para cuando el atentado vaya precedido o acompañado de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (circunstancia última ésta que ya estaba prevista en el antiguo art. 180.1º CP antes de la

¹⁰⁵ Entiende PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual*, 2022, pp. 72 ss., que es perfectamente posible que un mismo hecho sea contemplado desde una perspectiva penal y también desde otra civil por considerar que entre una y otra rama jurídica no existiría identidad funcional.

¹⁰⁶ En la doctrina alemana, BLOY, en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70. Geburtstag*, 2005, p. 250; STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 18-19, 82-89; STRENG, «Verfahrensabsprachen und Strafzumessung. Zugleich ein empirischer Beitrag zur Strafzumessung bei Delikten gegen die Person», en FELTER/PFEIFFER/STEINHILPER (dirs.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, 2006, pp. 447 ss. En la doctrina estadounidense, KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 632-634. Próximo a estas ideas, GREEN, «Some Aspects of Human Suffering and the Criminal Law», en MALPAS/LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Suffering*, 2012, p. 208.

¹⁰⁷ En el ordenamiento jurídico alemán pueden encontrarse múltiples ejemplos: el § 176c.1.4º StGB, que sanciona más severamente aquel atentado sexual contra menores de catorce años que ponga a la víctima bajo un riesgo de sufrir daños graves en su salud o daños significativos en su desarrollo físico o mental, el § 239.3.2º StGB, que castiga con mayor pena aquella detención ilegal que cause graves daños en la salud de la víctima, o el § 250.1.1º c) StGB, conforme al cual, se imponen penas más severas cuando el robo acarrea a la víctima un riesgo de sufrir graves daños en su salud.

¹⁰⁸ Sobre los criterios de graduación del injusto en función del modo de ejecución de la conducta descrita en el tipo (desvalor de la conducta) y del grado de afectación del bien jurídico tutelado (desvalor del resultado), vid. BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 355 ss.

modificación legal). Empezando por el final, el tenor literal del precepto legal abarca, sin la menor traba interpretativa, el empleo por el autor de la agresión sexual de un *modus operandi* particularmente lesivo de la integridad moral de la víctima (p. ej., obligarla a practicar coprofagia). En cambio, no resulta tan evidente cómo tratar jurídico-penalmente los actos de violencia psíquica a la luz de la previsión en el articulado de un subtipo penal agravado como éste. Valga recordar que el art. 194 bis CP obliga a censurarlos de forma separada, práctica ciertamente incompatible con apreciar, a su vez, el subtipo del art. 180.2º CP por quebrantar la prohibición de *bis in idem*. A tales efectos, me parece que habría que distinguir aquellos actos de violencia psíquica básicos, compatibles con la solución del concurso de delitos, de aquellos otros que entrañen una extrema gravedad, reservados para el ámbito de aplicación del subtipo agravado de agresiones sexuales¹⁰⁹. El reto a resolver por la doctrina, que, en el fondo, es un problema de graduación, será, por tanto, deslindar no sólo ya las lesiones psíquicas «mínimas» que frecuentemente son causadas por las agresiones sexuales de las constitutivas de violencia psíquica sino igualmente estas últimas de aquellos actos violentos de extrema gravedad.

d. *El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (iii): misma conducta, distinto impacto victimal*

Si hay algo que se le ha objetado al daño psíquico es lo difícil que resulta de predecir¹¹⁰ a lo que se le unirían los específicos desafíos que supone tener que probar en el seno de un proceso judicial la causación de daños psíquicos a la víctima¹¹¹. El delito, a fin de cuentas, constituye un fenómeno complejo en el que intervienen multitud de factores que condicionan cómo va a

¹⁰⁹ En la STS 245/2016, Penal, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1510), citada en la más reciente STS 99/2022, Penal, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:401), se expresó que es posible sancionar autónomamente aquellas lesiones psíquicas que sean producto de agresiones sexuales ejecutadas con «especial brutalidad». Dicha resolución judicial fue dictada con anterioridad a la reforma legal. Ahora, con la nueva regulación, esta clase de agresiones sexuales especialmente brutas probablemente encajarían bien en el subtipo agravado del art. 180.2º CP.

¹¹⁰ En este sentido, EISENBERG, *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, p. 610. Alude al problema de la incertidumbre que rodea al daño psíquico pero no cree que, por ello, deban ponerse trabas a que se conceda amparo jurídico-penal a la salud mental STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 122.

¹¹¹ Probar la existencia de un daño psíquico del modo más certero y objetivo posible, minimizando el riesgo de manipulación y falseamiento, constituye un desafío no precisamente menor. Una de las herramientas más frecuentemente empleadas en la *praxis* para evaluar el daño psíquico son las pruebas periciales psicológicas mediante las cuales un especialista –el psicólogo forense– examina el estado mental de la víctima y emite un dictamen a tales efectos con el fin de ayudar a la toma de decisiones judiciales. Vid. AMOR/ECHEBURÚA/CARRASCO, «Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. Implicaciones psicológicas y jurídicas», *Actualidad penal*, (28), 2016, pp. 62 ss. Más debate ha cosechado el uso de las llamadas declaraciones de impacto victimal que hunden sus raíces en el sistema legal norteamericano y que actualmente están siendo empleadas en el sistema procesal español como un criterio más en la medición del daño moral causado para así fijar el *quantum* de indemnización que corresponda en concepto de responsabilidad civil *ex delicto* (paradigmáticamente, *vid.*, la STS 1644/2022, Penal, de 4 de mayo [ECLI:ES:TS:2022:1644]). Con tales declaraciones a la víctima se le brinda la oportunidad de explicar oralmente o por escrito cómo le ha afectado el delito, esto es, abundar en las consecuencias que éste ha tenido en su vida. Si bien en España el Estatuto de la Víctima del año 2015 no reconoce de manera expresa a la víctima un derecho a efectuar este tipo de declaraciones, nada obsta para que, en una fase concreta del proceso penal, pueda ser llamada a declarar y, a la hora de responder a las preguntas que le trasladen la acusación particular y/o la Fiscalía, introduzca datos sobre el impacto emocional que el delito le ha provocado, lo que situará al juez en la tesitura de si considerarlos ya no solo a efectos civiles sino también a efectos penales. Al respecto, por todos, sobre las declaraciones de impacto victimal, *vid.* POSADA PÉREZ, «Los efectos de la declaración de impacto de la víctima: propuesta de debate acerca de su incorporación al ordenamiento jurídico español», en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (dirs.), *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, 2021, pp. 179 ss.

experimentar la víctima su propia victimización¹¹². Cada víctima vivirá la experiencia traumática que representa el delito de forma distinta. Un mismo fenómeno delictivo puede comportar impactos diversos en función de la persona que lo soporte¹¹³. La victimología es la disciplina que más se ha esforzado por entender por qué hay víctimas que lidian con su victimización de mejor manera que otras¹¹⁴. La resiliencia es uno de los aspectos clave para comprender el porqué de tales disparidades¹¹⁵, configurándose a partir de factores tan diversos como los personales (elevada autoestima, actitud optimista, etc.), el apoyo social recibido (por parte de familiares, amigos, etc.) o la historia de victimización. A ella se le sumarían otros relevantes elementos como, p. ej., los factores de vulnerabilidad victimal¹¹⁶.

Dicho elevado grado de variabilidad resulta, en fin, perfectamente comprensible a la luz de la enorme subjetividad que encierra la experiencia de haber sufrido un delito. E introduce un problema adicional que no podemos pasar por alto: un mismo comportamiento delictivo puede acarrear daños psíquicos de distinta entidad según la víctima de que se trate. Es bueno preguntarse, por ello, si acaso cabe que hechos de relevancia penal con características aparentemente idénticas en el plano del comportamiento ejecutado comporten para el sujeto activo consecuencias jurídico-penales dispares en atención a un impacto victimal desigual¹¹⁷. Con tales fines, me valdré de un par de casos ficticios en los que la acción delictiva del autor aparentemente sería igual pero cuya concreta víctima se situaría a las antípodas de la otra, hasta el punto de que los padecimientos psíquicos soportados por cada cual resultarían notablemente divergentes:

El caso del claustrofóbico¹¹⁸: Manuel encierra a Álvaro durante dos días seguidos en una habitación sin ventanas y cuyas dimensiones están en torno a los cinco metros cuadrados. Álvaro padecía claustrofobia. Durante su encierro experimentó un fuerte ataque de pánico y ansiedad y, tras su liberación, tuvo que someterse a psicoterapias y tratamientos farmacológicos.

¹¹² MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, p. 111.

¹¹³ Apuntan PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, p. 49: «No todas las víctimas presentan sintomatología psicopatológica o una afectación en su funcionamiento habitual tras la experiencia de victimización, demostrando la investigación que una parte de ellas se recupera rápidamente de estas experiencias traumáticas y que únicamente algunas de ellas presentarán problemas psicológicos a largo plazo». Vid., también, KARMEN, A., *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., pp. 21-22.

¹¹⁴ KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., 2016, p. 2.

¹¹⁵ Vid. KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., 2016, p. 37; PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, pp. 50-52.

¹¹⁶ Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, pp. 112-113.

¹¹⁷ Pasando de la víctima al autor del delito, el problema planteado tendría como contracara la cuestión de si acaso en la fase de determinación judicial de la pena debería importarle al juez la experiencia subjetiva del penado con tal de modular la sanción penal, justo como lo sugiere KOLBER, «The Subjective Experience of Punishment», *Columbia Law Review*, (109-1), 2009, pp. 196 ss., en contra de la dominante posición objetivista sobre la pena basada en la limitación de derechos defendida por autores como SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. XVI; CASTELLVÍ MONSERRAT, «Decomisar sin castigar», *InDret*, (1), 2019, p. 27; COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret*, (3), 2021, pp. 76-77.

¹¹⁸ La fuente de inspiración de este caso ha sido el problema introducido por KOLBER, *Columbia Law Review*, (109-1), 2009, pp. 190-192 sobre los penados aquejados de claustrofobia y el debate acerca de si el juez debería considerar este trastorno con el fin rebajarles la duración de la pena de prisión prevista para el delito cometido con base en su peor experiencia subjetiva del castigo.

El caso del militar: Manuel encierra a Federico durante dos días seguidos en una habitación sin ventanas y cuyas dimensiones están en torno a los cinco metros cuadrados. Federico era un militar con una extraordinaria capacidad para lidiar con situaciones de estrés, con lo cual, el encierro no le supuso el más mínimo agobio.

La detención ilegal practicada tanto en el caso del claustrofóbico como en el del militar posee idéntica duración y las propiedades del habitáculo donde se encierra a las víctimas son exactamente las mismas. Sin embargo, las experiencias subjetivas del encierro no tienen nada que ver una con la otra. El claustrofóbico sufre un auténtico calvario psicológico. En cambio, para el militar el encierro constituye un suceso prácticamente intrascendente para su psique. Surge la duda de si debería incumbirles a los jueces semejante disparidad experiencial. En mi opinión, la respuesta ha de ser afirmativa. Pero no porque sea trascendente, en sí misma considerada, de qué forma cada víctima experimentó subjetivamente el fenómeno delictivo. La solución del caso ha de ofrecerse desde la óptica de la conducta del sujeto activo y pasa por analizar el tipo subjetivo. Es decir, se trataría de explorar si el autor conocía o, en su caso, podía haber conocido mediante el empleo de la diligencia oportuna que las circunstancias personales de la víctima eran tales como para modificar, al alza o a la baja, el potencial lesivo que su comportamiento poseía en comparación con otras circunstancias¹¹⁹.

El caso del claustrofóbico es estructuralmente análogo al conocido caso del hemofílico¹²⁰. Clavar una navaja en la mano de alguien carece *ex ante facto* de idoneidad suficiente como para causar su muerte. Ahora bien, si antes de atestarle la puñalada, el autor sabía que su víctima padecía hemofilia, ese conocimiento sin duda será relevante, puesto que le permitirá advertir que su acción era objetivamente más peligrosa que en otras circunstancias. Exactamente lo mismo ocurre en el caso del claustrofóbico, salvo por la naturaleza psíquica del atentado. Encerrar durante un par de días seguidos a alguien en una habitación sin ventanas y con unas dimensiones reducidas previsiblemente causará angustia y agobio durante el encierro. No obstante, si el sujeto activo albergaba conocimiento de que aquel al que iba a encerrar era claustrofóbico y, además, comprendía el alcance de semejante trastorno, sabía que el encierro iba a constituir para esa concreta persona un auténtico calvario psicológico terriblemente dañino para su salud mental. Ello permitiría imputarle, en concurso ideal, además de un delito de detenciones ilegales, unas lesiones psíquicas básicas dolosas o, en su caso, imprudentes, si es que desconocía tal extremo pero, de haber empleado la diligencia oportuna, hubiese podido advertir el trastorno del que esa persona se aquejaba¹²¹. Solamente cuando resultasen

¹¹⁹ En esta línea, STEINBERG, *Strafe für das Versetzen In Todesangst*, 2015, p. 126.

¹²⁰ Comentan este caso MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 258, nm. 44; KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret*, (4), 2008, p. 12.

¹²¹ Incomprensiblemente la jurisprudencia (concretamente, desde la STS 1606/2005, Penal, de 27 de diciembre [ECLI:ES:TS:2005:7671]) niega que las lesiones psíquicas puedan llegar a ser causadas fruto de un comportamiento imprudente. Es más, en un inicio, tendía a rechazar igualmente su comisión en dolo eventual al requerir una acción voluntaria y directamente encaminada a provocar una lesión en la salud mental de otro, extremo que ha sido corregido en pronunciamientos judiciales más recientes (STS 99/2022, Penal, de 9 de febrero [ECLI:ES:TS:2022:401], STS 103/2018, Penal, de 1 de marzo [ECLI:ES:TS:2018:612]). Aun así, el rechazo por los tribunales de las lesiones psíquicas imprudentes todavía subsiste. Tal negativa no logra comprenderse. Si en las lesiones físicas estamos todos de acuerdo en que cabe la realización imprudente, ¿por qué habría que manejar otra vara de medir con las lesiones que atentan contra la salud mental expresamente contempladas tanto en el art. 147 CP (lesiones dolosas) como, por remisión al precepto anterior, en el art. 152 CP (lesiones imprudentes)? Además, cabe pensar en ejemplos de lesiones psíquicas imprudentes de posible acaecimiento en la *praxis*. Me limitaré a aportar uno: David planea degollar a su mujer Verónica en la casa familiar aprovechando un momento en el que Jorge, su hijo de trece años, va al cine con unos amigos. Jorge vuelve a casa antes de lo previsto porque se le había olvidado la cartera y justo en el momento en que David degüella a Verónica, hecho que presencia y le provoca un shock postraumático. Los trastornos mentales ocasionados a los

imprevisibles aquellos daños psíquicos que el comportamiento delictivo principal ha desencadenado deberán estimarse irrelevantes¹²². De este modo, no penaríamos más a la persona que simple y llanamente atenta contra aquella víctima con peor sintomatología, solo a quien, dolosa o imprudentemente, escogió un método de ataque que, en tales circunstancias, podía perjudicar de un modo más severo la salud mental de esa particular víctima.

El caso del militar es radicalmente opuesto al anterior. Su extraordinaria resiliencia le blindó incluso ante las afectaciones psíquicas que habitualmente acompañan las detenciones ilegales. Si el autor, con anterioridad al encierro, estaba al tanto de ello, podía percatarse que la capacidad lesiva de la acción que aspiraba a realizar era objetivamente menor que en situaciones normales. Únicamente en tales circunstancias estaría el juez en condiciones de imponer motivadamente una pena inferior dentro del espacio de juego que el legislador le brinda¹²³. Comparativamente más complejo sería que el autor desconociese *ex ante facto* la inusual resiliencia de la víctima, lo cual parecería remitirnos a la estructura de la tentativa inidónea por el erróneo potencial lesivo que el autor le adscribía a su conducta típica.

La más punzante crítica que tal vez se le podría dirigir a las consideraciones anteriores es que permitir censurar con menor dureza comportamientos delictivos ejecutados contra víctimas más resilientes que otras constituiría una práctica con serios efectos criminógenos. A los potenciales autores les saldría más a cuenta, en términos de responsabilidad penal, atentar contra los intereses de esta clase de víctimas. Ello redundaría en su perjuicio porque el temor a volver a sufrir delitos de esa misma naturaleza se vería sensiblemente incrementado. Sin embargo, no resulta tan evidente que tales efectos criminógenos vayan a producirse. Pues, por lo general, a mayor exposición de la persona a contextos traumatizantes, peores serán, a la larga, las consecuencias psíquicas¹²⁴. Tómese como ejemplo el caso de la persona a la que se le somete a agresiones sexuales en repetidas ocasiones durante años. Y no sólo eso: la acumulación de esta clase de vivencias de forma prolongada en el tiempo puede terminar por desencadenar lo que en psicología se conoce por «trauma complejo»^{125/126}. Luego, que un sujeto

hijos menores de edad que presencian la muerte de su madre a manos de su padre han sido calificados por la jurisprudencia española como lesiones psíquicas (STS 103/2018, Penal, de 1 de marzo [ECLI:ES:TS:2018:612]). En Estados Unidos han recibido el nombre de «*bystander cases*». Vid. EISENBERG, *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, p. 626. Estos casos también han sido analizados en Alemania bajo la expresión «daños psíquicos desencadenados a propósito de atentados contra bienes jurídicos de terceros» (particularmente, familiares cercanos). Vid. STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 19-22. Particularmente, se posiciona a favor de la posibilidad de que se causen lesiones psíquicas imprudentes, BUBLITZ, *Rechtswissenschaft*, (2-1), 2011, pp. 54-55.

¹²² En esta línea, BUBLITZ, *Rechtswissenschaft*, (2-1), 2011, p. 54; STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 125-126. Igualmente, PERSAK, *International Journal of Law, Crime and Justice*, (63), 2020, p. 9, escribe que si la víctima desarrolla un trastorno de estrés postraumático por ser particularmente temerosa, el infractor individual no debería ser castigado con mayor dureza en tanto que no podía razonablemente conocer o esperar tales consecuencias. La autora citada aboga por tener en cuenta las previsibles consecuencias dañinas del acto.

¹²³ De otra opinión, BOGART, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-1), 1995, p. 170 quien duda de que violar a una víctima con una inusual resiliencia y un inusual apoyo social deba conllevar una sentencia judicial más benigna.

¹²⁴ Vid. MCFARLANE, «The long-term costs of traumatic stress: intertwined physical and psychological consequences», *World Psychiatry*, (9-1), 2010, p. 8.

¹²⁵ Vid. NIETO MARTÍNEZ/LÓPEZ CÁCERES, «Abordaje integral de la clínica del trauma complejo», *Clínica Contemporánea*, (7-2), 2016, pp. 87 ss.

¹²⁶ Lo que se ha considerado ha sido fundamentalmente el daño global causado por la repetición a lo largo del tiempo de comportamientos delictivos de igual naturaleza y en cuya producción cada uno de ellos contribuiría. Otra cosa sería el daño marginal de cada episodio adicional que probablemente sería menor en comparación con los anteriores.

cuenta inicialmente con una gran resiliencia, ni mucho menos garantiza que siempre seguirá manteniéndola, especialmente si se le somete en diversas situaciones a hechos delictivos como el de nuestro ejemplo. Puede que tras su primer encierro el militar no presentara ninguna preocupante sintomatología. Pero volver a encerrarlo una y otra vez quizás termine por generarle, en el peor de los casos, una claustrofobia. Estos daños psíquicos merecerían ser censurados penalmente de manera autónoma, con lo cual, la amenaza de imponer un castigo más severo seguiría constriñendo tanto al sujeto activo que aspira a repetir su conducta con esa misma víctima como a aquel otro que, albergando información sobre los encierros previos, pretende privarle de su libertad ambulatoria.

2.3. Los «casos puros» como «*hurtless but harmful crimes*» y supuestos comparativamente menos graves

Tras el conjunto de reflexiones hechas, es hora de volver a los «casos puros». Recordemos: nos encontramos ante supuestos bien específicos en los que la víctima concreta nunca descubre que fue victimizada por otro, con lo cual, la realización delictiva no desencadena ni siquiera los frecuentes daños psíquicos que, en circunstancias ordinarias, se producirían. La duda que debe disiparse es qué repercusiones jurídico-penales se derivan de ello.

Lo primero que cabe advertir es que es bueno no confundir algo que duele (*hurt*) con algo que daña (*harm*)¹²⁷. Expresamos que algo nos duele cuando sensorialmente sentimos ese dolor (p. ej., alguien clava a otro una punzante aguja en su brazo mientras está consciente). Es verdad que hay comportamientos penalmente dañinos que, con arreglo a sus características, duelen, en el sentido amplio del término, a quienes los soportan (p. ej., la angustia y el estrés sufridos por el individuo al que secuestran durante diez días). Estos «daños dolorosos» suelen denominarse «daños experienciales»¹²⁸. No obstante, como sabemos, también pueden producirse daños sin que la víctima sea consciente de ellos durante su transcurso e incluso tras él y que, por consiguiente, no experimente subjetivamente nada (p. ej., una persona graba subrepticamente a su vecina mientras se desnuda sin contar con su consentimiento y ella nunca se da cuenta). Tales «daños indoloros» habitualmente son identificados con el nombre de «daños no-experienciales»¹²⁹.

Pues bien, aquellos autores que parten de una lógica experiencial del principio del daño opinan que los «casos puros» contarían como *harmless crimes (rapes, trespasses, etc.)*¹³⁰, básicamente por faltar la traumática experiencia de la victimización. No obstante, parece desacertado

¹²⁷ Comparten esta distinción FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, pp. 45 ss.; DRANE/NEAL, «On Moral Justifications for the Tort/Crime Distinction», *California Law Review*, (68-2), 1980, p. 404; BELLIOTTI, *Posthumous harm. Why the dead are still vulnerable*, 2013, p. 11; TOMASINI, *Remembering and Disremembering the Dead*, 2017, p. 31.

¹²⁸ Utiliza esta expresión, p. ej., SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, p. 500.

¹²⁹ KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, p. 634 admite que es posible que se produzcan daños no experienciales y que si todos los daños penalmente relevantes fuesen experienciales serían difíciles de explicar aquellos que se originan fruto de los atentados sexuales cometidos mientras la víctima está inconsciente. Con todo, critica que el sistema de justicia penal frecuentemente trate igual a los sujetos activos del delito pese a saberse que estos han causado distintas dosis de daño experiencial o que incluso, en ocasiones, ignore por completo ese daño infligido a la víctima.

¹³⁰ GARDNER/SHUTE, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, p. 13; GARDNER, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, 2008, pp. 3 ss. También WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, pp. 107-112 quien cree incluso que la experiencia jugaría un rol en la fundamentación de los derechos subjetivos. Simpatiza asimismo con la visión experiencial HUSAK, «Gardner on the Philosophy of Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (29-1), 2009, pp. 184-185 aunque discrepa con que en los «casos puros» el autor no cause un daño a la víctima.

concluir que tales comportamientos son inocuos. Todo lo contrario: estos reúnen unas condiciones tales como para vulnerar de forma típicamente relevante un interés digno de protección jurídico-penal, sea, p. ej., la libertad sexual o la intimidad personal¹³¹. Lo característico de los «casos puros» es que la víctima no experimenta repercusión psíquica alguna, ni durante la ejecución delictiva ni tras la consumación. A lo sumo, tales daños no-experienciales cabría calificarlos como «comportamientos delictivos no hirientes pero sí dañinos» (*hurtless but harmful crimes*)¹³².

Que brille por su ausencia aquel daño psíquico que habitualmente acompañaría al hecho principal en modo alguno haría desaparecer la subyacente lesión de aquel bien jurídico amparado por el tipo penal preferente¹³³, razón más que suficiente para censurar los casos puros y negar la impunidad del acto del autor. En la doctrina angloamericana se han explorado otras vías distintas a la aquí transitada en aras de justificar por qué los «casos puros» tendrían que ser castigados. Una de las más sugerentes pivota en torno a la idea de los probables efectos criminógenos que conllevaría omitir criminalizarlos. Así lo cree GARDNER en relación con los *pure rapes*. Según este autor, si tales hechos no fueran prohibidos penalmente, el derecho de las personas (particularmente, de las mujeres) a la autonomía sexual sería vulnerado más a menudo, lo que incrementaría el miedo a ser tratadas como objetos sexuales¹³⁴. Esta opinión merece algunas observaciones. En primer lugar, se focaliza exclusivamente en el problema del daño público (concretamente, en su vertiente psicológico-social) y las víctimas potenciales, pasando por alto el reprochable y determinable daño personal infligido a la víctima concreta basado en la vulneración de su libertad sexual que tiene lugar aun cuando nunca lo experimente subjetivamente. Esto último bastaría para justificar la censura penal. Adicionalmente, la tesis examinada adolece de una limitación. Los «casos puros» son supuestos ciertamente inusuales que se caracterizan, en su mayoría, por no ser nunca descubiertos, con lo cual, parece difícil que parte de la ciudadanía vaya a intranquilizarse a propósito de su probable comisión¹³⁵. Sólo llegaría ese sentimiento de inseguridad a brotar cuando, permaneciendo la víctima concreta ignorante sobre que otro la victimizó, las autoridades tomen conocimiento de lo sucedido y, con el tiempo, también la ciudadanía por publicitarse los hechos (si bien no la víctima: p. ej., porque fallece).

De todos modos, es verdad que la ausencia de aquel daño psíquico que frecuentemente acompañaría al comportamiento delictivo principal permitiría enjuiciar como menos graves los «casos puros»¹³⁶. Me explico. Si el daño psíquico «mínimo» es tomado en consideración por el

¹³¹ En esta línea, SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 514 ss., 523-524. También, con buen criterio, precisa DUFF, «Harms and Wrongs», *Buffalo Criminal Law Review*, (5-1), 2001, p. 24, que una cosa es la violación de la intimidad, hecho que constituye ya un daño, y otra el sentimiento de la víctima al darse cuenta de ese daño.

¹³² Expresa DUFF, *Buffalo Criminal Law Review*, (5-1), 2001, p. 23 «(...) even if what you don't know can't hurt you, it can harm you».

¹³³ ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, p. 102, nm. 125d afirman que, sobre la base de la teoría del bien jurídico, es indiscutible que en los «casos puros» concurriría una lesión de tal. Por otro lado, concluye ALONSO ÁLAMO, «Sentimientos y Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (106), 2012, p. 94 que los bienes jurídicos se protegen con independencia de que la víctima experimente o pueda experimentar un determinado sentimiento.

¹³⁴ GARDNER, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, 2008, pp. 29-30.

¹³⁵ SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 508-509. También adopta una postura crítica HUSAK, *Oxford Journal of Legal Studies*, (29-1), 2009, p. 186.

¹³⁶ De esta opinión, HUSAK, *Oxford Journal of Legal Studies*, (29-1), 2009, pp. 184-185. Igualmente, KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, p. 634 compara el caso de una víctima que es violada y guarda terribles recuerdos de

legislador al momento de definir el marco penal del tipo penal principal, dado que tal configuración se efectúa atendiendo a la fisonomía regular de la realización típica¹³⁷, faltando éste, las consecuencias jurídico-penales deberán ser desiguales en comparación a cuando se produzca. Ello debería ser considerado por el juez, con base en el art. 66 CP, en la fase de determinación judicial de la pena en aras de imponer, dentro de ese marco abstracto, una pena menor a la que ordinariamente correspondería¹³⁸. Los «casos puros» representarían, en rigor, la hipótesis contraria a los supuestos de hecho acompañante típico precisamente por no reflejarse éste en el supuesto concreto.

Por lo demás, si en los «casos puros» resulta que brilla por su ausencia un daño civilmente relevante que indemnizar, a diferencia de cuando la acción delictiva del autor sí afecta psíquicamente a la víctima en su calidad de daño experiencial, cabría establecerse sin problemas responsabilidad penal, a la luz de lo que ya comentamos, mas no responsabilidad civil *ex delicto*¹³⁹, a no ser que haya lugar para fijar una indemnización en virtud de los daños morales ocasionados a los familiares de la víctima. También a la victimología no le quedaría otra que hacerse a un lado, básicamente porque no habría desvictimización en la que trabajar, salvo la de las víctimas secundarias, si es que hubiese alguna.

2.4. A modo de excuso: los «falsos casos puros»

Importa advertir, en clave de excuso, que se ha de evitar confundir los «casos puros» con aquellos otros supuestos a los que podríamos dar el nombre de «falsos casos puros». Es decir, contextos en los que, a primera vista, pareciese que la víctima no soporta ningún daño experiencial pese a que, en realidad, sí llega a producirse uno. Pienso fundamentalmente en las agresiones sexuales cometidas mediante una sumisión química de la víctima tal como para acarrearle la anulación total de su voluntad durante el transcurso de los hechos. En el ámbito angloamericano es lo que se conoce por «*drug-facilitated sexual assault*»¹⁴⁰.

esa experiencia con el de aquella otra que es violada mientras está inconsciente y nunca experimenta efecto negativo alguno por el crimen ya que tan siquiera lo descubre. En su opinión, el violador de la primera víctima probablemente sería más culpable que el de la segunda, puesto que causó, y seguramente tuvo intención de causar, mucho más daño experiencial.

¹³⁷ GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, 1995, p. 386.

¹³⁸ Expone HÖRNLE, *Buffalo Criminal Law Review*, (3-1), 1999, p. 193 que el grado de daño provocado puede ser determinado en función del *quantum* de daño emocional o mental sufrido por la víctima.

¹³⁹ HORTAL IBARRA, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o como “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014, p. 17 apunta que la doctrina civil y penal barajan varios argumentos para fundamentar la naturaleza exclusivamente civil de la responsabilidad civil *ex delicto*. Entre otras cuestiones, se sostiene que dicha responsabilidad no deriva de la infracción penal, sino del daño producido como consecuencia de su comisión, y en coherencia con lo anterior, se entiende que sólo nace en los supuestos en que el delito comporta un daño o perjuicio efectivo a la víctima. Particularmente, escribe YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos, efectos o consecuencias*, 5ª ed., 2019, p. 33 que es el daño en sí mismo lo que hace nacer la obligación de reparar, con absoluta independencia de que la conducta en cuestión sea o no delictiva. También GÓMEZ LIGÜERRE, en *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., 2017, p. 33 pone de manifiesto que el daño es necesario para que nazca la obligación de reparar y, a la vez, determina su contenido y la magnitud de la responsabilidad.

¹⁴⁰ Suelen distinguirse aquellas sumisiones químicas que anulan totalmente la voluntad de la persona de aquellas otras que solo la disminuyen si bien tan intensamente como para dificultar seriamente que la víctima se oponga al hecho. En estos momentos interesa la primera categoría por ser la más radical de todas y sembrar dudas en torno a la cuestión de la experiencia subjetiva de la víctima que conviene resolver. Al respecto, en más detalle, *vid.* GREEN, «La antijuridicidad de las agresiones sexuales facilitadas por la ingesta de drogas y alcohol», en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, 2023, pp. 127 ss.

Con carácter previo a la reforma legal de septiembre de 2022 esta clase de atentados contra la libertad sexual constituían *ex lege* abusos sexuales. En aquel momento, parte de la doctrina creía que semejante calificación jurídica carecía del más mínimo sentido al constituir la sumisión química una forma de violencia más¹⁴¹. Sonaba altamente contraintuitivo que, a ojos del legislador penal, contase como violencia privar de sentido a la víctima mediante un fuerte golpe pero no a partir del recurso a fármacos, drogas o cualquier otro tipo de sustancia, sobre todo a la vista de que la jurisprudencia venía aceptando la sumisión química como una modalidad de violencia en el delito de robo (entre otras, STS 615/2019, Penal, de 11 de diciembre [ECLI:ES:TS:2019:3936], STS 627/2011, Penal, de 21 de junio [ECLI:ES:TS:2011:4027], STS 1332/2004, Penal, de 11 de noviembre [ECLI:ES:TS:2004:7289]). Afortunadamente el legislador corrigió con creces su error y ahora la agresión sexual mediante sumisión química no sólo constituye una forma de agresión sexual sino que figura en el catálogo de subtipos agravados, concretamente en el art. 180.1.7º CP. Para ser más exactos, se castiga con mayor dureza causar la pérdida de conciencia de la víctima o del control sobre sus propios actos, no aprovecharse de la privación de sentido provocada por ella o por terceras personas con quienes el autor nada haya concertado, tal como señala la CFGE 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Pese a compartir su calificación como agresión sexual, LASCURAÍN SÁNCHEZ ha manifestado su disenso con que la sumisión psíquica sea ahora sancionada con más pena que la violencia física. A su parecer, la sumisión química es tan violencia como la física, pero no más, con lo cual, deberían ser tratadas penológicamente por igual¹⁴². Mi impresión es que aún cabe salvar los muebles al legislador. Particularmente, sosteniendo que el subtipo agravado del art. 180.1.7º CP, que castiga más severamente al autor que anula la voluntad de la víctima mediante fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, halla su razón de ser en que la agresión sexual mediante sumisión química guarda una analogía estructural con la del asesinato por alevosía circunstancial¹⁴³.

Administrar, p. ej., anestesia general a la víctima y acabar con su vida mientras se encuentra en un estado de inconsciencia garantizará que el daño que se le infija sea no-experiencial. Pero un asesinato por alevosía circunstancial como éste sería censurado con penas más severas que el homicidio con base en algo que nada tiene que ver con la experiencia subjetiva de la víctima, a diferencia del asesinato por ensañamiento, basado precisamente en el aumento deliberado e inhumano de un dolor objetivamente innecesario para causar la muerte¹⁴⁴. El fundamento de la

¹⁴¹ Por todos, con amplias referencias, *vid.* SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, «El concepto de violencia y el problema de la sumisión química en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España)», *Revista Electrónica de Estudios Penales y Seguridad*, (5 especial), 2019, p. 19, nota a pie de página nº 54.

¹⁴² LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», *Almacén de Derecho*, 2022, p. 5; EL MISMO, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, 2023, p. 59.

¹⁴³ De hecho, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, 2023, p. 58, reconoce que en la sumisión química habría un comportamiento alevoso.

¹⁴⁴ En el asesinato por ensañamiento la víctima necesariamente ha de experimentar ese dolor adicional y objetivamente innecesario. Por eso mismo, si p. ej., el autor le prende fuego cuando ya se halla muerta o inconsciente no cabrá incardinar su comportamiento en un delito de asesinato por ensañamiento. Para ello, deberá haber sufrido por estar viva y consciente. En este sentido, véase la STS 559/2020, Penal, de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3655) o la STS 223/2019, Penal, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1415). También, *vid.* MIR

alevosía, en general, residiría en el empleo por el sujeto activo de un medio de ataque que persigue privar a la víctima de la oportunidad de defenderse¹⁴⁵.

Con la agresión sexual perpetrada gracias a una sumisión química de la víctima de un carácter tal como para doblegar por completo su voluntad es cierto que no puede concluirse que exista daño experiencial, cuando menos, durante la ejecución delictiva. Al fin y al cabo, la víctima permanece inconsciente, sea momentos antes de lo ocurrido o poco después de dar comienzo el ataque¹⁴⁶. Tras ello, es habitual que la víctima, aturdida y desorientada, sufra episodios de amnesia fruto de las sustancias suministradas subrepticamente, lo que le dificultará recordar qué fue lo que ocurrió¹⁴⁷. Ello ha dado pie a que haya quien erróneamente piense que las víctimas de esta clase de atentados no sufren igual que otras¹⁴⁸. Sin embargo, es precisamente la impotencia, el horror y la humillación sentidas por no ser capaz de reconstruir qué sucedió y quién fue el responsable de los hechos, así como las dificultades de lidiar con este *gap* en su memoria, lo que contribuye al desarrollo de un trauma por la víctima, máxime si, como acontece a veces, ésta halla signos de violencia sexual pretérita ejercida sobre su persona (p. ej., ropas rasgadas, restos de esperma o fisuras vaginales)¹⁴⁹. Incluso, algunas víctimas amnésicas pueden llegar a volver a experimentar sensaciones físicas y emocionales perturbadoras cuando partes de la memoria traumática emergen en clave de recuerdos intrusivos a propósito de un determinado estímulo vinculado con el trauma¹⁵⁰. La víctima de una agresión sexual ejecutada mediante sumisión química sí padece, por tanto, una experiencia traumática post-consumativa que bastaría para descartar su inclusión en los «casos puros». De todos modos, como ocurre con el asesinato por alevosía, la cuestión de la experiencia subjetiva de la víctima tampoco sería aquí determinante para entender esta concreta forma de ejecución. El ingrediente añadido de la sumisión química no es otro que el uso de un medio orientado a generar indefensión frente al atentado contra la libertad sexual, esto es, un mecanismo alevoso idóneo para dejar a la víctima a merced del sujeto activo¹⁵¹. La víctima no se encuentra en condiciones de resistirse, pedir ayuda o tratar de escapar debido a que la condición en la que le deja el autor –en los supuestos de anulación total de la voluntad: inconsciente e inmóvil– se lo imposibilita¹⁵².

Ante lo dicho, podrían objetarse tres cuestiones. En primer lugar, que la lógica de la alevosía no se circunscribe únicamente a aquellos supuestos en los que el autor provoca la indefensión de

PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Art. 22», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (coords.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, 2015, p. 140.

¹⁴⁵ Vid. MASIP DE LA ROSA, *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 13 ss.

¹⁴⁶ Distinto sería que la sustancia administrada limitara gravemente la voluntad de la víctima pero no hasta el punto de colocarla en un estado de inconsciencia: en tal caso, sí cabría apreciar un daño experiencial en la fase ejecutiva.

¹⁴⁷ FIELD *et al.*, «Drug-facilitated sexual assault, impaired trauma memory, and implications for mental health treatment», *European Journal of Psychotraumatology*, (13-1), 2022, pp. 2 ss.

¹⁴⁸ Este tipo de sesgadas percepciones sobre el problema analizado se recogen en FITZGERALD/RILEY, «Drug-Facilitated Rape: Looking for the Missing Pieces», *National Institute of Justice Journal*, (abril), 2000, p. 12.

¹⁴⁹ FIELD *et al.*, *European Journal of Psychotraumatology*, (13-1), 2022, p. 12; FITZGERALD/RILEY, «Drug-Facilitated Rape: Looking for the Missing Pieces», *National Institute of Justice Journal*, (abril), 2000, pp. 11-12.

¹⁵⁰ FIELD *et al.*, *European Journal of Psychotraumatology*, (13-1), 2022, pp. 12-13.

¹⁵¹ Con razón, acerca de la agresión sexual mediante sumisión química, comenta SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, *Revista Electrónica de Estudios Penales y Seguridad*, (5 especial), 2019, p. 21 «(...) no puede desdenarse el carácter alevoso del medio, pues se dirige a asegurar la ejecución del delito y a eliminar las posibilidades de defensa de la víctima». En este mismo sentido, AGUSTINA/PANYELLA-CARBÓ, «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *Política Criminal*, (15-30), 2020, p. 531.

¹⁵² Vid. FITZGERALD/RILEY, *National Institute of Justice Journal*, (abril), 2000, p. 12.

la víctima, también se aprecia cuando el autor aguarda a la víctima hasta que se encuentra en esa situación tan desventajosa para ella (p. ej., el sujeto activo controla sus movimientos durante horas para atacarla justo cuando se encuentra dormida). Si bien es cierto que ambas modalidades constituirían formas de alevosía, no es menos cierto que una resultaría comparativamente más censurable que la otra. No parece equiparable desencadenar activamente la situación de indefensión que esperar a que ocurra en virtud de circunstancias que se hallan fuera del control del autor. Reconozco que, en puridad, el subtipo agravado del art. 180.1.7º CP estaría abarcando exclusivamente la versión más grave de la alevosía. En segundo lugar, también cabría expresar que es perfectamente posible imaginar situaciones en las que la indefensión de la víctima sea producto de un acto de violencia física previo (p. ej., noquearla por la espalda con un palo de madera para, una vez inconsciente, agredirla sexualmente). Efectivamente, en tales contextos, también debería apreciarse un comportamiento alevoso, de modo que, en aras de captar el desvalor total del hecho, sería oportuno castigar al autor por un delito de agresión sexual acompañado de la agravante genérica de alevosía prevista en el art. 22.1ª CP. De este modo, los marcos de pena entre el empleo de sumisión química y aquella violencia física basada en una táctica alevosa se aproximarían considerablemente. Para terminar, no puede pasarse por alto que en un porcentaje significativo de casos de delincuencia sexual la víctima, aunque sea consciente de lo que sucede, será incapaz de moverse o incluso de gritar durante el desarrollo de los hechos debido a un fenómeno denominado «inmovilidad tónica»¹⁵³. Cuando eso ocurre, me parece que no cabría expresar, en general, que el autor del delito fue quien provocó ese estado de indefensión con tal de apreciar alevosía en su conducta¹⁵⁴, a diferencia de los supuestos de sumisión química, sino que ello constituiría una respuesta involuntaria de la víctima de base neurobiológica ante el ataque perpetrado. Eso sí, la explicación científica del porqué de la falta de ejercicio de resistencia por la víctima de agresión sexual debería bastar para refutar el tan criticable argumento «si no se resistió, entonces, consintió».

3. Empeoramiento del bienestar individual de la víctima a raíz de la comisión del delito

3.1. El empeoramiento del bienestar individual de la víctima que el delito acarrea y el reto que los «casos puros» representan para esta concepción

Definidos los contornos de la noción de daño penal y, a partir de ahí, efectuadas las consideraciones que los «casos puros» nos merecen, llega el momento de preguntarse, como hace TRUCCONE, qué significa exactamente que alguien haya sufrido un daño¹⁵⁵. En el Derecho penal angloamericano la fórmula por excelencia utilizada tradicionalmente para tales fines ha

¹⁵³ Vid. MARX/FORSYTH/GALLUP/FUSÉ/LEXINGTON, «Tonic immobility as an evolved predator defense: Implications for sexual assault survivors», *Clinical Psychology: Science and Practice*, (15-1), 2008, pp. 74-90.

¹⁵⁴ Quiero decir con esto que, en principio, no cabría reprocharle al autor del delito el empleo de un específico medio de ataque dirigido a generar indefensión a la víctima, sin perjuicio de que evidentemente sí se le pueda atribuir aquella agresión sexual, a propósito de la cual, la víctima sufre dicha parálisis que le imposibilita defenderse. Admito, no obstante, que el fenómeno de la inmovilidad tónica sí plantea un reto desde la lógica defendida: aquellos supuestos en los que el autor somete químicamente a la víctima con tal de garantizar su indefensión pese a que ésta, incluso si hubiese permanecido consciente a lo largo de la ejecución de la agresión sexual, tampoco se hubiese podido defender debido al estado de pánico que probablemente hubiese experimentado.

¹⁵⁵ TRUCCONE, *Política Criminal*, (12-24), 2017, p. 1201.

sido la tesis comparativa contrafáctica del daño¹⁵⁶ propuesta por FEINBERG¹⁵⁷ que reza como sigue: X daña a Y si y solo si Y termina en peores condiciones de como estaría si X no hubiese llevado a cabo su conducta. Se trata de una tesis comparativa porque obliga a comparar dos estados de cosas y es contrafáctica en tanto que uno de ellos es formulado en clave hipotética («aquello que hubiese ocurrido si...»). Siguiendo esta fórmula, si A mutila el brazo a B, B estará en peor condición de la que estaría si A hubiese omitido actuar así, puesto que le faltaría un componente de su integridad física que, por lo general, valoramos positivamente. Podemos concluir, por ello, que A ha dañado a B.

La satisfacción de este criterio, que recuerda sobremanera a la clásica fórmula de la *conditio sine qua non*, evidentemente no basta para imputar a alguien responsabilidad penal. Causar un daño a otro se revela insuficiente para tales fines. La doctrina angloamericana exige la producción de un daño ilícito (*wrongful harm*)¹⁵⁸. Mientras, en la doctrina continental expresamos que no cualquier lesión del bien jurídico cuenta (p. ej., la provocada como consecuencia de un acto reflejo)¹⁵⁹, sólo aquella que sea antijurídica y culpable. Esto es: una lesión del bien jurídico producida a raíz de la concreción de un riesgo desaprobado cuya creación le es imputable objetiva y subjetivamente a un agente, a lo que habría que añadir la ausencia de causas de justificación e inimputabilidad.

Aparte, la tesis comparativa contrafáctica del daño no ha sido precisamente la panacea al toparse con importantes desafíos que la han colocado contra las cuerdas. Algunos de los más significativos son el problema de la no identidad introducido por PARFIT¹⁶⁰ o el de los resultados sobre-condicionados¹⁶¹. No es objetivo de este texto valorar ni la pertinencia de la tesis mencionada ni cuán prometedoras son el resto de alternativas sugeridas frente a sus limitaciones¹⁶². Me conformo con destacar de esta tesis, así como, por extensión, de aquellas otras próximas a ella, que se ponga el acento en un aspecto que, como avancé en otro apartado, estimo fundamental: el empeoramiento que la conducta delictiva acarrea para la vida de la víctima concreta¹⁶³, en el sentido de perjudicar su bienestar individual^{164/165}.

¹⁵⁶ DE VILLIERS-BOTHA, «Harm: The counterfactual comparative account, the omission and pre-emption problems, and well-being», *South African Journal of Philosophy*, (37-1), 2018, p. 2, comenta que esta tesis a menudo es considerada la definición de daño más plausible ofrecida actualmente.

¹⁵⁷ FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, p. 31.

¹⁵⁸ HÖRNLE, en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 688; SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, p. 512.

¹⁵⁹ Según advierte LASCURAÍN SÁNCHEZ, *ADPCP*, (60) 2007, p. 132 «que un bien sea un bien jurídico-penal no significa que todo proceso de deterioro o menoscabo del mismo sea delito».

¹⁶⁰ PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, pp. 351 ss.

¹⁶¹ BARRY/ØVERLAND, «Individual responsibility for carbon emissions. Is there anything wrong with overdetermining harm?», en MOSS (ed.), *Climate Change and Justice*, 2015, pp. 1-20.

¹⁶² Sobre algunas de las mencionadas tesis alternativas del daño a propósito del problema de la no identidad, *vid.* TRUCCONE BORGOGNO, «Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto del daño», *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38), 2015, pp. 473 ss.

¹⁶³ Esta afirmación se efectúa pensando en aquellos delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales, no en aquellos otros que lesionan bienes jurídicos colectivos, en cuyo caso, esa afectación negativa del bienestar personal parecería ser, más bien, indirecta. Dicha limitación no tendría por qué minusvalorar el potencial explicativo de la tesis sostenida ya que, como apunta HÖRNLE, *Juristen Zeitung*, (19), 2006, p. 952, la idea de formular una doctrina uniforme del castigo para toda clase de delito resulta incorrecta.

¹⁶⁴ Entre otros, VON HIRSCH/JAREBORG, «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies*, (11-1), 1991, p. 7; HOLTUNG, «The Harm Principle», *Ethical Theory and Moral Practice*, (5), 2002, p. 364; SØBIRK PETERSEN, «Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle», *Res Publica*, (20), 2014, p. 201; PERSAK, *International Journal of Law, Crime and Justice*, (63),

Las conductas delictivas conllevan, en efecto, una transformación negativa de la realidad¹⁶⁶, empezando por el constatable menoscabo de un sustrato material digno de protección jurídico-penal como es el bien jurídico del que el sujeto pasivo es titular¹⁶⁷. De tal modo, el delito empeora, por lo general, la vida de quien lo sufre, frustrando sus oportunidades y expectativas (en definitiva: autorrealización personal)¹⁶⁸, representando para ella, en algunos casos, un verdadero punto de inflexión que marca un antes y un después¹⁶⁹. Y no sólo eso: también, en cierta medida, el delito repercute perniciosamente en el bienestar de la ciudadanía por contribuir a generar esa presumible sensación de inseguridad de la que hablamos cuando exploramos el daño social. Desde esta óptica, creo que para entender adecuadamente qué significa mermar los intereses de alguien, conviene concretar qué concepto de bienestar se está manejando¹⁷⁰. Es decir, no creo que pueda entenderse de manera completa qué significa que la víctima ha soportado un daño de relevancia penal si antes no se aclara qué ha de entenderse exactamente por aquel bienestar individual en el que el delito repercute negativamente. Justo en este punto es donde creo que podría tenderse un puente entre la teoría del delito y las teorías filosóficas del bienestar¹⁷¹.

El aspecto señalado no es baladí para nuestros propósitos. Como es sabido, los «casos puros» cuentan con la peculiaridad de que la víctima ignora que ha sido victimizada, con lo cual, no padece ningún tipo de daño psíquico a raíz del fenómeno delictivo. Por eso mismo, interesa disipar la duda de si acaso pueden llegar a acontecer empeoramientos del bienestar personal no-experienciales. Es decir, si cabe que el bienestar de una persona vaya a peor a raíz de un evento delictivo sin que tal empeoramiento sea experimentado subjetivamente por aquella. Según se tendrá ocasión de desarrollar, a ojos del hedonismo prudencial, que es la teoría del bienestar experiencial por excelencia, lo defendido resultaría insostenible. En el próximo apartado me propongo analizar si el hedonismo prudencial estaría o no en lo cierto¹⁷².

2020, p. 3; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 226 ss., FERNÁNDEZ ALLE, «Concepto y principio de daño», *Latin American Legal Studies*, (7), 2020, pp. 101 ss.

¹⁶⁵ Señala HÖRNLE, en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 688 que muchos penalistas están de acuerdo en que el daño implica alguna clase de pérdida o empeoramiento.

¹⁶⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *ADPCP*, (60), 2007, p. 141.

¹⁶⁷ Con esta afirmación se está presuponiendo que el concepto de bien jurídico no se reduce a un mero valor social tutelado jurídico-penalmente (el valor «vida», «propiedad», «salud», etc.), esto es, una versión espiritualizada del mismo, sino que encierra una realidad concreta que socialmente es valorada de manera positiva. Es decir, un concepto material y determinable. De esta opinión, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 174, nm. 42. Distingue la noción espiritualizada de bien jurídico de la noción material y se decanta por esta última ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 83 ss.

¹⁶⁸ En este sentido, RAZ, «Autonomy, Toleration and the Harm Principle», en MENDUS (ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and historical perspectives*, 1988, pp. 169-170. Habla también de la afectación de las posibilidades de autorrealización del individuo a causa del delito SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, 2ª ed., pp. 430-431.

¹⁶⁹ En este sentido, en relación con las víctimas de agresiones sexuales, STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 80.

¹⁷⁰ De esta opinión, HOLTUNG, *Ethical Theory and Moral Practice*, (5), 2002, pp. 364 ss.; SØBIRK PETERSEN, *Res Publica*, (20), 2014, p. 201.

¹⁷¹ Entiende que es importante que tanto los penalistas como los civilistas (concretamente, los expertos en Derecho civil de daños) se preocupen más por la cuestión del bienestar SARCH, «Well-being and the law», en HIROSE/OLSON (eds.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 479 ss.

¹⁷² No es propósito de este texto examinar las bondades e inconvenientes del hedonismo, sólo analizar un aspecto en concreto: su concepción experiencial del bienestar individual. Una de las más completas

3.2. ¿En serio solo importa el placer y el dolor? Una revisión del requisito de la experiencia defendido por el hedonismo prudencial en relación con el concepto de bienestar individual

El hedonismo es una corriente de pensamiento que coloca el punto de mira en la idea de la felicidad del individuo. Aunque vinculadas entre sí, suelen distinguirse, al menos, cuatro variantes del hedonismo en función de cuál sea el nivel de análisis: el hedonismo psicológico, el hedonismo ético, el hedonismo axiológico y el hedonismo prudencial¹⁷³. El hedonismo psicológico sostiene, en términos descriptivos, que aquello que guía el actuar del ser humano es el deseo de buscar placer y evitar dolor porque esto es lo que le permite llegar hasta la felicidad. El hedonismo ético, en términos prescriptivos, defiende que, ante una situación dada, la acción correcta que hay que llevar a cabo es aquella que aporta placer a la persona. El hedonismo axiológico entiende que es intrínsecamente valioso aquello que produce placer al individuo, ya que lo aproxima a la felicidad, mientras que es intrínsecamente disvalioso aquello otro que le causa dolor, porque le aparta de ella¹⁷⁴. Finalmente, tenemos al hedonismo prudencial al que le preocupa el tan discutido problema del bienestar individual (o valor prudencial). Justo esta última variante es la que nos debe interesar en esta sede. Según el hedonismo prudencial, el placer, que es intrínsecamente bueno, hace que la vida de un agente vaya mejor, mientras que el dolor, que es intrínsecamente malo, la empeora¹⁷⁵. Esta forma de ver las cosas se aparta de la óptica asumida por otras teorías del bienestar: la teoría basada en el cumplimiento de deseos¹⁷⁶ y las teorías del listado objetivo¹⁷⁷. Mientras que la primera mide el bienestar individual a partir de los deseos previamente definidos que la persona logra cumplir (p. ej., ser el número uno de la promoción), la segunda hace lo propio a partir de la posesión por el sujeto de una serie de bienes con valor objetivo (p. ej., no sólo el placer, también la amistad o el conocimiento).

Conforme a lo que adelanté más arriba, es lugar de consenso identificar al hedonismo prudencial como el máximo y más conocido representante de las teorías del bienestar

compilaciones de objeciones contra el hedonismo, con su respectiva réplica personal, puede encontrarse en FELDMAN, *Pleasure and the Good of Life*, 2004, pp. 38 ss.

¹⁷³ Vid. KAGAN, *Normative Ethics*, 1998, p. 31; WEIJERS, «Hedonism», *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2011, pp. 1 ss.; MOORE, «Hedonism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, pp. 1 ss.

¹⁷⁴ En la llamada teoría de los valores o axiología es común distinguir entre valor intrínseco (o valor final) y valor instrumental (o valor no-final). Cuenta como valor intrínseco aquello que posee valor de por sí y que, por tanto, cabe estimar un fin en sí mismo. Según los hedonistas, la felicidad sería un valor intrínseco porque, una vez alcanzada, no conduciría hacia nada más. Por contraste, el valor instrumental es aquel que sólo tiene valor en tanto que permite acceder a algo que, en sí, goza de valor. Es decir, es un medio que permite llegar hasta un determinado fin. Las monedas fiat (euros, dólares, etc.) son el paradigma de lo que entendemos por valor instrumental. En sí mismas, no valen prácticamente nada (a lo sumo, el ínfimo valor económico que se le adscriba en consideración a su coste de su producción y posterior circulación en el mercado). Su valor se determina con arreglo a los productos que nos permiten adquirir y los servicios que nos permiten contratar. Cfr. RABINOWICZ/RONNOW-RASMUSSEN, «Value Taxonomy», en BROSC/SANDER, (eds.), *Handbook of Value. Perspectives from Economics, Neuroscience, Philosophy, Psychology and Sociology*, 2016, pp. 30 ss.; RONNOW-RASMUSSEN, «Intrinsic and Extrinsic Value», en HIROSE/OLSON (eds.), *The Oxford Handbook of Value Theory*, 2016, pp. 30 ss.

¹⁷⁵ Tanto el placer como el dolor son entendidos por el hedonismo en un sentido amplio. Mientras que el placer abarcaría cualquier experiencia o sentimiento placenteros (alegría, gratificación, tranquilidad, etc.), el dolor englobaría cualquier experiencia o sentimiento dolorosos (tristeza, angustia, miedo, etc.). Cfr. MOORE, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, p. 1.

¹⁷⁶ HEATHWOOD, «Desire-fulfillment theory», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 135 ss.

¹⁷⁷ No hay una sola teoría del listado objetivo sino varias, cada cual con sus peculiaridades. Al respecto, vid. FLETCHER, «Objective list theories», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 148 ss. Uno de sus máximos representantes es PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, pp. 499 ss.

experienciales¹⁷⁸, entendiéndose por tales aquellas que propugnan que un suceso puede repercutir en el bienestar de un agente si y sólo si la persona lo experimenta¹⁷⁹. Recordemos: el hedonismo se sirve exclusivamente del placer y el dolor para medir el nivel de bienestar de un agente porque, a ojos de esta corriente de pensamiento, el placer es el único bien prudencial básico y el dolor el único mal prudencial básico¹⁸⁰. Y ambos son sensaciones internas pertenecientes a la familia de los estados mentales¹⁸¹ que han de ser experimentadas de manera consciente por el agente¹⁸² (*rectius*: ser sintiente¹⁸³), de manera que si éste desconoce un evento que suscita placer (p. ej., una fiesta de cumpleaños sorpresa) o dolor (p. ej., una traición), no habrá forma de que experimente uno u otro¹⁸⁴, en cuyo caso, su bienestar, a ojos del hedonismo, permanecerá intacto. El hedonismo vendría a hacer suyo así el llamado «requisito de la experiencia»¹⁸⁵, de acuerdo con el cual, los sucesos pueden ser buenos o malos para alguien únicamente si repercuten en su experiencia consciente. Es decir, el hedonismo, presumiendo que el placer y el dolor son los únicos factores a tener en consideración, determina el bienestar individual desde una óptica estrictamente experiencial: para alterar el bienestar de alguien hace falta que el sujeto experimente conscientemente el suceso acontecido. Todo lo que importa, según el hedonismo prudencial, es la experiencia.

El mentado requisito de la experiencia defendido por el hedonismo prudencial ha ganado importantes detractores en los últimos tiempos. La más citada propuesta teórica presentada con el fin de cuestionar la idea de que lo único que importa en aras de medir el bienestar individual son el placer y el dolor sentidos es el experimento mental de la máquina de las experiencias introducido por NOZICK¹⁸⁶ del que tanto han discutido los expertos en teorías del bienestar y que, para colmo, sirvió como una de las fuentes de inspiración del universo *Matrix*¹⁸⁷. El experimento mental iría como sigue. Imaginemos que un grupo de neurólogos inventa una máquina capaz de brindar al sujeto que se conecte a ella cualquier tipo de experiencia (p. ej., ganar un Óscar o ser una estrella del rock). La máquina estimula el cerebro

¹⁷⁸ Así lo creen VAN DER DEIJL, «The sentience argument for experimentalism about welfare», *Philosophical Studies*, (178), 2021, pp. 187-190; MACKENZIE «Experientalist Theories of Well-Being», *Qualia Institute Research*, 2021, p. 2. Comenta GREGORY, «Hedonism», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 113 que el hedonismo hace depender completamente el bienestar de cómo se siente uno.

¹⁷⁹ VAN DER DEIJL, *Philosophical Studies*, (178), 2021, pp. 187-190; RODOGNO, «Prudential value or well-being», en BROSCHE/SANDER (eds.), *Handbook of Value. Perspectives from Economics, Neuroscience, Philosophy, Psychology and Sociology*, 2016, p. 290.

¹⁸⁰ Es por ello que el hedonismo es considerado una teoría monista frente a teorías pluralistas como la teoría del listado objetivo, para la cual, existirían un conjunto de bienes y males básicos. Vid. LIN, «Monism and Pluralism», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 331 ss.

¹⁸¹ GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones sin sentimentalismo*, 2020, pp. 39-40; PINEDA, *La mente humana. Introducción a la filosofía de la psicología*, 2012, p. 51.

¹⁸² Señala KAHANE, «Pain, experience, and well-being», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 213, que carece de sentido pensar que alguien puede sufrir intensamente sin ser consciente de ello.

¹⁸³ En el concepto de seres sintientes se integrarían tanto los seres humanos como los animales que en España, desde el año 2021, son calificados como tales por el art. 333 bis. 2 CC. Quedarían fuera los objetos inanimados (p. ej., una piedra o un coche). Cfr. VAN DER DEIJL, *Philosophical Studies*, (178), 2021, pp. 192-193.

¹⁸⁴ Vid. WEIJERS, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2011, p. 6; GREGORY, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 114.

¹⁸⁵ VAN DER DEIJL, *Philosophical Studies*, (178), 2021, p. 187; CRISP, «Well-being», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, p. 8; HAWKINS, «The experience machine and the experience requirement», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 364-365.

¹⁸⁶ NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 2013 (1974), pp. 58 ss.,

¹⁸⁷ Vid. GRAU, «Bad Dreams, Evil Demons, and the Experience Machine: Philosophy and the Matrix», en GRAU (ed.), *Philosophers Explore the Matrix*, 2005, pp. 18-22.

de un modo tal como para que las experiencias sean sentidas como reales. Además, una vez conectado, el sujeto no recuerda donde está, con lo cual, cree erradamente que sus vivencias están ocurriendo de verdad pese a que no sea así. NOZICK pregunta al lector: ¿te conectarías a la máquina de las experiencias o permanecerías en la realidad? Expresado en términos matrixianos, ¿qué píldora tomarías? ¿la azul o la roja? El filósofo norteamericano asevera que la mayoría de personas preferiría no conectarse a la máquina porque no sólo nos importa aquello que experimentamos, sino que también deseamos vivir en contacto con la realidad y esto es algo que el hedonismo no logra captar. Si resulta que los seres humanos le damos importancia a algo más que a la experiencia, como es permanecer en contacto con la realidad, el hedonismo, en su condición de teoría experiencial, se equivocaría¹⁸⁸.

Desde que fue propuesto, el experimento mental de la máquina de las experiencias de NOZICK ha dado mucho que hablar entre los filósofos del bienestar. Y no han faltado quienes han formulado alguna que otra objeción contra él.

En primer lugar, a NOZICK se le ha criticado dar por sentado lo que la gente piensa sin llevar a cabo ni una sola comprobación empírica con miras a examinar si su opinión sería compartida por el resto¹⁸⁹. Es justo aquí donde se daría el salto de la tradicional filosofía de sillón, basada en una mera reflexión teórica, a la filosofía experimental, cuyo método, propio de ciencias como la psicología, se caracterizaría por efectuar una comprobación empírica en aras de validar o refutar una hipótesis¹⁹⁰. Ciertamente NOZICK incurre en el error de generalizar su propio punto de vista, presumiendo que lo que él haría –no conectarse a la máquina de las experiencias– es exactamente el modo como actuaría buena parte de la gente. No obstante, invalidar la presunción de que la mayoría de personas compartirían la opinión del filósofo estadounidense no obliga a restar capacidad de rendimiento a la objeción que trata de efectuar contra las bases del hedonismo prudencial. Bastaría con concluir que no podemos tomar en serio la «intuición de sillón» de NOZICK¹⁹¹.

Seguidamente, la forma en la que NOZICK introduce el experimento mental tampoco ha terminado de convencer. Hay quien cree que la persona a la que se le trasladaría la pregunta inicialmente formulada terminaría por ser presa de un sesgo de *statu quo*¹⁹² al momento de contestar que sí que preferiría permanecer en el mundo real¹⁹³. Desde la psicología cognitiva se ha explicado que a los seres humanos no nos suelen gustar los cambios. El refranero español lo

¹⁸⁸ A esto se le ha llamado la objeción de la no-necesidad porque cuestiona que lo único bueno sea el placer y que lo único malo sea el dolor. Cfr. MOORE, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, pp. 13 ss.

¹⁸⁹ HAWKINS, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 357 ss.

¹⁹⁰ Vid. EDMONDS, *Would you kill the fat man?*, 2014, pp. 87 ss. VALIENTE IVÁÑEZ, «El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el estudio del derecho penal: Una primera aproximación al problema», en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante lo “empírico”: Sobre el acercamiento del Derecho Penal y la Política Criminal a la realidad*, 2021, pp. 149-153.

¹⁹¹ Señala VALIENTE IVÁÑEZ, en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante lo “empírico”: Sobre el acercamiento del Derecho Penal y la Política Criminal a la realidad*, pp. 150-151, que «las “intuiciones de sillón” no deberían ser aceptadas como evidencia cuando se refieren a la medida en que una creencia o intuición es compartida por otros; es decir, cuando son designadas como intuiciones “ordinarias”, “comunes”, “compartidas”, etc. Pues la sospecha es que aquello que los filósofos encuentran intuitivo es el resultado, en el mejor de los casos, de su entrenamiento especializado; en el peor, de las lealtades teóricas (“las escuelas”) o los sesgos cognitivos».

¹⁹² SAMUELSON/ZECKHAUSER, «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, (1-1), 1988, pp. 7 ss.

¹⁹³ Vid. KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 592-593; DE BRIGARD, «If you like it, does it matter if it's real?», *Philosophical Psychology*, (23-1), 2010, pp. 50 ss.

refleja a la perfección: «Más vale malo conocido que bueno por conocer». Nuestro *statu quo* nos brinda seguridad y comodidad, mientras que los cambios nos la quitan, aun cuando estos puedan resultar beneficiosos para nuestros intereses. Consiguientemente, habría gente que no se conectaría a la máquina de las experiencias no tanto por permanecer en contacto con la realidad sino, más bien, para evitar alterar su vida. KOLBER ha tratado de ilustrar la influencia del sesgo de *statu quo* a partir de una versión alternativa a la originalmente propuesta por NOZICK: el experimento de la máquina de las experiencias a la inversa. A diferencia de antes, la persona ya se encontraría conectada a la máquina de las experiencias y sería informada sobre ello. Lo que se le preguntaría, en tal caso, es si le gustaría desconectarse de la máquina a sabiendas de que su vida en el mundo real es peor que la que ahora disfruta¹⁹⁴. Según KOLBER, no muchas personas escogerían desconectarse de la máquina a la que ya están conectados¹⁹⁵.

A mi juicio, el verdadero problema del que adolece el experimento mental de la máquina de las experiencias es que obliga a la persona a escoger entre dos vidas –una real y otra simulada– que cualitativamente son manifiestamente dispares. Cuando eso ocurre, tengo la impresión de que tanto dará que la persona tenga ante sí la posibilidad de conectarse a la máquina de las experiencias o bien de desconectarse una vez ya conectada: habrá quien preferirá vivir un bonito espejismo a una cruda realidad porque el valor otorgado a la experiencia superará con creces el valor concedido a estar en contacto con la realidad. Hay un capítulo de la serie de ciencia ficción *The Sandman* que refleja perfectamente esto último. Aquel en el que Lyta Hall se enfrenta a un difícil dilema: vivir en un sueño en el que pasará el resto de sus días con su marido fallecido o bien despertar y lidiar con el duro duelo por su muerte. Lyta opta por lo primero incluso a sabiendas de que nada de lo que le rodea es real. Es más, DE BRIGARD, en un estudio empírico sobre el experimento mental de la máquina de las experiencias, tuvo ocasión de comprobar que, dependiendo de cómo se le presentase al encuestado el mundo real, resultaba más o menos probable que la persona tuviese intención de volver a él o seguir en el mundo simulado. Cuando se indicaba que en el mundo real la persona era un prisionero de una cárcel de máxima seguridad sita en West Virginia (escenario negativo), solamente 13 % de los encuestados optaba por regresar, mientras que el 87 % restante prefería permanecer conectado a la máquina de las experiencias. En cambio, en el momento en el que se informaba que en el mundo real la persona era un artista multimillonario residente en Mónaco (escenario positivo), las cifras cambiaban significativamente: un 50 % de encuestados expresó su deseo de volver al mundo real y el otro 50 % de continuar en el mundo simulado¹⁹⁶.

A fin de sortear este obstáculo me parece que no habría que preguntarse qué vida se escogería entre dos cualitativamente dispares, sino que deberían ser consideradas, en abstracto, dos vidas –una real y otra virtual– que sean cualitativamente idénticas¹⁹⁷. El ejemplo de las hermanas

¹⁹⁴ KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 593-594.

¹⁹⁵ Nuevamente esto debería ser comprobado empíricamente y no reducirse a una cuestión netamente especulativa.

¹⁹⁶ DE BRIGARD, *Philosophical Psychology*, (23-1), 2010, pp. 46-50. Tal vez llame la atención que únicamente un 50 % de los participantes en el estudio manifestase su voluntad de desconectarse de la máquina de las experiencias en el escenario positivo. ¿Realmente sólo a la mitad de los encuestados les gustaría ser artistas multimillonarios en Mónaco? Probablemente, antes de contestar, algunos pensaron no sólo en los pros sino también en los contras de esta alternativa. El encuestado se vería obligado a dejar atrás toda su vida (simulada) y, con ella, amigos, familiares, un trabajo que quizás le satisfaga y el lugar donde resida para aventurarse a experimentar otra radicalmente distinta respecto a la cual faltaría mucha información relevante: ¿y si es un artista solitario?, ¿cuál es su estado de salud?, ¿querría pasar el resto de mis días en Mónaco?

¹⁹⁷ Además del escenario negativo y positivo, DE BRIGARD, *Philosophical Psychology*, (23-1), 2010, pp. 46-50, propuso otro que él llama neutro y, en esa ocasión, preguntó a los encuestados si se desconectarían de la

gemelas Molly y Polly propuesto originariamente por CRISP¹⁹⁸ y modificado ligeramente por HAWKINS¹⁹⁹ casa con esta lógica. Molly nace y vive una vida plena en el mundo real. Mientras, su hermana gemela Polly, que nace unos minutos más tarde que Molly, es conectada a la máquina de las experiencias y experimenta allí una vida idéntica a la de Molly, hasta el punto de que toda vivencia de Molly es replicada virtualmente para Polly. Una teoría experiencial como el hedonismo debería llegar a la conclusión de que una y otra vida son exactamente idénticas²⁰⁰. Si lo único que importa es la experiencia, no habría ni una sola diferencia entre ambas: Molly y Polly experimentan exactamente igual su primer concierto como el momento en el que finalizan exitosamente sus estudios. No obstante, dicha óptica tropieza con un importante óbice: termina por equiparar el placer con lo que algunos filósofos llaman «falso placer». Aun cuando Polly experimente exactamente lo mismo que Molly, las experiencias de Molly se corresponderían con la realidad, mientras que las de Polly no, y este es un aspecto que al hedonismo, tanto el cuantitativo como el cualitativo, se le escapa²⁰¹. Tal como explica KAGAN, no es comparable que un empresario reciba muestras de respeto por sus colegas y de cariño por sus hijos porque realmente es admirado y querido a que las reciba cuando sus colegas lo desprecian y sus hijos solo actúan así con el fin de sacarle dinero, por mucho que en ambos casos la persona experimente las mismas dosis de placer²⁰².

Hasta el momento, fijémonos que la lógica a la que se ha atendido principalmente ha sido la del placer por ser éste el punto de partida que las teorías del bienestar suelen adoptar. Ocurre, sin embargo, que el fenómeno delictivo produce, en términos generales, dolor a la víctima, por lo que, en rigor, no es en el placer donde deberíamos focalizarnos sino en el dolor. KAGAN explica que el hedonismo no se limita a expresar que la vida de una persona va a peor por la mera ausencia de placer, que es lo que el autor citado bautiza como «mal en sentido débil». También el dolor, al que este autor califica como un «mal en sentido fuerte», contribuye directamente a

máquina de las experiencias sin ofrecer ulterior información sobre cómo es la vida real. Un 54 % respondió que sí y el otro 46 % que no. Este dato, sin embargo, no creo que ofrezca base para concluir que nos importa estar en contacto con la realidad. El encuestado desconoce cómo es la vida real, si mejor, peor o igual que la simulada, con lo cual, habrá quienes se desconectarán de la máquina simplemente por probar suerte o bien por mera curiosidad, mientras que otros preferirán no arriesgarse. Esto último pareciese reflejarse aún mejor con la segunda variante del escenario neutro que introduce DE BRIGARD en la que se añade que la vida real no tiene nada que ver con la simulada si bien no se precisa si para mejor o para peor, de forma que la opción de la similitud o exactitud cualitativa quedaría descartada. Un 41 % de los encuestados se posicionó a favor de la desconexión frente a un 59 % que se posicionó en contra. Con tal de explorar si nos importa algo más que la experiencia, evitando condicionar al encuestado con comparaciones de índole cualitativo, debería haberse preguntado si la persona se desconectaría de la máquina de las experiencias a sabiendas de que la vida real es idéntica a la simulada.

¹⁹⁸ CRISP, *Reasons and the Good*, 2006, pp. 117-119.

¹⁹⁹ HAWKINS, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 361-362.

²⁰⁰ HAWKINS, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 362. Comenta GREGORY, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 120 que el hedonismo debe responder que una vida fantástica simulada por la máquina de las experiencias es tan buena como una vida fantástica real.

²⁰¹ En el hedonismo prudencial se distingue el hedonismo cuantitativo del hedonismo cualitativo. El primero mide el bienestar en función de la cantidad e intensidad del placer sentido, mientras que el segundo hace lo propio con arreglo a la calidad de ese placer. Un hedonista cuantitativo se vería obligado a concluir que el bienestar de Molly y Polly coincide precisamente porque la cantidad e intensidad del placer de ambas son idénticas. Lo mismo cabe decir del hedonista cualitativo, puesto que la falsedad de los placeres sentidos es algo de lo que Polly nunca se da cuenta. Al respecto, sobre el hedonismo cuantitativo y cualitativo así como el problema de los falsos placeres con el que tropiezan ambos, *vid.* WEIJERS, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2011, pp. 15-17.

²⁰² KAGAN, *Normative Ethics*, 1998, pp. 34-35.

empeorar el bienestar del agente. Es por ello que este autor cree que habría que prestarle más atención a lo que él denomina una «teoría del malestar»²⁰³.

Pues bien, según creo, el planteamiento que aquí suscribo, basado en la idea de que la experiencia no es lo único que importa en la medición del bienestar, tanto alcanzaría al placer, en lo que toca a su mejora, como al dolor, respecto a su empeoramiento. El caso sugerido por NAGEL²⁰⁴ da buena cuenta de ello. Supongamos que una persona sufre un daño cerebral que rebaja su inteligencia a la de un niño. Él seguiría siendo un adulto a nivel biológico pero su edad mental equivaldría a la de un infante. Este individuo no se da cuenta de nada de lo sucedido y es atendido por sus familiares y recibe, gracias a ellos, los cuidados necesarios. Aun cuando viva feliz en la condición en la que se encuentra ahora, opina NAGEL que este suceso continuaría siendo trágico a la vista de la persona que fue y que podría haber sido. El protagonista del ejemplo, después de todo, pierde una serie de capacidades que habitualmente nos importan (empezando por la más obvia: ser autosuficiente). Este ejemplo me parece que es útil para reflexionar sobre lo siguiente: hay eventos negativos que, pese a que no seamos conscientes de que han ocurrido, perjudican nuestro bienestar. Es decir, cabe la posibilidad de que alguien no tenga la más remota idea de lo sucedido, no sufra y, a pesar de ello, quepa seguir calificando el acontecimiento como desafortunado porque la persona ha sido privada de algo que solemos valorar positivamente. Otro ejemplo quizás ayude a entender mejor lo que pretende transmitirse. Imaginemos que la pareja de alguien le es infiel con otro y éste nunca llega a enterarse. Un hedonista debería concluir que el bienestar de la persona del ejemplo sugerido no ha ido a peor porque no ha llegado a su conocimiento esa infidelidad y, por tanto, no ha experimentado el dolor de la traición. Contra esta forma de ver las cosas, y desde la óptica con la que aquí se simpatiza, expresa HARE, con lenguaje de la época, que «preferimos vivir en un mundo en el que nuestras esposas no son infieles, aun cuando nunca descubramos su adulterio y pese a que nunca el adulterio tenga algún efecto en nuestra experiencia subjetiva»²⁰⁵.

3.3. En los «casos puros» también se empeora el bienestar individual aunque no en la misma medida que cuando la víctima sufre

A la luz de las ideas previamente defendidas, y en contra de los postulados del hedonismo prudencial, discrepo con que el placer y el dolor sean lo único relevante en la medición del bienestar personal, no tratándose de condiciones necesarias y suficientes a tales fines, hasta el punto que siempre haga falta experimentar subjetivamente un suceso para poder expresar que el bienestar de alguien se ha visto alterado, sea a mejor o a peor. Significa esto que el bienestar de alguien, de acuerdo con la concepción acogida en este trabajo, cabrá perjudicarlo afectando otros elementos que también quepa estimar relevantes (p. ej., la libertad sexual: se cause o no dolor). Consiguientemente, en los «casos puros» el bienestar individual de la víctima concreta sí que saldría mal parado²⁰⁶.

²⁰³ KAGAN, «An Introduction to Ill-Being», *Oxford Studies in Normative Ethics*, (4), 2014, pp. 261 ss.

²⁰⁴ NAGEL, «Death», *Nous*, (4-1), 1970, p. 77.

²⁰⁵ HARE, *Essays on Philosophical Method*, 1971, p. 131.

²⁰⁶ De otra opinión, GARDNER/SHUTE, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, pp. 4-5, 7, para quienes solamente la experiencia de la violación que desemboca en un trauma y una sesión de inseguridad y pérdida de confianza empeoraría la vida de alguien y, por consiguiente, constituiría un daño. En cambio, si la víctima no se «siente violada», su vida seguiría, a su parecer, exactamente como antes.

Ahora bien, reconozco que en los «casos puros» el bienestar individual no será empeorado igual que cuando, además de perjudicarse un interés que estimamos relevante (p. ej., la libertad ambulatoria), la víctima sufre por lo sucedido, en el sentido amplio del término. El dolor, tanto físico como mental, es malo y lo es por cuán desagradable resulta para la persona experimentarlo²⁰⁷. Es por ello que tendemos a evitarlo y preferimos p. ej., que se nos aplique anestesia al momento de someternos a una intervención quirúrgica. No nos puede resultar indiferente que en unos casos la víctima experimente dolor y, en cambio, en otros no en virtud de las específicas circunstancias en las que se desarrollan los hechos. Estaríamos equiparando situaciones que sería desacertado equiparar. Como justificamos, el dolor no condiciona que se merme el bienestar individual. No obstante, su concurrencia sí comporta una peor injerencia en éste. Por tanto, la víctima que sufre ve empeorado en mayor medida su bienestar individual que aquella que no.

En resumidas cuentas, la experiencia subjetiva importa, de modo que resulta relevante si la víctima experimenta o no dolor, pero no es lo único que importa, razón por la cual, seguiría produciéndose un empeoramiento de su bienestar individual aun cuando no sufra por desconocer lo que ha sucedido, justo como ocurre en los «casos puros»²⁰⁸.

4. Conclusiones

La presente contribución ha tenido como objetivo analizar los llamados «casos puros» que son supuestos que bien podrían ser considerados excepcionales por contar con la peculiaridad de que la víctima ignora que un tercero ha atentado contra sus intereses.

Con tales fines, exploramos los elementos integrantes de la noción de daño penal. Distinguimos entre el daño social y el daño personal y, en relación con este último, nos planteamos si acaso es labor del Derecho penal prevenir que se cause a otros malestar emocional. A este respecto, centramos nuestros esfuerzos en explorar aquellas circunstancias en las que a la víctima se le provoca malestar emocional por la comisión de un delito cuya prohibición responde a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico en liza. En este orden de cosas, pusimos de relieve la importancia de los daños psíquicos que la victimización suele acarrear y que comprometen la salud mental del individuo. Según explicamos, la nota característica de los «casos puros» es que en ellos faltan siquiera aquellos daños psíquicos habitualmente causados por el comportamiento delictivo principal, básicamente porque la víctima ignora que ha sido victimizada por otro. Ello justificaría imponer una pena inferior a la que correspondería en otras circunstancias, pero, en ningún caso, estimar que lo hecho por el autor merece quedar impune. A fin de cuentas, en tales situaciones, seguiría produciéndose un atentado contra un interés digno de amparo jurídico-penal (la libertad sexual, la libertad ambulatoria, la intimidad, etc.).

Acto seguido, nos preguntamos qué significa que alguien soporte un daño penalmente relevante. Entendimos que, por lo general, el delito empeora la vida de la víctima concreta y, con la mirada puesta en los «casos puros», nos asaltó la duda de si acaso es dable que se produzcan empeoramientos del bienestar no-experienciales. Es decir, si cabe que el bienestar de una persona vaya a peor a raíz de un determinado evento sin que lo experimente

²⁰⁷ Vid. KAHANE, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 210, 213-215.

²⁰⁸ Como apunta HAWKINS, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 361-365 es posible rechazar el experiencialismo y, a la vez, asignar un rol importante a la experiencia.

subjetivamente. A esta pregunta se respondió afirmativamente, en oposición a los postulados del hedonismo prudencial, toda vez que el placer y el dolor no serían los únicos factores relevantes en la medición del bienestar individual. Aun así, reconocimos que la merma del bienestar individual no será idéntica en los «casos puros» que en aquellos otros supuestos en los que la víctima sufre en el sentido amplio del término.

5. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, «Artículo 194 bis», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1305-1306.

AGUSTINA/PANYELLA-CARBÓ, «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 526-581.

ALONSO ÁLAMO, «Sentimientos y Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (106), 2012, pp. 35-96.

AMBOS, «Bien jurídico y *harm principle*: bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 2013, pp. 343-378.

AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt, 1972.

AMOR/ECHEBURÚA/CARRASCO, «Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. Implicaciones psicológicas y jurídicas», *Actualidad penal*, (28), 2016, pp. 41-74.

ALCÁCER GUIRAO, «Símbolos y ofensas: crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (21), 2019, pp. 1-38.

———, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

BARRY/ØVERLAND, «Individual responsibility for carbon emissions. Is there anything wrong with overdetermining harm?», en MOSS (ed.), *Climate Change and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 165-183.

BELLIOTTI, *Posthumous harm. Why the dead are still vulnerable*, Lexington Books, New York, 2013.

BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BIRNBAUM, «Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», *Archiv des Criminalrechts Neue Folge*, (15), 1834, pp. 149-194.

BLOY, «Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität», en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2005, pp. 233-255.

BOGART, «Reconsidering Rape: Rethinking the Conceptual Foundations of Rape Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-1), 1995, pp. 159-183.

BUBLITZ, «Der (straf-)rechtliche Schutz der Psyche. Vom Körperverletzungstatbestand zum Grundrecht auf mentale Selbstbestimmung», *Rechtswissenschaft*, (2-1), 2011, pp. 28-69.

CAHILL, *Rethinking Rape*, Cornell University Press, Cornell, 2001.

CARO CABRERA/NAVARRO ARDOY, «La medición del miedo al delito a través de los barómetros del CIS», *Revista Española de Investigación Sociológica*, (157), 2017, pp. 23-44.

CARPIO BRIZ, «Más que tela: ¿por qué hacer jirones del delito de ultrajes», en SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 735-745.

CASADO ANDRÉS, «El concepto de daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED*, (18), 2016, pp. 399-424.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «Decomisar sin castigar», *InDret*, (1), 2019, pp. 1-67.

COBAS COBIELLA, «El daño», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (coords.), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 260-320.

COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento afflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret*, (3), 2021, pp. 69-99.

CRISP, «Well-being», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, pp. 1-16.

———, *Reasons and the Good*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

DE BRIGARD, «If you like it, does it matter if it's real?», *Philosophical Psychology*, (23-1), 2010, pp. 43-57.

DE VILLIERS-BOTHA, «Harm: The counterfactual comparative account, the omission and pre-emption problems, and well-being», *South African Journal of Philosophy*, (37-1), 2018, p. 1-17.

DESVIAT, «Evolución histórica de la atención de la salud mental: hitos esenciales en la construcción del discurso de la salud mental comunitaria», *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, (75), 2020, pp. 81-86.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría de la antijuridicidad penal. Los delitos “de odio” y los ultrajes a España», en QUERALT JIMÉNEZ/CARDENAL MONTRAVETA (dirs.), *Derecho Penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 37-56.

DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008.

DOYLE, «Privacy and Perfect Voyeurism», *Ethics and Information Technology*, (11), 2009, pp. 181-189.

DRANE/NEAL, «On Moral Justifications for the Tort/Crime Distinction», *California Law Review*, (68-2), 1980, pp. 398-421.

DUFF, «Criminal Responsibility and the Emotions: If Fear and Anger Can Exculpate, Why Not Compassion?», *Inquiry*, (58-2), 2015, pp. 189-220.

———, «Harms and Wrongs», *Buffalo Criminal Law Review*, (5-1), 2001, pp. 13-45.

EDMONDS, *Would you kill the fat man?*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

EISENBERG, «Criminal Infliction of Emotional Distress», *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, pp. 607-662.

ESER, «The Principle of “Harm” in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests», *Duquesne Law Review*, (4-3), 1965, pp. 345-417.

ESPINO GRANADO, «Presente y futuro de la atención psiquiátrica en España: veinte años después del Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica», en ESPINO GRANADO (coord.), *La atención de la salud mental en España. Estrategias y compromiso social*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2005, pp. 26-52.

FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico», *InDret*, (2), 2008, pp. 1-16.

———, *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.

FEINBERG, *Offense to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, v. 2, Oxford University Press, Oxford, 1986.

———, *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, v. 1, Oxford University Press, Oxford, 1984.

FELDMAN, *Pleasure and the Good of Life*, Oxford University Press, New York, 2004.

FERNÁNDEZ ALLE, «Concepto y principio de daño», *Latin American Legal Studies*, (7), 2020, pp. 83-110.

FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Heyer, Giessen, 1832.

FIELD *et al.*, «Drug-facilitated sexual assault, impaired trauma memory, and implications for mental health treatment», *European Journal of Psychotraumatology*, (13-1), 2022, pp. 1-16.

FITZGERALD/RILEY, «Drug-Facilitated Rape: Looking for the Missing Pieces», *National Institute of Justice Journal*, (abril), 2000, pp. 9-15.

FLETCHER, «Objective list theories», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 148-160.

FLETCHER, «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law Review*, (51-3), 1999, pp. 51-63.

GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1995.

GARCÍA ARROYO, «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, (24-12), 2022, pp. 1-45.

GARCÍA MORENO, «Whistleblowing y canales institucionales de denuncia», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 206-230.

GARDNER, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

GARDNER/SHUTE, «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 193-217.

GÓMEZ LIGÜERRE, «Concepto de daño moral», en GÓMEZ POMAR/MARÍN GARCÍA (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2017, pp. 29-72.

GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*, Palestra, Perú, 2020.

GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GRAU, «Bad Dreams, Evil Demons, and the Experience Machine: Philosophy and the Matrix», en GRAU (ed.), *Philosophers Explore the Matrix*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 10-23.

GREEN, «La antijuridicidad de las agresiones sexuales facilitadas por la ingesta de drogas y alcohol», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 123-136.

———, «To See and Be Seen: Reconstructing the Law of Voyeurism and Exhibitionism», *American Criminal Law Review*, (55), 2018, pp. 203-258.

GREEN, «Some Aspects of Human Suffering and the Criminal Law», en MALPAS/LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Suffering*, Springer, London, 2012, pp. 207-211.

GREEN/PEMBERTON, «The impact of crime: victimisation, harm and resilience», en WALKLATE (ed.), *Handbook of Victims and Victimology*, 2ª ed., Routledge, New York, 2018, pp. 77-101.

GREGORY, «Hedonism», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 113-123.

GREIF, *Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen. Eine phänomenologische und strafrechtsdogmatische Betrachtung des sog. Image-based sexual abuse*, Duncker & Humblot, Berlin, 2023.

HARCOURT, «The Collapse of the Harm Principle», *Journal of Criminal Law and Criminology*, (90-1), 1999, pp. 109-194.

HARE, *Essays on Philosophical Method*, University of California Press, California, 1971.

HASSEMER, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en SCHOLLER/PHILLIPS (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum. 65. Geburtstag Festschrift*, C.F. Müller, Heidelberg, 1989, pp. 85-94.

HAWKINS, «The experience machine and the experience requirement», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 355-365.

HEATHWOOD, «Desire-fulfillment theory», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 135-147.

HOLTUNG, «The Harm Principle», *Ethical Theory and Moral Practice*, (5), 2002, pp. 357-389.

HÖRNLE, «Theories of Criminalization», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 680-701.

———, «Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht», *Juristen Zeitung*, (19), 2006, pp. 950-958.

———, «Distribution of Punishment: The Role of Victim's Perspective», *Buffalo Criminal Law Review*, (3-1), 1999, pp. 175-209.

———, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

HORTAL IBARRA, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o como “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014, pp. 1-30.

HUSAK, «Gardner on the Philosophy of Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (29-1), 2009, pp. 169-187.

JAKOBS, «¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental del Derecho Penal», *Cuadernos de política criminal*, (100), 2010, pp. 277-294.

———, *La pena estatal: significado y finalidad*, Civitas, Madrid, 2006.

———, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 1997.

KAGAN, «An Introduction to Ill-Being», *Oxford Studies in Normative Ethics*, (4), 2014, pp. 261-288.

———, *Normative Ethics*, Dimensions of Philosophy Series, Colorado, 1998.

KAHAN/NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 269-374.

KAHANE, «Pain, experience, and well-being», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 209-220.

KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2008 (1785).

KARGL, «Zur Strafbarkeit staatlich gelenkter Angriffe auf die Psyche. Probleme des strafrechtlichen Gefühlsschutzes», *Neue Justiz*, (3), 2017, pp. 94-101.

KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., Cengage, Boston, 2016.

KARSTEDT, «Emotions and criminal justice», *Theoretical Criminology*, (6-3), 2002, pp. 299-317.

KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret*, (4), 2008, pp. 1-35.

KIRCHER, «The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm», *Marquette Law Review*, (90-4), 2007, pp. 789-920.

KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

KOLBER, «The Experiential Future of Law», *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 585-652.

———, «The Subjective Experience of Punishment», *Columbia Law Review*, (109-1), 2009, pp. 182-236.

LACEY, *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 51-62.

———, «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», *Almacén de Derecho*, 2022, pp. 1-7.

———, *Principios penales democráticos*, Iustel, Madrid, 2021.

———, «Bien jurídico y objeto protegible», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (60), 2007, pp. 119-163.

LIN, «Monism and Pluralism», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 331-341.

LUZÓN PEÑA, «El Derecho Penal: entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA/JOSHI JUBERT (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 685-700.

MACKENZIE, «Experientalist Theories of Well-Being», *Qualia Institute Research*, 2021, pp. 1-6.

MAÑALICH, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista Ius Et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 21-70.

MARX/FORSYTH/GALLUP/FUSÉ/LEXINGTON, «Tonic immobility as an evolved predator defense: Implications for sexual assault survivors», *Clinical Psychology: Science and Practice*, (15-1), 2008, pp. 74-90.

MASIP DE LA ROSA, *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

MATUS, «Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (58), 2005, pp. 463-493.

McFARLANE, «The long-term costs of traumatic stress: intertwined physical and psychological consequences», *World Psychiatry*, (9-1), 2010, pp. 3-10.

MILL, *On Liberty*, Bantam Classic, New York, 1993 (1859).

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Art. 22», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (coords.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 131-142.

MIRÓ LLINARES, «La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17-23), 2015, pp. 1-65.

MONTES RODRÍGUEZ, «Derecho de daños y responsabilidad civil extracontractual. Consideraciones terminológicas, concepto y funciones. Evolución histórica, tendencias actuales y fuentes», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (coords.), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 15-51.

MOORE, «Hedonism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, pp. 1-17.

MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, Madrid, 2011.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NAGEL, «Death», *Nous*, (4-1), 1970, pp. 73-80.

NATHAN, «Just Looking: Voyeurism and the Grounds of Privacy», *Public Affairs Quarterly*, (4-4), 1990, pp. 365-386.

NIETO MARTÍNEZ/LÓPEZ CÁCERES, «Abordaje integral de la clínica del trauma complejo», *Clínica Contemporánea*, (7-2), 2016, pp. 87-104.

NISCO, «Psychische Integrität als strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut Systematische und rechtsvergleichende Anmerkungen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, (1), 2021, pp. 1-10.

NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 2013 (1974).

PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, Huygens, Barcelona, 2013.

PÉREZ DE LA RIVA VILCHES, *Las lesiones psíquicas*, tesis doctoral, Universidad de La Laguna, 2019.

PERSAK, «Pathways to the criminalisation of emotional distress: An offence- and harm-based typology», *International Journal of Law, Crime and Justice*, (63), 2020, pp. 1-13.

PIQUERAS RODRÍGUEZ *et al.*, «Emociones negativas y su impacto en la salud mental y física», *Suma Psicológica*, (16-2), 2009, pp. 85-112.

PINEDA, *La mente humana. Introducción a la filosofía de la psicología*, Cátedra, Madrid, 2012.

POSADA PÉREZ, «Los efectos de la declaración de impacto de la víctima: propuesta de debate acerca de su incorporación al ordenamiento jurídico español», en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (dirs.), *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2021, pp. 179-185.

RABINOWICZ/RONNOW-RASMUSSEN, «Value Taxonomy», en BROSC/SANDER, (eds.), *Handbook of Value. Perspectives from Economics, Neuroscience, Philosophy, Psychology and Sociology*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 23-42.

RADER, «Fear of Crime», *Oxford Research Encyclopedias. Criminology and Justice*, 2017, pp. 1-19.

RAGUÉS I VALLÈS, «La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas», *InDret*, (3), 2015, pp. 1-34.

RAMÓN RIBAS, «Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual: identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada», en VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 189-239.

RAMÓN RIBAS/FARALDO CABANA, «Solo sí es sí. Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», *Estudios Penales y Criminológicos*, (40), 2020, pp. 21-42.

RAZ, «Autonomy, Toleration and the Harm Principle», en MENDUS (ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and historical perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 155-179.

RENZIKOWSKI, «Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft», en KOHTE/ABSENGER (coords.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 210-222.

RIPSTEIN, «Beyond the Harm Principle», *Philosophy & Public Affairs*, (34-3), 2006, pp. 216-246.

ROCA TRÍAS/NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RODOGNO, «Prudential value or well-being», en BROSC/SANDER (eds.), *Handbook of Value. Perspectives from Economics, Neuroscience, Philosophy, Psychology and Sociology*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 287-312.

RONNOW-RASMUSSEN, «Intrinsic and Extrinsic Value», en HIROSE/OLSON (eds.), *The Oxford Handbook of Value Theory*, University Press, Oxford, 2016, pp. 29-43.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, C.H. Beck, München, 2020.

SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SAMUELSON/ZECKHAUSER, «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, (1-1), 1988, pp. 7 -59.

SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, «El concepto de violencia y el problema de la sumisión química en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España)», *Revista Electrónica de Estudios Penales y Seguridad*, (5 especial), 2019, pp. 1-26.

SARCH, «Well-being and the law», en HIROSE/OLSON (eds.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 479-491.

SCOTT *et al.*, «Post-traumatic stress disorder associated with sexual assault among women in the WHO World Mental Health Surveys», *Psychological Medicine*, (48-1), 2018, pp. 1-13.

SEELMANN, «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho Penal», en SEELMANN, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 191-207.

SILVA SÁNCHEZ, «Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal del delito», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, (47-127), 2017, pp. 495-510.

———, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), 2017, pp. 1-15.

———, «Prólogo», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, B de F, Buenos Aires, 2011, pp. XIII ss.

———, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2010.

———, «Delito y daño: una puntualización», *InDret*, (3), 2008, pp. 1-3.

SØBIRK PETERSEN, «Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle», *Res Publica*, (20), 2014, pp. 199-214.

SPENA, «Harmless Rapes? A False Problem or the Harm Principle», *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 497-524.

STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst. Psychische Gesundheit als strafrechtliches Rechtsgut*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

STRATENWERTH, «Zum Begriff des Rechtsgutes», en ESER (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum. 70 Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1998, pp. 377-391.

STRENG, «Verfahrensabsprachen und Strafzumessung. Zugleich ein empirischer Beitrag zur Strafzumessung bei Delikten gegen die Person», en FELTER/PFEIFFER/STEINHILPER (dirs.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 447-467.

TOMASINI, *Remembering and Disremembering the Dead*, Palgrave, London, 2017.

TRUCCONE, «Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal», *Política Criminal*, (12-24), 2017, pp. 1184-1210.

———, «Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto del daño», *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38), 2015, pp. 473-500.

UCÍN, «¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (45), 2022, pp. 191-219.

VALIENTE IVÁÑEZ, «El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el estudio del derecho penal: Una primera aproximación al problema», en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante lo “empírico”: Sobre el acercamiento del Derecho Penal y la Política Criminal a la realidad*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 147-170.

VAN DER DEIJL, «The sentience argument for experimentalism about welfare», *Philosophical Studies*, (178), 2021, pp. 187-208.

VARONA MARTÍNEZ/DE LA CUESTA ARZAMENDI/MAYORDOMO RODRIGO/PÉREZ MACHÍO, *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramientas de comprensión e intervención*, Universidad del País Vasco, 2017.

VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el principio del daño», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37-52.

VON HIRSCH/JAREBORG, «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies*, (11-1), 1991, pp. 1-38.

WEIJERS, «Hedonism», *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2011, pp. 1-21.

WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos, efectos o consecuencias*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019.

ZEHR, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, Argentina, 2010.

Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso «real».

Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015

Sumario

El ámbito de la concurrencia delictiva presenta numerosos problemas de difícil solución que, en gran medida, se replican en los distintos ordenamientos de nuestro entorno jurídico. La relevancia que pueda tener el resultado material en la determinación del tipo de concurso es, no obstante, una discusión que se da, con particular intensidad, en el contexto español. En ese sentido, el Tribunal Supremo español ha decidido que cuando mediante una conducta se produzcan múltiples resultados lesivos contra la vida o la integridad física se aplicarán las reglas del concurso real, adhiriéndose así a una posición que ya era sostenida por un importante sector de la doctrina. Aquí, luego de relevar esas posiciones y analizar críticamente cada uno de los argumentos que la sostienen, se mantendrá una visión opuesta: de lege lata es una decisión forzada que genera más problemas que soluciones y de lege ferenda es innecesaria.

Abstract

The field of multiple offence entails an array of complex challenges that, to a large extent, are mirrored in the diverse legal frameworks of civil law systems. However, the debate on the significance of the material result in determining the type of concurrence takes place with particular intensity in the Spanish legal context. In this regard, the Spanish Supreme Court has concluded that when a conduct leads to multiple harmful results against life or physical integrity, the rules of «real» crime concurrence will be applicable, thus adhering to a previously important position in the literature. After reviewing these views and critically analyzing each of the arguments that support them, the contrary perspective will be upheld: the lege lata is a forced decision that generates more problems than solutions, and the lege ferenda is unnecessary.

Zusammenfassung

Die Delikt konkurrenz wirft zahlreiche schwer zu lösende Probleme auf, die in großem Maße auch in anderen Rechtsordnungen vorzufinden sind. Die Frage nach der Bedeutung des materiellen Erfolgs bei der Bestimmung der einschlägigen Konkurrenzart hat aber insbesondere im spanischen Fall eine besonders intensive Diskussion hervorgerufen. Diesbezüglich hat der spanische Oberste Gerichtshof (Tribunal Supremo) entschieden, in den Fällen, bei denen ein und dasselbe Verhalten mehrere Schadenserfolge gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit bedingt, seien die Regeln der Tatmehrheit (Realkonkurrenz) anwendbar, womit es sich für eine schon vor dieser Entscheidung von einem wichtigen Teil der Lehre vertretenen Position ausspricht. Hier soll nach Untersuchung dieser Positionen und kritischer Analyse der hierfür vorgebrachten Argumente eine gegenläufige Meinung vertreten werden: de lege lata handelt es sich um eine forcierte Lösung, die mehr Probleme aufwirft, als sie löst; de lege ferenda ist sie überflüssig.

Title: Single act and multiple harmful result as a «real» crime concurrence. Critical remarks on the arguments of the 2015 Spanish Supreme Court Plenary Agreement.

Titel: *Verhaltenseinheit und mehrere Erfolge als Tatmehrheit (Realkonkurrenz). Kritische Bemerkungen zur Begründung des Plenumbeschlusses des spanischen Obersten Gerichtshofes von 2015.*

-

Palabras clave: concurso ideal homogéneo, concurso real, resultado material, proporcionalidad del castigo, determinación de la pena.

Keywords: *homogeneous ideal crime concurrence, real crime concurrence, material result, proportionality of punishment, determination of the penalty.*

Stichwörter: *gleichartige Tateinheit, Tatmehrheit, materieller Erfolg, Verhältnismäßigkeit der Strafe, Strafzumessung.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.12

-

3.2023

Recepción
13/01/2023

-

Aceptación
08/03/2023

-

Índice

-

1. Introducción

2. El punto de partida

2.1. La opción por una solución plural

2.2. El «hecho» como elemento distintivo

2.3. La acción y/o el resultado como componentes del hecho

3. Los fundamentos de la decisión

3.1. El argumento literal

3.2. El argumento relativo al resultado material

3.3. El argumento de la proporcionalidad

4. Aproximación crítica

4.1. Sobre el argumento literal

4.2. Sobre el argumento del resultado material

4.3. Sobre el argumento de la proporcionalidad

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No
Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

El Código penal español regula el concurso de delitos con un sistema de solución plural o diferenciadora, en el que la infracción múltiple –común a todo concurso de delitos– cometida mediante un hecho es menos lesiva que aquella que se hace mediante una pluralidad de ellos. Sin embargo, el 20/01/15, la Sala II del Tribunal Supremo español dictó un Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional (en adelante: «el Acuerdo») para unificar la jurisprudencia dispar que venía teniendo esa Sala con el fin de resolver los supuestos de causación de múltiples resultados lesivos contra la vida o la integridad física, mediante un solo hecho o conducta. Mientras que una parte de la jurisprudencia venía resolviendo en el sentido de aplicar a estos casos la regla penológica de la absorción agravada del concurso ideal (art. 77.2 CP), la otra venía aplicando las reglas de la acumulación jurídica prevista para el concurso real (arts. 73, 75 y 76 CP)¹. El Acuerdo termina optando por esta última interpretación imponiendo, de esa manera, una consecuencia jurídica más gravosa que la que correspondería aplicar en virtud de la regla del art. 77.2 CP². En este sentido, el TS dota de mayor contenido disvalioso en cuanto a las consecuencias a un hecho que es materialmente menos lesivo, de acuerdo con lo establecido por el propio legislador³.

Un año después, el TS vuelve a adoptar un criterio semejante en relación con los delitos de trata de seres humanos. El Acuerdo de 31/05/2016, en este caso, dice que el delito previsto en el art. 177 bis CP «obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real». Este segundo Acuerdo fue refrendado en la STS 538/2016, Penal, de 17 de junio (ECLI:TS:2016:2776), aplicando las reglas del concurso real en un supuesto de trata de seres humanos contra dos mujeres, en concurso medial con el delito de prostitución coactiva. El argumento para entenderlo de esa manera es que el delito de trata de seres humanos tiene un sujeto pasivo individual, y no plural, cuyo bien jurídico protegido es la dignidad humana que protege a la persona individualmente en tanto bien jurídico personalísimo. Todo ello haría comprender el suceso como dos delitos y no uno, en tanto «la consideración exclusivamente personal de la dignidad como bien jurídico protegido por la norma, no toleraría fácilmente

* Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación DER2017-86139-P «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva», financiado por el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España. Agradezco especialmente a la Profa. Laura Pozuelo Pérez y al Prof. Leopoldo Puente Rodríguez las observaciones y comentarios sobre el texto, como así también las sugerencias de los/las evaluadores/as anónimos/as, cuyos diferentes aportes me han permitido mejorarlo sustancialmente.

¹ En profundidad sobre esa evolución, *vid.* ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, pp. 207 ss.; SANZ MORÁN, «Una única acción, ¿concurso real de delitos?: la última aportación jurisprudencial», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal, homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 870 ss.

² Textualmente dice el Acuerdo: «[l]os ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido el resultado, realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. 382 del CP)».

³ CUERDA RIEZU, «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in idem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, p. 170. Ello ha llevado a MALDONADO FUENTES, «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», *Revista de Ciencias Penales*, (48-1), 2022, p. 40 (nota 85), a indicar que es «completamente irrelevante sostener que no parecen existir diferencias entre los casos en que se provocan numerosas muertes mediante diversos disparos de un arma de fuego y aquellos en los que las muertes se provocan a través de un artefacto explosivo (teniendo en cuenta que en ambos casos el desvalor de los correspondientes homicidios es equivalente), pues precisamente la diferencia en el tratamiento que ofrece el legislador la aporta la unidad de hecho, y no el contenido disvalioso de las infracciones concurrentes (que, reitero, es efectivamente idéntico)».

sancionar como un solo delito conductas tan reprochables como, por ejemplo, un transporte de un alto número de menores con finalidad de ser dedicada a la trata de seres humanos»⁴.

Esta orientación político-criminal proveniente desde los estrados judiciales agudiza una situación que ya de por sí es grave: el incremento punitivo constante que viene asumiendo progresivamente el sistema penal español. Particularmente en este punto, se decide someter los supuestos de concurso de delito cometidos con una única acción al régimen de la acumulación jurídica, tantas veces criticado⁵, generando distorsiones en términos de proporcionalidad que resultan, muchas veces, insoportables⁶. Esta decisión, sin embargo, no puede tildarse de aislada en cuanto a sus fundamentos, en tanto se encuentra en consonancia con algunas posiciones doctrinales muy calificadas que la sustentan en mayor o menor medida. En lo que sigue trataremos de dar cuenta de ellas (3.), asumiendo una postura crítica sobre sus postulados y consecuencias (4.) para luego finalizar con unas consideraciones a modo de conclusión (5.). Antes que todo ello, debemos dar cuenta de ciertas consideraciones de *lege lata* que limitan el ámbito de discusión (2.).

2. El punto de partida

2.1. La opción por una solución plural

Tanto la opción por una solución plural como por una solución unitaria –vinculadas respectivamente con los denominados «principio de la diferenciación» y «principio de la pena unitaria»–⁷, vienen a posicionarse como las dos grandes modalidades de afrontar legislativamente el tema de la concurrencia delictiva. Mientras que esta última equipara en sus consecuencias jurídicas toda hipótesis de concurso, aquella parte de la base de establecer una distinción entre ellas. Como se verá a continuación, la opción por la solución unitaria no significa desconocer la distinción entre unidad de delito y pluralidad de delitos, sino simplemente prescindir de las diferencias a efectos de sanción que se pueden presentar en este último escenario. En ese sentido, la gran mayoría de sistemas unitarios establecen una consecuencia jurídica –al menos– algo más grave para las situaciones de pluralidad delictiva.

La teoría de la concurrencia delictiva tiene gran parte de su esencia en la distinción asumida por el legislador entre concurso ideal y concurso real⁸. En tanto y en cuanto la teoría tiene que estar

⁴ FJ. 7º. Nótese la confusión en la que incurre el Tribunal al mencionar como *quid* de la cuestión lo relativo a la existencia de «dos delitos» y no de «un delito», como criterio distintivo para la aplicación de la regla del concurso real por sobre la del concurso ideal, cuando la pluralidad de delitos es una circunstancia que afecta por igual a ambas modalidades concursales, y la diferencia viene dada por la pluralidad o no de hechos mediante los cuales se llevan a cabo esos delitos. Sin embargo, en ningún momento de la sentencia se aprecia un análisis relativo a explicar por qué esta situación se puede entender como de una pluralidad de hechos en los términos de la relación entre los arts. 73 CP y 77 CP.

⁵ Vid. por todos, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 25 ss.; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, 1992, pp. 36 ss.

⁶ Ese efecto es reconocido por el propio TS en alguna sentencia en que se toma dimensión de la desproporción que genera en muchas ocasiones el recurrir a la regla penológica del concurso real (vid. STS 44/2019, Penal, del 1 de febrero [ECLI:TS:2019:269]).

⁷ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito*, t. II, 2014 (2003), p. 942; MAÑALICH, «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, pp. 1036 s.

⁸ Aquí no se tomará posición alguna sobre la pertinencia de la solución plural por sobre la solución unitaria, en la medida que forma parte de otro debate que excedería enormemente el espacio disponible en este artículo. Los comentarios que aquí se plasman están estrictamente vinculados a una interpretación de *lege lata* que se hace,

orientada a ofrecer soluciones de relevancia práctica, sin esta distinción, como ocurre en otras legislaciones⁹, el debate pierde casi toda su razón de ser. En ese sentido, cuanto mayor sea la diferencia penológica que conlleva uno y otro tipo de concurso, mayor será la necesidad de establecer criterios claros que permitan delimitar ambas formas de concurrencia.

Es por ello por lo que la mayoría de las codificaciones que optan por la solución unitaria tienden a escoger el principio de exasperación con alguna excepción de absorción con agravación¹⁰ o acumulación jurídica¹¹, mientras que aquellas otras que se basan en sistemas plurales, lo hacen con el principio de absorción y el de acumulación para el concurso ideal y el real, respectivamente, también con excepciones, tanto al alza¹² como a la baja¹³. La razón de ello emerge como una obviedad: un sistema que tiene una sola consecuencia penal prevista debe poder ofrecer una respuesta razonable a situaciones que pueden llegar a ser muy diversas. Para ello, el principio de exasperación, al ser un punto intermedio entre la absorción y la acumulación, permite reducir el margen de injusticia que puede darse en un caso concreto, especialmente cuando se trata de una exasperación facultativa, abarcando razonablemente el grueso de la casuística. En todo caso, es importante señalar que no hay ningún sistema que sea infalible para cubrir la inmensa variedad de situaciones que pueden enfrentar los tribunales. Es por ello que el recurso al caso excepcional, frecuentemente utilizado en el debate académico, debe tener un peso relativo en la discusión al respecto.

La legislación española tiene un largo recorrido histórico adoptando el sistema de solución diferenciada¹⁴ para las dos principales modalidades de concurrencia¹⁵, habiendo optado en los últimos años por acentuar la diversidad en las consecuencias jurídicas al separar las reglas de determinación del concurso medial respecto del concurso ideal. En ese sentido, los grandes cambios legislativos que se produjeron en la materia fueron la incorporación del concurso de

asumiendo lo inevitable de la diferenciación establecida por el legislador. Asimismo, no se tendrán en cuenta los supuestos de concurso medial –art. 77.2 CP–, en tanto y en cuanto no forman parte del quid de lo resuelto en el Acuerdo. Para ahondar en ese debate, *vid.* CANTARD, «Concurso de delitos y determinación legal de la pena: solución plural vs. solución unitaria», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español*, 2023 (en prensa).

⁹ Para más detalles sobre legislación comparada, *vid.* MERKEL, P., «Konkurrenz», en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, t. V, 1908, pp. 326 ss.; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 71 ss.; SANZ MORÁN, «El concurso de delitos: aspectos de política legislativa», *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, (2), 1986, pp. 55 ss.; sobre el derecho alemán, recientemente, EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, 2020, pp. 28 ss.; sobre el derecho anglosajón, DÜRR, *Funktionelle Äquivalente der strafrechtlichen Konkurrenzlehre im Common Law. Zugleich eine anhandlung über die unechte idealkonkurrenz im Völkerstrafrecht*, 2019, pp. 51 ss.

¹⁰ Así, por ejemplo, el §28 StGB austríaco.

¹¹ Por ejemplo, el artículo 77.2 CP portugués.

¹² *Vid.*, por ejemplo, los artículos 73 ss. CP italiano o el artículo 69 CP brasileño.

¹³ Por ejemplo, §53 y §54 StGB alemán.

¹⁴ A favor de la solución plural, entre otros, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 256 ss.; CUERDA RIEZU, «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 1991, p. 850; CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal*, 2021, p. 175; CANTARD, en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español*, 2023 (en prensa). En contra, propician una solución unitaria, con matices entre ellos, VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 42; MORILLAS CUEVA, «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», en Díez RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, pp. 484 s.; VALLE MUÑOZ/QUINTERO OLIVARES, «Artículo 73», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., 2008, pp. 570 s.; ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 360; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, v. II, 2ª ed., 2009, pp. 649 s.

¹⁵ Sobre los antecedentes legislativos, por todos, *vid.* SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 173 ss.

leyes en la reforma del año 1944 y la regulación del delito continuado y el delito masa a partir de 1983¹⁶. Luego de ello, con la entrada en vigor del CP de 1995 solo se dieron cambios en la ubicación dentro del Código, pero sin modificaciones sustanciales en su regulación. Así, lo más llamativo fue el traslado del concurso de leyes desde capítulo referido a las reglas de aplicación de las penas, donde se encontraba junto a las hipótesis de concurso de delitos, al actual art. 8 CP, dentro del título preliminar referido a las reglas de aplicación de la ley penal, habiendo ampliado el abanico de principios por los cuales puede darse un concurso de leyes¹⁷. El delito continuado y el delito masa, que tenían una consecuencia próxima, pasaron a tener una diferencia notoria entre ellos, al reducirse la sanción para el delito continuado y aumentar la del delito masa¹⁸.

Una modificación importante, en términos aclarativos, tuvo que ver con la sustitución de la palabra «delitos» por la de «infracciones» que contenía el supuesto de hecho del concurso ideal/medial en el anterior art. 71 CP. Ello daba lugar a una interpretación desproporcionada cuando se cometían una pluralidad de faltas, ya sea entre sí, ya sea junto a otros delitos, en la medida que, por no tratarse de «delitos», no quedaban sometidas a las reglas propias del concurso ideal sino al principio de acumulación del concurso real¹⁹. Con la nueva definición ese problema fue definitivamente resuelto.

Sin embargo, en mi opinión, el cambio más trascendente en esta temática se dio con la incorporación del art. 78 CP, que estableció una especie de excepción (mala) a la excepción (buena). El art. 76 CP viene a configurar el límite a la acumulación prevista por regla en el art. 73 CP, y, en ese sentido, es una excepción positiva, aunque imperfecta. Sin embargo, el art. 78 CP establece que, en tanto la aplicación de los límites del art. 76 CP deje la pena por debajo de la mitad de las que hubieran correspondido sumadas aritméticamente, el Juez puede hacer caso omiso a esas limitaciones en la etapa de ejecución de la pena para la concesión de beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, teniendo en cuenta –en cambio– en estos casos la totalidad de las penas impuestas en la sentencia. Con ello, vuelve la situación a la regla general de la acumulación material a los efectos de la ejecución de la pena²⁰, lo cual no deja de ser un manifiesto retroceso²¹.

¹⁶ Ley Orgánica 8/1983.

¹⁷ El anterior artículo 68 CP decía: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos», lo cual podía ser entendido como una regla exclusivamente de alternatividad (vid. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1986, pp. 496 s.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, 17ª ed., 1994, pp. 201 ss.), aunque también veían en él una referencia a la subsidiariedad expresa. No obstante, la jurisprudencia ya venía aceptando la aplicación de los demás principios, incluso con preferencia respecto del de alternatividad (vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 194).

¹⁸ La Ley Orgánica 8/1983 preveía para el delito continuado la imposición de la pena más grave, pudiendo exasperarse hasta el grado medio de la pena superior, y, para el delito masa, la exasperación obligatoria en un grado. El Código Penal de 1995, redujo la sanción para el delito continuado al imponer una absorción agravada, e incrementó la sanción al delito masa permitiendo la exasperación hasta en dos grados.

¹⁹ Vid. CUERDA RIEZU, «El rotundo fracaso legislativo del llamado “cumplimiento efectivo” de las penas y otros aspectos del concurso de delitos», *Diario La Ley*, (1), 1997, pp. 2 s.; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 185 ss.

²⁰ Sobre la discusión en relación con la naturaleza de la norma, si se trata de un problema de determinación de la pena o más bien de un problema de ejecución de ésta, vid. SANZ MORÁN, «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en CEREZO MIR et al. (eds.), *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, 1999, p. 517.

²¹ Le quita relevancia práctica, pese a ser muy crítico con ella, CUERDA RIEZU, *Diario La Ley*, (1), 1997, pp. 5 ss., afirmando que «es una norma vigente pero inaplicable, porque parte de un supuesto de hecho que nunca se puede realizar. Es una norma absurda a la que no cabe dotar de un contenido razonable». Con posterioridad a lo sostenido por este autor, las modificaciones introducidas al art. 78 CP (Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio; 5/2010, de

Finalmente, con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995, se produjeron modificaciones puntuales que merecen ser destacadas. Así, en el año 2003, se alteraron las consecuencias jurídicas para el delito continuado, pasando de tener la misma regulación del concurso ideal (absorción agravada) a una exasperación facultativa²², y se incrementaron los montos límites a la acumulación en casos de concurso real, pasando el límite absoluto de 30 a 40 años²³. Por último, en la reforma del año 2015²⁴ se separa, en cuanto a las consecuencias jurídicas, al concurso medial respecto del concurso ideal²⁵, estableciendo en el primer supuesto un incremento en la pena más grave que hubiera correspondido, pudiendo exasperarse por encima del máximo legal sin sobrepasar la que hipotéticamente correspondería bajo el principio de acumulación. En los dos casos, tanto de delito continuado como de concurso medial, la modificación pretendía establecer una desvaloración más intensa en estos casos que aquella que corresponde al concurso ideal, sin embargo, paradójicamente, la deficiente técnica legislativa puede llevar a consecuencias inversas a las pretendidas. En la medida que la exasperación es facultativa en ambos supuestos, el incremento que debe darse a la pena que hubiera correspondido puede quedar por debajo del máximo previsto para esa infracción²⁶, cuando el concurso ideal puede llegar a imponerse también en ese máximo.

2.2. El «hecho» como elemento distintivo

Como hemos adelantado, una vez que sabemos que la consecuencia jurídica en uno y otro caso debe ser diferente, hay que buscar cuáles son las características que convierten a un concurso de delitos en uno de tipo «ideal» o en uno de tipo «real». En este sentido, el criterio utilizado por el legislador español para determinar cuándo estamos ante un concurso ideal y cuándo ante un concurso real es la distinción entre unidad y pluralidad de hechos. Esto es, si la pluralidad de infracciones penales se produce mediante un solo hecho estaremos ante un concurso ideal y, en cambio, si esa pluralidad de infracciones se lleva a cabo mediante dos o más hechos, será de aplicación la regla penológica establecida para el concurso real. Sin embargo, el criterio para «contar» los hechos no viene determinado por el legislador y muchas veces ni siquiera está claro qué es aquello que hay que individualizar, si hechos o acciones²⁷. En efecto, en la literatura se

22 de junio; y 1/2015, de 30 de marzo) y las interpretaciones jurisprudenciales que se fueron sucediendo (fundamentalmente la STS 197/2006, Penal, de 28 de febrero [ECLI:TS:2006:753]), han terminado por confirmar la relevancia práctica de esta disposición, y la profundización del retroceso (vid. MOLINA FERNÁNDEZ, «Reglas de determinación de la pena», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019, 2020*, nn.mm. 5572 y ss.); MORILLAS CUEVA, en DIEZ RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, 2002, pp. 473 s.

²² Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

²³ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

²⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

²⁵ Situación que no había sido modificada en el Código Penal de 1995 y cuya asimilación era considerada impropia (vid. SANZ MORÁN, en CEREZO MIR *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal*, 1999, p. 515.

²⁶ Esto ya era advertido, respecto del viejo art. 69 bis CP relativo al delito continuado, por CUERDA RIEZU, *Diario La Ley*, (1), 1997, p. 3. Esta situación obligó a que la Fiscalía General del Estado dictara la Circular 4/2015 en la que se recomienda a los Fiscales que, al aplicar la regla penológica del nuevo art. 77.3 CP, se concrete la pena «en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro», vid. punto 7.

²⁷ En este sentido, MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, 2007, p. 194, refiere que «[e]l arte de contar los delitos es difícil, mientras no haya claridad acerca de lo que realmente se deba contar». Para mayor ambigüedad, incluso el contenido de aquello que se quiere denominar con la palabra hecho puede resultar distinto (vid. PEÑARANDA RAMOS, «¿Unidad o pluralidad de “hechos” en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola “acción”? Una pieza de Derecho español y comparado en honor de Alfonso Reyes Echandía», en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*, 2022, pp. 817 ss.; MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 77

puede observar cómo se utilizan indistintamente ambas denominaciones²⁸, y se puede encontrar quienes prefieren hablar de hecho(s)²⁹ y quienes utilizan el concepto de unidad de acción o de pluralidad de acciones³⁰. Esas mismas vacilaciones pueden observarse en las distintas legislaciones³¹.

Todo ello no hace más que confirmar lo que, en su momento, sostuviera NINO respecto de la teoría de los concursos: «[c]reo que hay pocas áreas de la teoría del Derecho Penal tan complejas, desconcertantes y divertidas como ésta que se podría llamar "aritmética de los delitos"»³², y que «en el ámbito del derecho penal existe la imperiosa necesidad de *contar* acciones»³³. Es por ello por lo que resulta imprescindible la elaboración de una construcción teórica que permita, por un lado, a los jueces trabajar con mejores herramientas conceptuales y, por el otro, al acusado contar con mayores garantías de que la sentencia estará fundada en razones objetivas y no en meras arbitrariedades³⁴.

No obstante, cabe hacer una aclaración para evitar confundir dos problemas que se corresponden con situaciones distintas. Por un lado, están las mencionadas dificultades para establecer criterios que sirvan para identificar cuándo estamos ante un hecho y cuándo ante varios, y, por otro lado, están las consecuencias jurídicas que establece el legislador para uno y otro supuesto. Esto último, aunque puedan discutirse sus fundamentos, alcances y razonabilidad, es más claro que lo primero; empero, hay un argumento que atraviesa a los dos aspectos, y es el que considera que la referencia al «hecho» que utiliza el legislador español puede ser interpretada de una forma que permita entender que ocurren una variedad de hechos, aunque exista solo una conducta, cuando con ella se causan una multiplicidad de resultados. De esta interpretación se hizo eco el TS, aunque, al dictar el Acuerdo, lo hizo de forma poco clara.

ss.; VAN WEEZEL, «Unidad de hecho concursal», en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, 2021, pp. 301-326, *passim*.

²⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, «Concurso de leyes y de delitos», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019, 2020*, nn.mm. 3250 ss.; EL MISMO, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019, 2020*, nn.mm. 5560 ss.; Así también, inicialmente, NINO, *El concurso en el Derecho penal: criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta*, 1972, pp. 30 ss. Sin embargo, con posterioridad, creyó necesario hacer una distinción entre ellas (*vid.* NINO, «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios "Guersi" y "Pitchon"», en MAURINO (ed.), *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, pp. 242 s.). FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 2011, p. 665.

²⁹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 766; si bien MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 667, titula el apartado sobre esta temática «La unidad de hecho (o de acción)», como si se tratase de lo mismo, luego realiza una diferenciación, decantándose por «la ventaja» de emplear el término unidad de hecho (*vid.* MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 668).

³⁰ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, pp. 943 ss., directamente titula «unidad de acción y pluralidad de acciones» el apartado correspondiente.

³¹ Sobre ello volveré más adelante, *vid. infra* 4.1. Solo para ejemplificar, el Código penal español se refiere al que realice «una pluralidad de acciones u omisiones...» en el artículo 74.1 CP, mientras que los artículos 77.1 CP y 8 CP se refieren a los casos en que «un solo hecho constituya dos o más delitos...» y a «[l]os hechos susceptibles...», respectivamente. El Código penal alemán, en los párrafos §52 y §53 utiliza en los títulos las expresiones «*Tateinheit*» y «*Tatmehrheit*», en clara referencia a hechos, pero en la descripción se refiere a «*Handlung*» en el primero y a «*Straftaten*» en el segundo. Sobre estas denominaciones en el Código penal alemán, *vid.* ACHENBACH, «*"Tat", "Straftat", "Handlung" und die Strafrechtsreform*», *Monatsschrift für deutsches Recht*, (1), 1975, pp. 19 ss.

³² NINO, en MAURINO (ed.), *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, p. 231.

³³ NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, p. 45.

³⁴ Con razón expresaba GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 158, que la dogmática «[h]ace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación».

Sin embargo, independientemente de la imprecisión teórica para establecer la distinción, el TS toma esta decisión sin estar condicionada por aquella falta de criterios para individualizar hechos, sino por razones que responden a consideraciones de otra índole. En otras palabras, el Acuerdo no se adopta para aclarar una situación fáctica que provoca dudas sobre si hay uno o varios hechos, sino que, reconociendo que hay un solo hecho, en la medida que habla de «una acción»³⁵, la consecuencia jurídica del concurso ideal no le resulta satisfactoria. En efecto, el propio Acuerdo menciona que «los ataques...realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad» como un concurso real. Sobre ello volveremos más adelante.

2.3. La acción y/o el resultado como componentes del hecho

Mucho se ha discutido sobre la relevancia que puede tener el resultado en la determinación de la pena, ya sea como componente esencial del ilícito³⁶, ya sea como factor que incide en una mayor necesidad preventiva de pena³⁷, o bien negándole toda relevancia dentro del sistema de imputación³⁸, limitándolo a una mera condición objetiva de punibilidad en los delitos imprudentes. Aquí la discusión no tiene que ver directamente con ese debate, que excede notablemente al tema de la concurrencia delictiva, pero vuelve a poner al resultado en el centro de atención a raíz de una interpretación amplia que se hace del concepto de *hecho* que determina la aplicación de un concurso u otro, incluyendo a aquél en la configuración cuantitativa de éste.

Tradicionalmente, la doctrina dominante ha considerado que lo que caracteriza al hecho como unidad o pluralidad en materia de concursos está determinado por las conductas y no por los resultados que éstas causen³⁹. Así, la discusión se centró en poder establecer cuándo el hecho se produjo mediante una acción y cuándo mediante varias, para así aplicar la regla del concurso ideal o la del real, respectivamente⁴⁰. En este sentido, los criterios para determinar cuándo hay una acción o varias, estuvieron marcados por distintas aproximaciones que podríamos concentrar en tres⁴¹: la unidad típica de acción; la unidad natural de acción y la relación de continuidad que caracteriza al delito continuado.

³⁵ Y son numerosas las sentencias en las que el TS identifica la unidad de hecho con la unidad de acción; así, por ejemplo, *vid.* STS 49/2019, Penal, de 4 de febrero (ECLI:TS:2019:269); con más referencias en la STS 520/2017, Penal, de 6 de julio (ECLI:TS:2017:2751).

³⁶ STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, 2ª ed., 2006, *passim*.

³⁷ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 675; Recientemente, SILVA SÁNCHEZ, «¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bisadolo*, 2022, pp. 924 ss.

³⁸ Para un análisis detallado de las distintas posturas dentro del subjetivismo, *vid.* SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2004, pp. 27 ss.

³⁹ MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 404 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, t. II, 7ª ed., 1995, pp. 528 s., 565; Con más referencias, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, pp. 764 s.; BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2009, pp. 576 ss; WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», *Juristische Schulung*, (3), 1964, p. 82. De otra opinión, SCHMIDT, «Straf- und Strafprozeßrecht. Anmerkung zu OLG Bremen vom 4.5.1950», *Juristen Zeitung*, (6-1), 1951, pp. 20 ss.

⁴⁰ Dicen JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, p. 763, que «[e]l punto de partida de la teoría del concurso es la distinción entre unidad de acción y pluralidad de acciones puesto que sobre la misma se estructura la diferenciación entre las consecuencias jurídicas previstas en el § 52 y las que lo están en el § 53»; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 46.

⁴¹ Aunque es común observar que se haga referencia a la «unidad de acción en sentido natural» junto a las tres mencionadas en el texto, aquí se la deja de lado porque puede generar confusiones con la «unidad natural de acción» que abarca situaciones distintas, además de tratarse de un supuesto obvio de unidad de acción que no

No puedo aquí considerar cada una de estas variantes con las particularidades que presentan, por lo que me limitaré a reseñarlas brevemente. En primer lugar, la unidad típica de acción⁴² viene a decir que existen una variedad de tipos delictivos cuyas conductas realizativas están determinadas por la necesidad de llevar a cabo varios actos que, no obstante, serán considerados unitariamente, precisamente porque así lo requiere una interpretación correcta del tipo penal. Corresponden a este grupo los tipos compuestos, los tipos alternativos, delitos mutilados de dos o más actos o delitos permanentes, cuyas múltiples acciones en sentido natural no obstan a que sean considerados como *un* hecho delictivo.

Por otra parte, la unidad natural de acción recorta la consideración de una multiplicidad de acciones cuando, por determinadas circunstancias que tienen que ver con el hecho⁴³ y no con la descripción típica, pueden entenderse vinculadas a una misma desvaloración social. Estos supuestos de unidad se dan, fundamentalmente, en dos grupos de casos, en la realización iterativa y en la realización sucesiva del tipo. En el primero el autor realiza varios actos que están estrechamente vinculados a la realización del tipo, como en los supuestos de lesiones mediante varios golpes, de injurias a través de distintos insultos, etc. Así, se entiende lógico considerar que aquí estamos en presencia de una acción de lesiones o de injurias, pese a que naturalmente pueden observarse una multiplicidad de ellas. El supuesto de la realización sucesiva es menos claro que el anterior. Se trata de aquellos casos en que el autor realiza el hecho en diversas etapas, o en secuencias diferentes, o bien mediando interrupciones, pero que son irrelevantes a los fines de poder considerarlos un único hecho.

Finalmente encontramos acciones que, aunque también se presenten de forma individualizada, tienen entre sí una relación de continuidad (*Fortsetzungszusammenhang*) que hace que las consideremos como una unidad. Esto sucede en los casos conocidos como de delito continuado, en los que el autor va realizando distintas acciones típicas pequeñas, que por sí solas ya serían consideradas suficientes para la imputación penal, pero que, debido a las especiales particularidades que presentan⁴⁴, se interpretan como integrantes de un hecho mayor y abarcativo de ellas.

Como puede observarse, con estas aproximaciones se pretende ofrecer una herramienta de análisis de los hechos que restrinja el ámbito del *ius puniendi* allí donde la individualización de acciones excedería el sentido teleológico de las normas concursales. En otras palabras, son conceptos para filtrar acciones que, pese a existir en el plano pre-típico o natural, no se tendrán en cuenta de conformidad con valoraciones normativas, considerando como una sola acción a circunstancias que se presentan como una multiplicidad. Por esta razón, creo que toda esa

presenta mayores dificultades y coincide, en este sentido, con el concepto general de acción de la teoría del delito, *vid.* ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 945.

⁴² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, pp. 766 s. También puede encontrarse como «unidad jurídica de acción» en JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, p. 1076; «acción en sentido jurídico» en WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 46ª ed., 2016, p. 389.

⁴³ Se mencionan en este sentido la voluntad única, la uniformidad de los actos, la cercanía espacio-temporal de dichos actos y que resulte a los ojos de un tercero, de una forma objetiva, como una unidad de acción conjunta, *vid.* ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 950, con referencias a la doctrina del BGH sobre esta teoría; con otras denominaciones, CARUSO FONTÁN, «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la "unidad natural de acción" y el delito continuado», *Revista Penal*, (36), 2015, p. 44.

⁴⁴ *Vid.*, con amplias referencias, MALDONADO FUENTES, «Delito continuado y concurso de delitos», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (28-2), 2015, p. 196; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, *passim*; y POSADA MAYA, *Aspectos fundamentales del delito continuado*, 2012, *passim*.

discusión está vinculada a la distinción entre concurso de delito y unidad de delitos, y no en relación con el modo de individualizar hechos (o acciones) dentro de situaciones propiamente concursales⁴⁵. La confusión de ambas dimensiones se debe, hasta donde alcanzo, a la relevancia que alcanzó en Alemania la llamada «teoría de la unidad», que vinculaba unidad de acción con unidad de delito y, como consecuencia de ello, no veía al concurso ideal como un supuesto de pluralidad de delitos sino de delito único⁴⁶. A ello cabría agregar, como posible explicación, que la sanción prevista en el StGB para el concurso ideal es de pura absorción, asemejando la consecuencia punitiva a la que correspondería por un solo delito –el más grave–⁴⁷. En ese contexto, es entendible que ambas discusiones se encuentren íntimamente vinculadas⁴⁸, mas no, en cambio, si se comprende que la unidad de delito se corresponde con la unidad de infracción a un tipo delictivo concreto, como lo hace la denominada «teoría de la pluralidad»⁴⁹, por lo que cuando exista más de una infracción del mismo tipo penal o de distintos tipos penales, existirá una pluralidad de delitos⁵⁰. Esto significa que el concurso ideal, aun cuando se caracterice por la unidad de acción o de hecho, implica también un supuesto de concurrencia delictiva.

No es este el lugar para explayarme en profundidad sobre este aspecto. Hasta donde alcanzo, el modo de proceder de la «teoría de la unidad» lleva a diluir por completo la categoría del concurso ideal como tal, pues en casos de varias infracciones, siempre deberían suponer varias acciones, resultando inaplicable la concurrencia ideal⁵¹, y también dificulta su diferenciación con el

⁴⁵ Esto ya era advertido, correctamente, por SANZ MORÁN, *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, 1986, p. 111. En el mismo sentido, MALDONADO FUENTES, *Revista de Ciencias Penales*, (48-1), 2022, pp. 14 ss.

⁴⁶ Entre otros, HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, t. I, 1901, pp. 159 ss.; VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. III, 20ª ed., 1917, pp. 145 ss.; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 362 ss.; MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, 2007, pp. 194 ss., pp. 626 s.; MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., 1958, p. 326; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 7ª ed., 1995, pp. 521 ss.; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. IV, 1999, pp. 511 ss.

⁴⁷ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, p. 1084, refiere que «[e]n relación con la determinación de la pena, no existe ninguna diferencia entre el concurso ideal homogéneo y la infracción única, pero cuantitativamente intensificada». Sin embargo, si tenemos en cuenta que por aplicación del mínimo mayor que establece §52.2, 2ª oración se trataría de un principio de combinación, la cuestión no sería tan idéntica, como también lo explicita él mismo (vid. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, p. 1094) al referir que el concurso ideal tiene un efecto más gravoso, en relación con la unidad de delito –en el caso, delito continuado– al imponer el mínimo mayor; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 273; MAÑALICH, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, p. 1036. Realizan la distinción según las consecuencias jurídicas en casos de unidad natural de acción contra bienes jurídicos personalísimos, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, pp. 113 s.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand u. Handlung*, 1979, pp. 255 ss.

⁴⁸ Así también, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 87. Sin embargo, pasan por alto que al considerar que la consecuencia de la unidad de acción es la unidad de delito, lo cual les permite diferenciar entre concurso real y concurso ideal con los criterios de unidad natural de acción y unidad típica de acción, deberían, por ello, esgrimir otros criterios para distinguir cuándo la unidad de comportamiento vulnera una sola norma y cuándo vulnera dos o más, esto es, para distinguir un concurso ideal de una unidad de delito.

⁴⁹ Entre otros, VON BURI, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, 1879, pp. 1 ss.; MERKEL, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2004, pp. 281 s.; BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 1885, pp. 564 ss.; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 322 ss.; PUPPE, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, pp. 143 ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 27 ss.; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, p. 64; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., 1975, p. 736 y nota 30, critica la «justificación naturalista» de la teoría de la unidad; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, p. 1081; BUSTOS RAMÍREZ, *Concurso ideal de delitos*, 1962, pp. 102 ss.

⁵⁰ GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 271 ss., observa un verdadero concurso de delitos en supuestos de heterogeneidad del concurso ideal, pero no para los casos de homogeneidad, que los considera como de unidad delictiva.

⁵¹ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 1885, p. 565.

concurso de leyes⁵². Creo que una correcta interpretación de la teoría de la concurrencia delictiva debe partir de la concepción defendida por «la teoría de la pluralidad»⁵³.

3. Los fundamentos de la decisión

3.1. El argumento literal

Teniendo presente lo que se viene diciendo, el modo de interpretar los hechos que hace el TS en el Acuerdo es diametralmente opuesto a la pretensión de limitar el *ius puniendi*. Con esa decisión se expande el Derecho penal, ampliando el ámbito punitivo y con una interpretación demasiado forzada, cuando no directamente *contra legem*.

Claro que, según quienes así lo entienden, no se trata de una interpretación en contra de la ley, sino de acuerdo con ella, *secundum legem*. Así, tempranamente, MIR PUIG sostenía que el Código penal español, al hablar de «hecho» y no de «acción», como lo hace el Código penal alemán, exigen incorporar el «resultado material, como elemento decisivo, a la “unidad de hecho” de que se trate»⁵⁴. Se considera que el término «hecho» permite remitir a la totalidad del sustrato de la valoración típica, al momento ejecutivo, al causal y al efectual, mientras que el de «acción», apunta solamente a una parte del mismo, el de su ejecución⁵⁵. No obstante, se aclara que el significado que le da aquí a la palabra «hecho» no es el mismo que se le atribuye en otros contextos, en la medida que no se entiende en su contenido normativo de «tipo de injusto» sino que se identifica solamente con el sustrato de la valoración, con la realidad empírica. Pero esa realidad empírica es tomada en toda su dimensión y no solo ceñida a la acción, abarcando todos los elementos que la componen, acción, relación causal y resultado⁵⁶.

Además, siguiendo con el argumento gramatical, reforzaba su posición con una interpretación a *contrario sensu* de la regulación del concurso ideal. Como el anterior artículo 71 CP refería que para la determinación de la pena se tendría en cuenta «la correspondiente a la infracción más grave»⁵⁷, de ello se deriva, según esta interpretación, que sólo serían posibles concursos ideales

⁵² En este sentido, se entiende que se denomine al concurso de leyes como un supuesto de concurso ideal impropio, FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 2011, p. 690; o al concurso ideal como un supuesto auténtico de concurso de leyes, vid. MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, 2007, p. 625; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. IV, 1999, p. 516.

⁵³ Ello, sin embargo, no debería llevarse al extremo de entender que la pluralidad de infracciones tendría que ser tratada en procesos penales distintos. En este sentido, la pluralidad de delitos no significa pluralidad de hechos en términos procesales. Advierte esta situación, GROSSE-WILDE, «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen? – Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirklichungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (33-1), 2021, pp. 117 s. Salvo error por mi parte, entiendo que esta confusión está presente en CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal*, 2021, p. 174, en relación con el concurso real y la persecución múltiple.

⁵⁴ Así, en las «Adiciones...» a la traducción de JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II, 3ª ed., 1981, pp. 1005 s.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 669. Rechazando enérgicamente la concepción de un «hecho» como abarcativo del resultado que produce la conducta, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. III, 1981, pp. 53 ss.; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. IV, 1999, pp. 520 ss., donde, siguiendo una jurisprudencia holandesa, dice que «quienes sostienen que cada resultado es un "hecho" deberían admitir que, aunque el autor de un atentado estuviese condenado en firme por homicidio, podría ser nuevamente procesado y condenado por la misma conducta si se descubriese otro cadáver al remover los escombros diez años después», *vid.* p. 522.

⁵⁵ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 766. *Vid.* también VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 10 s.

⁵⁶ ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 139.

⁵⁷ El CP actual dice «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave» (art. 77.2 CP).

heterogéneos y no homogéneos, ya que en éstos no hay infracción «más grave» sino que todas tienen la misma pena. Ergo, los supuestos de concursos homogéneos siempre serían concursos reales, independientemente del número de acciones mediante los cuales sean cometidos⁵⁸.

3.2. El argumento relativo al resultado material

Por fuera de este argumento literal, hay otro que es más de fondo. Así, esta posición⁵⁹ viene a decir que los tipos penales que no sólo describen conductas sino también resultados, exigen incorporar a éste como elemento decisivo a la unidad de hecho de que se trate, con lo cual «cuando mediante una sola conducta (como colocar una bomba) el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varias muertes, realizará no sólo un hecho de homicidio, sino tantos hechos de homicidio como muertes haya ocasionado o intentado dolosamente [...] tanto subjetiva como objetivamente, tal comportamiento tendrá un sentido fáctico y típico plural - pues la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de cada causación (dolosa) de un resultado, siendo en él en cambio irrelevante el número de movimientos corporales que el sujeto emplee para la causación»⁶⁰.

3.3. El argumento de la proporcionalidad

Recientemente, PEÑARANDA RAMOS⁶¹ se ha sumado a esta corriente doctrinaria en lo que al punto central de la discusión se refiere, aunque se distancie de alguno de sus postulados. Luego de responder críticamente a los distintos argumentos que se han utilizado para justificar materialmente la distinción entre concurso ideal y concurso real, o la de quienes sin justificar pretenden explicarla⁶², se inclina por favorecer una solución similar a la adoptada por el Acuerdo del TS, en el sentido de aplicar las consecuencias del concurso real para aquellos casos en los que mediante una sola conducta se produzcan una multiplicidad de resultados, pero no a cualquier resultado sino a aquellos que son «lesivos de intereses eminentemente personales, como son la vida, la salud, la integridad corporal, la libertad o, en su caso, también la dignidad de las personas», en la medida en que afecten a una pluralidad de víctimas, en virtud de que eso justificaría la «imposición de una pena proporcionada a su particular gravedad»⁶³.

⁵⁸ MIR PUIG, en las «Adiciones...» a JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II, 3ª ed., 1981 (1978), pp. 1021 s. Sin embargo, este argumento fue dejado de lado, aunque sin explicitarse un cambio de opinión, en MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, pp. 674 ss. En cambio, se trata de una interpretación que subsiste en la jurisprudencia, en la medida que es uno de aquellos fundamentos en que se basa la STS 717/2014, Penal, de 29 de enero de 2015 (ECLI:TS:2015:818), para justificar lo resuelto en el Acuerdo. También la sostiene, aduciendo que se trata de la posición de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, SANTANA VEGA, «Artículo 77», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, pp. 209 y s.

⁵⁹ Entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 773; JOSHI JUBERT, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-2), 1992, p. 629; GUINARTE CABADA, «El concurso “medial” de delitos», *Estudios penales y criminológicos*, (13), 1988-1989, p. 163; con otras referencias, ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, pp. 136 ss.; GÓMEZ MARTÍN, «Artículo 138», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 325.

⁶⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, pp. 669, 675. Como se mencionó en nota 54, esto ya lo sostenía en las «Adiciones» a JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. 2, 3ª ed., 1981.

⁶¹ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ et al. (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022.

⁶² PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ et al. (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 825 ss.

⁶³ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ et al. (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 832. Particularmente críticos con este proceder, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, p. 764 y s., indican que «la vieja distinción basada en el número de

Considera que «la determinación del concepto de unidad o pluralidad de acción debería estar guiada por el específico propósito jurídico-penal al que en este ámbito pretende servir tal distinción: un propósito que no puede ser muy diferente que el de procurar una determinación de la pena adecuada al contenido de desvalor de los delitos concurrentes y a la responsabilidad en que en cada caso haya incurrido el sujeto al cometerlos»⁶⁴. Así, el concepto de unidad de acción debe tener en cuenta los principios que rigen la responsabilidad criminal, no pudiendo ser entendido de forma tal que quede en manos del infractor reducir arbitrariamente su propia responsabilidad⁶⁵. En su opinión hay razones de necesidades preventiva de pena que el Derecho penal debe satisfacer que, de seguirse el criterio de la mayoría, quedarían desatendidas⁶⁶.

Además de circunscribir la solución a esos supuestos⁶⁷, PEÑARANDA RAMOS establece una limitación más: que el hecho sea realizado con dolo directo, pues advierte que los argumentos expuestos «no se prestan sencillamente a ser trasladados también a los casos en que el sujeto no se comporta con dolo directo, sino meramente eventual, o a título de imprudencia»⁶⁸, distanciándose de esa manera de lo expresamente resuelto en el Acuerdo del TS.

resultados acaecidos está hoy ya abandonada puesto que una pluralidad de los mismos, incluso aunque menoscaban bienes jurídicos personalísimos, pueden ser provocados por una única actuación de la voluntad y, en ese caso, sólo es aceptable una acción» (sin negrita en el original). JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, pp. 1083, 1091, ha hecho una defensa de la relevancia que puede tener el hecho cuando se lesionan este tipo de bienes, pero la lleva a cabo con la intención de evitar la aplicación de una sola infracción, propiciando la aplicación del concurso ideal. Similar, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, pp. 113 s.

⁶⁴ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 821 s. Similar, ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, pp. 142, 150. ZUGALDÍA ESPINAR, «El concurso de delitos», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., 2010, p. 467, indica que «el que mata a cinco personas con una bomba no se merece menos pena, conforme a la regla de la exasperación del art. 77 CP, que el que mata a cinco personas sucesivamente, que será castigado conforme a la regla de la acumulación de los arts. 73 y ss. CP. Por consiguiente, el problema radicaría en que las reglas penológicas del concurso de delitos están deficientemente concebidas».

⁶⁵ Este argumento relacionado con lo inaceptable que resultaría que el autor manipule «a su puro arbitrio la extensión que haya de tener su propia responsabilidad», *vid.* PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 833, no se logra comprender desde la óptica de un Derecho penal respetuoso del principio de legalidad. Si el principio de legalidad tiene la función de preservar el valor de la seguridad jurídica, consistente «en que el ciudadano pueda saber cuáles son las consecuencias jurídicas de sus actos», *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «El principio de legalidad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, 2019, p. 53, no se advierte lo inaceptable de que el autor, en el ejercicio de su libertad ciudadana, adopte las medidas necesarias para que las consecuencias jurídicas de su acción sean las menos lesivas, de conformidad con lo establecido por el mismo legislador. Creo que esto mismo es lo que está en la base de lo que sostiene NINO, en MAURINO (ed.), *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, pp. 249, en relación con que la aplicación de las reglas del concurso real a un supuesto de unidad de acción violaría el principio de legalidad, en la medida que el autor consintió solo una consecuencia penal.

⁶⁶ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 833.

⁶⁷ La limitación no deja de ser, no obstante, más flexible que la que establece el propio TS, ampliando el ámbito de procedencia del Acuerdo a otros delitos y no solo a aquellos contra la vida (aunque también es verdad que el propio TS en sentencias posteriores dijo que «[p]ara ahondar en la necesidad de una interpretación que lleve a una solución proporcionada, destacamos la importancia que en la solución que se propugna alcanza el carácter personalísimo del bien jurídico protegido y la extraordinaria relevancia que el mismo alcanza cuando el bien objeto de protección es la vida, la integridad física o la libertad», *vid.* SSTs 717/2014, Penal, de 29 de enero de 2015 (ECLI:TS:2015:818); 57/2019, Penal, de 5 de febrero (ECLI:TS:2019:328). Sin embargo, como se observa inmediatamente, sí restringe su aplicación en torno a la imputación subjetiva.

⁶⁸ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 833. Así también lo ha entendido el propio TS en algunas sentencias anteriores, *vid.* SSTs 861/1997, Penal, de 11 de junio (ECLI:TS:1997:4137) y 187/1998, Penal, de 11 de febrero (ECLI:TS:1998:884).

4. Aproximación crítica

4.1. Sobre el argumento literal

Como hemos visto, son tres los argumentos que sostienen quienes coinciden –*grosso modo*– con lo resuelto en el Acuerdo del TS, uno formal y dos sustanciales. El formal está directamente relacionado con la expresión «hecho» utilizada por el legislador español y la forma en que indica la pena a aplicar en el concurso ideal, remitiéndose a la infracción más grave. Los sustanciales están vinculados, por un lado, con la relevancia del resultado material como elemento constitutivo de los hechos relativos a los delitos de resultado, lo que no ocurriría con los delitos de mera actividad⁶⁹, y, por el otro lado, al criterio de proporcionalidad de la pena con el resultado lesivo.

En cuanto al primero de ellos, que pretende encontrar un argumento en la literalidad de la regulación del art. 77.2 CP que, en contraposición al alemán, se pronuncia sobre «hechos» y no sobre «acciones», cabe decir que, a diferencia de cómo es planteado por sus defensores, no resulta del todo indiscutible ni lo uno ni lo otro. Por un lado, no parece obvio que el StGB se haya definido claramente por la utilización de la expresión «acción» en lugar de «hecho»: así, en los § 52 y § 53 StGB se utilizan, para los títulos, las expresiones «Unidad de hecho» y «Pluralidad de hechos», respectivamente, y en los parágrafos se refiere a «acción» solo en el primero de ellos, pero en el segundo ya se refiere a «hecho punible». Incluso el término «acción» (*Handlung*) vino a reemplazar el de «hecho punible» (*Straftat*) que introdujo la 2ª reforma al Código penal del 04 de julio de 1969⁷⁰. Asimismo, el propio Tribunal Supremo alemán ha dicho que el «hecho» (*Tat*) al que se refiere el §24.1 StGB relativo al desistimiento de la tentativa, es el «hecho» (*Tat*) determinante para la valoración del concurso material⁷¹. Por su parte, en el art. 74.1 del Código Penal español que regula la figura del delito continuado en relación con el concurso real (dice textualmente el art. 74.1 CP: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...»), se refiere al que realice «una pluralidad de acciones u omisiones...», y no cabe por ello interpretar que se esté refiriendo a sustratos diferentes de los contemplados en el concurso real⁷². Para mayor ambigüedad, tampoco hay acuerdo sobre el contenido de aquello que se quiere denominar con la palabra «hecho»⁷³. En todo caso, y más allá de la debilidad de este argumento, lo cierto es que el concepto de hecho permite tener en cuenta más elementos que la mera referencia a la acción. Ahora bien, suponer que de ello se deriva que es el resultado lo que debe tener preponderancia implica, a mi entender, un salto lógico que no se sigue necesariamente.

En relación con la remisión a la pena de la infracción más grave, que el Código Penal, en su art. 77.2, sólo haga referencia al modo en que debe determinarse la pena en supuestos de concurrencia de infracciones con penas distintas tiene pleno sentido, pues es en ese caso dónde

⁶⁹ Así, expresamente, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 669.

⁷⁰ Vid. ACHENBACH, *Monatsschrift für deutsches Recht*, (1), 1975, pp. 19 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 721 (nota 3).

⁷¹ BGHSt 41, 369.

⁷² Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, p. 94. En efecto, el propio TS se ha referido en innumerables ocasiones a la unidad de acción como concepto para determinar la presencia del concurso ideal, *vid.*, entre otras, SSTS 354/2014, Penal, de 9 de mayo (ECLI:TS:2014:1777), FJ. 5; 413/2015, Penal, de 30 de junio (ECLI:TS:2015:3177), FJ. 13; 426/2016, Penal, de 19 de mayo (ECLI:TS:2016:2149), FJ. 15.

⁷³ Vid. PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ et al. (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 817 ss.; MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 77 ss.; VAN WEEZEL, en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos*, 2021, *passim*.

pueden plantearse los problemas, ya que en los casos de concurso ideal homogéneo sólo hay un tipo penal en juego, y no cabría en principio ninguna duda sobre la determinación de la pena en abstracto⁷⁴.

Sin embargo, es preciso tener presente que el Código hace referencia al modo en que debe determinarse la pena en supuestos de infracciones que tienen una pena distinta, sin requerir que los delitos concurrentes sean distintos, y es esta última circunstancia la que determina la homogeneidad o heterogeneidad de las infracciones. Que esa diferencia de pena se dé, mayoritariamente, en supuestos de concurrencia heterogénea no significa que de ello se derive, como pretende esta tesis, que deban quedar excluidos de su aplicación los concursos homogéneos, porque podría ocurrir que ambos delitos homogéneamente concurrentes tengan una pena distinta en el caso concreto⁷⁵. Un ejemplo de esto último podría darse si uno de ellos contiene una situación que agrave o atenúe la pena a su respecto, sin que por ello quepa hablar de un delito distinto. Por lo mismo, pero analizado inversamente, el argumento tampoco puede ser exclusivo respecto de aquellos supuestos de concurso ideal homogéneo, en la medida en que también es perfectamente posible que puedan existir casos de concurso ideal heterogéneo cuyas consecuencias jurídicas sí sean coincidentes⁷⁶. En consecuencia, la interpretación a *contrario sensu* fracasa por ambos lados: ni es determinante para excluir de la aplicación del concurso ideal los supuestos de homogeneidad, ni es determinante para que se aplique siempre a concursos heterogéneos.

4.2. Sobre el argumento del resultado material

Respecto del argumento según el cual el resultado material es determinante para la configuración del hecho en los delitos de resultado, creo que terminaría por probar demasiado, mucho más de lo que sus defensores estarían dispuestos a aceptar, porque si se es consecuente con ese postulado, la solución no podría acotarse solo a los delitos contra la vida⁷⁷, en tanto y en cuanto lo mismo podría servir para cualquier otro delito de resultado⁷⁸. Por otra parte, ese mismo argumento debería servir para descartar del ámbito del concurso ideal no solo a los supuestos de homogeneidad, sino también de heterogeneidad, en la medida que también aquí el resultado material -aunque distinto- es determinante para la configuración de sendos hechos⁷⁹.

⁷⁴ Incluso partidarios de la tesis que aquí se critica, se han apartado de este argumento formal; *vid.* ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, pp. 147 s.; Lo sigue sosteniendo SANTANA VEGA, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2011, pp. 209 s. Como se mencionó en nota 58, MIR PUIG, que en las «Adiciones...» a JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II, 3ª ed., 1981, pp. 1021 s. utilizaba este argumento, lo ha dejado de lado en MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, pp. 674 ss.

⁷⁵ Contrariamente, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, p. 1101.

⁷⁶ MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, p. 88.

⁷⁷ Situación que PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 831 s., no pasa por alto advirtiendo, como ya se ha mencionado, que no toda producción de una pluralidad de resultados materiales basta para considerar que hay pluralidad de hechos en el sentido de la teoría del concurso. Por ello entiende necesario explicitar una razón por la que ese dato naturalista adquiera relevancia normativa, y esa razón es que no se trata de cualesquiera resultados sino de aquellos lesivos de bienes eminentemente personales.

⁷⁸ Así, por ejemplo, admiten también esta solución para delitos contra bienes no eminentemente personales, ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 103; JOSH JUBERT, *ADPCP*, (45-2), 1992, p. 626.

⁷⁹ Advierten esto, correctamente, MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, p. 87; SANZ MORÁN, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.) *Estudios de Derecho penal, homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 872. En efecto, ello puede verse claramente cuando se menciona que «la viabilidad de este concurso [ideal] se supedita a la inexistencia de varios resultados típicos, habida cuenta que si se produce más de uno los

También es necesario destacar que hay autores que dentro del concepto de hecho incluyen no solo la acción y el resultado, sino también el curso causal⁸⁰. Esto llevaría a aplicar las reglas del concurso real a un supuesto de unidad de acción con un solo resultado lesivo, por el hecho de haber existido un factor causal múltiple, como ocurre en los casos de causalidad alternativa que, aunque normalmente se estudian bajo el supuesto de autorías paralelas⁸¹, también podrían ocurrir en supuesto de autoría única o bien de coautoría. Ejemplo: A decide matar a B colocando dos venenos distintos en la misma taza de café, uno de los cuales afecta el sistema respiratorio, produciendo la muerte por asfixia y el otro actúa sobre el sistema nervioso central, generando un paro cardíaco automático. Para la coautoría basta con variar apenas el ejemplo: Tras un acuerdo entre A y C para matar a B, cada uno de ellos vierte uno de los venenos dentro de la misma taza de café. La muerte se produce por el paro cardíaco, debido a la velocidad del efecto del veneno en el sistema nervioso. No obstante, la dosis del otro veneno ya era por sí sola suficiente para causarle la muerte en un momento posterior. ¿Tentativa de homicidio y homicidio consumado en concurso «real»?

Por otra parte, según este argumento vinculado a la incidencia del resultado material, no hay ninguna razón adicional que justifique limitar esa solución a los delitos dolosos, en la medida que los delitos imprudentes tienen, paradigmáticamente, al resultado material como elemento decisivo en su configuración⁸². Las explicaciones que se dan en torno a la mayor lesividad que poseen los delitos dolosos, aunque sean correctas, no aportan nada al argumento de base, sino que forman parte de otra discusión que no tiene que ver con las características de los delitos de resultado. A modo de pregunta, si lo importante para la determinación del (de los) hecho(s) es el resultado material, ¿qué aporta a esa individualización o multiplicación que ellos sean realizados a través de una conducta dolosa y no imprudente? A esa pregunta, el TS responde que el Acuerdo no afecta «a los supuestos de una única acción imprudente causante de varios resultados subsumibles en la misma norma penal, que da lugar a un único delito, o en varias normas penales, en cuyo caso la concurrencia se rige por las normas del concurso ideal, pues única es la infracción de la norma objetiva de cuidado»⁸³. Sin embargo, el problema no es que se trate de una única infracción de la norma⁸⁴, sino de explicar por qué allí la multiplicidad de resultados no es determinante para la consideración de un hecho múltiple.

Por último, debe destacarse que el TS otorga esta misma consecuencia también en supuestos de tentativa⁸⁵, por lo que toda la argumentación referida al resultado material como elemento decisivo para entender el hecho de una manera y no de otra, pierde todo el sentido. Dice JOSH JUBERT que «[l]a razón de que el resultado forme parte del concepto de hecho no es una puramente subjetiva, ni tampoco otra absolutamente objetiva... No se incluye el resultado exclusivamente

delitos discrepan en esta parte de su base empírica y no existe unidad de hecho entre ellos», *vid.* ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 149.

⁸⁰ VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 10 s.; ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 139.

⁸¹ *Vid.* FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 2011, pp. 181 ss.

⁸² Así también, GARCÍA ALBERO, «Artículo 77», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español, t.1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., 2008, p. 591.

⁸³ STS 717/2014, Penal, de 29 de enero 2015 (ECLI:TS:2015:818), FJ 5º. Acertadamente crítico con este argumento, SANZ MORÁN, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal, homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 873, indicando que implica un retorno a la tesis del *crimen culpa*.

⁸⁴ Por cierto, argumento que utilizó el propio TS para centrar la distinción en torno al concepto de acción, *vid.* STS 1335 bis/1992, Penal, de 23 de abril (ECLI:TS:1992:20999).

⁸⁵ Dice el Acuerdo «se haya o no producido el resultado».

porque el resultado material sea algo que se ha dado efectivamente. Mucho más, estimo que el resultado forma parte del hecho porque el sujeto lo ha abarcado con su acción y porque finalmente ha tenido lugar. Es sólo de este modo que, en mi opinión, el resultado entra a formar parte del tipo penal de los delitos dolosos»⁸⁶. Pero si esto es así, y se requieren tanto el aspecto subjetivo doloso como la materialización efectiva del resultado, con la tentativa solo estaría dado el primer presupuesto. El mismo argumento que le sirve a esta posición para descartar a los delitos imprudentes de las consecuencias de esta tesis, se le vuelve en contra al pretender incluir a las tentativas⁸⁷.

Con otros argumentos, también NINO considera –en oposición a lo que él mismo sostuviese con anterioridad⁸⁸– injustificado tratar como supuesto de concurso real el caso de la bomba que mata a varias personas, puesto que se trata de una única acción que tiene un solo encuadramiento normativo, de acuerdo con el criterio de individualización utilizado por el modelo de la identidad de DAVIDSON y ANSCOMBE⁸⁹, por lo que el autor consentiría solamente una consecuencia penal y no varias, de manera tal que aplicarle la regla penológica del concurso material violaría el principio de legalidad⁹⁰. Por su parte, CUERDA RIEZU sostiene que no se puede asignar la pena prevista para el concurso real a un supuesto de concurso ideal, sin violar el principio *non bis in idem*, lo que sería inconstitucional⁹¹.

Es interesante observar esta problemática desde la perspectiva de los delitos de omisión puesto que permiten contrastar las consecuencias y fundamentos que se asumen en cada una de las modalidades. En este caso, también la doctrina mayoritaria⁹² se inclina por determinar la diferencia entre unidad y pluralidad de hechos (omisivos) centrándose en la conducta y no en el resultado. Se sostiene que lo decisivo a los fines concursales son las posibilidades de evitación del resultado que tenía el autor y que no ha llevado a cabo, independientemente del número de víctimas. Así, por ejemplo, en el supuesto del guardabarrera que no baja la valla, como consecuencia de lo cual mueren varias personas en las vías, sólo realiza una conducta omisiva y no tantas como muertos haya, constitutiva de un concurso ideal de tantos homicidios, ahora sí,

⁸⁶ JOSHI JUBERT, *ADPCP*, (45-2), 1992, p. 619.

⁸⁷ Si bien es cierto que tal pretensión no está presente en todos los defensores de la tesis. Así, por ejemplo, ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 111, indica que la observación «relativa a la aplicación de reglas concursales distintas a la consumación y a la tentativa, no es sino la consecuencia de mantener una postura uniforme en la interpretación de la unidad de hecho». En contra de esa diferencia de criterios de aplicación de las reglas concursales para la consumación respecto de la tentativa, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t.1 (arts. 1 a 233), 5ª ed., 2008, p. 591.

⁸⁸ NINO, *El concurso en el Derecho penal*, 1972, pp. 37 s.

⁸⁹ Con sus correspondientes citas, contraponiéndolo al modelo de Goldman, *vid.* NINO, en MAURINO (ed.) *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, pp. 244 ss.

⁹⁰ NINO, en MAURINO (ed.) *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, p. 249.

⁹¹ CUERDA RIEZU, «La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto del Código penal de 1992», en AA.VV., *Política Criminal y Reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*, 1993, p. 300; CUERDA RIEZU, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (3), 1991, p. 849; CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, pp. 176 s. En el mismo sentido, ROJAS, «Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos», en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, 2021, pp. 281, pp. 287 s. En contra del argumento del *bis in idem* en estos supuestos, acertadamente, PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 825 s.; MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 82 y s., 85 y s.; MALDONADO FUENTES, «Unidad de hecho en el concurso ideal», *Revista Ius et Praxis*, (27-3), 2021, p. 149.

⁹² *Vid.* por todos, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 960.

como muertos haya⁹³. Sin embargo, la tesis minoritaria debería, también aquí, observar una pluralidad de hechos que concurren materialmente. De igual forma, en los supuestos caracterizados como de *aberratio ictus* que la doctrina dominante resuelve con una solución diferenciadora, con la regla del concurso ideal entre tentativa y consumación⁹⁴, deberían aquí ser reconfigurados como si de un concurso real se tratase.

4.3. Sobre el argumento de la proporcionalidad

Por último, el argumento de la proporcionalidad viene a dotar de fundamento teórico las verdaderas razones que, a mi entender, están detrás de la decisión tomada por el TS. Esas razones obedecen a consideraciones político-criminales de mayor necesidad de pena en supuestos en los que, a criterio del TS, la regla penológica del concurso ideal se queda corta⁹⁵. Esta afirmación no le resulta convincente a PEÑARANDA RAMOS, a menos que se entienda que las mencionadas consideraciones «se pretendiesen imponer a una decisión del legislador claramente deducible del propio tenor literal de la ley o se basaran a su vez en datos carentes de relevancia normativa», lo que –a su modo de ver– no sucede, en la medida que «la expresión "un solo hecho" no tiene inequívocamente en el art. 77.1 CP el sentido de "un único movimiento corporal", y no impide por tanto considerar como una pluralidad de hechos, al menos bajo determinadas condiciones, la causación de varios resultados (o una actuación dirigida a producirlos) a través de un mismo movimiento corporal»⁹⁶. Con ello, también concede cierta relevancia al argumento literal relativo a lo decisivo de la expresión utilizada por el legislador español.

Que la expresión «un solo hecho» no tiene el sentido de «un único movimiento corporal» es correcto, pues aquí no se trata de naturalismos⁹⁷, pero de ello no se sigue que sea la multiplicidad

⁹³ WESSELS, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., 1980, p. 230; Con un caso similar, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, p. 1088.

⁹⁴ Es verdad que, usualmente, se trata de una tentativa dolosa en concurso con una consumación imprudente, pero no hay ninguna razón para descartar la posibilidad de que la consumación pueda darse con dolo eventual, variante incluida en el Acuerdo, aunque no en todos los partidarios de esa solución. En efecto, esto último es lo que se dio en un caso resuelto por el TS, en la STS 57/2019, Penal, de 5 de febrero (ECLI:TS:2019:328), en el cual condenó por ambos hechos –homicidio y lesiones– en concurso real, de conformidad con el Acuerdo.

⁹⁵ ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 139 afirma que «[l]a sanción con la penalidad de uno sólo de los asesinatos se revela insuficiente para castigar a quien dolosamente ha arrebatado la vida a múltiples personas a través de una única acción». En la STS 717/2014, Penal, de 29 de enero de 2015 (ECLI:TS:2015:818), se dice textualmente «el problema de fondo es un problema de proporcionalidad de la pena, pues la solución a la pluralidad de delitos causales a una única acción, de acuerdo a la previsión de concurso ideal del art. 77 CP. que, a priori, parece ser de aplicación, no se corresponde con una adecuada previsión de su consecuencia jurídica. La pluralidad de resultados, en el concurso ideal, no tiene una previsión penológica distinta de la acción que produce un único resultado, a salvo de la imposición de la pena en su mitad superior, como si se tratara de una agravante. La regla penológica del art. 77 CP contempla, al imponer la pena al delito más grave en su mitad superior, el disvalor de la acción pero no el disvalor de los resultados distintos y plurales, y el resultado siempre ha sido tenido en cuenta por el legislador penal». Nótese que el TS menciona como parte del problema no solo a los resultados plurales sino también «distintos», lo que debería llevarle a imponer también esta regla en supuestos de heterogeneidad como, de hecho, lo hizo en la STS 57/2019, Penal, de 5 de febrero (ECLI:TS:2019:328) anteriormente citada.

⁹⁶ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 831. De otra opinión, MOLINA FERNÁNDEZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019, 2020*, nm. 3307, ha dicho que «[e]n algún caso se ha propuesto por la doctrina aplicar concurso real y no ideal cuando una única acción da lugar a varios resultados típicos homogéneos -p.e. en el ejemplo reseñado de la bomba que causa tres muertes-, pero tal solución no es compatible con la letra del artículo 77, por más que materialmente pudiera resultar adecuada».

⁹⁷ Así también MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, p. 84; MAÑALICH, «El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del “dolo

de resultados la que, bajo determinadas condiciones, determine la «pluralidad de hechos»⁹⁸. Si el fundamento no pretende ser meramente consecuencialista⁹⁹, y el de PEÑARANDA RAMOS no parece serlo¹⁰⁰, sería oportuno poner de relieve con base en qué criterios materiales se puede interpretar que ocurre un hecho y cuándo varios, esto es, tienen que hacerse explícitas esas «determinadas condiciones» que deben darse para indicar cuándo se da una situación y cuándo se da la otra. El principio de proporcionalidad puede servir de fundamento para explicar una penalidad distinta¹⁰¹, pero es incapaz de ofrecer una respuesta al problema de la individualización de hechos.

Por otra parte, y en relación con lo que sí puede aportar, el argumento de la proporcionalidad necesita ser precisado para justificar la diferencia de tratamiento a los efectos del concurso que se dispensaría a quien comete el hecho contra bienes eminentemente personales frente a aquél que lo hace con lesión a bienes patrimoniales o colectivos, cuando la diferencia de merecimiento –en términos de gravedad de pena– ya viene reconocida por el legislador en la determinación legal abstracta de cada delito en la parte especial¹⁰², o por qué ello tendría relevancia solo en

alternativo”», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, 2023 (en prensa), p. 9. Correctamente también, en este sentido, JOSHI JUBERT, *ADPCP*, (45-2), 1992, p. 618.

⁹⁸ Se ha mencionado anteriormente que el legislador no ha dicho nada sobre el modo de individualizar hechos ni qué circunstancias entran dentro de ese concepto, esa tarea corresponde al intérprete.

⁹⁹ A sabiendas de lo extremadamente reduccionista, se utiliza aquí el término «consecuencialista» en el sentido de favorecer una interpretación en estricta atención al resultado penológico que conduce.

¹⁰⁰ Las referencias al merecimiento y a las necesidades preventivas de pena parecen indicar que las bases de su posición son más bien deontológicas. Sobre la relación entre proporcionalidad y consecuencialismo o prevención, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal*, 2022, pp. 930. No se desconoce, no obstante, que existen teorías de la pena basadas en el merecimiento que son consecuencialistas. En este sentido, MAÑALICH, «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (10-20), 2015, p. 503, sostiene que «lo que asegura la autenticidad de una interpretación consecuencialista del principio de retribución *qua* teoría de la retribución es su implicación concerniente a la postulación de una conexión interna entre punición y proporcionalidad. A modo de eslogan: la pena retributivamente legitimada es la pena sometida a un parámetro de *proporcionalidad según merecimiento* como *conditio sine qua non* de su (eventual) legitimación» (cursivas en el original). Para más detalles, con otras referencias, *vid.* MAÑALICH, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret*, (2), 2015, *passim*.

¹⁰¹ Y, en todo caso, en el sentido opuesto. Esto es, para la no aplicación de la regla del concurso real al supuesto del concurso ideal por resultar excesiva. En este sentido, MAÑALICH, *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (10-20), 2015, p. 508, refiere que «la importancia de esta comprensión del fundamento del régimen de penalidad legalmente previsto para los casos de concurso ideal y concurso medial se halla en que la aplicabilidad de ese régimen, *ceteris paribus* más benigno que el de acumulación material, se encuentra asociado a un juicio legislativo que se deja reconstruir, sin más, en clave de proporcionalidad: la imposición acumulativa de las penas correspondientes a los dos o más hechos punibles ideal o medialmente concurrentes resultaría excesiva, en cuanto desproporcionada, en razón de la falta de plena independencia del injusto (subjetivo) constitutivo de cada uno de ellos». También CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal*, 2021, p. 173, aunque vinculando la proporcionalidad al *non bis in ídem*, situación que, a mi entender, puede emparentarse en relación con la distinción concurso de leyes y concurso de delitos, pero no entre concurso ideal y real.

¹⁰² Esta interpretación escondería, en ese sentido, un supuesto velado de doble valoración, en la medida que una determinada circunstancia –la lesión a bienes altamente personales– se tiene en cuenta por el intérprete para aplicar la regla penológica más grave cuando esa misma circunstancia ya es valorada por el legislador al establecer las penas en esos delitos; ZIFFER, «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en MAIER (ed.), *Determinación judicial de la pena*, 1993, p. 106, indica que «[t]eniendo en cuenta que el marco penal rige siempre para la totalidad del ilícito de que se trata, el juez, al determinar la pena en concreto, no puede valorar un elemento que ya ha sido tomado en cuenta “en abstracto” para calificar la gravedad del ilícito». Nótese que no se trata del argumento vinculado a la vulneración del *bis in ídem* que usualmente se esgrime cuando se cuestiona la aplicación de reglas del concurso real a supuestos de unidad de hecho (*vid.* nota 91), porque la crítica no está

supuestos de multiplicidad de víctimas y no en casos de una víctima única¹⁰³. Por lo mismo, tendría que poder justificar el tratamiento dispar a hechos que no presentan *ex lege* un diferente grado de desvalor en la pena como es el caso del dolo directo respecto del dolo eventual. Por ejemplo, el caso del disparo a la mujer embarazada que produce *uno actu* el homicidio de la gestante y el aborto del feto, dará lugar a un concurso real si el autor conocía el estado de gravidez y era consciente de la consecuencia necesaria de su acción para con la vida en formación^{104,105}, pero se apreciará una concurrencia de tipo ideal si, en cambio, las dos circunstancias le resultaban probables, aunque no certeras, de manera tal que pueda apreciarse un dolo eventual a su respecto¹⁰⁶.

Lo que resulta dudoso de aceptar es que el rendimiento de la proporcionalidad deba ser el de llevar la consecuencia jurídica a un estadio más grave. En un sistema punitivo que de por sí ya combina dos situaciones gravosas como la de imponer penas especialmente severas en los delitos de la parte especial junto al excesivo rigor que se le reconoce al principio de acumulación previsto

orientada a la circunstancia de castigar dos veces un mismo hecho, sino a destacar que existe una doble valoración de un mismo elemento –la lesión de bienes altamente personales– en los dos momentos de determinación de la pena, el legal y el judicial.

¹⁰³ Por ejemplo, el TS apreció un concurso ideal en un supuesto de agresión sexual y homicidio con dolo directo, cuando éste se produjo como consecuencia de las hemorragias internas ocasionadas por la penetración anal con un objeto romo (STS 472/2018, Penal, de 17 de octubre [ECLI:TS:2018:3486]), modificando la calificación que, como concurso real, había estimado la Audiencia de instancia y el Superior Tribunal de Justicia andaluz con fundamento en la unidad de hecho. Y así también (como concurso ideal) lo resolvería PEÑARANDA RAMOS, pero, si variamos el ejemplo, y la mujer no fallece a causa de la hemorragia, pero sí produce la muerte del feto que gestaba, allí la consecuencia debería ser la de un concurso real en la medida en que hay dos víctimas distintas, a menos que en el aborto no se considere al feto como una víctima distinta –aunque dependiente– de la gestante, o bien no sea considerado un delito contra un bien eminentemente personal.

¹⁰⁴ Vacilante a este respecto, el TS resolvió un supuesto semejante como de concurso ideal entre asesinato y aborto mediante una acción con dolo directo respecto de ambos resultados (STS 158/2015, Penal, de 17 de marzo [ECLI:TS:2015:1257]), mientras que, en la STS 831/2009, Penal, de 22 de julio (ECLI:TS:2009:4954), mantuvo la calificación de los dos delitos en concurso real impuesta por la Audiencia de instancia. Asimismo, en la STS 357/2002, Penal, de 04 de marzo (ECLI:TS:2002:1522), indicó que de existir dolo directo de primer grado sería concurso real, mas no si, como en el caso, el aborto solo fue asumido con dolo de consecuencias necesarias, situación que determinaría la concurrencia ideal, de igual manera que si ocurriría dolo eventual. Similar distinción, dependiendo de si se trata de dolo directo o eventual, había realizado en las SSTS 861/1997, Penal, de 11 de junio (ECLI:TS:1997:4137) y 187/1998, Penal, de 11 de febrero (ECLI:TS:1998:884). CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal*, 2021, pp. 170, 176 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1986, p. 117 también propiciaban, siguiendo a Díez RIPOLLÉS, un concurso ideal en supuestos de aborto con resultado de muerte o lesiones graves para la embarazada, habiendo dolo o imprudencia respecto de ese segundo resultado.

¹⁰⁵ El caso demuestra que la tesis que vincula el resultado material, en los delitos de resultado, a la consideración del «hecho» en materia de concursos no puede estar limitado exclusivamente a supuestos de concurrencia homogénea, *vid.* MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, p. 87, de quien está tomado el ejemplo. Sin embargo, GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2011, pp. 325 y s., entiende que hay concurso «ideal» entre homicidio y aborto, pese a entender que –si bien hablando de pluralidad de homicidios con una acción– aunque «desde una perspectiva fáctica existe una sola conducta, desde una perspectiva jurídico-penal existen tantos riesgos típicos dolosos (conductas típicas) como resultados de muerte fueran previsibles objetiva y subjetivamente». Esto mismo, por lo demás, queda evidenciado en la propia jurisprudencia del TS posterior al Acuerdo, *vid.* STS 57/2019, Penal, de 5 de febrero (ECLI:TS:2019:328), donde apreció un concurso real entre una tentativa de homicidio y unas lesiones consumadas.

¹⁰⁶ Demos por bueno –por mor del argumento– que, en esta segunda variante, hay dolo eventual respecto del aborto, con independencia de la teoría del dolo que se siga.

para supuestos de concurso real¹⁰⁷, exigencias de proporcionalidad cardinal y ordinal¹⁰⁸ obligan a proceder en un sentido opuesto al que se propone.

Las razones que se aducen en torno a la (des)proporcionalidad de la pena que implicaría la aplicación de las reglas del concurso ideal a los supuestos de causación múltiple de resultados lesivos mediante una sola conducta o hecho, parten de la base de cuestionar un tratamiento «benévolo» que tendría este autor respecto de aquél que causa el mismo resultado lesivo a través de varios hechos, en tanto y en cuanto el punto de referencia que se toma para esgrimir lo desproporcional tiene que ver con la pena que correspondería aplicar según las reglas de los arts. 73 y 76 CP. Ello podría indicar que quienes sostienen eso parten de la base de considerar que el principio de la acumulación previsto para el concurso real es correcto en términos de proporcionalidad de pena y que el incorrecto, en los mismos términos, es el de la absorción agravada prevista en el art. 77.2 CP. No se desconoce que ambas visiones se corresponden con planos discursivos distintos: mientras la primera responde a un argumento de *lege lata*, la segunda responde a uno de *lege ferenda*. Pero tampoco hay que obviar que detrás de toda esta discusión hay un posicionamiento sobre el modo de valorar el tratamiento que se debe(ría) dar a estos casos¹⁰⁹.

Por otra parte, si todo el problema se puede reconducir a situaciones muy específicas, como son aquellas vinculadas con actos terroristas¹¹⁰, cuya sanción con las reglas del concurso ideal se consideran injustas materialmente por ser demasiado tenues, la solución más plausible sería la de abogar por un reforma específica en delitos contra la vida, que prevean una agravante para los casos de multiplicidad de víctimas¹¹¹, sin necesidad de tener que modificar el sistema general de la concurrencia delictiva con interpretaciones forzadas que pueden ayudar a solucionar un problema puntual sin tener en cuenta las consecuencias sistemáticas que producen en otra serie de casos. Esta vía de solución, además, no sería en absoluto una extravagancia, ya que existen numerosas disposiciones en la parte especial del Código Penal que agravan los delitos por la

¹⁰⁷ DEL MORAL GARCÍA, «Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, 2023 (en prensa), *passim*.

¹⁰⁸ En este sentido, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 371, sostiene que «las cuantías de pena, por el contrario, han de concebirse como magnitudes que se deben corresponder con la respectiva medida valorativa de la gravedad de injusto culpable concurrente, interpretada según exigencias sistemáticas derivadas del nivel de severidad de castigos contenidos en el sistema penal». Sobre estos conceptos, con extensas referencias, *passim*. BASSO, «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», *InDret*, (2), 2021; BASSO, «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de casación penal. Justicia Federal: Determinación de la pena y concurso de delitos. Consumación del hurto. Violencia de género y reducción a servidumbre. El engaño en la evasión tributaria. El silencio en la estafa*, v. 11, 2018, pp. 23 ss.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, 2019, pp. 329 ss., sostiene que de *lege ferenda* debería desaparecer la regulación del concurso ideal en tanto ofrece un privilegio incorrecto en relación con los casos de concurso real. Claro que hay que tener en cuenta dos cuestiones no menores: en primer lugar, en Alemania el concurso real se rige por el principio de exasperación, que es menos drástico que el de acumulación, y, en segundo lugar, ella lo sostiene teniendo en cuenta la praxis jurisprudencial de aquel país que tiende a aplicar en mayor medida las reglas del §52 StGB antes que las previstas en los §53 y ss. StGB.

¹¹⁰ Así lo reconoce expresamente ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 143, indicando –a su vez– cómo el propio TS cambia su posición al respecto a partir de la STS 861/1997, Penal, de 11 de junio (ECLI:TS:1997:4137), relacionada con el atentado a una furgoneta de la Ertzantza con una bomba molotov que ocasionó lesiones de riesgo vital a los cinco agentes que se encontraban dentro, pp. 207 y ss.

¹¹¹ Esta es la solución que también propone SANZ MORÁN, *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, (2), 1995, pp. 191 ss.

multiplicidad de resultados¹¹² o bien determinan que las penas se impongan «separadamente», esto es, de acuerdo con las reglas del concurso real¹¹³.

Ahora bien, teniendo en cuenta la legislación vigente en relación con los casos prototípicos que dan lugar a toda esta discusión, ¿es realmente desproporcionada la sanción que correspondería aplicar a ellos?

En el supuesto del autor que con una bomba mata a tres personas¹¹⁴ tendríamos varias posibilidades, independientemente de que algunas sean más plausibles que otras.

- 1- Comencemos por la menos grave que consiste en que se trate de un homicidio básico del art. 138 CP. Aunque resulte improbable por el tipo de delito, esta posibilidad conlleva una pena de hasta 15 años. Una determinación de la pena conforme a las reglas del art. 77.2 CP permitiría una condena de entre 12 años y 6 meses y los 15 años, mientras que las reglas de la acumulación impedirían superar los 20 años.
- 2- Que haya sido cometido por un miembro de grupo u organización criminal (art. 138.2 a CP, en relación con el art. 140.1 3ª CP), que llevaría la pena al grado superior y, junto a la mitad superior por aplicación del art. 77.2 CP, arrojaría una escala de 18 años y 9 meses a 22 años y medio. El límite previsto por el art. 76.1. c) CP, en este supuesto, se eleva a los 40 años.
- 3- Que se considere que el hecho se enmarca en un asesinato por la concurrencia de alevosía (art. 139.1. 1ª CP). Esta situación, más probable que la anterior, en la medida en que este tipo de delitos suelen cometerse por sorpresa¹¹⁵, eleva la pena hasta los 25 años. En caso de tratarse de un concurso ideal la escala será de 20 a 25 años, y el tope para aplicar la sanción por concurso real también será de 40 años (art. 76.1. c) CP).
- 4- Que el hecho sea constitutivo de un delito de terrorismo (art. 573 CP). Esta opción, que podría considerarse la más probable de las cuatro, dada las características del hecho, tiene prevista la pena máxima prevista en el Código (art. 573 bis CP), que es la prisión permanente revisable. Cualquier comparación entre las modalidades concursales aquí resulta innecesaria.

La primera de las situaciones genera una diferencia que, en términos absolutos, puede resultar relevante, sobre todo si de tiempo de privación de libertad se trata. En efecto, 5 años es mucho tiempo. Ahora bien, a medida que se aumentan las cantidades de años en comparación, la diferencia va perdiendo peso relativo. Con ello no estoy descubriendo nada relevante, simplemente poniendo en contexto la diferencia existente en su dimensión real. En donde más se produce esa separación en cada consecuencia, es en los supuestos 2 y 3. Aquí no hay que dejar

¹¹² *Id.*, por ejemplo, arts. 250.1 CP, 5º CP, 257.4 CP, 259 bis 1ª CP.

¹¹³ Por ejemplo, el arts. 346.3 CP, 177 CP. Sobre las cláusulas concursales en la parte especial, *vid.* SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código Penal*, 2017, *passim*; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Las cláusulas concursales específicas: una foto», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, 2023 (en prensa), *passim*; SÁNCHEZ-OSTIZ, «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, (24-24), 2022, *passim*.

¹¹⁴ Que las muertes producidas sean superiores no modificaría la situación por el límite relativo del tripo de la pena mayor que establece el art. 76 CP.

¹¹⁵ El propio Código penal, en su art. 22, 1ª, dice que «[h]ay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Recientemente el TS, en la STS 155/2022, Penal, de 22 de febrero (ECLI:TS:2022:843), haciendo suyas las palabras de la sentencia de apelación, ha dicho que «[e]l ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso».

de mencionar que esas diferencias están vinculadas a la reforma del año 2003¹¹⁶ criticada de forma prácticamente unánime por la doctrina, debido a su dureza¹¹⁷. Por último, en el caso de que el hecho pueda ser interpretado como un delito de terrorismo, no habría diferencia alguna en considerar una concurrencia de tipo ideal o real.

Sin embargo, la pregunta por la (des)proporcionalidad de la pena en el caso del concurso ideal no debiera estar focalizada principalmente en la diferencia que exista con la que correspondería para el supuesto de concurrencia material, sino a la valoración que se haga del monto de pena para ese caso puntual. En otras palabras, debería justificarse por qué 15 años, 22 años y medio, o 25 años resultan insuficientes para abarcar el desvalor del hecho. En este sentido, si tomamos como referencia la tendencia jurisprudencial al imponer una pena en supuestos de unidad delictiva, se observa una tendencia a aplicarla en su mitad inferior¹¹⁸. Esto se corresponde con lo que sostiene BASSO cuando se refiere a «el segundo punto de anclaje de la pena en la escala abstracta» que corresponde que realice el juez: «El concreto anclaje de un determinado caso en la escala penal abstracta depende del juicio comparativo sobre la gravedad que presente la realización fáctica objeto de enjuiciamiento respecto a los casos de referencia que se correspondan valorativamente con el contenido de injusto requerido por la penalidad legal mínima de obligada imposición. Así, frente a supuestos de gravedad equivalente a dichos casos de referencia, corresponderá fijar la pena en el punto mínimo del marco penal, mientras que frente a supuestos de mayor gravedad corresponderá ascender dentro del mismo y fijar una pena de mayor severidad»¹¹⁹. Esto significa que, partiendo de la base de que la concurrencia delictiva abarca supuestos de gravedad superior a los de unidad delictiva, y teniendo en cuenta lo dicho sobre la gravedad relativa de estos últimos, no resulta descabellado pensar, en términos de proporcionalidad de la pena, en la posibilidad de reservar *prima facie*¹²⁰ la mitad superior del marco penal para estos supuestos que aquí estamos analizando¹²¹.

Si a ello agregamos que, en el Derecho penal internacional, en cuyo ámbito se juzgan los crímenes de máxima gravedad sistémica, el promedio de condenas efectivamente impuestas por la Corte Penal Internacional se ubica en los 16 años y 3 meses¹²², las penas máximas que podrían imponerse en estos casos por aplicación de las reglas del concurso ideal no parecen en absoluto desproporcionadas¹²³.

¹¹⁶ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

¹¹⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, «Artículo 76», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., 2008, pp. 584 s.

¹¹⁸ Vid., con más referencias, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 76 ss. (especialmente en nota 62); BASSO, *InDret*, (2), 2021, p. 215 (nota 59), «[c]iertos estudios reflejan que, en la práctica, se emplean a veces relativamente pocas magnitudes de punición por los juzgadores de instancia, pese al gran abanico de alternativas que permitiría el marco penal».

¹¹⁹ BASSO, *InDret*, (2), 2021, pp. 234 ss.

¹²⁰ Esto quiere decir que la «reserva» no es excluyente, pues es obvio que también casos de unidad delictiva podrían representar suficiente gravedad como para imponer una pena en su mitad superior.

¹²¹ BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 311 (en particular, nota 24).

¹²² BASSO, «Reflexiones sobre la ilegitimidad de la prisión permanente revisable», *Revista general de Derecho penal*, (34), noviembre 2020, p. 21.

¹²³ Relativiza esta comparación, ZIFFER, «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, 2023 (en prensa), pp. 10 s.

5. Conclusiones

Todo lo dicho hasta aquí pone de manifiesto una generalizada situación de descontento con la regulación actualmente vigente en el ámbito de la concurrencia delictiva. Sin embargo, la forma en la que deben ser abordadas esas deficiencias del legislador pueden terminar siendo más perjudiciales que la propia situación que pretende ser modificada. Esto último es lo que acontece, a mi modo de ver, precisamente en torno a la interpretación extensiva que hacen las posiciones aquí reseñadas y el Tribunal Supremo español con los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccionales que se mencionaron.

Las razones de fondo, que podríamos denominar «genuinas», en la medida que pretenden aportar una interpretación de la legislación vigente –favorecedora de la solución que ante sus ojos se muestra como correcta– sin estar motivada por la necesidad de modificar una situación puntual, quedan sometidas a las críticas que aquí, y en otros lugares, se le han hecho porque no logran ofrecer una respuesta sistemática que pueda valer para la generalidad de casos que, en teoría, deberían ser resueltos con los mismos argumentos.

Pero si de lo que se trata es de que todo este esfuerzo teórico, que se lleva a cabo para que la posición que se sostiene pueda cuadrar con lo que dice el legislador, sirva para justificar la aplicación de unas reglas penológicas para unos casos específicos que se consideran especialmente graves para ser (in)merecedores de las consecuencias previstas para el concurso ideal, ese motivo debería explicitarse para así sincerar el debate y, con ello, permitir que los argumentos puedan encausarse dentro de un mismo ámbito.

En ese sentido, cabe poner de manifiesto una vez más que toda esta discusión, con alguna excepción que ya fuera mencionada, se da teniendo en mente los supuestos de múltiples homicidios a través de una acción, esto es, el caso de un atentado contra varias personas. Como se mencionó, la situación legal es distinta a la de unos años atrás, y los cambios que se dieron no favorecen el argumento de la desproporcionalidad que tendría el castigo de esos hechos bajo la regulación actual.

Si esto es así, y yo creo que lo es, es evidente que todos los esfuerzos de las razones «genuinas» no lograrán aportar una solución coherente con sus postulados para *todos* los hechos que caigan bajo el paraguas de su argumento. Como creo que ha quedado demostrado, un argumento a la medida de un caso particular pero que, a la vez, tiene pretensiones de validez general, va a «hacer aguas» por todos lados o, al menos, por aquellos que no forman parte del prototipo de caso en el que se está pensando. Por ello, se encuentran en la obligación de ir recortando el alcance de su propio argumento, por ejemplo, limitándolo a los delitos de resultado, dolosos (algunos solo al dolo directo), consumados (o tentados), contra bienes eminentemente personales, etc. Todas estas limitaciones llevan al punto de origen: se está pensando en un caso particular.

El argumento relacionado con la proporcionalidad del castigo con el hecho aporta, a mi modo de ver, buenas razones teóricas para intentar explicar por qué en estos casos puntuales la pena puede resultar inferior a la necesaria/merecida. Se trata de una posición que asume que el problema de fondo es de cuantificación de la sanción prevista para estos casos, pero que no realiza una propuesta de *lege ferenda*¹²⁴, sino que pretende compatibilizar esa búsqueda de

¹²⁴ Este camino escoge PANTALEÓN DÍAZ, «Conductas imprudentes con pluralidad de resultados de muerte o lesiones: las cláusulas concursales especiales de los artículos 142 bis y 152 bis CP», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO

proporcionalidad de la pena con la regulación vigente. Es en este último aspecto en donde se hace pasible de las mismas objeciones que les caben a las demás posiciones «genuinas». No obstante, y amén de ser también susceptible de aquellas otras críticas, esta postura resulta difícilmente aceptable en el contexto de severidad penal que tiene la legislación española vigente¹²⁵.

Por último, pero no menos importante, hay que destacar la forma en la que se pretende justificar esta modificación. En lugar de ofrecer una mirada crítica a la legislación vigente, propiciando una reforma acorde con sus pretensiones, se pretende desde los tribunales meter por la ventana lo que no entra por la puerta.

ROXIN, en una crítica a los motivos del legislador alemán que optó, al igual que el español, por una diferenciación penológica entre un tipo de concurso y otro, indicó: «[p]ero naturalmente hay que respetar la decisión del legislador y no debería ser burlada a través de la tendencia, que se puede encontrar aquí y allá en jurisprudencia y doctrina, a ampliar el concurso ideal a costa del concurso real»¹²⁶. En el caso del TS esa «burla» a la decisión del legislador se da en el sentido opuesto al planteado por ROXIN, aquí se produce la ampliación del concurso real a costa del concurso ideal que, por una parte, es igual de violatorio del principio de división de poderes¹²⁷ y, por el otro, el resultado es en perjuicio del reo en la medida que la consecuencia jurídica del concurso real es más gravosa que la prevista para el concurso ideal. En un sentido similar, ESCUCHURI AISA ha dicho que «[e]n general, la ciencia penal y los tribunales han centrado su atención en el tratamiento punitivo de las figuras concursales y ello ha supuesto una cierta tendencia a fijar el supuesto de hecho del concurso desde la consecuencia jurídica. [...] Este proceder es criticable ya que no se puede partir de la pena que nos parece más justa y a partir de ella determinar el supuesto de hecho concursal»¹²⁸.

Todo lo que fuera aquí expuesto no debiera entenderse como una defensa de las reglas actualmente vigentes de determinación de la pena de los concursos. Las consecuencias excesivamente gravosas a que conduce la regla de acumulación prevista para el concurso real,

PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español*, 2023 (en prensa), al proponer como solución a esos problemas la unificación del tratamiento de las distintas modalidades concursales.

¹²⁵ Sobre el proceso de expansión, tanto cuantitativa como cualitativa, del ius puniendi que viene constatándose, vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., 2011, *passim*, en particular, pp. 189 ss.; POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, 2013, pp. 96 ss., pp. 147 ss.; CANCIO MELIÁ/ORTÍZ DE URBINA GIMENO, «Introducción», en ROBINSON, *Principios distributivos de Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, 2012, p. 26; MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014, p. 65; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, p. 107 ss.; sobre este mismo proceso en el ámbito norteamericano, vid. CASTIÑEIRA PALOU/RAGUÉS I VALLÈS, «Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, pp. 119 ss.

¹²⁶ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 943.

¹²⁷ En este sentido, MÍNGUEZ ROSIQUE, «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, (31), 2019, p. 16, sostiene que «el principio de separación de poderes no sólo se configura como un pilar ineludible de los Estados de Derecho, sino que, además, se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad, en tanto en cuanto este último atribuye en exclusiva al Poder Legislativo la capacidad de establecer y definir los delitos y las penas, impidiendo que los otros dos poderes, ya sea por voluntad propia o por delegación del Legislativo, puedan regular dichas cuestiones. Por todo ello, también está en juego el principio democrático».

¹²⁸ ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*, 2004, p. 76. Similar, CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (3), 1991, p. 831.

sumada a la diferencia de tratamiento que, por oposición, tiene respecto del concurso ideal son una muestra cabal del llamado de atención que nos debiera de producir a todos los que trabajamos por un Derecho penal más racional. Si bien hay casos claros de concurso real y casos claros de concurso ideal en los que, a priori, estaríamos en condiciones de afirmar que el tratamiento diferenciado es correcto¹²⁹, hay otros casos que se encuentran en medio de ambos extremos y cuya calificación en una u otra modalidad no es tan clara. Para esos supuestos debería existir una vía alternativa en las consecuencias, o bien –mejor aún–, entre uno y otro concurso tendría que haber una progresión en las consecuencias jurídicas que reflejen esos grises intermedios¹³⁰.

Pero una cosa no quita la otra, y es fundamental para cualquier intérprete del derecho, pero mucho más para los operadores judiciales, que son quienes, no solo interpretan, sino que además lo aplican, el diferenciar qué nos viene disponible y qué no. De la misma manera que, a efectos de la norma de sanción, un hecho imprudente no puede convertirse en doloso, o una complicidad en participación necesaria, o una tentativa en consumación, porque la pena nos parezca insuficiente, tampoco un hecho debería multiplicarse en materia concursal por esas mismas razones¹³¹.

Aquí no se pretende negar la corrección del postulado que indica que el sistema del Derecho penal tenga que estar a disposición de finalidades político-criminales. Más discutible es, sin embargo, que sea competencia del juez establecer cuáles son esas finalidades político-criminales. En otras palabras, se trata de preguntarse a quién corresponde determinar la política criminal de un país, si al juez o al legislador. Esa discusión daría lugar a otro debate que excede las finalidades de este artículo. Por otra parte, también resulta razonable la idea de quienes observan que toda la teoría de la concurrencia delictiva debe estar pensada en términos funcionales con la determinación de la pena¹³². Sin embargo, también concierne a un problema de calificación jurídica, por lo que esas finalidades *deben* ser respetuosas con la legislación vigente¹³³, no pudiendo sobreponerse a ella en perjuicio del acusado.

¹²⁹ Aunque no con el grado de diferenciación que establece el régimen de absorción agravada con respecto al de acumulación en España. Sobre ello, *vid.* CANTARD, en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español*, 2023 (en prensa).

¹³⁰ Exigencias de proporcionalidad ordinal impiden que hechos de similar gravedad reciban un tratamiento penológico diferenciado, ver BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 389; MAÑALICH, *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (10-20), 2015, pp. 511 s.

¹³¹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 965, sostiene con toda claridad que «una interpretación teleológica [...] no puede anteponer las propias ideas políticocriminales a la finalidad del legislador. Éste partió de la base de que diferentes acciones criminales separadas temporalmente revelan una energía criminal mayor que un acto único y que esa circunstancia requiere la determinación exacta de penas individuales y una pena conjunta o global incrementada. Ciertamente que esta concepción se puede criticar, pero no puede pasarse por alto».

¹³² Así, PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 821 s., refiere que «parece razonable suponer que la determinación del concepto de unidad o pluralidad de acción debería estar guiada por el específico propósito jurídico-penal al que en este ámbito pretende servir tal distinción: un propósito que no puede ser muy diferente que el de procurar una determinación de la pena adecuada al contenido de desvalor de los delitos concurrentes y a la responsabilidad en que cada caso haya incurrido el sujeto al cometerlos»; MAÑALICH, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, p. 1025.

¹³³ Así, el TS ha dicho que «[l]a ubicación sistemática del art. 77 CP podría llevar a pensar que es una cuestión puramente penológica. Pero no sería correcto. Es un problema también de calificación. Un Tribunal, sin plantear la tesis, que ha de ser asumida por alguna acusación, no puede convertir un concurso ideal en real en contra de la petición del Fiscal; o deshacer o formar un delito continuado en perjuicio del reo y contrariando, a la vez, la posición más benigna de la acusación» (*vid.* STS 2352/2022, Penal, de 15 de junio [ECLI:TS:2022:2352]). Marcando acertadamente la distinción entre los planos de *lege ferenda* y *lege lata* en que tiene lugar la función «creadora o

6. Bibliografía

ACHENBACH, «“Tat”, “Straftat”, “Handlung” und die Strafrechtsreform», *Monatsschrift für deutsches Recht*, (1), 1975, pp. 19-21.

ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., actualizada por HERNÁNDEZ GUIJARRO/BENEYTEZ MERINO, Madrid, 1986.

BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

BASSO, «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», *InDret*, (2), 2021, pp. 195-249.

———, «Reflexiones sobre la ilegitimidad de la prisión permanente revisable», *Revista general de Derecho penal*, (34), noviembre 2020.

———, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

———, «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de casación penal. Justicia Federal: Determinación de la pena y concurso de delitos. Consumación del hurto. Violencia de género y reducción a servidumbre. El engaño en la evasión tributaria. El silencio en la estafa*, v. 11, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, pp. 19-62.

BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906.

BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.

BUSTOS RAMÍREZ, *Concurso ideal de delitos*, Universidad de Chile – Escuela de Derecho, editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1962.

CANCIO MELIÁ/ORTÍZ DE URBINA GIMENO, «Introducción», en ROBINSON, *Principios distributivos de Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, (trad. por CANCIO MELIÁ /ORTÍZ DE URBINA GIMENO), Marcial Pons, Madrid, 2012.

CANTARD, «Concurso de delitos y determinación legal de la pena: solución plural vs. solución unitaria», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

CARUSO FONTÁN, «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la "unidad natural de acción" y el delito continuado», *Revista Penal*, (36), 2015, pp. 36-59.

CASTIÑEIRA PALOU/RAGUÉS I VALLÈS, «Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pp. 119-149.

CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

crítica» de la dogmática, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 219 ss., en particular pp. 226 ss.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, v. II, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

CUERDA RIEZU, «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in ídem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 169-177.

———, «El rotundo fracaso legislativo del llamado “cumplimiento efectivo” de las penas y otros aspectos del concurso de delitos», *Diario La Ley*, (1), 1997.

———, «La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto del Código penal de 1992», en AA. VV., *Política Criminal y Reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 299-317.

———, *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, 1992.

———, «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 1991, pp. 821-866.

DEL MORAL GARCÍA, «Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal», en PENARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

DÜRR, *Funktionelle Äquivalente der strafrechtlichen Konkurrenzlehre im Common Law. Zugleich eine anhandlung über die unechte idealkonkurrenz im Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, B de F, Madrid, 2014.

FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por SANCINETTI), 4ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GARCÍA ALBERO, «Artículo 77», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español. T. 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2008, pp. 585-603.

GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Joachim Heitmann & CO., Hamburg, 1961.

GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140-161.

GÓMEZ MARTÍN, «Artículo 138», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 324-326.

GROSSE-WILDE, «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen? – Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der Unrechtsverwandtschaft von

Tatbestandsverwirklichungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (33-1), 2021, pp. 60-122.

GUINARTE CABADA, «El concurso “medial” de delitos», *Estudios penales y criminológicos*, (13), 1988-1989, pp. 153-206.

HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, t. I, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1901.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. por CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II, (trad. por MIR PUIG/MUÑOZ CONDE), 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1981.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. por OLMEDO CARDENETE), 5ª ed., Comares, Granada, 2002.

JOSHI JUBERT, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-2), 1992, pp. 613-636.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Las cláusulas concursales específicas: una foto», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

———, «El principio de legalidad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 53-63.

MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1964.

MALDONADO FUENTES, «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, (48-1), 2022, pp. 13-48.

———, «Unidad de hecho en el concurso ideal», *Revista Ius et Praxis*, (27-3), 2021, pp. 135-157.

———, «Delito continuado y concurso de delitos», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (28-2), 2015, pp. 193-226.

MAÑALICH, «El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del “dolo alternativo”», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

———, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.

———, «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (10-20), 2015, pp. 498-527.

———, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret*, (2), 2015.

———, «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, pp. 1021-1211.

MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, t. II, (trad. por BOFILL GENZSCH), 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por POLITOFF LIFSCHITZ), B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

MERKEL, Adolf, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por DORADO MONTERO), B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

MERKEL, Paul, «Konkurrenz», en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, t. V, Berlin, 1908, pp. 269-413.

MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por NÚÑEZ), 6ª ed., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

MÍNGUEZ ROSIQUE, «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, (31), 2019.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

MOLINA FERNÁNDEZ, «Concurso de leyes y de delitos», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, nm. 3250-3337, pp. 441-455.

———, «Reglas de determinación de la pena», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, nm. 5420-5677 -pp. 623-659-.

MORILLAS CUEVA, «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», en DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 463-486.

NINO, «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», en MAURINO (ed.), *Fundamentos del Derecho Penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 231-259.

———, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.

———, *El concurso en el Derecho penal: criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta*, Astrea, Buenos Aires, 1972.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

PANTALEÓN DÍAZ, «Conductas imprudentes con pluralidad de resultados de muerte o lesiones: las cláusulas concursales especiales de los artículos 142 bis y 152 bis CP», en PEÑARANDA

RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

PEÑARANDA RAMOS, «¿Unidad o pluralidad de “hechos” en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola “acción”? Una pieza de Derecho español y comparado en honor de Alfonso Reyes Echandía», en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2022, pp. 795-837.

POSADA MAYA, *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Comares, Granada, 2012.

POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

PUPPE, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, pp. 143-165.

———, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand u. Handlung*, Duncker & Humbolt, Berlín, 1979.

QUINTERO OLIVARES, «Artículo 76», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2008, pp. 580-585.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROJAS, «Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos», en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 273-299.

ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito*, t. II, (trad. por LUZÓN PEÑA *et al.*), Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

SÁNCHEZ-OSTIZ, «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, (24-24), 2022, pp. 1- 52.

SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

SANTANA VEGA, «Artículo 77», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 209-211.

SANZ MORÁN, «Una única acción, ¿concurso real de delitos?: la última aportación jurisprudencial», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal, homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Barcelona, 2017, pp. 865-876.

———, «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en CEREZO MIR *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 505-520.

———, «El concurso de delitos en la reforma penal», *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, (2), 1995.

———, *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid. Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1986.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1975.

SCHMIDT, «Straf- und Strafprozeßrecht. Anmerkung zu OLG Bremen vom 4.5.1950», *Juristen Zeitung*, (6-1), 1951, pp. 20-23.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, «¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.) *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bisadolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 921-931.

———, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., B de F, Madrid-Buenos Aires, 2011.

———, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, (trad. por SANCINETTI/ZIFFER), 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, «Artículo 73», en QUINTERO OLIVARES (dir.) *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2008, pp. 565-574.

VAN WEEZEL, «Unidad de hecho concursal», en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 301-326.

VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universitat de Valencia, Valencia, 1981.

VON BURI, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, Ferdinand, Stuttgart, 1879.

VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. III, (trad. por JIMÉNEZ DE ASÚA), 20ª ed., Hijos de Reus, Madrid, 1917 (1914).

WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», *Juristische Schulung*, (3), 1964, pp. 81-93.

WESSELS, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por FINZI), 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 46ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2016.

ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1999.

———, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZIFFER, «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

———, «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en MAIER, (ed.) *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 89-110.

ZUGALDÍA ESPINAR, «El concurso de delitos», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Leanid Kazyrytski
Universidad de Girona

La naturaleza genocida de la represión franquista en España

Sumario

En el presente trabajo se analiza la pertinencia de catalogar los asesinatos masivos de izquierdistas durante la Guerra Civil Española como delito de genocidio, conforme a legislación internacional. Se presta atención a la influencia de los elementos raciales y religiosos en la configuración de la represión franquista, y se ofrece una serie de evidencias que permiten calificar la violencia protagonizada por el bando nacional como un crimen de genocidio. Se destaca que los republicanos no sólo eran considerados por el bando sublevado como rivales, en una dimensión política, sino también como enemigos en una dimensión racial y religiosa. Estos eran percibidos como un grupo de personas que habían desarrollado ciertos tipos de las patologías peligrosas que derivaban de su personalidad perversa y que habían desarrollado ideas opuestas a los ideales del catolicismo español.

Abstract

The present study analyses whether the mass extermination of supporters of the leftist ideology during the Spanish Civil War can be perceived as an act of genocide in accordance with the provisions of international law. Focus is placed on the influence of the racial and religious elements in shaping Francoist repression, and evidence is presented which allows the violence carried out by the nationalist side to be considered a crime of genocide. This article highlights that republicans were not only perceived by the rebels as rivals in political terms, but also as enemies based on perceived racial and religious differences. The leftists were presented as a group of people who had developed a dangerous pathology as a consequence of their perverse personality and who had adopted ideas opposed to the ideals of Spanish Catholicism.

Title: *The genocidal nature of Francoist repression in Spain.*

Palabras clave: Genocidio, Guerra Civil Española, Régimen Franquista, Represión

Keywords: *Genocide, Spanish Civil War, Francoist regime, Repression*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.13

3.2023

Recepción
05/04/2023

-

Aceptación
09/07/2023

-

Índice

-

1. *Introducción*
2. *Los izquierdistas como un grupo racial distinto.*
3. *La guerra civil española como una guerra religiosa*
4. *Los ateos como enemigos de España*
5. *Problemática de la definición de grupos raciales y religiosos*
6. *Conclusiones*
7. *Bibliografía*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-
No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La represión franquista en España, sobre todo la del periodo de la Guerra Civil, siempre ha suscitado el interés, no sólo de numerosos investigadores de diferentes ramas de las ciencias sociales, sino que también ha estado presente en la discusión pública, y formado parte de los debates en las más altas instituciones políticas del estado¹. No obstante, en lo que concierne a las aportaciones académicas, cabe admitir que el análisis de la problemática de la represión franquista en España ha formado parte durante décadas de estudios llevados a cabo, casi exclusivamente, por historiadores, politólogos y penalistas, mientras que las aportaciones de los criminólogos en este campo han sido bastante modestas debido a que sólo se han desarrollado trabajos con connotación victimológica². A mi parecer, la existencia de este supuesto desinterés en la criminología española por el pasado violento se puede explicar teniendo en cuenta principalmente tres aspectos.

Por un lado, la criminología del genocidio (*criminology of genocide*)³ es una rama criminológica relativamente nueva y cuenta con una modesta aportación científica, aunque paulatinamente entre los investigadores se reclama, con mayor insistencia, la necesidad de desarrollar investigaciones criminológicas sobre las prácticas de genocidio y los crímenes de lesa humanidad⁴.

*Leanid Kazyrytski (leanid.kazyrytski@udg.edu). Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación financiando por la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00207 Grup de Recerca en Justícia Penal i Penologia). Quisiera agradecer a Dra. Elena Larrauri y a Dr. Daniel Varona las observaciones realizadas a la versión inicial de este artículo.

¹ En este sentido, por ejemplo, baste recordar la polémica que ha surgido sobre la promulgación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (BOE, núm. 310, de 27/12/2007) y de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (BOE, núm. 252, de 20/10/2022).

² DE LA CUESTA/ODRIOZOLA, «Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp.1-38; TAMARIT, «Transition, Historical Memory and Criminal Justice in Spain», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 9, 2011, pp. 729-752; TAMARIT, «Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español», *Política criminal*, núm. 7-13, 2012, pp. 74 – 93; TAMARIT, «Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, núm. 2, 2014, pp. 43-65.

³ HAGAN/RYMOND-RICHMOND, *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge University Press, 2008; HAGAN/RYMOND-RICHMOND/PARKER, «The Criminology of Genocide: The death and Rape of Darfur», *Criminology*, núm. 43-3, 2005, pp. 525-562; PRUITT, *An Introduction to the Criminology of Genocide*, Palgrave Macmillan, 2021; RAFTER, *The Crime of All Crimes: Toward a Criminology of Genocide*, NYU Press, 2016; SAVELSBERG, *Crime and human rights: criminology of genocide and atrocities*, Sage, London, 2010; WOOLFORD, «Making genocide unthinkable: Three guidelines for a critical criminology of genocide», *Critical Criminology*, núm. 14-1, 2006, pp. 87-106.

⁴ ALVAREZ, «Adjusting to Genocide: The Techniques of Neutralization and the Holocaust», *Social Science History*, núm. 21-2, 1997, pp. 139-178; BRANNIGAN, *Beyond the Banality of Evil. Criminology and Genocide*, Oxford University Press, 2013; DAY/VANDIVER, «Criminology and Genocide Studies: Notes on What Might Have Been and What Still Could Be», *Crime, Law & Social Change*, núm. 34, 2000, pp. 43-59; HAGAN/RYMOND-RICHMOND, «Criminology confronts genocide: Whose side are you on?», *Theoretical Criminology*, núm. 13-4, 2009, pp. 503-511; HAVEMAN/SMEULERS, «Criminology in a State of Denial - Towards a Criminology of International Crimes: Supranational Criminology», en Smeulers/Haveman (ed.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp, 2008, pp. 3-26; MAIER-KATKIN/MEARS/BERNARD, «Towards a criminology of crimes against humanity», *Theoretical Criminology*, núm. 13-2, 2009, pp. 227-255; MCGARRY/WALKLATE, «Introduction: The criminology of war, what is it good for?», en MCGARRY/WALKLATE (ed.), *The Palgrave handbook of criminology and war*, Palgrave Macmillan, London, 2016, pp. 1-21; PARMENTIER, «Confronting the 'Crime of Crimes': Key Issues of Transitional Justice after Genocide», en INGELAERE/PARMENTIER/HAERS/SEGAERT (ed.), *Genocide, Risk and Resilience: An Interdisciplinary Approach*, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 108-127.

Además de esto, la propia criminología española, como ciencia, es todavía bastante joven⁵. Y aunque se encuentra en el pleno proceso de expansión, aún no cuenta con suficientes investigaciones como para abarcar el tratamiento de todas las formas del fenómeno delictivo⁶.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la problemática de la represión franquista sigue siendo un tema bastante controvertido, no sólo para muchos criminólogos y especialistas en el campo jurídico-penal, sino que también para un número considerable de investigadores de las ciencias sociales en general. El inicio de la trayectoria científica de muchos académicos fue posible gracias al proceso de la transición desde la dictadura hacia la democracia que, entre otras cosas, suponía la aceptación del pacto de olvido respecto a la persecución de las autoridades responsables por la vulneración de derechos humanos durante la dictadura franquista⁷. Para muchas personas, incluyendo a los académicos, la transición se presenta como un proceso totalmente beneficioso para la democratización de España y, por lo tanto, el tratamiento de la represión franquista se considera algo contraproducente debido a que se asocia con la posibilidad de «reabrir las heridas»⁸.

Sin embargo, a mi parecer, la criminología española tiene que prestar más interés al estudio de la represión franquista y de este modo ensanchar la cobertura científica de uno de los hechos criminales de mayor relevancia en la historia española que sigue, incluso en la actualidad, generando mucha polémica.

Ya se sabe que el golpe de estado del 18 de julio de 1936 dio paso a la guerra civil española, que finalizó en 1939 y en la que se enfrentaron dos bandos: el republicano, formado principalmente por seguidores de los partidos liberales y de izquierda, y el nacional, dominado por los partidos de derecha. Tras la derrota del bando republicano, en España se produjo la consolidación del poder del generalísimo Franco como jefe de Estado, basado en principios autoritarios y en una ideología fascista orientada a la férrea represión de los adversarios políticos⁹. Desde el inicio de la guerra civil, las tropas franquistas implementaron una estrategia de represión masiva de la

⁵ FERNÁNDEZ MOLINA, «Dos décadas difundiendo la Criminología en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 20-1, 2022, pp.1-3.

⁶ SERRANO MAÍLLO, *Patrones y procesos delictivos: La naturaleza y características del delito en la sociedad contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 15.

⁷ ÁLVAREZ JUNCO, *Qué hacer con un pasado sucio*, Galaxia Gutenberg, 2022, p.186; ESPINOSA MAESTRE, «Crímenes que no prescriben. España, 1936-1953», en ESCUDERO ALDAY/PÉREZ GONZÁLEZ (ed.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del Franquismo*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 31-54; MIGUEZ MACHO «Concepto de práctica genocida y la cuestión de la impunidad en España», en ANDERSON/DEL ARCO BLANCO (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 231-249.

⁸ ALIJA-FERNÁNDEZ/MARTÍN-ORTEGA «Silence and the right to justice: confronting impunity in Spain», *The International Journal of Human Rights*, núm. 21-5, 2017, pp. 531-549; DE LA CUESTA/ODRIOZOLA, «Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp.1-38; ESCUDERO ALDAY, «Los desaparecidos en España: Víctimas de la represión franquista, símbolo de la transición y síntoma de una democracia imperfecta», en ESCUDERO ALDAY/PÉREZ GONZÁLEZ (ed.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del Franquismo*, Trotta, Madrid, 2013, pp.141-161.

⁹ Es importante destacar que, justo después de la constitución de la ONU, la comunidad internacional ya caracterizó al régimen franquista como una dictadura fascista. La Asamblea General de la ONU subrayó en una de sus resoluciones que “en origen, naturaleza, estructura y conducta general, el régimen de Franco es un régimen de carácter fascista, establecido en gran parte gracias a la ayuda recibida de la Alemania nazi de Hitler y de la Italia fascista de Mussolini” (United Nations, «Relations of Members of The United Nations with Spain», *Resolutions adopted by The General Assembly during its First Session*, 39 (I), 1946. Disponible en: <https://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>).

disidencia política y, como consecuencia de ello, la gran mayoría de los representantes de izquierdas fueron encarcelados y físicamente eliminados¹⁰. En el marco de esta violencia, el uso de fusilamientos extrajudiciales se convirtió en la principal herramienta de las fuerzas de represión¹¹, implementada ya durante el conflicto bélico¹² y también justo después de la victoria de las fuerzas sublevadas¹³.

En términos generales, se estima que en el período de la guerra civil española y en los primeros años tras la finalización del conflicto bélico la violencia adquirió su máxima intensidad¹⁴. Como resultado de dicha política de represión, alrededor de 150.000 civiles fueron exterminados extrajudicialmente¹⁵. La mayoría de estos civiles fueron sepultados en unas aproximadamente 2.000 fosas comunes, lo que convierte actualmente a España en el segundo país del mundo (tras Camboya) con más fosas por exhumar¹⁶.

Las víctimas de la represión aludida, por regla general, eran partidarios del bando republicano o personas de orientación liberal y de izquierdas que rechazaban la legitimidad del golpe de Estado fascista. Estas personas, en función de su adhesión a la ideología izquierdista, fueron declaradas «enemigos de España» y representaron el blanco principal para la implementación de una

¹⁰ BABIANO/GÓMEZ/MIGUEZ/TÉBAR, *Verdugos impunes: el franquismo y la violación sistemática de los Derechos Humanos*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018.

¹¹ FERNÁNDEZ PRIETO/MIGUEZ MACHO «Nomes e Voces: Balance, preguntas e interpretaciones. Las huellas del golpe de estado en Galicia», en FERNÁNDEZ PRIETO/ARTIGA REGO (ed.), *Otras miradas sobre el golpe, la guerra y la dictadura. Historia para un pasado incomodo*, Catarata, Madrid, 2014, pp. 80-110; FERRÁNDIZ, «Afterlives: A Social Autopsy of Mass Grave Exhumations in Spain», en FERRÁN/HILBINK (ed.), *Legacies of Violence in Contemporary Spain: Exhumiting the Past, Understanding the Present*, Routledge, 2017, pp. 32-43.

¹² CASANOVA, «Rebelión y revolución», en Santos Juliá (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999, pp. 57 – 185; GÓMEZ BRAVO/MARCO, *La obra del miedo: violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*, Ediciones Península, Barcelona, 2011, p. 63; TÉBAR RUBIO-MANZANARES, *Derecho Penal del Enemigo en el primer Franquismo*, Publicacions de la Universitat D'Alicant, 2017, pp. 30-33.

¹³ BABIANO/GÓMEZ/MIGUEZ/TÉBAR, *Verdugos impunes: el franquismo y la violación sistemática de los Derechos Humanos*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018, p. 154; MORENO, «La represión en la posguerra», en Santos Juliá (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999, pp. 227-412.

¹⁴ PORTILLA, *La Consagración del Derecho Penal de Autor durante el Franquismo: el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada: Comares, 2009; PRESTON, *Un pueblo traicionado. España de 1874 a nuestros días: corrupción, incompetencia política y división social*, Debate, Barcelona, 2019, pp. 363-364.

¹⁵ BABIANO/GÓMEZ/MIGUEZ/TÉBAR, *Verdugos impunes: el franquismo y la violación sistemática de los Derechos Humanos*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018, p. 92; CASANOVA, «Guerra de exterminio, paz incivil: Los fundamentos de la dictadura Franquista», en *El Franquismo: El Régimen y la Oposición*. Actas de las IV Jornadas de Castilla-La Mancha sobre Investigación en Archivos 9-12 noviembre 1999, Archivo Histórico Provincial De Guadalajara, 2000, pp. 579-588; CASANOVA, «Una dictadura de cuarenta años», en CASANOVA (ed.), *Morir, matar, sobrevivir: la violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona, 2002, pp. 2-50; CASANOVA, *La iglesia de Franco*, Crítica, Barcelona, 2005, p. 281; ESPINOSA MAESTRE, «Informe sobre la represión franquista», en NÚÑEZ DÍAZ-BALART (ed.), *La gran represión*, Flor del Viento Ediciones, Barcelona, 2009, pp. 433-444; HERNÁNDEZ DE MIGUEL, *Los campos de concentración de Franco. Sometimiento, torturas y muerte tras las alambradas*, Ediciones B, 2021, p. 114; JULIÁ «De “guerra contra el invasor” a “guerra fratricida”», en JULIÁ (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999, pp. 57-186; PRESTON, *El Holocausto español: odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Debate, Barcelona, 2011, p. 24; RODRIGO, *Hasta la raíz. Violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, p. 27.

¹⁶ BABIANO/GÓMEZ/MIGUEZ/TÉBAR, *Verdugos impunes: el franquismo y la violación sistemática de los Derechos Humanos*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018, p. 97; SILVA, «Epilogue: Memory Walks, Justice Awakes», en Ferrán/Hilbink (ed.), *Legacies of Violence in Contemporary Spain: Exhumiting the Past, Understanding the Present*, Routledge, 2017, pp. 319-333.

política exterminadora¹⁷. De este modo, se puede estimar que, en este proceso de represión, se perseguía a las personas por motivos políticos y no se implementaba ninguna política de destrucción total o parcial de un concreto grupo nacional, étnico, racial o religioso. De ahí deriva el razonamiento de que, a causa de la existencia de una dimensión exclusivamente política del estatus de las víctimas y debido a la ausencia de componentes raciales, étnicos, nacionales o religiosos, los exterminios franquistas no pueden presentarse como crímenes de genocidio en los términos dispuestos en el art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de la ONU¹⁸, y que deben ser calificados como actos de represión política en el transcurso de una guerra civil, sin ningún tipo de vinculación con prácticas genocidas¹⁹.

No obstante, a mi parecer, analizando la naturaleza de la represión franquista, existen ciertos indicios que permiten interpretar los asesinatos masivos llevados a cabo por las autoridades fascistas como delitos de genocidio. Ello es así, si tenemos en cuenta que las víctimas de dichos asesinatos fueron seleccionadas no sólo por su pertenencia a un determinado movimiento o grupo político, sino por formar parte de un determinado grupo racial y religioso. Los franquistas exterminaban a los izquierdistas también sobre la base de que se trataba de sujetos que pertenecían a otra *raza*, y en tanto que *ateos* que desarrollaban valores opuestos a la moral tradicional católica del bando nacional, siendo este el hecho que permite calificar el caso español como un delito de genocidio conforme a la legislación internacional.

El objetivo principal de presente trabajo consiste en realizar un acercamiento criminológico hacia la problemática de la represión franquista durante la guerra civil y ofrecer ciertas consideraciones que permiten demostrar que, a pesar del hecho de que las víctimas del exterminio franquista fueron personas simpatizantes con determinados ideales políticos, lo que supuestamente justifica la ausencia del *actus reus* del delito de genocidio contemplado en el art.

¹⁷ BABIANO/GÓMEZ/MIGUEZ/TÉBAR, *Verdugos impunes: el franquismo y la violación sistemática de los Derechos Humanos*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018, p. 89; CASANOVA, «Rebelión y revolución», en Santos Juliá (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999, p. 59; MIGUEZ MACHO, «A Genealogy of Genocide in Francoist Spain», *Genocide Studies and Prevention*, núm. 8-1, 2013, pp. 21-32 ; MIGUEZ MACHO «Concepto de práctica genocida y la cuestión de la impunidad en España», en ANDERSON/DEL ARCO BLANCO (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 231-249.

¹⁸ De acuerdo con el art. 2 de esta Convención (United Nations, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, General Assembly of United Nation, 1948, A/RES/3/260. Disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml>) se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que conduzcan a su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

¹⁹ ARÓSTEGUI, «Coerción, violencia, exclusión. La dictadura de Franco como sistema represivo», en ARÓSTEGUI (ed.), *Franco: la Represión como Sistema*, Flor del viento ediciones, Barcelona, 2012, pp. 19-59; MARTÍNEZ GÁLVEZ, «Algunas precisiones en torno a la violencia franquista», *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, 10, 2012, pp. 548-563; RUIZ, «A Spanish Genocide? Reflections on the Francoist Repression after the Spanish Civil War», *Contemporary European History*, núm. 14-2, 2005, pp. 171-191; RUIZ, «Las metanarraciones del exterminio», *Revista de Libros*, núm. 172, 2011, pp. 8-12.

2 de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio²⁰, realmente el elemento racial y religioso desempeñó un papel muy relevante en la práctica exterminadora y por lo tanto el caso español puede ser tratado precisamente como un delito de genocidio²¹. En el desarrollo de este objetivo, además, se apuntará hacia algunos factores que a mi parecer deben tenerse en cuenta para comprender por qué la represión masiva se desarrolló no sólo como un «politicidio», es decir exterminio basado en la intolerancia hacia los adversarios políticos²², sino que también como una práctica genocida.

Para la consecución de dicho objetivo, en primer lugar, se describirá la influencia de la corriente positivista en la configuración de la represión de los republicanos lo que permitió percibir a los partidarios del gobierno legítimo como una raza diferente. En segundo lugar, se presta atención a la interpretación de la guerra realizada por la iglesia católica y por las autoridades rebeldes, quienes hicieron hincapié en presentar el conflicto armado español en una dimensión religiosa en la que los republicanos se asociaban con los ateos. En tercer lugar, se analizará el debate sobre

²⁰ El art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio contiene una lista concreta de los grupos que podrían ser objeto de una política genocida, lo que ha generado preocupación en una parte importante de la comunidad académica (FOURNET, *The Crime of Destruction and the Law of Genocide. Their Impact on Collective Memory*, Ashgate, 2007, pp. 51-55; MIGUEZ MACHO, *The Genocidal Genealogy of Francoism: Violence, Memory and Impunity*, Sussex Academic Press, 2017, pp. 22-23; NERSESSIAN, *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, 2010; SCHABAS, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*. Cambridge University Press, 2009). Los criminólogos han criticado el concepto de genocidio contenido en este precepto por ser excluyente, al estar centrado exclusivamente en el amparo de los derechos de grupos en función de su origen nacional, racial, étnico o religioso, lo cual presupone que otros tipos de colectivos, y en especial todos los grupos políticos, quedan al margen de la aplicación de la convención (BRANNIGAN, *Beyond the Banality of Evil. Criminology and Genocide*, Oxford University press, 2013, p. 51; FEIERSTEIN, *Genocide as Social Practice: Reorganizing Society under the Nazis and Argentina's Military Juntas*, Rutgers University Press, 2014, p.16; RAFTER, *The Crime of All Crimes: Toward a Criminology of Genocide*, NYU Press, 2016, p. 53).

²¹ En la presente investigación sólo se presta atención a los crímenes cometidos por el régimen franquista, pero al mismo tiempo no se niega el hecho que el bando republicano también por su parte estaba involucrado en la masiva represión de los golpistas o las personas simpatizantes con el movimiento antirrepublicano (CASANOVA, «Rebelión y revolución», en Santos Juliá (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999; CASANOVA, «Guerra de exterminio, paz incivil: Los fundamentos de la dictadura Franquista», en *El Franquismo: El Régimen y la Oposición. Actas de las IV Jornadas de Castilla-La Mancha sobre Investigación en Archivos 9-12 noviembre 1999*, Archivo Histórico Provincial De Guadalajara, 2000; CASANOVA, *La iglesia de Franco*, Crítica, Barcelona, 2005; JULIÁ «De “guerra contra el invasor” a “guerra fratricida”», en JULIÁ (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999, pp. 57-186; PRIETO BORREGO/BARRANQUERO TEXEIRA, «La violencia política en la zona Republicana. Represión y justicia popular en una ciudad de la retaguardia, Málaga (julio de 1936 – febrero de 1937)», en ANDERSON/DEL ARCO BLANCO (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 103-128; RUIZ, *El Terror rojo: Madrid, 1936*, Espasa, 2014; THOMAS, «La civilización que se está forjando entre el tronar de los cañones». Violencia anticlerical y reconfiguración social (julio-diciembre de 1936)», en ANDERSON/DEL ARCO BLANCO (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 129-151; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Miedo, Humo y Muerte. Clero y Obispos en Andalucía», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 255- 304; VILLA GARCÍA, «Las Raíces de la Recatolización: la Extinción de la Iglesia Católica en la Granada Republicana», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 49-107.

²² FEIERSTEIN, *Genocide as Social Practice: Reorganizing Society under the Nazis and Argentina's Military Juntas*, Rutgers University Press, 2014, pp. 31-32; HARFF/GURR, «Toward Empirical Theory of Genocides and Politicides: Identification and Measurement of Cases Since 1945», *International Studies Quarterly*, núm. 32-3, 1988, pp. 359-371; NERSESSIAN, *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, 2010; VAN SCHAACK, «The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot», *The Yale Law Journal*, núm.106-7, 1997, 2259-2291.

la definición de grupo racial y religiosos según la jurisprudencia internacional, así como la posibilidad de incluir a los republicanos dentro los grupos que gozan de la protección de la Convención de 1948. Y finalmente, se ofrecen las conclusiones donde se resalta la existencia de una serie de indicios que permiten calificar a la represión franquista en España precisamente como un delito de genocidio conforme a la legislación internacional ya que los izquierdistas que fueron víctimas de los exterminios masivos estuvieron perseguidos no sólo con base en su ideología, sino que también lo fueron por su pertenencia a un grupo racial y religioso diferente.

2. Los izquierdistas como un grupo racial distinto

Se ha de tener en cuenta que la presión represiva hacia la izquierda española desarrollada por el aparato punitivo de las autoridades franquista con frecuencia se basaba no en los hechos protagonizados por los presuntos infractores, sino en las consideradas características patológicas de su personalidad. Los izquierdistas eran vistos como una subespecie distinta e inhumana que había desarrollado una personalidad perversa y salvaje²³. El desarrollo y la argumentación científica de esta idea pertenece a Vallejo Nágera quien ejercía como psiquiatra de referencia en la dictadura franquista y quien ocupó el cargo del jefe de los servicios Psiquiátricos Militares y director del Gabinete de Investigaciones Psicológicas de los campos de concentración.

A lo largo del 1938, Vallejo Nágera llevó a cabo diferentes tipos de investigaciones en los campos de concentración donde se encontraban los prisioneros de guerra. Los resultados de tales investigaciones se utilizaron para justificar la persecución de los adversarios políticos²⁴. En estos estudios se concluye que los individuos con ideología marxista²⁵ presentan síntomas de inferioridad mental y padecen de psicopatía. Se destaca que la ideología marxista es muy atractiva para la asimilación por los inferiores mentales, deficientes culturales y psicópatas antisociales, quienes en virtud de carecer de ideales espirituales suelen alistarse en las filas izquierdistas²⁶. Se entendía que dichas personas habían podido interiorizar los ideales izquierdistas debido a que su estado psíquico y moral ya se encontraba debilitado de antemano y, por lo tanto, se presentaba muy fructífero para la asunción de unos valores patológicos. En estos razonamientos, la adopción de una ideología de izquierdas es la consecuencia y la inferioridad mental es su causa²⁷. Además, Vallejo Nágera caracterizaba a los seguidores del movimiento republicano como psicópatas criminales, mientras que Franco era presentado como

²³ LÓPEZ GARCÍA, «La Horda Salvaje y el Territorio de los Vencedores en la Posguerra Española», en RICO REVELO/LÓPEZ GARCÍA (ed.), *Territorio, conflicto y posconflicto*. Editorial Universidad del Norte, 2018, pp. 63-84.

²⁴ HUERTAS GARCÍA, «La Psico-Biología del Marxismo como categoría antropológica en el ideario fascista español», *LLULL: Revista de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias y de las Técnicas*, núm. 19-36, 1996, pp. 111-130.

²⁵ Vallejo Nágera, a lo largo de desarrollo de todos sus trabajos, no hace ninguna distinción política entre diferentes corrientes de izquierda que en aquellos momentos predominaban entre los combatientes del bando republicano. Para este autor cualquier ideología que se encontraba en la oposición a las ideas del movimiento nacional, sea anarquista, socialista o comunista, se etiqueta como una ideología marxista (VALLEJO NÁGERA, *Psicopatología de la conducta antisocial*, Editorial Española, 1937).

²⁶ VALLEJO NÁGERA, «Psiquismo del fanatismo marxista», *Semana Medica Española: Revista Técnica y Profesional de las Ciencias Médicas*, 6, 1938, pp. 174-180; VALLEJO NÁGERA, «Psiquismo del fanatismo marxista III», *Semana Medica Española: Revista Técnica y Profesional de las Ciencias Médicas*, núm. 25, 1939, pp. 194-200.

²⁷ VALLEJO NÁGERA, *Psicopatología de la conducta antisocial*, Editorial Española, 1937, p. 104.

una persona que por medio de una férrea disciplina social y de la imposición de castigos podía salvar a España de la propagación de las tendencias psicopáticas de las masas²⁸.

Vallejo Nágera, influenciado por el positivismo lombrosiano²⁹, había desarrollado su propia visión respecto a la raza, atribuyendo el papel decisivo en su constitución, no a los factores genéticos, a diferencia de la doctrina nacional socialista alemana³⁰, sino a factores de carácter sociocultural como la lengua, la religión y el patriotismo³¹. En este sentido, se sostenía que la influencia de los factores ambientales sobre el individuo era superior a las predisposiciones biológicas³². Las personas que componen la raza española no constituyen un grupo biológico, sino que más bien son una comunidad que ha podido ser educada en los valores de la vieja aristocracia. Son sujetos que han podido interiorizar valores guerreros y adquirir una serie de las cualidades psicológicas del patriotismo, austeridad y de la responsabilidad moral³³. El colofón de su doctrina era que, con base en la posesión de determinados valores y una determinada visión del futuro del país la sociedad en España quedaba dividida en dos grandes grupos: los primeros, los auténticos españoles con una visión tradicionalista, conservadora y convencional (el bando nacional) y los segundos, patológicos con una visión izquierdista (el bando republicano).

A pesar de las notables diferencias etiológicas con la doctrina nacional socialista, en cuanto a las cuestiones raciales, el positivismo español igualmente reconocía la existencia de la división racial del país, en cuyo marco se justificaba el empleo de la violencia por parte de los verdaderos representantes de la raza respecto a las personas que se percibían como una amenaza para su desarrollo³⁴. Las ideas sobre la higiene racial y la necesidad de conseguir una supercasta hispana predominaban en el pensamiento de Vallejo Nágera³⁵.

Con sus investigaciones psiquiátricas Vallejo Nágera legitimó el régimen autoritario y contribuyó a la constitución de un sustrato científico, a los ojos de dicho régimen, con el que justificar la lucha de la justicia franquista contra la disidencia política³⁶. La existencia de una naturaleza

²⁸ VALLEJO NÁGERA, *Psicopatología de la conducta antisocial*, Editorial Española, 1937, p. 52.

²⁹ HUERTAS GARCÍA «La Psico-Biología del Marxismo como categoría antropológica en el ideario fascista español», *LLULL: Revista de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias y de las Técnicas*, núm.19-36, 1996, pp. 111-130.

³⁰ AMBOS, «Criminología nacional socialista: Continuidad y radicalización», *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 364-393.

³¹ VALLEJO NÁGERA, *Eugenésia de la Hispanidad y regeneración de la Raza*, Editora Nacional, Burgos, 1937; VALLEJO NÁGERA, *Política racial del Nuevo Estado*, Editorial Española, San Sebastián, 1938.

³² VALLEJO NÁGERA, *Eugenésia de la Hispanidad y regeneración de la Raza*, Editora Nacional, Burgos, 1937, pp.11-13.

³³ VALLEJO NÁGERA, *Eugenésia de la Hispanidad y regeneración de la Raza*, Editora Nacional, Burgos, 1937, pp. 108-111.

³⁴ Aunque Vallejo Nágera se convierte en el científico positivista más influyente de los años treinta del siglo pasado en España, sobre todo en virtud de su muy activa colaboración con el régimen franquista, no se puede decir que él fuese el único académico que abogaba por la visión positivista y defendía la relevancia de la postura eugenésica. En general se puede destacar que las ideas de la pureza de la raza estaban muy desarrolladas en el mundo académico en la primera parte del siglo XX en España. Se pueden consultar por ejemplo las aportaciones de Medina, quien realiza el tratamiento de las cuestiones genéticas y eugenésicas (MEDINA, *Herencia y Eugenésia. La posición correcta frente sus problemas*, Burgos, 1932). También se pueden anotar las ideas de Bañuelos García, quien directamente afirma en su trabajo que “el racismo es la concepción biológica más fructífera y más revolucionaria de los últimos tiempos” (BAÑUELOS GARCÍA, *Cuestiones político-biológicas*, Librería de Santarén, Valladolid, 1936, p. 69).

³⁵ VALLEJO NÁGERA, *La asexualización de los psicópatas*, Ed. Medicina, Madrid, 1934; VALLEJO NÁGERA, *Política racial del Nuevo Estado*, Editorial Española, San Sebastián, 1938.

³⁶ CAMPOS, «Autoritarismo y eugenésia punitiva: higiene racial y nacionalcatolicismo en el franquismo, 1936-1945», *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, 23, 2016, pp. 131-147; CAMPOS/NOVELLA, «La higiene mental

subhumana de los izquierdistas en numerosas ocasiones fue destacada por los medios de comunicación franquistas y subrayada en los actos públicos, políticos o religiosos³⁷. Por su parte para la justicia franquista los republicanos se percibían como una subespecie diferente³⁸ y eran caracterizados como criminales natos cuya peligrosidad residía en su naturaleza psicosocial degenerativa³⁹. En las sentencias condenatorias de los tribunales, a la hora de justificar el castigo, a menudo se apelaba a la existencia de la peligrosidad inherente de los marxistas que derivaba de su inferioridad mental⁴⁰ y de su personalidad perversa⁴¹.

Además de esto, la lectura de los trabajos de Vallejo Nágera promovió la difusión de las ideas racistas dentro de la población española, en el sentido de que ayudaba a interiorizar la convicción de que la naturaleza maligna de los izquierdistas se transmitía, no solamente por la vía ideológica, sino también por la vía sanguínea⁴². Esta idea estaba bastante arraigada en el pensamiento de los funcionarios de las instituciones represivas, quienes creían que las personas de izquierdas sólo podían tener descendencia aferrada a esta ideología. En este sentido, por ejemplo, respecto a las mujeres republicanas detenidas, incluyendo también a las mujeres embarazadas, con frecuencia se empleaba la violencia con el objetivo de reducir al mínimo sus posibilidades de reproducción⁴³.

durante el primer franquismo. De la higiene racial a la prevención de la enfermedad mental (1939-1960)», *Dynamis: Acta Hispanica ad Medicinae Scientiarumque Historiam Illustrandam*, 37- 1, 2007, pp. 65-87; COBO ROMERO/ORTEGA LÓPEZ, «Franquismo y represión femenina. Reforzamiento del discurso antifeminista y aniquilamiento de la experiencia liberadora, 1936-1951», en ANDERSON/DEL ARCO BLANCO (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 65-82; RICHARDS, «Antonio Vallejo Nágera. Heritage, psychiatry and war», en QUIROGA/DEL ARCO BLANCO (ed.), *Right-wing Spain in the Civil War Era: soldiers of god and apostles of the fatherland, 1914-45*, Continuum, 2012, pp. 195-224.

³⁷ MIGUEZ MACHO, «A Genealogy of Genocide in Francoist Spain», *Genocide Studies and Prevention*, núm. 8-1, 2013, pp.21-32.

³⁸ Por ejemplo, Suñer Ordóñez, el futuro primer presidente del Tribunal de Responsabilidades Políticas que era uno de los órganos más represivos de la dictadura franquista, en plena guerra civil en su obra destacaba la existencia de una raza hispana que está en peligro por las contaminantes acciones de los intelectuales de izquierdas. Para garantizar la pureza de la raza es imprescindible a su parecer “practicar una extirpación a fondo de nuestros enemigos, de esos intelectuales, en primera línea, productores de la catástrofe” (SUÑER ORDÓÑEZ, *Los intelectuales y la Tragedia Española*, 2ª ed., Edición Española, San Sebastián, 1938, p. 171).

³⁹ En el dictamen de una comisión especial constituida por el régimen franquista bajo la dirección del ministro de interior a finales de la guerra civil con el objetivo de demostrar ilegitimidad de los poderes de la república española y de este modo justificar el golpe del estado de 1936 se indicaba que los rojos tenían muy fuerte grado de participación en los homicidios extrajudiciales. Concretamente se subrayaba que los izquierdistas habían protagonizado centenares de miles de asesinatos de civiles en la zona controlada por las fuerzas republicanas guiados por su impulso irracional y que uno de los motivos de la comisión de dichos delitos era la superioridad intelectual o moral de las víctimas (MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN, *Dictamen de la comisión sobre ilegitimidad de poderes actuantes en 18 de julio de 1936*, Editorial nacional, 1939, pp. 78-79).

⁴⁰ PORTILLA, *La Consagración del Derecho Penal de Autor durante el Franquismo: el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Comares, Granada, 2009, p. 158.

⁴¹ ESPINOSA MAESTRE, «Crímenes que no prescriben. España, 1936-1953», en ESCUDERO ALDAY/PÉREZ GONZÁLEZ (ed.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del Franquismo*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 31-54; VEGA SOMBRÍA, *De la esperanza a la persecución: la represión franquista en la provincia de Segovia*, Crítica, Barcelona, 2005, p. 132.

⁴² MIGUEZ MACHO, «A Genealogy of Genocide in Francoist Spain», *Genocide Studies and Prevention*, núm. 8-1, 2013, pp. 21-33; MIGUEZ MACHO, «Nuestro Pasado Presente: Práctica Genocida y Franquismo», *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 10, 2012, pp. 475-498; MIGUEZ MACHO, *The Genocidal Genealogy of Francoism: Violence, Memory and Impunity*, Sussex Academic Press, 2017, p. 38.

⁴³ ABAD, «Las dimensiones de la “represión sexuada” durante la dictadura franquista», *Revista de historia Jerónimo Zurita*, núm. 84, 2009, pp. 65-86.

De este modo se puede constatar que los elementos raciales, si bien en su peculiar interpretación, estaban presentes en la visión franquista. Se empleaba la construcción de una imagen del enemigo y a este le atribuían determinadas características que facilitaron la justificación y el empleo de la violencia con el objetivo de su exterminio⁴⁴. Las personas izquierdistas que fueron víctimas de la represión implementada por las instituciones franquistas se percibían y trataban como formando parte de otro grupo racial.

3. La guerra civil española como una guerra religiosa

Además de verse como un grupo racial distinto, los integrantes del bando republicano se percibían con frecuencia por los simpatizantes con el movimiento nacional como personas cuyos valores se oponían a los valores católicos tradicionales de la sociedad española. En este sentido, los izquierdistas también se entendían como un grupo religioso diferente, cuya existencia los franquistas consideraban sostenedores de la antítesis de la moral cristiana tradicional.

Resulta acreditada la existencia de una estrecha colaboración entre la Iglesia católica y las autoridades franquistas durante y después de la guerra civil, teniendo en cuenta, en términos generales, que la iglesia católica desempeñó un papel muy relevante en la constitución de la ideología franquista⁴⁵. Desde el golpe militar de julio de 1936, un amplio sector del clero⁴⁶ apoyó la sublevación contra el gobierno legítimo⁴⁷, justificó la violencia⁴⁸ e inspiró así la llamada cruzada contra «los comunistas y separatistas» en defensa del catolicismo⁴⁹. Para la iglesia

⁴⁴ CAMPOS/NOVELLA, «La higiene mental durante el primer franquismo. De la higiene racial a la prevención de la enfermedad mental (1939-1960)», *Dynamis: Acta Hispanica ad Medicinam Scientiarumque Historiam Illustrandam*, núm. 37- 1, 2007, pp. 65-87; MIGUEZ MACHO, «A Genealogy of Genocide in Francoist Spain», *Genocide Studies and Prevention*, núm. 8-1, 2013, pp. 21-33; MIGUEZ MACHO, *The Genocidal Genealogy of Francoism: Violence, Memory and Impunity*, Sussex Academic Press, 2017, pp. 46-47.

⁴⁵ ALIJA-FERNÁNDEZ/MARTÍN-ORTEGA, «Franco's Victims in Spain: The Long Road: Towards Justice and Recognition», en DRULIOLLE/BRETT (ed.), *The Politics of Victimhood in Post-conflict Societies: Comparative and Analytical Perspectives*, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 53-76; LÓPEZ VILLAVEVERDE, «Iglesia de la cruzada. La elaboración del mito de la cruzada», en ORTIZ HERAS/GONZÁLEZ (ed.), *De la Cruzada al Desenganche: La Iglesia Española entre el Franquismo y la Transición*, Sílex, Madrid, 2011, pp. 21-50; NÚÑEZ DE PRADO, «El Papel de la Iglesia en la Configuración del Franquismo», *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, núm. 1, 2014, pp. 97-114.

⁴⁶ A pesar del enorme apoyo que los representantes del clero de la Iglesia católica prestaron a la rebelión militar y a la represión implementada por las tropas sublevadas, no todas las personas del culto defendieron la causa franquista (LÓPEZ VILLAVEVERDE, «Iglesia de la cruzada. La elaboración del mito de la cruzada», en ORTIZ HERAS/GONZÁLEZ (ed.), *De la Cruzada al Desenganche: La Iglesia Española entre el Franquismo y la Transición*, Sílex, Madrid, 2011, pp. 21-50; RODRIGO, *Hasta la raíz. Violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, p. 103). Aunque en proporciones mucho más reducidas, algunos sacerdotes rechazaron el golpe de estado o incluso colaboraron con las instituciones del gobierno republicano (RUIZ SÁNCHEZ, «Sin Olvidar a Dios Haciendo la Guerra con el Frente Popular. Las vicisitudes del Sacerdote Accitano José María Martínez Castro (1926-1952)», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 385-447).

⁴⁷ PRESTON, *El Holocausto español: odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Debate, Barcelona, 2011, p. 257.

⁴⁸ Sirvan como muestra llamativa de la actitud favorable de los altos representantes del clero español a la violencia empleada por las tropas franquistas y los objetivos que se perseguían a través de ella, las palabras del obispo de Cartagena, De los Santos Díaz y Gomara, pronunciadas en 1936: «Benditos sean los cañones si en las brechas que abran florece el Evangelio» (REIG TAPIA, «El Papel de La Jerarquía Eclesiástica durante la Guerra Civil», en BELZUNEGUI ERASO/SÁNCHEZ CERVELLÓ/REIG TAPIA, (ed.), *Església i Franquisme. De la Col·laboració amb el Franquisme al Seu Combat*, URV, Tarragona, 2017, pp. 131-150).

⁴⁹ BABIANO/GÓMEZ/MIGUEZ/TÉBAR, J (2018) *Verdugos impunes: el franquismo y la violación sistemática de los Derechos Humanos*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018, p. 41; CASANOVA, *La iglesia de Franco*, Crítica, Barcelona, 2005, p. 16; HERNÁNDEZ DE MIGUEL, *Los campos de concentración de Franco. Sometimiento, torturas y muerte tras las alambradas*, Ediciones B, 2021, pp. 205-208; SÁNCHEZ CERVELLÓ, «La Memoria Selectiva de la Iglesia y la Memoria

católica, la violencia franquista se interpretó directamente como una cruzada religiosa⁵⁰ y se calificó como estrategia santa y justa⁵¹, como parte inherente de la guerra santa por la fe de Cristo⁵².

En el año 1937 se hizo pública una carta firmada por casi todos los obispos españoles, bajo el título «Carta colectiva de los obispos españoles a los obispos de todo el mundo con motivo de la guerra en España»⁵³. En este documento, el obispado español legitima la sublevación militar e interpreta la guerra civil como un conflicto entre el bando de los seguidores de Jesucristo y de la civilización cristiana y el bando formado por los izquierdistas que está en contra de los valores cristianos. Los partidarios del gobierno republicano se presentan, en este documento, como personas con un arraigado odio a Jesucristo y a la Virgen, y por ello, según los obispos, el levantamiento militar adquiere una dimensión religiosa, siendo concebido como una acción que pretende reducir a la impotencia a los enemigos de Dios y de la fe católica⁵⁴.

Histórica», en BELZUNEGUI ERASO/SÁNCHEZ CERVELLÓ/REIG TAPIA, (ed.), *Església i Franquisme. De la Col·laboració amb el Franquisme al Seu Combat*, Tarragona: URV, Tarragona, 2017, pp. 85-105.

⁵⁰ ÁLVAREZ BOLADO, *Para ganar la guerra, para ganar la paz*, Madrid: Universidad pontificia de Comillas, Madrid, 1995; GÓMEZ BRAVO/MARCO, *La obra del miedo: violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*, Ediciones Península, Barcelona, 2011, p. 42-43; LANGA NUÑO, «“De Sevilla la Roja a la Tierra de María Santísima”: La “Recatolización” de Sevilla», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 15-47; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Miedo, Humo y Muerte. Clero y Obispos en Andalucía», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 255- 304; REIG TAPIA, «El Papel de La Jerarquía Eclesiástica durante la Guerra Civil», en BELZUNEGUI ERASO/SÁNCHEZ CERVELLÓ/REIG TAPIA, (ed.), *Església i Franquisme. De la Col·laboració amb el Franquisme al Seu Combat*, URV, Tarragona, 2017, pp. 131-150.

⁵¹ CASANOVA, *La iglesia de Franco*, Crítica, Barcelona, 2005, p. 82; ORTIZ HERAS, «Instrumentos legales del terror franquista», *Historia del Presente*, núm. 3, 2004, pp. 203-220; RODRIGO, *Hasta la raíz. Violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, p. 100-105).

⁵² HERNÁNDEZ BURGOS, «La forja de la nación de Franco: nacionalismo, catolicismo y violencia en la zona rebelde durante la Guerra Civil española (1936-1939)», *Rubrica Contemporanea*, núm. 9-17, 2020, pp. 79-97.

⁵³ GOMÁ Y TOMÁS, *Por Dios y por España: pastorales, instrucciones pastorales y artículos, discursos, mensajes, apéndice: 1936-1939*, Rafael Casulleras, Barcelona, 1940, pp. 569-590.

⁵⁴ El odio de la iglesia católica hacia el gobierno republicano y sus seguidores en cierto modo estaba influenciado y justificado por la política adoptada por el gobierno antes de la guerra civil y por las acciones impendidas por los partidarios de la república después de la sublevación militar. La promulgación de leyes anticlericales en los años anteriores de la guerra civil privó a la Iglesia católica de todos sus privilegios sociales, educacionales y económicos y obligó a muchos creyentes a sentirse discriminados por sus creencias religiosas (CASANOVA, *La iglesia de Franco*, Crítica, Barcelona, 2005, p. 45; PRESTON, *Un pueblo traicionado. España de 1874 a nuestros días: corrupción, incompetencia política y división social*, Debate, Barcelona, 2019, pp. 275-276; VILLA GARCÍA, «Las Raíces de la Recatolización: la Extinción de la Iglesia Católica en la Granada Republicana», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 49-107). Por otro lado, los partidarios del gobierno legítimo percibían a la Iglesia como un aliado íntimo de las fuerzas derechistas y los representantes del clero, así como los símbolos de la Iglesia, especialmente sus templos y establecimientos religiosos, sufrieron ataques violentos tanto antes como justo después del golpe militar (HERNÁNDEZ DE MIGUEL, *Los campos de concentración de Franco. Sometimiento, torturas y muerte tras las alambradas*, Ediciones B, 2021, p. 206; LANGA NUÑO, «“De Sevilla la Roja a la Tierra de María Santísima”: La “Recatolización” de Sevilla», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 15-47; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Miedo, Humo y Muerte. Clero y Obispos en Andalucía», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 255- 304; VILLA GARCÍA, «Las Raíces de la Recatolización: la Extinción de la Iglesia Católica en la Granada Republicana», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 49-107; REIG TAPIA, «El Papel de La Jerarquía Eclesiástica durante la Guerra Civil», en BELZUNEGUI ERASO/SÁNCHEZ CERVELLÓ/REIG TAPIA, (ed.), *Església i Franquisme. De la Col·laboració amb el Franquisme al Seu Combat*, URV, Tarragona, 2017, pp. 131-150).

La influencia de esta carta firmada por los obispos fue considerable, convirtiéndose en una potente herramienta propagandística para la causa franquista⁵⁵. Para definir este enfrentamiento armado, el clero español empezó utilizar con frecuencia en sus discursos expresiones como «guerra santa» y «cruzada religiosa»⁵⁶, lo que permitía a los combatientes del bando rebelde interpretar su propia actividad a través del prisma de la sacralidad⁵⁷.

Por otro lado, las autoridades militares del bando sublevado también veían el conflicto armado a través de un prisma religioso y desde el inicio de la guerra, uno de los objetivos principales del régimen franquista consistió en la eliminación del grupo social identificado como los «enemigos de España». Este grupo estaba formado por personas de orientación política liberal y de izquierdas, pero una de sus características más importantes era también su identificación por los sublevados como no católicos⁵⁸.

El general Franco, al igual que otros generales rebeldes, concebía la guerra como una cruzada contra el comunismo y ateísmo⁵⁹. En sus proclamas y arengas, Franco interpretaba en numerosas ocasiones la guerra civil en términos religiosos, como una cruzada en defensa de la fe católica⁶⁰. En una de sus declaraciones, Franco sostuvo que «nuestra guerra no es una guerra Civil, una guerra de partido, una guerra de pronunciamiento, sino una Cruzada de los hombres que creen en Dios, que creen en el alma humana, que creen en el bien, en el ideal, en el sacrificio, que lucha contra los hombres sin fe, sin moral, sin nobleza. (...) Sí; nuestra guerra es una guerra religiosa. Nosotros, todos los que combatimos, cristianos o musulmanes, somos soldados de Dios y no

⁵⁵ CASANOVA, *La iglesia de Franco*, Crítica, Barcelona, 2005, p. 94; NÚÑEZ DE PRADO, «El Papel de la Iglesia en la Configuración del Franquismo», *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, núm. 1, 2014, pp. 97-114; REIG TAPIA, «El Papel de La Jerarquía Eclesiástica durante la Guerra Civil», en BELZUNEGUI ERASO/SÁNCHEZ CERVELLÓ/REIG TAPIA, (ed.), *Església i Franquisme. De la Col·laboració amb el Franquisme al Seu Combat*, URV, Tarragona, 2017, pp. 131-150.

⁵⁶ El influyente obispo de Salamanca, Pla y Deniel, calificó la guerra civil como una guerra religiosa y una cruzada para defender la civilización cristiana. En un libro editado justo después del inicio de la guerra civil, el obispo salmantino calificó a los miembros del bando sublevado como seguidores de Dios y de los valores cristianos, mientras que los republicanos representaban su antítesis. Las personas de izquierdas, se afirma en esta publicación, son personas “sin dios” que poseen una moral baja y cuyas acciones se dirigen al objetivo de destruir los valores intelectuales y morales, de achatar a la humanidad (PLA Y DENIEL, *Las dos ciudades: Carta Pastoral que dirige a sus diocesanos en 30 de septiembre*, Salamanca, 1936). Para este representante de la jerarquía eclesiástica, el bando republicano representa el ateísmo, que es antihumano y antisocial por naturaleza (PLA Y DENIEL, *Las dos ciudades: Carta Pastoral que dirige a sus diocesanos en 30 de septiembre*, p. 45), debido principalmente a que se basa en la existencia del odio satánico hacia sus adversarios (PLA Y DENIEL, *El triunfo de la ciudad de Dios y la resurrección de España. Carta pastoral*, Salamanca, 1939, p. 7).

⁵⁷ LÓPEZ VILLAVERDE, «Iglesia de la cruzada. La elaboración del mito de la cruzada», en ORTIZ HERAS/GONZÁLEZ (ed.), *De la Cruzada al Desenganche: La Iglesia Española entre el Franquismo y la Transición*, Sílex, Madrid, 2011, pp. 21-50; LÓPEZ CAMPILLO/POUTET/RÉMIS, «Una cruzada para una nueva tierra santa ¡Fraternidad, libertad, igualdad! », *Norba: Revista de historia*, núm. 14, 1994, pp. 137-146; RINA SIMÓN, *Los imaginarios franquistas y la religiosidad popular (1936-1949)*, Diputación de Badajoz, Badajoz, 2015, p. 80.

⁵⁸ BABIANO/GÓMEZ/MIGUEZ/TÉBAR, *Verdugos impunes: el franquismo y la violación sistemática de los Derechos Humanos*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018, p. 89; CASANOVA, «Rebelión y revolución», en Santos Juliá (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999, pp. 100-101; MIGUEZ MACHO, «A Genealogy of Genocide in Francoist Spain», *Genocide Studies and Prevention*, núm. 8-1, 2013, pp. 21-32; MIGUEZ MACHO «Concepto de práctica genocida y la cuestión de la impunidad en España», en ANDERSON/DEL ARCO BLANCO (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 231-249

⁵⁹ FRANCO BAHAMONDE, *Apuntes personales sobre la república y la Guerra Civil*, Fundación Nacional Francisco Franco, Madrid, 1987, p. 40; MOLA VIDAL, *Obras completas*, Librería Santarén, Valladolid, 1940, p. 1180 y 1190).

⁶⁰ EIROA, «Las fuentes doctrinales: Pensamiento y lenguaje de la represión sistémica (1936-1948)», en ARÓSTEGUI (ed.), *Franco: la Represión como Sistema*, Flor del viento ediciones, Barcelona, 2012, pp. 107-160.

luchamos contra otros hombres, sino contra el ateísmo y el materialismo, contra todo lo que rebaja la dignidad humana, que nosotros queremos elevar, purificar y ennoblecer. Nuestro campo es el campo de la fe y de la abnegación»⁶¹.

En otra intervención, el caudillo resaltó que «nuestra guerra es una guerra en defensa de la Iglesia, de nuestra religión y de la civilización cristiana (...). La gente cree que estamos haciendo una guerra nada más; estamos haciendo también una profunda revolución en sentido social que se inspira en las enseñanzas de la Iglesia católica (...) Nuestro estado ha de ser un Estado católico en lo social y en lo espiritual; porque católica ha sido, es y será la verdadera España»⁶².

4. Los ateos como enemigos de España

En términos generales, la guerra civil fue presentada por el bando nacional no sólo como una lucha de los creyentes contra los no creyentes, sino que también como un enfrentamiento entre católicos y ateos⁶³. Hay que tener en cuenta que en general, el discurso mediático de aquellos tiempos estaba muy ligado a la consideración de que se trataba de una lucha contra invasores ateos⁶⁴, ya que los movimientos de izquierda se percibían como anticristianos en su naturaleza⁶⁵. De este modo, el propio Franco consideraba que los republicanos eran los enemigos de España por su condición atea y anticatólica⁶⁶, alertaba con frecuencia en sus discursos sobre su peligrosidad⁶⁷ y señalaba que la persecución de izquierdistas también se debía a sus acciones ofensivas contra la religión cristiana y contra la Iglesia católica⁶⁸.

⁶¹ Declaraciones a Claude, publicadas en "L'Echo de Paris" el 16 de noviembre de 1937 y en "Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942", Editora Nacional, Madrid, 1943, pp. 453-454.

⁶² Declaraciones al corresponsal de la N.G.W. "New service", en noviembre de 1937, reproducidas en "Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942", Editora Nacional, Madrid, 1943, pp. 433-435.

⁶³ BANNISTER, *Crusaders and Commissars: A Comparative Study of the Motivation of Volunteers in the Popular and National Armies in the Spanish Civil War, 1936-1939*, PhD Thesis, European University Institute, Florence, 2014, p. 221; GONZÁLEZ CALLEJA/COBO ROMERO/MARTÍNEZ RUS/SÁNCHEZ PÉREZ, *La Segunda República Española*, Pasado y Presente, Barcelona, 2015, p. 209;

⁶⁴ MATA, *¡¡España!!: apuntes histórico-críticos sobre el alzamiento de la Patria contra la invasión masónico-bolchevique*, Gambón, Zaragoza, 1936, p. 9.

⁶⁵ GONZALO SOTO, *Esbozo de una síntesis del ideario de Mola en relación con el Movimiento Nacional*, Hijos de Santiago Rodríguez, Burgos, 1937, p. 41.

⁶⁶ FRANCO BAHAMONDE, *Apuntes personales sobre la república y la Guerra Civil*, Fundación Nacional Francisco Franco, Madrid, 1987, pp. 8-9.

⁶⁷ EIROA, «Las fuentes doctrinales: Pensamiento y lenguaje de la represión sistémica (1936-1948)», en ARÓSTEGUI (ed.), *Franco: la Represión como Sistema*, Flor del viento ediciones, Barcelona, 2012, pp. 107-160.

⁶⁸ Declaraciones a T.R. Ibarra, publicadas en "Colliers" el 7 de agosto de 1937 y reproducidas en "Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942", Editora Nacional, Madrid, 1943, p. 411; "¿Dónde estamos?", artículo publicado en "La Revue Belge" el 15 de agosto de 1937 y reproducidas en "Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942", Editora Nacional, Madrid, 1943, p. 414; Declaraciones al corresponsal de "La prensa" de Buenos Aires, reproducidas en "Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942", Editora Nacional, Madrid, 1943, p. 445; Declaraciones al representante de la National Catholica Welfare Conference, en enero de 1938, reproducidas en "Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942", Editora Nacional, Madrid, 1943, p. 475-476.

El componente religioso, como característica fundamental de la guerra civil, siempre estaba presente en el pensamiento de Franco⁶⁹, quien catalogaba a los ateos de enemigos de España⁷⁰. En una de sus declaraciones, Franco sostuvo que la contienda armada supuso una lucha contra los rojos no sólo por ser estos sujetos partidarios de ideas políticas opuestas a las de los rebeldes, sino también por ser portadores de una moral atea y anticristiana: «Tenía en mi poder documentos en los cuales se señalaba la destrucción de los templos y principales lugares sagrados de nuestra historia religiosa; tenía las listas de las personas que debían ser asesinadas. Querían acabar con todo lo que en España era la tradición cristiana; hacer de ella una nación sin culto, sin templos y sin Dios. (...) Para defender nuestra España histórica, nuestros monumentos y la religión católica, las personas y la misma nación, teníamos necesariamente que sublevarnos»⁷¹.

Los republicanos eran para el bando sublevado ateos y, en consecuencia, personas poseedoras de valores opuestos a los valores católicos⁷². Los obispos españoles destacaban con frecuencia en sus escritos la naturaleza antagónica de la guerra civil, que se materializó en el enfrentamiento violento entre dos bandos: el bando de los seguidores de Cristo y las personas con fe y el bando de los ateos que pretendían desterrar del mundo toda la práctica de la religión⁷³. Según la postura de la iglesia católica⁷⁴, la guerra civil era una lucha de los cristianos contra el comunismo ateo⁷⁵

⁶⁹ Contestación al nuncio de su santidad en la presentación de cartas credenciales el 24 de junio de 1938, reproducida en “Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942”, Editora Nacional, Madrid, 1943, pp. 67-70; proclama dirigida a la Vizcaya roja, de mayo de 1937, reproducida en “Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942”, Editora Nacional, Madrid, 1943, pp. 295-296; alocución del 1 de octubre de 1937 en Burgos, reproducida en “Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942”, Editora Nacional, Madrid, 1943, p. 308.

⁷⁰ El general Dávila, comandante del ejército del norte, en 1937 leyó en nombre de Franco un discurso en el cual destacó que “la unidad española, a tanta costa forjada, se quebró y despedazó al conjuro de secretas fuerzas revolucionarias, que se escudaban en un laicismo ateo y en la masonería judaizante” (GALLEGO/PAZOS, *Archivo Gomá. Documentos de la Guerra Civil. Vol. 6*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2004, p. 559; GOMÁ Y TOMÁS, *Por Dios y por España: pastorales, instrucciones pastorales y artículos, discursos, mensajes, apéndice: 1936-1939*, Rafael Casulleras, Barcelona, 1940, p. 468).

⁷¹ Declaraciones al corresponsal de la N.G.W. “New service”, en noviembre de 1937, reproducidas en “Palabras del caudillo: 19 abril 1937 - 7 diciembre 1942”, Editora Nacional, Madrid, 1943, pp. 433-434.

⁷² COGNAM/FLAVEL/MAEYAMA, «Ignorance is not Bliss: Evidence of Human Right Violations from Civil War Spain», *Annals of Anthropological Practice*, núm. 38-1, 2014, pp. 43-64.

⁷³ GONZÁLEZ GULLÓN/MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Los Temblores del Clero durante el Frente Popular», en GONZÁLEZ MADRID/ORTIZ HERAS/PÉREZ GARZÓN (ed.), *La Historia, lost in translation?*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2017, pp. 1615-1626; LÓPEZ VILLAVARDE, «Iglesia de la cruzada. La elaboración del mito de la cruzada», en ORTIZ HERAS/GONZÁLEZ (ed.), *De la Cruzada al Desenganche: La Iglesia Española entre el Franquismo y la Transición*, Sílex, Madrid, 2011, pp. 21-50.

⁷⁴ El influente cardenal Gomá y Tomás resumió la guerra civil del siguiente modo: “en la actualidad luchan España y la anti-España, la religión y el ateísmo, la civilización cristiana y la barbarie” (GALLEGO/PAZOS, *Archivo Gomá. Documentos de la Guerra Civil. Vol. 1*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2001, p. 87). Al parecer de este dirigente católico, la guerra civil fue una lucha entre la civilización cristiana y los izquierdistas que quieren destruir dicha civilización, un “choque de la civilización con la barbarie, del infierno contra Cristo” (GOMÁ Y TOMÁS, *Por Dios y por España: pastorales, instrucciones pastorales y artículos, discursos, mensajes, apéndice: 1936-1939*, Rafael Casulleras, Barcelona, 1940, p. 23 y 310). De ahí se desprende que los adversarios de los franquistas hayan sido presentados por la Iglesia Católica como hombres “sin Dios” o “contra Dios” y que la guerra civil se haya concebido como una batalla de Cristo contra el Anticristo (GOMÁ Y TOMÁS, *Por Dios y por España: pastorales, instrucciones pastorales y artículos, discursos, mensajes, apéndice: 1936-1939*, pp. 28-31).

⁷⁵ GOMÁ Y TOMÁS, *Por Dios y por España: pastorales, instrucciones pastorales y artículos, discursos, mensajes, apéndice: 1936-1939*, p. 415 y 542; PLA Y DENIEL, *El triunfo de la ciudad de Dios y la resurrección de España. Carta pastoral*, Salamanca, 1939, p. 6 y 35).

en la que se enfrentaban dos grupos de personas: los nacionales, que eran los seguidores de la fe divina, y los republicanos, inspirados por el diablo⁷⁶.

Los seguidores de la república, en su condición de ateos, eran descritos por los representantes de la iglesia en términos despectivos, como hombres bárbaros, salvajes y sin-dios poseídos por el «furor diabólico»⁷⁷, como «revolucionarios ateos» que han adoptado «el odio satánico»⁷⁸, mientras que Franco era elevado a la figura de salvador de la civilización cristiana⁷⁹. La postura de la Iglesia, en definitiva, era bastante clara: no se trataba de una simple guerra civil, sino que lo que se había producido en realidad era una lucha entre dos grupos de personas que sostienen posturas religiosas antagónicas⁸⁰.

Los discursos y escritos de las autoridades religiosas, así como los mensajes de los capellanes castrenses, servían de base para los mensajes propagandísticos del bando rebelde en la guerra y contribuyeron a una determinada configuración de la visión de los soldados franquistas respecto a sus enemigos⁸¹. La propaganda franquista, a través de sus periódicos, la radio y los panfletos, insistía reiteradamente en la naturaleza religiosa de la guerra, presentada como una cruzada en defensa de la religión católica y contra las personas que no creen en dios⁸². Los combatientes del bando sublevado se veían como soldados de Cristo y defensores de la fe, mientras que los combatientes del gobierno republicano se percibían como seguidores del mal y del diablo⁸³. La propaganda franquista estigmatizó a los enemigos de la causa nacional y los republicanos comenzaron a ser descritos en términos despectivos y a presentarse como algo totalmente

⁷⁶ MIRA CABALLOS, «Prólogo», en IZARD, *Genocidas, cruzados y castradores. Terror y humillación en nuestro pasado*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2015, pp. 9-15.

⁷⁷ CARRERAS, *Grandeza cristiana de España. Notas sobre la persecución religiosa*, Les Frères Douladoure, Toulouse, 1938, p. 211.

⁷⁸ SÁNCHEZ BRUN, *Instituciones turolenses en el franquismo (1936-1961). Personal y mensaje políticos*, Instituto de Estudios Turolenses, Teruel, 2002, p. 332.

⁷⁹ CARRERAS, *Grandeza cristiana de España. Notas sobre la persecución religiosa*, Les Frères Douladoure, Toulouse, 1938, p. 270; SÁNCHEZ BRUN, *Instituciones turolenses en el franquismo (1936-1961). Personal y mensaje políticos*, Instituto de Estudios Turolenses, Teruel, 2002, p. 360.

⁸⁰ En 1937, por ejemplo, la Iglesia católica expresó con claridad su postura respecto a la guerra en España: “era necesario, dada la situación a que habían llegado las cosas, elegir entre dos civilizaciones: la del comunismo soviético, ateo, materialista, destructor de todos los valores...y la cristiana, de la que nuestra Patria había sido en tiempos pasados honra y prez e invicta defensora. Y el ejército y el pueblo sano, ante el peligro que amenazaba a la última y con la bendición de la Iglesia, se prestaron intrépidos a salvarla, orgullosos de derramar su sangre por una causa justa y santa” (La voz de la iglesia sobre el caso de España, El Noticiero, Zaragoza, 1937, p. 34, citado en SÁNCHEZ BRUN, *Instituciones turolenses en el franquismo (1936-1961). Personal y mensaje políticos*, Instituto de Estudios Turolenses, Teruel, 2002, p. 338).

⁸¹ HERNÁNDEZ BURGOS, «La forja de la nación de Franco: nacionalismo, catolicismo y violencia en la zona rebelde durante la Guerra Civil española (1936-1939)», *Rubrica Contemporanea*, núm. 9-17, 2020, pp. 79-97.

⁸² PULPILLO LEIVA, *Orígenes del Franquismo: La Construcción de La “Nueva España” (1936-1941)*, Tesis doctoral, Tomo 1, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2013, p. 118.

⁸³ ÁLVAREZ BOLADO, *Para ganar la guerra, para ganar la paz*, Madrid: Universidad pontificia de Comillas, Madrid, 1995, p. 45; CARRERAS, *Grandeza cristiana de España. Notas sobre la persecución religiosa*, Les Frères Douladoure, Toulouse, 1938, p. 139; HERNÁNDEZ BURGOS, «La forja de la nación de Franco: nacionalismo, catolicismo y violencia en la zona rebelde durante la Guerra Civil española (1936-1939) », *Rubrica Contemporanea*, núm. 9-17, 2020, pp. 79-97; NÚÑEZ DE PRADO, «El Papel de la Iglesia en la Configuración del Franquismo», *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, núm. 1, 2014, pp. 97-114; RINA SIMÓN, *Los imaginarios franquistas y la religiosidad popular (1936-1949)*, Diputación de Badajoz, Badajoz, 2015, p. 78.

opuesto a los nacionales rebeldes, que eran los auténticos españoles⁸⁴. En este sentido, el conflicto armado también claramente se construyó como una lucha de católicos contra los ateos o anticatólicos.

5. Problemática sobre la definición de grupos raciales y religiosos

Tal y como se puede observar, el enfrentamiento armado en el transcurso de la guerra civil española se producía no sólo entre los grupos configurados desde una óptica política, sino que también entre grupos que supuestamente presentaban diferencias raciales y religiosas. Sin embargo, no está claro si la concreta percepción de los agresores respecto a los rasgos cualitativos de quienes integran los grupos de víctimas es suficiente para poder calificar el hecho como genocidio.

Las personas que forman parte de grupos protegidos por la Convención de 1948 pueden tener una visión diferente de la de los agresores y construir su identidad independientemente de las valoraciones de estos últimos. En el caso aquí tratado, las personas que componían el bando republicano se percibían por la comunidad internacional, y por ellos mismos, sobre todo como un movimiento político y no como grupos raciales o religiosos diferentes, así como la propia guerra civil se presentaba como una lucha de dimensiones políticas⁸⁵. En este sentido, es lógico plantearse el siguiente interrogante: ¿se puede presentar la violencia franquista en el transcurso de la guerra civil como un acto de genocidio con base en las percepciones subjetivas de los autores de los hechos y al margen de la propia percepción de las víctimas respecto a su identidad grupal?

En la Convención de 1948 no existen definiciones de los grupos protegidos y por ello no resulta siempre fácil emplear estos conceptos para poder identificar la política de genocidio⁸⁶. La

⁸⁴ RODRIGO, *Hasta la raíz. Violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, pp. 102-103; SEVILLANO CALERO, «La Propaganda y la Construcción de la Cultura de Guerra en España durante la Guerra Civil», *Studia historica. Historia contemporánea*, núm. 32, 2014, pp. 225-237.

⁸⁵ PRESTON, *El Holocausto español: odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Debate, Barcelona, 2011; PRESTON, *Un pueblo traicionado. España de 1874 a nuestros días: corrupción, incompetencia política y división social*, Debate, Barcelona, 2019.

⁸⁶ Debido a que la Convención de 1948 no contiene ninguna definición del concepto “grupos religiosos” la calificación de los ateos como grupo religioso que goza de protección internacional resulta controvertida. Algunos académicos destacan que el grupo de los ateos no puede gozar de la protección de la Convención de 1948 debido a que dicha convención protege sólo la libertad religiosa, excluyendo de este modo la libertad de no profesar ninguna religión (KREß, «The Crime of Genocide under International Law», *International Criminal Law Review*, núm. 6-4, 2006, pp. 461-502; SHAW, «Genocide and International Law», en DINSTEIN/TABORY (ed.), *International law at a time of perplexity: essays in honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 797-820; WERLE/JESSBERGER, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 503-504). Por el contrario, otros científicos ponen énfasis en la posibilidad de concebir a los ateos u otros representantes de la concepción del mundo no teísta también como grupo religioso, para de este modo poder incluirlos en la lista de los grupos protegidos por la Convención de 1948 (INGELEVIČ-CITAK/MARCINKO, «‘Kill them all and let God sort them out’, or why religiously motivated terrorism should not be confused with the crime of genocide», en ODELLO/LUBIŃSKI (ed.), *The Concept of Genocide in International Criminal Law. Developments after Lemkin*, Routledge, 2020, pp. 191-211; LIPPMAN, «The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-Five Years Later», *Temple International and Comparative Law Journal*, núm. 8-1, 1994, pp. 1-84.; MELVIN, «Mechanics of Mass Murder: A Case for Understanding the Indonesian Killings as Genocide», *Journal of Genocide Research*, núm. 19-4, 2017, pp. 487-511; WOUTERS/VERHOEVEN, «The Domestic Prosecution of Genocide», en BEHRENS/HENHAM (ed.), *Elements of Genocide*, Routledge, 2010, pp. 177-206). Apriorísticamente, resulta muy difícil presentar a los ateos como grupo homogéneo, pero no es menos cierto que el hecho de que dichas personas desarrollen y compartan unas prácticas comunes y un singular sistema de creencias permite contemplarlas

jurisprudencia internacional tampoco contiene una definición clara y exhaustiva de los conceptos «grupos raciales» y «grupos religiosos» aunque se realizan algunos intentos por aclarar dichos conceptos. Así, por ejemplo, en una de sus sentencias, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda subraya que «la definición convencional de grupo racial se basa en los rasgos físicos hereditarios identificado a menudo con una región geográfica, independientemente de su condición lingüística, cultural, nacional o factores religiosos», mientras que «el grupo religioso es aquel cuyos miembros comparten la misma religión, confesión o modo de culto»⁸⁷. Sin embargo, posteriormente el mismo tribunal indica que estas definiciones tienen un carácter puramente orientativo y que, en general, los grupos protegidos por la Convención de 1948 hay que entenderlos en una dimensión más bien subjetiva que objetiva⁸⁸.

En la jurisprudencia internacional, generalmente con base en las sentencias del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, se destaca que a la hora de determinar un acto de genocidio se ha de tener en cuenta no tanto si víctimas y agresores tenían diferencias raciales o en la fe, sino más bien si el autor de los hechos percibía a las víctimas como un grupo distinto que tiene que ser exterminado⁸⁹.

Lo más importante a la hora de delimitar los rasgos esenciales de los grupos en el delito de genocidio, por lo tanto, consiste no en la necesidad de destacar la diversidad racial o religiosa de los agresores y las víctimas, sino en la necesidad de demostrar la existencia de antagonismos a nivel grupal para ser utilizados como justificación de la política exterminadora. En este sentido, la visión de los perpetradores adquiere mayor relevancia para poder tipificar un hecho como acto de genocidio⁹⁰. El exterminio no se realiza con respecto a los grupos de personas con características esenciales internas, sino contra los grupos que, según el parecer de los perpetradores, supuestamente poseen determinadas propiedades internas que les convierte en una entidad racial o religiosa distinta⁹¹. En este sentido, los autores del genocidio implementan su práctica destructora, por regla general, siempre sobre la base de una definición subjetiva y previa de los grupos, adoptando determinados criterios de membresía para poder identificar a los individuos que integran tales grupos como posibles víctimas⁹².

también incluidas en el marco de los grupos religiosos cuyos intereses ampara la Convención (NERSESSIAN, *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, 2010, p. 24).

⁸⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, *Prosecutor v Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement (2 Sep, 1998), p. 132. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-96-4>

⁸⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, Judgment (7 June, 2001), p. 29. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ICTR,48abd5170.html>

⁸⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Judgement and Sentence (Dec. 6, 1999), p. 27. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-96-3>

⁹⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, Judgment (7 June, 2001), p. 29-30. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ICTR,48abd5170.html>; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10-T, Judgement (14 Dec. 1999), p. 22. Disponible en: <https://www.icty.org/en/case/jelistic>; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Judgment, (1 Sep, 2004), p. 244. Disponible en: <https://www.icty.org/en/case/brdanin>

⁹¹ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Prosecutor v Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Judgement (2 Aug, 2001), p. 195. Disponible en: <https://www.icty.org/en/case/krstic#tjug> (accessed 20 August 2022).

⁹² FOURNET, *The Crime of Destruction and the Law of Genocide. Their Impact on Collective Memory*, Ashgate, 2007, p. 52; NERSESSIAN, *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, 2010, p. 30; VAN DEN HERIK, «The Schism between the Legal and the Social Concept of Genocide in Light of the Responsibility to Protect», en

En el genocidio, las personas se exterminan no en función de las acciones que realizan, sino en función de su identidad⁹³. No obstante, la identidad del grupo no puede sólo y exclusivamente percibirse en términos objetivos, siendo en esta materia muy importante tener en cuenta también las interpretaciones subjetivas efectuadas por los agresores⁹⁴.

En este sentido, hay que insistir en que el genocidio no se comete contra un grupo formado sobre la base de unas propiedades esenciales internas, sino contra un grupo que, según la visión del agresor, tiene unas determinadas propiedades internas⁹⁵. Consiguientemente, en la materia de estudio del genocidio la definición de la entidad grupal ofrecida por el propio grupo de víctimas puede desempeñar un papel menos relevante en comparación con la identificación del grupo ofrecida por los perpetradores⁹⁶. Para la definición de grupo racial o religioso, en definitiva, no es tan importante la propia percepción de los miembros de tal grupo, sino las tipificaciones y definiciones que se adscriben a este grupo por los agresores⁹⁷. De esta manera, en el estudio de las prácticas genocidas se puede hablar de la existencia de un grupo racial o religioso siempre que los perpetradores perciban como tal a un grupo de personas, independientemente de las percepciones que tengan los propios miembros de un supuesto grupo.

Hay que considerar, asimismo, que cualquier acto de genocidio se configura como un proceso de etiquetamiento, debido a que se produce la construcción de un enemigo y la adscripción a este sujeto de unas cualidades específicas que justificarían su destrucción⁹⁸. El rasgo esencial del genocidio consiste en la existencia de una práctica generalizada y extensa de estigmatización y de deshumanización de un colectivo, lo que contribuye a su persecución y eliminación⁹⁹. En este

Henham/Behrens (ed.), *The Criminal Law of Genocide: International, Comparative and Contextual Aspects*, Ashgate, 2007, pp. 75-95.

⁹³ STRAUS, *Fundamentals of Genocide and Mass Atrocity Prevention*, United States Holocaust Memorial Museum, Washington, D.C., 2016, p. 32; STRAUS SCOTT, *Making and Unmaking Nations. War, Leadership, and Genocide in Modern Africa*, Cornell University Press, 2015, p. 20.

⁹⁴ CHALK, «Genocide in the 20th Century», *Holocaust and Genocide Studies*, núm. 4-2, 1989, pp. 149-160; CHALK/JONASSOHN, *The History and Sociology of Genocide: Analyses and Case Studies*, Yale University Press, 1990, p. 23.

⁹⁵ STRAUS, «Contested meanings and conflicting imperatives: A conceptual analysis of genocide», *Journal of Genocide Research*, núm. 3-3, 2001, pp. 349-375.

⁹⁶ MIGUEZ MACHO, *The Genocidal Genealogy of Francoism: Violence, Memory and Impunity*, Sussex Academic Press, 2017, p. 22.

⁹⁷ Los estudios criminológicos de genocidio ya han destacado, por ejemplo, que las categorías de raza y etnia pueden representar puras construcciones sociales (HAGAN/RYMOND-RICHMOND, *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge University Press, 2008; HAGAN/RYMOND-RICHMOND, «Criminology confronts genocide: Whose side are you on?», *Theoretical Criminology*, núm. 13-4, 2009, pp. 503-511), pero no han prestado una debida atención a la problemática de los grupos religiosos, sin que exista a día de hoy ningún estudio que trate la problemática de la religión en el contexto de la política de exterminio. No obstante, a mi modo de ver, si la raza y la etnia no tienen una naturaleza objetiva, la religión también puede ser interpretada en una dimensión constructivista (Berger/Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrotu, Buenos Aires, 1968). Víctimas y agresores pueden tener el mismo *background* cultural y compartir religión e idioma, pero al mismo tiempo pueden mutuamente percibirse como sujetos que pertenecen a colectivos distintos y antagónicos (MIGUEZ MACHO, *The Genocidal Genealogy of Francoism: Violence, Memory and Impunity*, Sussex Academic Press, 2017, p. 23).

⁹⁸ MIGUEZ MACHO, «A Genealogy of Genocide in Francoist Spain», *Genocide Studies and Prevention*, núm. 8-1, 2013, pp. 21-32; MIGUEZ MACHO, «Nuestro Pasado Presente: Práctica Genocida y Franquismo», *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 10, 2012, pp. 475-498; MIGUEZ MACHO, *The Genocidal Genealogy of Francoism: Violence, Memory and Impunity*, Sussex Academic Press, 2017, p. 25.

⁹⁹ FEIERSTEIN, *Genocide as Social Practice: Reorganizing Society under the Nazis and Argentina's Military Juntas*, Rutgers University Press, 2014, p. 209; HAGAN/RYMOND-RICHMOND, *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge

proceso, las víctimas no sólo se perciben como sujetos inferiores y subhumanos¹⁰⁰, sino que se ubican también fuera de la comunidad política por representar una amenaza para su supervivencia¹⁰¹. En definitiva, el genocidio está constituido por un conjunto de actividades represivas llevadas a cabo por unos agresores con la finalidad de destruir la identidad del grupo e imponer su propia identidad¹⁰².

Teniendo en cuenta todas las consideraciones previas, el caso español del que nos ocupamos en este trabajo también puede a mi juicio incluirse en la categoría de genocidio. En España tuvo lugar un proceso de deshumanización y de desvaloración moral del enemigo¹⁰³. Los franquistas usaban la imagen de los izquierdistas con connotaciones meramente negativas, para construir al «otro» a quien tenían que exterminar¹⁰⁴. Los «rojos» se percibían así por la propaganda como si fuesen unos bárbaros y unos seres infrahumanos¹⁰⁵ además de ser tachados de frívolos, traicioneros, canallas criminales¹⁰⁶ y de culpables de la disipación moral de la sociedad¹⁰⁷. Pero lo más relevante, a mi juicio, consiste en que los seguidores del movimiento republicano se percibían por el bando sublevado no sólo como una amenaza atendiendo a una dimensión política, sino también como un peligro teniendo en cuenta una dimensión racial y religiosa. Por un lado, la pertenencia de los republicanos a diferentes corrientes de izquierdas y a sus objetivos políticos indicaba la existencia de una ideología antagónica para el régimen, y, por otro, los izquierdistas se identificaban como una raza distinta y como personas ateas, con creencias laicas, lo cual estaba en oposición a la visión católica de las tropas rebeldes¹⁰⁸. Por lo tanto, en el transcurso de la guerra civil, los republicanos eran exterminados no sólo debido a su orientación política, sino también porque para los agresores formaban parte de un grupo racial y religioso distinto.

University Press, 2008; WINTON, «Violentization Theory and Genocide», *Homicide Studies*, núm. 15-4, 2011, pp. 363-381.

¹⁰⁰ CHALK, /JONASSOHN, *The History and Sociology of Genocide: Analyses and Case Studies*, Yale University Press, 1990, pp. 27-28; CHIROT/McCAULEY, *Why Not Kill Them All? The Logic and Prevention of Mass Murder*, Princeton University Press, 2006, pp. 84-85; FOURNET, *The Crime of Destruction and the Law of Genocide. Their Impact on Collective Memory*, Ashgate, 2007; GÓMEZ BRAVO/MARCO, *La obra del miedo: violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*, Ediciones Península, Barcelona, 2011, p. 66; MIGUEZ MACHO, *The Genocidal Genealogy of Francoism: Violence, Memory and Impunity*, Sussex Academic Press, 2017, pp. 75-76).

¹⁰¹ HIEBERT, *Constructions of Genocide and Mass Violence: Society, Crisis, Identity*, Routledge Studies in Genocide and Crimes Against Humanity, Routledge, 2017, pp. 141-143.

¹⁰² FEIERSTEIN, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales”. Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año LXI, núm. 228, 2016, pp. 247-266

¹⁰³ SEVILLANO CALERO, *Rojos: La representación del enemigo en la Guerra Civil*, Alianza, 2007, p.26.

¹⁰⁴ PRESTON, *Arquitectos del terror. Franco y los artífices del odio*, Debate, Barcelona, 2021, pp. 18-19.

¹⁰⁵ PRESTON, *El gran Manipulador: la mentira cotidiana de Franco*, Debate, Barcelona, 2022, p. 93.

¹⁰⁶ SEVILLANO CALERO, *Rojos: La representación del enemigo en la Guerra Civil*, Alianza, 2007, pp. 33-35.

¹⁰⁷ GÓMEZ BRAVO/MARCO, *La obra del miedo: violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*, Ediciones Península, Barcelona, 2011, p. 66.

¹⁰⁸ EIROA, «Prácticas genocidas en guerra, represión sistémica y reeducación social en posguerra», *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 10, 2012, pp. 1-12.

6. Conclusiones

En el transcurso de la Guerra Civil Española las autoridades franquistas extensamente implementaron una política criminal represiva como resultado de la cual miles de personas de ideología izquierdista fueron exterminadas. El hecho de que durante mucho tiempo dicho conflicto armado haya sido considerado generalmente bajo una dimensión exclusivamente «civil» política ha dejado al margen la posibilidad de evaluar la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948.

No obstante, el exterminio masivo de personas con ideología izquierdista llevado a cabo por el régimen franquista puede ser calificado como un acto de genocidio en plena consonancia con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Tanto el elemento racial como el religioso desempeñaron un papel significativo en la justificación de la aniquilación de los republicanos. Debido a la influencia de los estudios positivistas, los izquierdistas fueron catalogados como una raza distinta cuyo desarrollo se había realizado al margen de la influencia de los valores tradicionales de la raza hispana y se percibían como personas que habían desarrollado ciertas patologías peligrosas que derivaban de su personalidad perversa. Las autoridades franquistas exterminaban a las personas, no solo por el hecho de ser «rojos», sino que también lo hacían por el hecho de formar parte de un grupo racialmente distinto. La ideología de los izquierdistas se consideraba el resultado de los procesos mentales degenerativos y era utilizada por los agresores como un rasgo con el que identificar a los «no auténticos españoles». Los rojos formaban parte de una entidad racial distinta y perversa y, por tanto, eran merecedora de exterminio.

Por otro lado, también, los republicanos fueron presentados como un grupo religioso distinto, cuyo desarrollo se había producido fuera de la influencia de los valores tradicionales de la iglesia católica española. Al parecer del bando sublevado, para el que la iglesia católica había adquirido el mayor protagonismo, la guerra civil se presentaba también como una guerra religiosa en la que no sólo se enfrentaban dos bandos divididos por ideas políticas antagónicas, sino también dos bandos que representaban concepciones religiosas distintas: catolicismo y ateísmo. Los izquierdistas eran descritos por las autoridades rebeldes como ateos cuyos ideales se encontraban en la oposición a los valores católicos del bando sublevado y por lo tanto los republicanos se exterminaban no solo por el hecho de tener un proyecto político diferente, sino que también por el hecho de formar parte de un grupo religioso distinto.

Con todo esto no se pretende afirmar que todas las manifestaciones de represión por parte del bando rebelde tengan que ser interpretados como actos de genocidio, sino que se quiere destacar la existencia de ciertas evidencias que permiten interpretar dicha violencia, al menos en parte, como delito de genocidio. Esta discusión es relevante, porque calificar los hechos que sucedieron en España entre 1936 y 1939 como genocidio implica un avance notorio en la reparación de los derechos de las víctimas de la represión franquista.

7. Bibliografía

ABAD, Irene, «Las dimensiones de la “represión sexual” durante la dictadura franquista», *Revista de historia Jerónimo Zurita*, núm. 84, 2009, pp. 65 ss.

ALIJA-FERNÁNDEZ, Rosa Ana/MARTIN-ORTEGA, Olga, «Franco's Victims in Spain: The Long Road: Towards Justice and Recognition», en DRULIOLLE, Vincent/BRETT, Roddy (ed.), *The Politics of Victimhood in Post-conflict Societies: Comparative and Analytical Perspectives*, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 53 ss.

ALIJA-FERNÁNDEZ, Rosa Ana/MARTIN-ORTEGA, Olga, «Silence and the right to justice: confronting impunity in Spain», *The International Journal of Human Rights*, núm. 21-5, 2017, pp. 531 ss.

ALVAREZ, Alexander, «Adjusting to Genocide: The Techniques of Neutralization and the Holocaust», *Social Science History*, núm. 21-2, 1997, pp. 139 ss.

ÁLVAREZ BOLADO, Alfonso, *Para ganar la guerra, para ganar la paz*, Madrid: Universidad pontificia de Comillas, Madrid, 1995

ÁLVAREZ JUNCO, José, *Qué hacer con un pasado sucio*, Galaxia Gutenberg, 2022.

AMBOS, Kai, «Criminología nacional socialista: Continuidad y radicalización», *InDret*, 1, 2020, pp. 364 ss.

ARÓSTEGUI, Julio, «Coerción, violencia, exclusión. La dictadura de Franco como sistema represivo», en ARÓSTEGUI Julio (ed.), *Franco: la Represión como Sistema*, Flor del viento ediciones, Barcelona, 2012, pp. 19 ss.

BABIANO, José/GÓMEZ, Gutmaro/MIGUEZ, Antonio/TÉBAR, Javier, *Verdugos impunes: el franquismo y la violación sistemática de los Derechos Humanos*, Pasado & Presente, Barcelona, 2018.

BANNISTER, Christopher, *Crusaders and Commissars: A Comparative Study of the Motivation of Volunteers in the Popular and National Armies in the Spanish Civil War, 1936-1939*, PhD Thesis, European University Institute, Florence, 2014

BAÑUELOS GARCÍA, Misaël, *Cuestiones político-biológicas*, Librería de Santarén, Valladolid, 1936

BRANNIGAN, Augustine, *Beyond the Banality of Evil. Criminology and Genocide*, Oxford University Press, 2013.

BERGER, Peter/LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 1968

CAMPOS, Ricardo, «Autoritarismo y eugenesia punitiva: higiene racial y nacionalcatholicismo en el franquismo, 1936-1945», *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, 23, 2016, pp. 131 ss.

CAMPOS, Ricardo/NOVELLA, Enric, «La higiene mental durante el primer franquismo. De la higiene racial a la prevención de la enfermedad mental (1939-1960)», *Dynamis: Acta Hispanica ad Medicinae Scientiarumque Historiam Illustrandam*, 37- 1, 2007, pp. 65 ss.

CASANOVA, Julián, «Rebelión y revolución», en Santos Juliá (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999, pp. 57 ss.

CASANOVA, Julián, «Guerra de exterminio, paz incivil: Los fundamentos de la dictadura Franquista», en *El Franquismo: El Régimen y la Oposición*. Actas de las IV Jornadas de Castilla-La Mancha sobre Investigación en Archivos 9-12 noviembre 1999, Archivo Histórico Provincial De Guadalajara, 2000, pp. 579 ss.

CASANOVA, Julián, «Una dictadura de cuarenta años», en CASANOVA (ed.), *Morir, matar, sobrevivir: la violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona, 2002, pp. 2 ss.

CASANOVA, Julián, *La iglesia de Franco*, Crítica, Barcelona, 2005.

CHIROT, Daniel/McCAULEY, Clark, *Why Not Kill Them All? The Logic and Prevention of Mass Murder*, Princeton University Press, 2006.

COBO ROMERO, Francisco/ORTEGA LÓPEZ, Teresa María, «Franquismo y represión femenina. Reforzamiento del discurso antifeminista y aniquilamiento de la experiencia liberadora, 1936-1951», en ANDERSON, Peter/DEL ARCO BLANCO, Miguel Ángel (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 65 ss.

CARRERAS, Luís, *Grandeza cristiana de España. Notas sobre la persecución religiosa*, Les Frères Douladoure, Toulouse, 1938,

CHALK, Frank «Genocide in the 20th Century», *Holocaust and Genocide Studies*, núm. 4-2, 1989, pp. 149 ss.

CHALK, Frank/JONASSOHN, Kurt, *The History and Sociology of Genocide: Analyses and Case Studies*, Yale University Press, 1990.

COGNAM, Derek/FLAVEL, Ambika/MAEYAMA, Kim, «Ignorance is not Bliss: Evidence of Human Right Violations from Civil War Spain», *Annals of Anthropological Practice*, núm. 38-1, 2014, pp. 43 ss.

DAY, EDWARS L/VANDIVER, Margaret, «Criminology and Genocide Studies: Notes on What Might Have Been and What Still Could Be», *Crime, Law & Social Change*, núm. 34, 2000, pp. 43 ss.

DE LA CUESTA, José Luis/ODRIOZOLA, Miren, «Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 1 ss.

EIROA, Matilde, «Las fuentes doctrinales: Pensamiento y lenguaje de la represión sistémica (1936-1948)», en ARÓSTEGUI, Julio (ed.), *Franco: la Represión como Sistema*, Flor del viento ediciones, Barcelona, 2012, pp. 107 ss.

EIROA, «Prácticas genocidas en guerra, represión sistémica y reeducación social en posguerra», *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 10, 2012, pp. 1 ss.

ESCUDERO ALDAY, Rafael, «Los desaparecidos en España: Víctimas de la represión franquista, símbolo de la transición y síntoma de una democracia imperfecta», en ESCUDERO ALDAY,

Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (ed.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del Franquismo*, Trotta, Madrid, 2013, pp.141-161.

ESPINOSA MAESTRE, Francisco, «Informe sobre la represión franquista», en NÚÑEZ DÍAZ-BALART, Marta (ed.), *La gran represión*, Flor del Viento Ediciones, Barcelona, 2009, pp. 433 ss.

ESPINOSA MAESTRE, Francisco, «Crímenes que no prescriben. España, 1936-1953», en ESCUDEREO ALDAY, Rafael/PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (ed.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del Franquismo*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 31 ss.

FEIERSTEIN, Daniel, «El concepto de genocidio y la “destrucción parcial de los grupos nacionales”. Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año LXI, núm. 228, 2016, pp. 247 ss.

FEIERSTEIN, Daniel, *Genocide as Social Practice: Reorganizing Society under the Nazis and Argentina's Military Juntas*, Rutgers University Press, 2014.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «Dos décadas difundiendo la Criminología en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 20-1, 2022, pp.1 ss.

FERNÁNDEZ PRIETO, Lourenzo/MIGUEZ MACHO, Antonio «Nomes e Voces: Balance, preguntas e interpretaciones. Las huellas del golpe de estado en Galicia», en FERNÁNDEZ PRIETO, Lourenzo/ARTIGA REGO, Aurora (ed.), *Otras miradas sobre el golpe, la guerra y la dictadura. Historia para un pasado incomodo*, Catarata, Madrid, 2014, pp. 80 ss.

FERRÁNDIZ, Francisco, «Afterlives: A Social Autopsy of Mass Grave Exhumations in Spain», en FERRÁN, Ofelia/HILBINK, Lisa (ed.), *Legacies of Violence in Contemporary Spain: Exhumiting the Past, Understanding the Present*, Routledge, 2017, pp. 32 ss.

FOURNET, Caroline, *The Crime of Destruction and the Law of Genocide. Their Impact on Collective Memory*, Ashgate, 2007.

FRANCO BAHAMONDE, Francisco, *Apuntes personales sobre la república y la Guerra Civil*, Fundación Nacional Francisco Franco, Madrid, 1987.

GALLEGO, José Andrés/PAZOS, Antón, *Archivo Gomá. Documentos de la Guerra Civil. Vol. 1*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2001.

GALLEGO, José Andrés/PAZOS, Antón, *Archivo Gomá. Documentos de la Guerra Civil. Vol. 6*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2004.

GOMÁ Y TOMÁS, Isidro, *Por Dios y por España: pastorales, instrucciones pastorales y artículos, discursos, mensajes, apéndice: 1936-1939*, Rafael Casulleras, Barcelona, 1940.

GÓMEZ BRAVO, Gutmaro/MARCO, Jorge, *La obra del miedo: violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*, Ediciones Península, Barcelona, 2011.

GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo/COBO ROMERO, Francisco/MARTÍNEZ RUS, Ana/SÁNCHEZ PÉREZ, Francisco, *La Segunda República Española*, Pasado y Presente, Barcelona, 2015.

GONZÁLEZ GULLÓN, José Luis/MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Santiago, «Los Temblores del Clero durante el Frente Popular», en GONZÁLEZ MADRID, Damián Alberto/ORTIZ HERAS, Manuel /PÉREZ GARZÓN, Juan (ed.), *La Historia, lost in translation?*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2017, pp. 1615 ss.

GONZALO SOTO, Julio, *Esbozo de una síntesis del ideario de Mola en relación con el Movimiento Nacional*, Hijos de Santiago Rodríguez, Burgos, 1937.

HAGAN, John /RYMOND-RICHMOND, Wenona, *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge University Press, 2008.

HAGAN, John /RYMOND-RICHMOND, Wenona, «Criminology confronts genocide: Whose side are you on?», *Theoretical Criminology*, núm. 13-4, 2009, pp. 503 ss.

HAGAN, John /RYMOND-RICHMOND, Wenona /PARKER, Patricia, «The Criminology of Genocide: The death and Rape of Darfur», *Criminology*, núm. 43-3, 2005, pp. 525 ss.

HARFF, Barbara/GURR, Ted Robert «Toward Empirical Theory of Genocides and Politicides: Identification and Measurement of Cases Since 1945», *International Studies Quarterly*, 32-3, 1988, pp. 359 ss.

HAVEMAN, Roelof/SMEULERS, Alette, «Criminology in a State of Denial - Towards a Criminology of International Crimes: Supranational Criminology», en SMEULERS, Alette /HAVEMAN, Roelof (ed.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp, 2008, pp. 3 ss.

HERNÁNDEZ BURGOS, Claudio, «La forja de la nación de Franco: nacionalismo, catolicismo y violencia en la zona rebelde durante la Guerra Civil española (1936-1939) », *Rubrica Contemporanea*, núm. 9-17, 2020, pp. 79 ss.

HERNÁNDEZ DE MIGUEL, Carlos, *Los campos de concentración de Franco. Sometimiento, torturas y muerte tras las alambradas*, Ediciones B, 2021.

HIEBERT, Maureen, *Constructions of Genocide and Mass Violence: Society, Crisis, Identity*, Routledge Studies in Genocide and Crimes Against Humanity, Routledge, 2017, pp. 141-143.

HUERTAS GARCÍA, Rafael, «La Psico-Biología del Marxismo como categoría antropológica en el ideario fascista español», *LLULL: Revista de la Sociedad Española de Historia de las Ciencias y de las Técnicas*, 19-36, 1996, pp. 111 ss.

INGELEVIČ-CITAK, Milena/MARCINKO, Marcin, «‘Kill them all and let God sort them out’, or why religiously motivated terrorism should not be confused with the crime of genocide», en ODELLO, Marco/ŁUBIŃSKI, Piotr (ed.), *The Concept of Genocide in International Criminal Law. Developments after Lemkin*, Routledge, 2020, pp. 191 ss.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, *Prosecutor v Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement (2 Sep, 1998). Disponible en: <https://unictr.irmct.org/en/cases/ict-96-4>

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Judgement and Sentence (Dec. 6, 1999). Disponible en: <https://unictr.irmct.org/en/cases/ict-96-3>

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, Judgment (7 June, 2001). Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ICTR,48abd5170.html>

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10-T, Judgement (14 Dec. 1999), p. 22. Disponible en: <https://www.icty.org/en/case/jeliscic>

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Judgment, (1 Sep, 2004), p. 244. Disponible en: <https://www.icty.org/en/case/brdanin>

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Prosecutor v Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Judgement (2 Aug, 2001), p. 195. Disponible en: <https://www.icty.org/en/case/krstic#tjug> (accessed 20 August 2022).

JULIÁ, Santos, «De “guerra contra el invasor” a “guerra fratricida”», en JULIÁ, Santos (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999, pp. 57 ss.

KREß, Claus, «The Crime of Genocide under International Law», *International Criminal Law Review*, núm. 6-4, 2006, pp. 461 ss.

LANGA NUÑO, Concha, «De Sevilla la Roja a la Tierra de María Santísima”: La “Recatolización” de Sevilla», en RUIZ SÁNCHEZ (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 15 ss.

LIPPMAN, Matthew, «The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-Five Years Later», *Temple International and Comparative Law Journal*, núm. 8-1, 1994, pp.1 ss.

LÓPEZ CAMPILLO, Evelyne/POUTET, Hervé/RÉMIS, Anna, «Una cruzada para una nueva tierra santa ¡Fraternidad, libertad, igualdad!», *Norba: Revista de historia*, núm. 14, 1994, pp.137 ss.

LÓPEZ GARCÍA, Julián, «La Horda Salvaje y el Territorio de los Vencedores en la Posguerra Española», en RICO REVELO, Diana/LÓPEZ GARCÍA, Julián (ed.), *Territorio, conflicto y posconflicto*. Editorial Universidad del Norte, 2018, pp. 63 ss.

LÓPEZ VILLAVERDE, Ángel Lluís, «Iglesia de la cruzada. La elaboración del mito de la cruzada», en ORTIZ HERAS, Manuel/GONZÁLEZ, Damián (ed.), *De la Cruzada al Desenganche: La Iglesia Española entre el Franquismo y la Transición*, Sílex, Madrid, 2011, pp. 21 ss.

MAIER-KATKIN, Daniel/MEARS, Daniel P/BERNARD, Thomas J, «Towards a criminology of crimes against humanity», *Theoretical Criminology*, núm. 13-2, 2009, pp. 227 ss.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, José Carlos, «Algunas precisiones en torno a la violencia franquista», *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, 10, 2012, pp. 548 ss.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Santiago, «Miedo, Humo y Muerte. Clero y Obispos en Andalucía», en RUIZ SÁNCHEZ, José Leonardo (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 255 ss.

MATA, Juan, *¡¡España!!: apuntes histórico-críticos sobre el alzamiento de la Patria contra la invasión masónico-bolchevique*, Gambón, Zaragoza, 1936.

MCGARRY, Ross/WALKLATE, Sandra, «Introduction: The criminology of war, what is it good for?», en MCGARRY, Ross /WALKLATE, Sandra (ed.), *The Palgrave handbook of criminology and war*, Palgrave Macmillan, London, 2016, pp. 1 ss.

MEDINA, Joaquín, *Herencia y Eugenesia. La posición correcta frente sus problemas*, Burgos, 1932.

MELVIN, Jess, «Mechanics of Mass Murder: A Case for Understanding the Indonesian Killings as Genocide», *Journal of Genocide Research*, núm. 19-4, 2017, pp. 487 ss.

MIGUEZ MACHO, Antonio, «A Genealogy of Genocide in Francoist Spain», *Genocide Studies and Prevention*, núm. 8-1, 2013, pp. 21 ss.

MIGUEZ MACHO, Antonio, «Concepto de práctica genocida y la cuestión de la impunidad en España», en ANDERSON, Peter/DEL ARCO BLANCO, Miguel Ángel (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 231 ss.

MIGUEZ MACHO, Antonio, «Nuestro Pasado Presente: Práctica Genocida y Franquismo», *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 10, 2012, pp. 475 ss.

MIGUEZ MACHO, Antonio, *The Genocidal Genealogy of Francoism: Violence, Memory and Impunity*, Sussex Academic Press, 2017.

MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN, *Dictamen de la comisión sobre ilegitimidad de poderes actuantes en 18 de julio de 1936*, Editorial nacional, 1939

MIRA CABALLOS, Esteban, «Prólogo», en IZARD, Miquel, *Genocidas, cruzados y castradores. Terror y humillación en nuestro pasado*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2015, pp. 9 ss.

MOLA VIDAL, Emilio, *Obras completas*, Valladolid: Librería Santarén, Valladolid, 1940.

MORENO, Francisco, «La represión en la posguerra», en Santos Juliá (ed.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999, pp. 277 ss.

NERSESSIAN, David, *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, 2010.

NÚÑEZ DE PRADO, Sara, «El Papel de la Iglesia en la Configuración del Franquismo», *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, núm. 1, 2014, pp. 97 ss.

ORTIZ HERAS, Manuel, «Instrumentos legales del terror franquista», *Historia del Presente*, núm. 3, 2004, pp. 203 ss.

PARMENTIER, Stephan, «Confronting the ‘Crime of Crimes’: Key Issues of Transitional Justice after Genocide», en INGELAERE, Bert/PARMENTIER, Stephan /HAERS, Jacques /SEGAERT, Barbara (ed.), *Genocide, Risk and Resilience: An Interdisciplinary Approach*, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 108 ss.

PLA Y DENIEL, *Las dos ciudades: Carta Pastoral que dirige a sus diocesanos en 30 de septiembre*, Salamanca, 1936.

PLA Y DENIEL, *El triunfo de la ciudad de Dios y la resurrección de España. Carta pastoral*, Salamanca, 1939.

PORTILLA, Guillermo, *La Consagración del Derecho Penal de Autor durante el Franquismo: el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada: Comares, 2009.

PRESTON, Paul, *Arquitectos del terror. Franco y los artífices del odio*, Debate, Barcelona, 2021.

PRESTON, Paul, *El gran Manipulador: la mentira cotidiana de Franco*, Debate, Barcelona, 2022.

PRESTON, Paul, *El Holocausto español: odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Debate, Barcelona, 2011,

PRESTON, Paul, *Un pueblo traicionado. España de 1874 a nuestros días: corrupción, incompetencia política y división social*, Debate, Barcelona, 2019.

PRIETO BORREGO, Lucía/BARRANQUERO TEXEIRA, Encarnación «La violencia política en la zona Republicana. Represión y justicia popular en una ciudad de la retaguardia, Málaga (julio de 1936 – febrero de 1937)», en ANDERSON, Peter/DEL ARCO BLANCO, Miguel Ángel (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 103 ss.

PRUITT, William R, *An Introduction to the Criminology of Genocide*, Palgrave Macmillan, 2021.

PULPILLO LEIVA, Carlos, *Orígenes del Franquismo: La Construcción de La “Nueva España” (1936–1941)*, Tesis doctoral, Tomo 1, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2013.

RAFTER, Nicole, *The Crime of All Crimes: Toward a Criminology of Genocide*, NYU Press, 2016.

REIG TAPIA, Alberto, «El Papel de La Jerarquía Eclesiástica durante la Guerra Civil», en BELZUNEGUI ERASO, Angel/SÁNCHEZ CERVELLÓ, Josep/REIG TAPIA, Alberto (ed.), *Església i Franquisme. De la Col·laboració amb el Franquisme al Seu Combat*, URV, Tarragona, 2017, pp. 131 ss.

RICHARDS, Michael, «Antonio Vallejo Nágera. Heritage, psychiatry and war», en QUIROGA, Alejandro/DEL ARCO BLANCO, Miguel Ángel (ed.), *Right-wing Spain in the Civil War Era: soldiers of god and apostles of the fatherland, 1914-45*, Continuum, 2012, pp. 195 ss.

RINA SIMÓN, Cesar, *Los imaginarios franquistas y la religiosidad popular (1936-1949)*, Diputación de Badajoz, Badajoz, 2015.

RODRIGO, Javier, *Hasta la raíz. Violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

RUIZ, Julius, «A Spanish Genocide? Reflections on the Francoist Repression after the Spanish Civil War», *Contemporary European History*, 14-2, 2005, pp. 171 ss.

RUIZ, Julius, «Las metanarraciones del exterminio», *Revista de Libros*, 172, 2011, pp. 8 ss.

RUIZ, Julius, *El Terror rojo: Madrid, 1936*, Espasa, 2014.

RUIZ SÁNCHEZ, José-Leonardo, «Sin Olvidar a Dios Haciendo la Guerra con el Frente Popular. Las vicisitudes del Sacerdote Accitano José María Martínez Castro (1926-1952)», en RUIZ SÁNCHEZ, José-Leonardo (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 385 ss.

SÁNCHEZ BRUN, Gaudioso, *Instituciones turolenses en el franquismo (1936-1961). Personal y mensaje políticos*, Instituto de Estudios Turolenses, Teruel, 2002.

SÁNCHEZ CERVELLÓ, Josep, «La Memoria Selectiva de la Iglesia y la Memoria Histórica», en BELZUNEGUI ERASO, Angel/SÁNCHEZ CERVELLÓ, Josep/REIG TAPIA, Alberto, (ed.), *Església i Franquisme. De la Col·laboració amb el Franquisme al Seu Combat*, Tarragona: URV, Tarragona, 2017, pp. 85 ss.

SAVELSBERG, Joachim, *Crime and human rights: criminology of genocide and atrocities*, Sage, London, 2010.

SCHABAS, William, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*. Cambridge University Press, 2009.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Patrones y procesos delictivos: La naturaleza y características del delito en la sociedad contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2019.

SEVILLANO CALERO, Francisco, «La Propaganda y la Construcción de la Cultura de Guerra en España durante la Guerra Civil», *Studia historica. Historia contemporánea*, núm. 32, 2014, pp. 225 ss.

SHAW, Malcolm, «Genocide and International Law», en DINSTEIN, Yoram/TABORY, Mala (ed.), *International law at a time of perplexity: essays in honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 797 ss.

SILVA, Emilio, «Epilogue: Memory Walks, Justice Awakes», en FERRÁN, Ofelia/HILBINK, Lisa (ed.), *Legacies of Violence in Contemporary Spain: Exhuming the Past, Understanding the Present*, Routledge, 2017, pp. 319 ss.

STRAUS SCOTT, «Contested meanings and conflicting imperatives: A conceptual analysis of genocide», *Journal of Genocide Research*, núm. 3-3, 2001, pp. 349 ss.

STRAUS SCOTT, *Fundamentals of Genocide and Mass Atrocity Prevention*, United States Holocaust Memorial Museum, Washington, D.C., 2016.

STRAUS SCOTT, *Making and Unmaking Nations. War, Leadership, and Genocide in Modern Africa*, Cornell University Press, 2015.

SUÑER ORDÓÑEZ, Enrique, *Los intelectuales y la Tragedia Española*, 2ª ed., Edición Española, San Sebastián, 1938.

TAMARIT, Josep María, «Transition, Historical Memory and Criminal Justice in Spain», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 9, 2011, pp. 729 ss.

TAMARIT, Josep María, «Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español», *Política criminal*, núm 7-13, 2012, pp. 74 ss.

TAMARIT, Josep María, «Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, núm. 2, 2014, pp. 43 ss.

TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio, *Derecho Penal del Enemigo en el primer Franquismo*, Publicacions de la Universitat D'Alicant, 2017.

THOMAS, María, «La civilización que se está forjando entre el tronar de los cañones". Violencia anticlerical y reconfiguración social (julio-diciembre de 1936)», en ANDERSON, Peter/DEL ARCO BLANCO, Miguel Ángel (ed.), *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la Guerra Civil y el franquismo*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 129 ss.

United Nations, «Relations of Members of The United Nations with Spain», *Resolutions adopted by The General Assembly during its First Session*, 39 (I), 1946. Disponible en <https://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>

United Nations, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, General Assembly of United Nation, 1948, A/RES/3/260. Disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml>

VALLEJO NÁGERA, Antonio, *La asexualización de los psicópatas*, Ed. Medicina, Madrid, 1934.

VALLEJO NÁGERA, Antonio, *Eugenesis de la Hispanidad y regeneración de la Raza*, Editora Nacional, Burgos, 1937.

VALLEJO NÁGERA, Antonio, *Política racial del Nuevo Estado*, Editorial Española, San Sebastián, 1938.

VALLEJO NÁGERA, Antonio, *Psicopatología de la conducta antisocial*, Editorial Española, 1937

VALLEJO NÁGERA, Antonio, «Psiquismo del fanatismo marxista», *Semana Medica Española: Revista Técnica y Profesional de las Ciencias Médicas*, 6, 1938, pp. 174 ss.

VALLEJO NÁGERA, Antonio, «Psiquismo del fanatismo marxista III», *Semana Medica Española: Revista Técnica y Profesional de las Ciencias Médicas*, 25, 1939, pp. 194 ss.

VAN DEN HERIK, Larrisa, «The Schism between the Legal and the Social Concept of Genocide in Light of the Responsibility to Protect», en Henham, Ralph/Behrens Paul (ed.), *The Criminal Law of Genocide: International, Comparative and Contextual Aspects*, Ashgate, 2007, pp. 75 ss.

VAN SCHAACK, Beth, «The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot», *The Yale Law Journal*, 106-7, 1997, 2259 ss.

VEGA SOMBRÍA, Santiago, *De la esperanza a la persecución: la represión franquista en la provincia de Segovia*, Crítica, Barcelona, 2005, p. 132.

VILLA GARCÍA, Roberto, «Las Raíces de la Recatolización: la Extinción de la Iglesia Católica en la Granada Republicana», en RUIZ SÁNCHEZ, José Leonardo (ed.), *La iglesia en Andalucía Durante la Guerra Civil y el Primer Franquismo*, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 49 ss.

WERLE, Gerhard/JESSBERGER, Florian, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

WINTON, Mark, «Violentization Theory and Genocide», *Homicide Studies*, núm. 15-4, 2011, pp. 363 ss.

WOOLFORD, Andrew, «Making genocide unthinkable: Three guidelines for a critical criminology of genocide», *Critical Criminology*, núm. 14-1, 2006, pp. 87 ss.

WOUTERS, Jan/VERHOEVEN, Sten, «The Domestic Prosecution of Genocide», en BEHRENS, Paul/HENHAM, Ralph (ed.), *Elements of Genocide*, Routledge, 2010, pp. 177 ss.

Eric Cano Cobano
Universitat Pompeu Fabra

¿Qué es la criminología visual?

Sumario

-

La criminología visual es un enfoque emergente en el campo de las ciencias sociales que se centra en el estudio de la relación entre la imagen y la delincuencia y su control. El presente artículo introduce esta novedosa corriente a la comunidad científica de habla hispana, destacando su potencial para complementar y mejorar tanto las estrategias metodológicas como las ramas y objetos de investigación dentro de la criminología.

Para ello, en primer lugar, se exponen los antecedentes e influencias principales que han derivado en la creación de dicha corriente. En segundo lugar, se examina el funcionamiento y el potencial de la criminología visual a partir de la discusión de 9 objetivos fundamentales.

Abstract

-

Visual criminology is an emerging approach in the field of social sciences that focuses on the relationship between images and crime and its control. This article aims to introduce this new current to the Spanish-speaking scientific community, emphasizing its potential to enhance methodological strategies and to expand the scope of investigation within criminology.

To achieve this, the article first provides an overview of the background and primary influences that have contributed to the development of visual criminology. Subsequently, the article explores the functioning and potential of visual criminology through a discussion of 9 fundamental goals.

Title: What is Visual Criminology?

-

Palabras clave: Criminología visual, cultura visual, métodos visuales, imágenes sobre la delincuencia y su control, contravisualidad

Keywords: Visual criminology, visual culture, visual methods, images of crime and control, countervisuality

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.14

-

3.2023

Recepción
04/06/2023

-

Aceptación
11/07/2023

-

Índice

-

1. Introducción

2. Antecedentes de la criminología visual

2.1. La necesidad de estudiar la cultura

2.2. La necesidad de estudiar las imágenes

2.3. El estudio de lo visual en la sociología y en la criminología

3. Objetivos de la criminología visual

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-
No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

«(...) en un momento en el que una cantidad inconmensurable de imágenes sobre el daño, la delincuencia y el castigo se expande a través de plataformas mediáticas nuevas y tradicionales, surge la necesidad de que la criminología que reflexione acerca de su relación con el creciente poder del espectáculo»¹.

Desde el inicio de su historia, el ser humano ha albergado una firme y profunda fascinación por la iconografía y las representaciones de la delincuencia, del castigo y de todo aquello éticamente incorrecto². A pesar de este fenómeno, no ha sido hasta la última década cuando una afluencia considerable de criminólogos³ han reconocido la urgente necesidad de concentrar sus esfuerzos y metodologías en el estudio de la relación entre las representaciones e imágenes referentes a la delincuencia y el control de ésta.

En esta línea, es ineludible afirmar que la sociedad se encuentra en un momento en el que las representaciones de la delincuencia y su control son mucho más ubicuas que nunca antes lo han sido⁴. Esto se debe, principalmente, por un lado, al rápido proceso de mediatización que ha sufrido una gran parte del planeta en los últimos años; por otro lado, al desarrollo y manufacturación masiva y consecuente uso de dispositivos tecnológicos sofisticados a la vez que accesibles⁵. A este respecto, HAYWARD y PRESDEE⁶ exponen como, hoy en día, el espectáculo visual de las imágenes referentes a la delincuencia y a su control es indiscutiblemente intenso, profundamente complejo, dinámico, mundialmente extenso e integral en el desarrollo de la sociedad.

Este fenómeno ha dado lugar al nacimiento de la criminología visual, corriente que busca el significado del crimen y de su control, no en datos ni estadísticas, sino en «la relación entre las representaciones e imágenes sobre delincuencia y el poder. La criminología visual se enfoca en las

* Eric Cano Cobano (eric.cano@upf.edu). Quiero dar las gracias a Eamonn Carrabine y a Michelle Brown por su tiempo y por su disponibilidad para conversar conmigo; las comunicaciones realizadas con los dos autores han sido cruciales para la finalización de este primer artículo en lengua hispana sobre esta novedosa corriente criminológica.

¹ CARRABINE, «Just images: Aesthetics, ethics and visual criminology», *British Journal of Criminology*, 52(3), 2012, p. 463.

² GRONSTAD, *Trans-figurations. Violence, Death and Masculinity in American Cinema*, 2008.

³ Véase, entre otros, BROWN, «Visual Criminology». *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1-30 ss.; CARRABINE, *British Journal of Criminology*, 52(3), 2012, pp. 463-489 ss.; FERRELL/HAYWARD/YOUNG, *Cultural Criminology: an Invitation*, 2008; FRANCIS, «Visual criminology», *Criminal Justice Matters*, 78(1), 2009, pp. 10-11 ss.; HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.; PFOHL, «Fascinated receptivity and the visual unconscious of crime», en BROWN/CARRABINE (eds.), *Routledge International Handbook of visual Criminology*, Routledge International Handbooks, 2017, pp. 469-485 ss.; RAFTER, «Crime, film and criminology: Recent sex-crime movies», *Theoretical Criminology*, 11(3), 2007, pp. 403-420 ss.; SCHEPT, «(Un)seeing like a prison: Counter-visual ethnography of the carceral state», *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 198-223 ss.; WEST, «Visual criminology and Lombroso: In memory of Nicole Rafter (1939–2016)», *Theoretical Criminology*, 21(3), 2017, pp. 271-287 ss.; WHEELDON, (ed.), *Visual Criminology. From History and Methods to Critique and Policy Translation*, 2022; YAR, «Screening crime: Cultural criminology goes to the movies», en HAYWARD/PRESDEE (eds.), *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*. Routledge, 2010, pp. 68-82 ss.; YOUNG, *The Scene of Violence. Cinema, Crime, Affect*, 2010.

⁴ CARRABINE/BROWN, «The Critical Foundations of Visual Criminology», en WHEELDON, *Visual Criminology. From History and Methods to Critique and Policy Translation*, Routledge, 2022, pp. 170-189 ss.; HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.

⁵ FRANCIS, *Criminal Justice Matters*, 78(1), 2009, pp. 10-11 ss.

⁶ HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.

estructuras y operaciones de regímenes visuales, sus efectos coercitivos y normalizadores a la vez que en sus discusiones; y esto lo hace en un contexto de proliferación de imágenes, producciones y modelos de análisis»⁷.

A este respecto, cuando se habla de *lo visual*, se hace referencia, fundamentalmente, a los elementos percibidos por el sentido de la vista que determinan, conforman y representan una cultura o sociedad en particular.⁸

No obstante, tal como explican BROWN y CARRABINE⁹ o RAFTER¹⁰, la criminología visual se enfoca especialmente en estudiar las imágenes, tanto aquellas percibidas de forma óptica como a las imágenes mentales producidas – mediante la imaginación – para conceptualizar un fenómeno en concreto. Sin embargo, tales autores – quienes se han encargado de estipular los límites que enmarcan la criminología visual –, afirman que, si bien es cierto que se enfocan en el estudio de la imagen y en los significados que estas absorben y desprenden, no lo es menos que, puesto que los significados que aporta *lo visual* están contruidos mediante una interacción con otros elementos sensoriales, es también necesario el análisis de estos y su reconocimiento cuando se pretende dar sentido a los fenómenos estudiados.

En tal sentido, mediante el análisis de los procesos y relaciones expuestas, esta corriente tiene la intención de conseguir una mayor comprensión, desde la perspectiva de la delincuencia, sobre los factores que determinan e influyen en el comportamiento de las personas e, igualmente, sobre como éstas perciben y construyen la realidad¹¹.

Imágenes que (re)presentan lo que está bien y lo que está mal han ayudado a construir los parámetros que han delimitado éticas y morales determinadas a lo largo de la historia¹². En esta línea, CARRABINE¹³ acentúa la importancia de realizar un análisis conciso sobre elementos y técnicas de índole visual, no solo si se pretende conocer cómo las personas conciben el funcionamiento del sistema penal, sino especialmente para poder determinar, entender y razonar sobre numerosas prácticas integrales al propio sistema penal que emplean el lenguaje visual para cometidos específicos, tales como la vigilancia con cámaras de vídeo, el uso de imágenes como pruebas periciales o las campañas de prevención primaria.

Por esto, tal como afirma la criminóloga visual BROWN¹⁴, es importante comprender que la criminología visual se asienta sobre una concepción de la realidad estructuralista, comprendiendo así la dimensión de la delincuencia y su control cual fenómenos contruidos

⁷ BROWN/CARRABINE, «Introducing Visual Criminology», en BROWN/CARRABINE (eds.) *Routledge International Handbook of visual Criminology*, Routledge International Handbooks, 2017, p. 2.

⁸ BROWN/CARRABINE, *Routledge International Handbook of visual Criminology*, 2017.

⁹ BROWN/CARRABINE, «The Critical Foundations of Visual Criminology: The State, Crisis, and the Sensory», *Critical Criminology*, 27, 2019, pp. 191-205 ss.

¹⁰ RAFTER, «Introduction to special issue on Visual Culture and the Iconography of Crime and Punishment», *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

¹¹ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

¹² BERGER, *Ways of Seeing*, 1972.

¹³ CARRABINE, 52(3), 2012, pp. 463-489 ss.

¹⁴ Comunicación personal, 2022.

socialmente. A este respecto, cabe pues colocar las imágenes – elementos culturales¹⁵ - dentro de un proceso de interaccionismo simbólico con el que influyen sobre los significados que dan forma al crimen y al castigo.

A la postre, a día de hoy, es inevitable el estudio de las representaciones, imágenes y discursos si se quiere lograr un entendimiento integro sobre la naturaleza, tanto de la delincuencia, como del sistema penal¹⁶.

Asimismo, tal ejercicio académico es relevante también porque, según BROWN¹⁷, aludir dicho ejercicio es eludir la oportunidad y responsabilidad académica de la criminología de luchar contra todos aquellos procesos que legitiman y promueven la desigualdad y la discriminación social.

En palabras de FRANCIS¹⁸, la criminología visual es una corriente que surge del esfuerzo de académicos que subrayan la necesidad que tiene la criminología de «*comprometerse en una voluntad de comprensión y estudio íntegro sobre el poder y las dinámicas sociales que caracterizan y emergen de la cultura visual y del significado y el propósito de las imágenes en la sociedad contemporánea*».

Con este fin, BROWN¹⁹ argumenta que esta corriente emerge con el objetivo de reflexionar sobre el proceso en el que las imágenes y representaciones reorganizan el mundo y «*la criminología como proyecto*».

Sin embargo, a pesar de que el termino tan solo tenga aproximadamente unos diez años de antigüedad y que la gran mayoría de expertos que ubican sus investigaciones dentro de los márgenes de la criminología visual lo hayan empezado a hacer, consecuentemente, durante la última década, el análisis de la cultura visual con perspectiva criminológica es algo que ocurre desde mucho antes²⁰, tal como se muestra en el siguiente apartado.

En suma, estudiar el marco teórico y metodológico que proponen aquellos afines a la criminología visual supone un ejercicio de suma importancia, tanto para poder estar al día de los nuevos avances y corrientes que forman la criminología, como para poder acceder a toda una plétora de herramientas y aportaciones conceptuales con las que poder concebir y analizar los procesos con los que la sociedad construye sus significados sobre la delincuencia y el impacto social que estos tienen.

Este artículo tiene el objetivo de explicar, por primera vez en lengua española, qué es la criminología visual. Para ello, se ha realizado una revisión de todos aquellos textos que reflexionan, describen y/o critican la criminología visual, así como de numerosas investigaciones que se enmarcan dentro de la corriente en cuestión. Además, se ha realizado una reflexión y revisión histórica y teórica, desde la perspectiva de las ciencias sociales, con la intención de

¹⁵ CARRABINE, 52(3), 2012, pp. 463-489 ss.

¹⁶ RAFTER, «Crime, film and criminology: Recent sex-crime movies», *Theoretical Criminology*, 11(3), 2007, pp. 403-420 ss.

¹⁷ Comunicación personal, 2022.

¹⁸ FRANCIS, *Criminal Justice Matters*, 78(1), 2009, p. 10.

¹⁹ BROWN, «Visual Criminology. *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*», 2017, p. 1.

²⁰ BROWN/CARRABINE, *Critical Criminology*, 27, 2019, pp. 191-205 ss.

determinar cuáles son los antecedentes principales que han derivado en el surgimiento de la criminología visual y cómo se ha desarrollado la evolución de estos.

De resultas, el presente artículo se estructura en dos bloques: en el primero, tal como revela el párrafo anterior, se exponen los antecedentes de la criminología visual y sus mayores influencias teóricas y dogmáticas. En el segundo, mediante el análisis de los pilares fundamentales que erigen esta corriente, se estipulan cuáles son los sus objetivos principales.

2. Antecedentes de la criminología visual

Tradicionalmente, podría afirmarse que, tal como puede sugerir el sentido común, los textos que exponen los antecedentes respecto a algún fenómeno en particular lo hacen de manera cronológica al trazar una progresión lineal en el tiempo.

Sin embargo, este apartado supone una excepción a dicho sentido común puesto que aquello que ordena el progreso de la explicación que puede observarse a continuación, si bien es cierto que en su mayoría sugiere una evolución temporal, en realidad reproduce un análisis de la relevancia del estudio de la cultura – normalmente hegemónica –, y en particular de la imagen y de lo visual, en distintas disciplinas y por autores estrechamente influyentes para la criminología visual y la criminología en global.

En consecuencia, este apartado se estructura en distintos bloques que no respetan una progresión temporal, sino que presentan distintas líneas y desarrollos que han servido para constituir los fundamentos teóricos y los objetivos de la corriente estudiada.

2.1. La necesidad de estudiar la cultura

Desde el nacimiento de las grandes civilizaciones, las representaciones de escenas sobre delincuencia, violencia o castigo han estado presentes en la sociedad²¹²². Un conocido ejemplo de esto son las representaciones públicas de crueles escenas sobre sacrificios y batallas que, según la opinión de respetados arqueólogos²³, acontecían habitualmente en la ciudad de Ur²⁴ alrededor del 3.000 a.C.; o durante la gran mayoría de dinastías egipcias. Otro famoso ejemplo es como la representación ficticia de la violencia y el castigo ha sido un elemento clave en el desarrollo de la trama y dramatización de las tragedias griegas, obras de suma trascendencia e influencia cultural²⁵.

²¹ Es importante incidir que, cuando nos referimos a delincuencia en otra línea temporal, nos referimos a fenómenos categorizados como criminales en base a una concepción legal actual.

²² BACON, *The Fascination of Film Violence*, 2015.

²³ DICKSON, «Public transcripts expressed in theatres of cruelty: The Royal Graves at Ur in Mesopotamia», *Cambridge Archaeological Journal*, 16(2), 2006, pp. 123-144 ss.

²⁴ Metrópolis del imperio Sumerio.

²⁵ BACON, *The Fascination of Film Violence*, 2015.

Con esto, según el autor, podría afirmarse que este tipo de *necesidad trágica*^{26, 27} que emerge de las piezas artísticas expuestas *supra* - entre muchas otras obras -, puede ser utilizada con la intención de mostrar que el fin: de asegurar el predominio de las normas que construyen la moralidad dominante, justifica los medios: acciones violentas e incluso de integridad cuestionable, las cuales siempre acarrearán un peso moral.

Sobre la base de este fenómeno, el filósofo francés René GIRARD²⁸ explica que, mediante este tipo de representaciones, se legitimaba tanto el monopolio de la fuerza de las instituciones o grupos que disfrutaban del poder - legislativo, ejecutivo y judicial - como sus decisiones referentes al mantenimiento de su respectiva concepción sobre el orden. Esta forma de *legitimación pragmática*²⁹ se daba como consecuencia indirecta de identificar a la clase gobernante como chivo expiatorio de la responsabilidad y peso moral que acarrea el uso de la violencia, necesaria como último fin para la prevalencia del orden social-religioso.

BACON³⁰ argumenta que tales piezas artísticas asumían un papel crucial en el proceso de construcción del imaginario colectivo de los ciudadanos de conceptos tales como la patria o la comunidad, la hegemonía de clases, el deber y, corroborando el argumento de GIRARD³¹, la importancia de la existencia de una institución que promoviera el orden social a toda costa.

Teniendo en cuenta estos factores, se puede deducir que las representaciones sobre delincuencia y violencia a lo largo de la historia no deberían concebirse únicamente como un mero espectáculo, sino que éstas también juegan un papel en la construcción y prevalencia de prácticas y creencias sociales y en el comportamiento de la sociedad, en consonancia con las declaraciones de un gran número de autores³², especialmente de aquellos adscritos a la criminología visual.

Consecuentemente, puede afirmarse pues que, para poder entender íntegramente la naturaleza del comportamiento del ser humano, es tan importante el análisis metódico de los elementos culturales que lo han caracterizado como de aquellos factores naturales que lo caracterizan (herencia genética, necesidades biológicas, etc.).

A este respecto, si bien es cierto que la afirmación anterior supone un argumento aceptado por la mayoría de pensadores en la actualidad, también lo es que la idea de que ‘cultura’ y ‘naturaleza’ son dos elementos exclusivos y paralelos supone un error de conceptualización epistemológica³³

²⁶ Nota: *necesidad trágica* alude al hecho de que, repetidamente, en una gran cantidad de culturas existían muestras de violencia.

²⁷ BACON, *The Fascination of Film Violence*, 2015.

²⁸ GIRARD, *Violence and the Sacred*, 1977.

²⁹ SUCHMAN, «Managing Legitimacy: Approaches and Strategic», *Academy of Management Review*, 20(3), 1995, pp. 571-610 ss.

³⁰ BACON, *The Fascination of Film Violence*, 2015.

³¹ GIRARD, *Violence and the Sacred*, 1977.

³² Véase, entre otros, ALEXANDER, et al., *Iconic Power: Materiality and Meaning in Social Life*, 2012; BERGER, John, *Ways of Seeing*. Penguin Group, 1972; BROWN, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 176-197 ss.; CARRABINE, *British Journal of Criminology*, 52(3), 2012, pp. 463-489 ss.; FERRELL/HAYWARD/YOUNG, *Cultural Criminology*, 2008; FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, 2015.; HAYWARD/PRESDEE; *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010; RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

³³ FERRELL/HAYWARD/YOUNG, *Cultural Criminology: an invitation*, 2008.

o, como diría Jaques DERRIDA: una trampa binaria³⁴. Los elementos culturales pertenecientes a distintas sociedades a lo largo de la historia se entrelazan de forma infinita y sin límites claros con nuestras tendencias biológicas para dar lugar al comportamiento social del ser humano³⁵. A fin de cuentas, podría afirmarse pues que nuestra evolución cultural ha delimitado numerosos aspectos de nuestra evolución biológica y viceversa.

Con este fin, FOUCAULT³⁶ ya argumentó como los elementos culturales y políticos de toda sociedad, en especial sus discursos y la forma en la que utilizan el lenguaje, no simplemente reflejan ‘las cosas’, sino que, especialmente, ordenan ‘las cosas’. En su libro *Las Palabras y las Cosas*³⁷, inspirado fundamentalmente en la obra de NIETZSCHE, HEIDEGGER, MARX y FREUD³⁸, el filósofo francés desarrolló su teoría sobre como el discurso no solamente representa un mero reflejo de la realidad, sino que éste tiene implicaciones transcendentales y materiales en la construcción, concepción y desarrollo de ésta.

Más adelante, en una de sus multitudinarias clases a finales de los años 70, acuñaría la noción de biopolítica³⁹, concepto que alude a la forma en la que las prácticas políticas influyen directamente en los procesos biológicos de la población. De nuevo, la episteme de Foucault apunta a la interrelación entre cultura y naturaleza como fenómeno explicativo de la evolución del ser humano.

Foucault abogaba firmemente por la necesidad de detectar y reconocer los elementos que habían sido normalizados e instaurados como elementos naturales a través de prácticas políticas y culturales⁴⁰. A este modo de entender la realidad, podemos sumar el trabajo de otro filósofo francés contemporáneo: Jaques Derrida.

A lo largo de su obra, DERRIDA postuló por la necesidad de acometer un trabajo de deconstrucción cuando se pretende comprender la naturaleza del comportamiento social⁴¹. En este sentido, DERRIDA entendía el proceso de deconstrucción como una práctica que motiva un deshacer persistente de las concepciones que categorizan – ‘ordenan’ - y, por lo tanto, que dan sentido a la realidad, con el objetivo de poder acercarse a un entendimiento más completo de esta al analizar los procesos que llevan a los humanos a comportarse de una forma en particular. Asimismo, el filósofo aseguró que, al poner en duda los fundamentos teóricos que dan sentido a la realidad conocida debido al análisis de sus procesos de formación, solo así se podrá acercar a un entendimiento más claro y completo de esta, lo cual, bajo mi parecer, se correspondía con la mayoría de los argumentos planteados por pensadores taoístas, confucianistas y budistas sobre esta cuestión en particular.

A este respecto, para que un proceso de deconstrucción pudiera llevarse a cabo, era una condición *sine qua non* la localización, en primer lugar, de una explicación binaria - o una

³⁴ POWELL, *Derrida*, 1996.

³⁵ BACON, *The Fascination of Film Violence*, 2015.

³⁶ FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, 2015.

³⁷ FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, 2015.

³⁸ WICKS, «Foucault», en GAUT/LOPES, *The Routledge Companion to Aesthetics*, Routledge, 2013, pp. 202-234 ss.

³⁹ PELBART, *Biopolítica*, 2007.

⁴⁰ WICKS, en *The Routledge Companion to Aesthetics*, Routledge, pp. 202-234 ss.

⁴¹ POWELL, *Derrida*, 1996.

oposición - sobre algún elemento que tuviera un papel importante en lo que respecta a la construcción de un sentido sobre la realidad. Ejemplos de binarios podrían ser: realidad y ficción, la nada y el todo, hombre y mujer, cultura y naturaleza, etc.

Durante su carrera, DERRIDA prestó considerable atención a la oposición 'cultura y naturaleza'⁴². FLORIÁN⁴³, quien estudió atentamente esta fracción de la obra del filósofo, explica en su artículo *Jaques Derrida y la Oposición Naturaleza/Cultura* como este binario ha causado innumerables errores epistemológicos en lo referente a la concepción de la realidad y, si la academia no era capaz de reconocer como ambos conceptos no son dos dimensiones aisladas independientes y exclusivas sino que existe una relación de dependencia entre las dos y que estas tienen sus límites difusos y solapados, jamás se podría llegar a una comprensión integral sobre las dinámicas que organizan la realidad y su percepción.

En suma, una vez más, puede observarse claramente la reivindicación sobre la necesidad imperante que supone el análisis de aspectos entendidos como culturales en el proceso de comprensión de la sociedad y su comportamiento.

2.2. La necesidad de estudiar las imágenes

Volviendo a la criminología visual, sus autores, al igual que los pensadores expuestos *supra*, abogan por la necesidad urgente de analizar las imágenes que, de forma prolífica, ubicua y creciente inundan la sociedad y que, debido a su naturaleza como representación y ejercicio cultural, modelan, prevalecen y legitiman toda una serie de discursos los cuales, a su vez, determinan el comportamiento de los seres humanos y dan sentido a un tipo de realidad específica⁴⁴.

A tal efecto, Nicole RAFTER, considerada como la primera impulsora de la criminología visual como corriente⁴⁵ y quien bautizó a esta rama con su nombre^{46, 47}, ya afirmaba que, aunque con una serie de objetivos bastante dispares, ni mucho menos representan ella o sus contemporáneos los primeros en utilizar el análisis y la producción de imágenes para la práctica de la criminología. Por esto, RAFTER dedicó parte de su obra al estudio del considerado por muchos académicos como el primer criminólogo, Cesare LOMBROSO, quien redirigió el foco del pensamiento legal del crimen al criminal⁴⁸. A tal efecto, la criminóloga estadounidense afirma que no ha habido ningún criminólogo que jamás se haya apoyado tanto en lo visual como LOMBROSO, en virtud de su trabajo de catalogación y exaltación de la dependencia entre el aspecto y factores fisiológicos de una persona y su potencial criminógeno:

⁴² FLORIÁN, «Jaques Derrida y la oposición Naturaleza/Cultura, *Ideas y Valores*», 25(46-47), 1976, pp. 45-52 ss.

⁴³ FLORIÁN, 25(46-47), 1976, pp. 45-52 ss.

⁴⁴ Michelle BROWN, comunicación personal, 2022.

⁴⁵ Véase BROWN/CARRABINE, *Routledge International Handbook of Visual Criminology*, 2017.; BROWN/CARRABINE, *Critical Criminology*, 27, 2019, pp. 191-205 ss.; WEST, *Theoretical Criminology*, 21(3), 2017, pp. 271-287 ss.

⁴⁶ No obstante, cabe mencionar que autores como FRANCIS (2009) ya habían utilizado el término anteriormente.

⁴⁷ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

⁴⁸ BECCALOSSA, «Criminal Man Review *History of the Human Science*», 95(42), 2008, pp. 129-131 ss.

«Uno puede decir que Lombroso estaba meramente ilustrando su teoría; no obstante, esto se trata de una pregunta del tipo huevo-gallina, ya que, conforme al propio Lombroso, las imágenes del criminal nato venían primero, y la teoría después»⁴⁹.

Con esto, RAFTER defendía la figura de LOMBROSO, no solo como el padre simbólico de la criminología – independientemente de su ideología y su validez empírica actual – sino como un ejemplo claro sobre la relación indiscutible e inseparable entre la delincuencia y cómo las imágenes y representaciones relacionadas con ésta suponen un factor fundamental en la construcción de los significados que utiliza la sociedad para darle sentido.

RAFTER⁵⁰ expone como, después de LOMBROSO y algún predecesor suyo – como los psicólogos Alphonse BERTILLON o William SHELDON –, no hubo más ímpetu en el uso o estudio de la imagen por parte de la criminología⁵¹. En palabras de Rafter, no fue hasta el trabajo de FOUCAULT cuando el interés por la relación entre lo visual y el crimen volvió a resurgir, debido especialmente, tal como se expone *supra*, a su afán por analizar los discursos que legitimaban ciertas prácticas como naturales:

«(...) Y entonces, la criminología visual se fue a dormir.
¿Quién la despertó de nuevo? Creo que fue Foucault, un hombre el cual uso unas cuantas ilustraciones en sus libros pero que ostentaba en su mente un extraordinario giro académico por lo visual»⁵².

Como se ha podido observar en el subapartado anterior, a través de su obra, FOUCAULT argumentó como muchas de las dinámicas sociales que se creen naturales al ser humano son un resultado de la evolución de diversos elementos culturales que se han establecido como naturales⁵³: en otras palabras, muchas de estas dinámicas son construidas socialmente y no son innatas, transculturales ni transhistóricas.

A este parecer, a la vez que proclamar el haber «descubierto los códigos estructurales que gobiernan nuestro pensamiento»⁵⁴, FOUCAULT⁵⁵ también practica su disciplina utilizando una gran cantidad de ejemplos y descripciones de naturaleza visual, ejercicio ensalzado por los criminólogos visuales. Ejemplos de esto son la descripción de la ejecución de *Damiens* al inicio de *Vigilar y Castigar*⁵⁶ o el análisis de *Las Meninas* de Diego VELÁZQUEZ al principio de *Las Palabras y las Cosas*⁵⁷, a través del cual ejemplificó su famosa premisa de que el hombre – el sujeto – había muerto⁵⁸.

⁴⁹ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, p. 130.

⁵⁰ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

⁵¹ Sin embargo, como se comenta en el apartado siguiente, cabe reconocer el uso de una gran cantidad de material visual por los autores adscritos a la escuela de Chicago (véase Anderson, 1961 o Thrasher, 1927), quienes dependían de mapas para poder ejemplificar sus teorías sobre la delincuencia en base a las distintas zonas que componen una ciudad.

⁵² RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, p. 131.

⁵³ WICKS, en *The Routledge Companion to Aesthetics*, Routledge, pp. 202-234 ss.

⁵⁴ CARRABINE, «Social Science and Visual Culture», en CARRABINE/BROWN (eds.), *Routledge International Handbook of visual Criminology*, Routledge International Handbooks, 2017, p. 34.

⁵⁵ FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, 2015.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel, *Discipline and punish: The birth of the prison*, 1995.

⁵⁷ FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, 2015.

⁵⁸ BASILE/FERRO, *The Analytic Field. A Clinical Concept*, 2009.

El filósofo puso especial énfasis en el concepto de normalización, apoyándose en la tesis de NIETZSCHE, quién creía firmemente en la no existencia de una verdad natural objetiva y en la influencia de los procesos culturales en la formación de una creencia sobre una dimensión impersonal explicativa y objetiva de la realidad⁵⁹: «*La verdad es la mentira más eficiente*» y «*No hay verdades, solo interpretaciones*» son dos famosas citas del filósofo prusiano que dejan entrever parte de sus convicciones⁶⁰. Tanto Nietzsche como Foucault eran defensores de la necesidad de estudiar la interrelación entre procesos culturales cuando se pretendía entender tanto a través de que procesos se percibía la realidad como la naturaleza de numerosos comportamientos y creencias sociales.

En ese sentido, volviendo a las imágenes, BROWN⁶¹ afirma que, puesto que estas son tanto un ejercicio cultural fundamental como un reflejo de esta misma, si se habla de estudiar la cultura, una parte fundamental de dicho estudio deber recaer en las imágenes que se exponen, (re)forman y legitiman tanto una dimensión cultural en particular como comportamiento social de las personas influenciadas por dicha dimensión.

En concordancia con los argumentos expuestos por la criminóloga, otro contemporáneo de FOUCAULT y DERRIDA, Jean BAUDRILLARD⁶², ya proclamó la alarmante ubicuidad y extensa proliferación de la imagen antes de que académicos tan influyentes para la criminología visual como HAYWARD y PRESDEE⁶³ o FERRELL⁶⁴ lo anunciaran. BAUDRILLARD defendía como la saturación y consecuente interacción de símbolos, imágenes y otros elementos de naturaleza visual que construían la sociedad (post)moderna estaba transformando la cultura occidental en una plataforma carente de significado alguno debido a su adquirido potencial de mutabilidad constante e infinito⁶⁵.

A este respecto, el propio BAUDRILLARD⁶⁶ afirmó que dicho fenómeno suponía una amenaza para la estabilidad y salud mental de la sociedad, además de que abría un espacio idóneo para que prácticas discriminatorias pudieran anclarse con mayor fuerza en la cultura hegemónica debido a haber sido legitimadas mediante la producción incesante de imágenes y sus respectivos discursos en una sociedad vacía de significado; en una sociedad con poco criterio moral propio, sino hegemónico.

Por otro lado, también el trabajo de Walter BENJAMIN⁶⁷ sobre las consecuencias en el comportamiento social y en la forma de percibir la realidad derivadas del surgimiento del

⁵⁹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Friedrich Nietzsche. El Experimento de la Vida*, 2001.

⁶⁰ COOPER, «Metaphors We Live By», *Royal Institute of Philosophy Lecture Series*, 18, 1984, pp. 43-54 ss.

⁶¹ Comunicación personal, 2022.

⁶² BAUDRILLARD, *Selected Writings*, 1988.

⁶³ HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.

⁶⁴ FERRELL/HAYWARD/YOUNG, *Cultural Criminology*, 2008.

⁶⁵ BAUDRILLARD, *Selected Writings*, 1988.

⁶⁶ BAUDRILLARD, *Selected Writings*, 1988.

⁶⁷ BENJAMIN ya había vaticinado la tesis principal de Baudrillard: éste argumentó a lo largo de su obra como la masiva reproductibilidad, y por lo tanto proliferación, de símbolos e imágenes derivada del avance tecnológico, induciría a la disociación de las personas con su experiencia de la realidad física y sus rutinas, desembocando en culturas ausentes de significado propio (PFOHL, «Fascinated receptivity and the visual unconscious of crime», en BROWN/CARRABINE (eds.), *Routledge International Handbook of visual Criminology*, 2017, pp. 469-485 ss).

séptimo arte⁶⁸ podría entenderse, discutiblemente, como un importante referente de la criminología visual. El filósofo alemán, siendo este uno de los principales objetos de estudio de la criminología visual, analizó en su famosa obra de 1936 *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica* las implicaciones materiales y transformadoras del lenguaje visual y la gran pantalla en la sociedad.

Posteriormente, el trabajo de Theodore ADORNO sobre la interrelación e interconexión estética entre el arte y el funcionamiento de la sociedad y sus dinámicas corporativas, a la vez que la tendencia social a la abstracción de todos sus elementos⁶⁹, es, discutiblemente, otro gran referente para los autores que participan en investigaciones anexas a la criminología visual. Esto es debido al hecho de que el filósofo perteneciente de la escuela de Frankfurt – al igual que Walter BENJAMIN –, señaló la importancia académica del estudio de elementos artísticos y/o de otras instituciones de naturaleza visual – tales como el estudio de los cánones y arquetipos de belleza – cuando se persigue la comprensión de ciertos comportamientos sociales en un contexto determinado.

Una vez más, cabe mencionar que, si bien la gran mayoría de autores no vincularon de un modo tan explícito los objetos de su análisis visual con la delincuencia o el sistema penal, su trabajo ha sido clave en el desarrollo, articulación e instigación de líneas de investigación visuales y, por ende, clave en la concepción de la criminología visual. igualmente, su trabajo también supone un referente que dota de relevancia al análisis de las imágenes y su importancia para poder entender el comportamiento humano y hacia donde este se dirige, siendo esto un pilar fundamental de la corriente criminológica en cuestión.

2.3. El estudio de lo visual en la sociología y en la criminología

Paralelamente a la filosofía, tanto la sociología como la antropología empezaron a utilizar elementos visuales en sus investigaciones desde su nacimiento⁷⁰. Esto era algo lógico dada la naturaleza visual en los procesos de investigación de ambas prácticas: campos que dependen de metodologías visuales para su desempeño y cuyo lenguaje es íntegramente visual debido al constante uso de «*metáforas tales y como “observar”, “ver” y/o “leer”*»⁷¹. No obstante, el uso de métodos visuales dentro del campo de acción de ambas disciplinas solo hizo que reinventarse sin ganar ningún tipo profundidad metodológica y, habitualmente, «*sin la consideración de obras ya existentes clásicas en la materia*»⁷². Además, cualquier tipo de material visual fue catalogado de excesivamente subjetivo, excéntrico y asistemático, lo cual derivó en el escaso uso y análisis del lenguaje visual⁷³.

⁶⁸ BENJAMIN, «The work of art in the age of mechanical reproduction», en WATSON, et al., (eds.), *A Museum Studies Approach to Heritage*, Routledge, 2018, pp. 18 - 36 ss.

⁶⁹ HUH, (ed.), *The Cambridge Companion to Adorno*, 2004.

⁷⁰ CARRABINE, en *Routledge International Handbook of visual Criminology*, pp. 23-39 ss.

⁷¹ CARRABINE, en *Routledge International Handbook of visual Criminology*, pp. 25. (comillas en el original)

⁷² PAUWELS, «An integrated conceptual framework for visual social research», en PAUWELS/MANNAY (eds.), *The SAGE Handbook of Visual Research Methods*, 2011, pp. 3-23 ss.

⁷³ BECKER, en *Picturing the social landscape: Visual methods and the sociological imagination*, pp. 74-96 ss.

Desmarcándose de esta tendencia, durante la segunda mitad del siglo pasado, sociólogos como Pierre BOURDIEU⁷⁴, Howard S. BECKER⁷⁵ o Erving GOFFMAN⁷⁶ empezaron a incluir en sus trabajos el análisis de lo visual, ya que postulaban por la relevancia académica del análisis de fotografías y elementos visuales tales y como anuncios o carteles para entender la forma en la que acontecen ciertas dinámicas de poder⁷⁷. Por ejemplo, GOFFMAN⁷⁸ publicó en 1979 *Gender Advertisements*, un enfoque fundacional para el campo de la semiótica⁷⁹, una disciplina que estudia el proceso de comunicación entre las personas y los símbolos que éstas utilizan, y que, dada su perspectiva visual, es un antecedente crucial en la concepción y desarrollo de la criminología visual. *Gender Advertisements*⁸⁰ es un análisis semiótico sobre la forma en la que una compilación de anuncios de marcas conocidas expone numerosos hábitos de representación con perspectiva de género. A través de esta obra, GOFFMAN implementaba un concepto principal para la criminología visual: las imágenes no son simple representaciones de la sociedad; éstas son una compleja experiencia sensorial⁸¹ que no solo proyectan relaciones de poder, sino que las legitiman e influyen en su formación⁸².

En la línea de Goffman y de la mano del criminólogo crítico y profesor Greg PHILO, nació en el Reino Unido en la década de los 70 el *Glasgow Media Group*, un grupo de investigación que pretendía, a través del desarrollo de métodos visuales innovadores que podrían hoy clasificarse dentro de los marcos de la semiótica, estudiar el uso del lenguaje en los medios de comunicación y de los procesos por los cuales se establecen ciertos significados para las audiencias.

De resultas, como puede apreciarse, la criminología visual es una corriente completamente arraigada a aquellas disciplinas constituidas mediante el análisis de lo visual, tal y como la semiótica, pero también como la iconografía e iconología, tradiciones clave en el estudio de la historia del arte, las cuales buscan indagar sobre los procesos por los cuales se desarrollan ciertos significados derivados de objetos visuales⁸³.

De igual modo, paralelamente a el desarrollo de las carreras de los sociólogos expuestos *supra*, en el campo de la criminología, varios académicos con una base de pensamiento marxista entraron en conflicto con las formas tradicionales de entender la delincuencia y el sistema penal en un proceso de deconstrucción con el objetivo de enmascarar falsos mitos y descubrir relaciones de poder intrínsecas en las dinámicas sociales que delimitan la dimensión de la delincuencia y la consiguiente respuesta institucional y social⁸⁴. Su trabajo dio lugar a la criminología crítica, una corriente que colaboraría estrechamente con los demás movimientos

⁷⁴ BOURDIEU, *Art Moyen*, 1965.

⁷⁵ BECKER, «Art As Collective Action», *American Sociological Review*, 39(6), 1974, pp. 767-776.; BECKER, *Art Worlds*, 1982; BECKER, «Visual sociology, documentary photography, and photojournalism: It's (almost) all a matter of context», *Visual Sociology*, 10(1-2), 1995, pp. 5-14 ss.

⁷⁶ GOFFMAN, *Gender Advertisement*, 1979.

⁷⁷ CARRABINE, en *Routledge International Handbook of visual Criminology*, 2017, pp. 23-39 ss.

⁷⁸ GOFFMAN, *Gender Advertisement*, 1979.

⁷⁹ CARRABINE, en *Routledge International Handbook of visual Criminology*, 2017, pp. 23-39 ss.

⁸⁰ GOFFMAN, *Gender Advertisement*, 1979.

⁸¹ PINK, *Doing Sensory Ethnography*, 2009.

⁸² ALEXANDER et al., *Iconic Power: Materiality and Meaning in Social Life*, 2012.

⁸³ BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1-30 ss.

⁸⁴ YOUNG, et al., *Critical Criminology*, 1975.

intelectuales y sociales que buscaban cuestionar aquellas dinámicas de poder que resultaban en la opresión de diferentes grupos sociales, tales como el feminismo o el abolicionismo.

A saber, la criminología crítica es un antecedente fundamental para la criminología visual⁸⁵. Tal como la criminología crítica pretende, la criminología visual aspira a desenmascarar falsos mitos y descubrir relaciones de poder intrínsecas en las dinámicas sociales; no obstante, ésta pretende alcanzar tal meta a través de un análisis de la imagen y de las representaciones que proliferan en la sociedad actual. En suma, la criminología visual «tiene la ambición de abarcar y reunir todos aquellos elementos sensoriales que dan sentido a los pilares de la criminología crítica: delincuencia y control de ésta, relaciones de poder, resistencia, espectáculo y transgresiones»⁸⁶.

Con este fin, BROWN y CARRABINE⁸⁷, los dos editores del *Routledge International Handbook of Visual Criminology*, admiten que la criminología visual «hace eco del activismo y oposición a formas de consenso tradicionales y a la criminología clásica que podía encontrarse en terrenos más radicales de la criminología». Como ejemplos, los académicos eligen dos obras fundacionales de la criminología crítica: *Folk Devils and Moral Panics*, de Stanley COHEN, publicada en 1971, y *Policing the Crisis*, de Stuart HALL, publicada en 1978. En cuanto al primero de ambos ejemplos, BROWN y CARRABINE⁸⁸ explican el hecho de que éste podría definirse como un ejemplo perfecto de criminología visual, puesto que el académico sudafricano cristalizó en su obra un estudio en profundidad de imágenes y representaciones sobre un fenómeno en particular y sus consecuencias mediáticas, sociales y políticas.

A finales de los años 90 e influenciados por todos los autores expuestos a lo largo de este apartado, surgió una corriente en el campo de la criminología que, al igual que Foucault, Becker o Goffman, puso en el centro de su atención los procesos culturales y su naturaleza y papel explicativo del comportamiento social y de la realidad: la criminología cultural.⁸⁹

A este respecto, la criminología cultural, al igual que la criminología visual, sitúa como su mayor antecedente a la criminología crítica⁹⁰. De igual forma, la criminología cultural también comparte el objetivo de entrar en conflicto con las formas tradicionales de entender el crimen y el sistema penal en un proceso de deconstrucción; no obstante, esta corriente centra su campo de estudio en los «procesos de exhibición de símbolos, interpretaciones culturales y en representaciones negociadas»⁹¹ e impuestas. En base a esto, su máxima pretensión es la de entender qué es el crimen y por qué se delinque, y no busca proveer de soluciones políticas que puedan paliar aquellos fenómenos tradicionalmente etiquetados como criminógenos⁹².

RAFTER⁹³ afirma pues como la mayor influencia en el nacimiento de la criminología visual después de la criminología crítica, proviene de la criminología cultural, especialmente del trabajo de

⁸⁵ BROWN/CARRABINE, *Critical Criminology*, 27, 2019, pp. 191-205 ss.

⁸⁶ BROWN/CARRABINE, *Critical Criminology*, 27, 2019, p. 2.

⁸⁷ BROWN/CARRABINE, *Critical Criminology*, 27, 2019, p. 2.

⁸⁸ BROWN/CARRABINE, *Critical Criminology*, 27, 2019, pp. 191-205 ss.

⁸⁹ FERRELL, «Cultural criminology», *Annual Review of Sociology*, 25, 1999, pp. 395-418 ss.

⁹⁰ FERRELL/HAYWARD/YOUNG, *Cultural Criminology*, 2008.

⁹¹ HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.

⁹² FERRELL, «Criminological verstehen: Inside the immediacy of crime», *Justice Quarterly*, 14, 1997, pp. 3-23 ss.

⁹³ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

Keith HAYWARD⁹⁴, quién ha recalcado en reiteradas ocasiones la importancia del estudio de la imagen: «Dado el aumento del estatus y posición de la imagen en la cultura contemporánea, es de vital importancia que todos los criminólogos estén familiarizados con las distintas formas en las que el crimen y la “historia del crimen” son imaginados, contruidos y enmarcados dentro de la sociedad moderna»⁹⁵.

Sin embargo, RAFTER⁹⁶ apunta que, si bien HAYWARD no hace ningún tipo de distinción entre criminología cultural y visual en su libro *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*⁹⁷, dicha distinción es necesaria, puesto que la cultura como objeto de estudio supone un fenómeno demasiado amplio, ambiguo y difuso, en concordancia con las críticas de O'BRIEN⁹⁸, y que la criminología cultural destina pocos esfuerzos al estudio de lo visual.

Por otro lado, la criminología visual se centra particularmente en el estudio de lo visual y de la imagen – siendo esta un producto cultural – y busca en su desarrollo cristalizar y potenciar todas las estrategias expuestas en este apartado. Además, la criminología visual, tal como se desarrolla más extensamente en el siguiente apartado, además de querer entender el fenómeno de la delincuencia, también pretende, en contraposición con la criminología cultural, realizar un ejercicio político de *contravisualidad* con el que poder luchar contra la hegemonía que poseen aquellas fuentes de discurso con más poder y/o presencia mediática.

Finalmente, la criminóloga visual defendió en 2014 que la distinción entre criminología cultural y criminología visual aparecería y se consolidaría en un futuro cercano y que el libro de HAYWARD y PRESDEE⁹⁹ no sería el único manual que tratara la relación entre lo visual y el crimen. En 2017, se publicó el *Routledge International Handbook of Visual Criminology*¹⁰⁰, dedicado a Nicole RAFTER, en el cual aparecen desarrolladas varias de las distinciones aportadas en este documento y que recoge el relevo propuesto por la autora, especialmente visible en la siguiente aportación:

«Es útil que las cosas tengan nombres. Estoy pensando en el nombre ‘criminología visual’. Ahora que ya lo tenemos, tendremos una mayor capacidad de reconocer el trabajo que pueda enmarcarse dentro de esta categoría. De hecho, durante gran parte de mi carrera profesional, estuve haciendo criminología visual, con los estudios sobre Lombroso, pero no lo supe debido a la falta de un nombre para definirla. Me he sentido extraña y fuera de lugar; incluso hasta una impostora en la academia. Ahora ya sé lo que hago: criminología visual. Los nombres son útiles»¹⁰¹.

En el presente apartado se han expuesto varios de los referentes más importantes para la criminología visual. En la siguiente sección, se explican cuáles son los objetivos que constituyen la corriente analizada.

⁹⁴ Véase, entre otras, FERRELL/HAYWARD/YOUNG, *Cultural Criminology*, 2008; HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.; HAYWARD, Keith, «Five Spaces of Cultural Criminology», *The British Journal of Criminology*, 52(3), 2012, pp. 441-462 ss.;

⁹⁵ HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010, p. 9.

⁹⁶ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

⁹⁷ HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.

⁹⁸ O'BRIEN, «What is cultural about cultural criminology?», *British Journal of Criminology*, 45, 2005, pp. 599-612 ss.

⁹⁹ HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.

¹⁰⁰ BROWN/CARRABINE (eds.), *Routledge International Handbook of Visual Criminology*, 2017.

¹⁰¹ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, p. 133.

3. Objetivos de la criminología visual

«Pintaste a una mujer desnuda porque disfrutabas al mirarla; le pusiste un espejo en su mano y llamaste al cuadro: “Vanidad”, condenando moralmente así a la mujer cuya desnudez habías retratado para tu propio placer»¹⁰².

Como se ha podido apreciar en el apartado anterior, la criminología visual es una corriente que se centra en el análisis de los procesos mediante los cuales cualquier fenómeno, evento u objeto de naturaleza visual interacciona con la delincuencia y el sistema penal: reinventándose, delimitándose y formándose los unos con los otros¹⁰³. Sus objetos de estudio abarcan desde una película o género cinematográfico íntegro hasta la vestimenta de los presentadores de televisión, pasando por las imágenes extraídas de las cámaras de vigilancia, la pintura, o incluso la forma en la que las personas imaginan ciertos fenómenos, instituciones, actores, etc.

A lo largo de este apartado se exponen un total de 9 objetivos con los que poder comprender tanto cuál es la intención de esta corriente criminológica como sus fundamentos teóricos y metodológicos.

El apartado anterior ya expuso como los criminólogos visuales no son los primeros académicos que han otorgado a la imagen una posición privilegiada dentro de sus investigaciones o incluso que la han convertido en un marco conceptual en el que ejercer criminología.

Dentro del propio campo de la criminología, durante los años 20, varios integrantes de la escuela de Chicago realizaron uno de los ejercicios visuales más influyentes en la historia de la disciplina: clasificar y conceptualizar la ciudad como una serie de zonas concéntricas caracterizadas por distintos niveles de desorganización en relación con variables tales como la delincuencia, niveles de enfermedad fisiológica o mental, inmundicia, marcadores de vicio o incluso tasas de suicidio, creando un modelo-mapa de zonas explícitas y relacionándolas directa y proporcionalmente con causalidades criminógenas¹⁰⁴. Sin embargo, independientemente de la validez y fiabilidad de sus argumentos, su modelo de zonas y metodologías visuales, aun rigurosas, había sido improvisado, intuitivo y comprometido por otros factores explicativos de los que jamás llegaron a hacer un análisis en profundidad¹⁰⁵.

En los trabajos de ANDERSON¹⁰⁶ o THRASHER¹⁰⁷, en relación con la crítica de BECKER¹⁰⁸ sobre el uso de material visual en la etnografía, se puede advertir como los académicos de la escuela de Chicago utilizaban lo visual principalmente para acompañar, reforzar y exponer sus premisas teóricas, lo cual implicó un alto nivel de descontextualización, manipulación del material y un bajo grado de análisis de lo visual en sí: de sus múltiples significados, de sus relaciones con otras clases de poder y de su potencial estigmatizador.

¹⁰² BERGER, *Ways of Seeing*, 1972, p. 76 (comillas en el original).

¹⁰³ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

¹⁰⁴ SHORT, «Criminology, the Chicago school, and sociological theory», *Crime, Law and Social Change*, 37(2), 2002, pp. 107-115 ss.

¹⁰⁵ BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1-30 ss.

¹⁰⁶ ANDERSON, *The Hobo: The sociology of the homeless man*, 1961.

¹⁰⁷ THRASHER, *The Gang*, 1927.

¹⁰⁸ BECKER, en *Picturing the social landscape: Visual methods and the sociological imagination*, 2004, pp. 74-96 ss.

En este sentido, la criminología visual no pretende únicamente proveer de vías por las que investigadores puedan suplementar con imágenes estudios existentes sobre la delincuencia y/o la justicia, sino que ésta asume la ardua tarea de expandir los fundamentos teóricos y metodológicos sobre la dimensión que constituye lo visual, con *el objetivo de construir un nuevo léxico, nuevos enfoques y nuevas herramientas conceptuales que nos permitan reconocer y acceder a las formas en las que lo visual y la delincuencia interaccionan*¹⁰⁹.

No obstante, esto no quiere decir que la criminología visual condene el uso de imágenes en proyectos académicos: nada más lejos de la verdad; ésta anima fervientemente a los miembros de una disciplina gobernada por texto y números a utilizar más fuentes visuales en sus proyectos. Sin embargo, los académicos visuales coinciden en que el mero uso de imágenes en un trabajo en particular no le otorga automáticamente la etiqueta de criminología visual.

Asimismo, también apelan por que los autores que operan dentro de las ciencias sociales deben reflexionar activamente en sus textos sobre la forma en la que emplean y exhiben las imágenes y de las implicaciones sociales y metodológicas que éstas puedan tener, como por ejemplo, la estetización del contexto fotografiado¹¹⁰, la manufacturación de su contenido (Benjamin, 2018) o el embellecimiento del sufrimiento¹¹¹. En conclusión, como académicos, se debe tener en cuenta que la cámara es un instrumento que posee y puede producir considerable poder político, y deberíamos “*transformar nuestra relación con las imágenes de una relación pasiva y de queja, a una relación de creatividad y colaboración*”¹¹².

Para poder analizar los procesos de comunicación y sus implicaciones debidamente, PHILO¹¹³ y YAR¹¹⁴ hacen hincapié en la importancia de realizar una triangulación de métodos en la que, por un lado, se haga un extenso análisis semiótico del contenido y, por otro, se estudie la opinión y reacción al contenido en particular de ciertas audiencias. Únicamente, a través dicha triangulación, se podrán mostrar las implicaciones de los procesos analizados. Por el contrario, si únicamente se analiza uno de los lados del proceso de comunicación - el contenido/material emitido - se corre el riesgo de extraer asunciones teorizadas y subjetivas con poca validez empírica.

A este respecto, la criminología visual aboga especialmente por el uso de técnicas de investigación cualitativas, pero también cuantitativas, que permitan contextualizar, ejemplificar y validar las ideas extraídas de los análisis sobre lo visual para así poder alcanzar una mayor comprensión del fenómeno en cuestión y sus variables¹¹⁵.

¹⁰⁹ BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, p. 1.

¹¹⁰ SEKULA, «On the Invention of Photographic Meaning», en BURGIN (ed.), *Thinking Photography*, Springer Link, 1982, pp. 39-83 ss.

¹¹¹ SONTAG, *Regarding the pain of others*, 2003.

¹¹² CARRABINE, «Doing visual criminology: Learning from documentary, journalism and sociology», en JACOBSEN/WALKLATE, *Liquid Criminology: Doing Imaginative Criminological Research*, Routledge, 2016, p. 138.

¹¹³ PHILO, *Seeing and Believing. The Influence of Television*, 1990.

¹¹⁴ YAR, «Screening crime: Cultural criminology goes to the movies», en HAYWARD/PRESDEE (eds.), *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*. Routledge, 2010, pp. 68-82 ss.

¹¹⁵ BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1-30 ss.

En suma, un primer objetivo de la criminología visual es el de *erigir un nuevo eje de enfoques analíticos, teóricos y metodológicos* desde el que llegar a entender, de forma más extensa y holística, el poder de las imágenes sobre delincuencia y su control más allá de lo escrito y lo numérico¹¹⁶.

Un segundo objetivo de la criminología visual se centra en *el desarrollo conceptual e instrumental de una comprensión más sofisticada de lo visual* para poder dotar al uso y análisis de elementos visuales de la legitimación empírica que el texto y los números han monopolizado y así promover la presencia de imágenes dentro de trabajos académicos y, consecuentemente y apoyándonos en uno de los argumentos más famosos del filósofo Jaques RANCIÈRE¹¹⁷ (2003), derogar el privilegio hegemónico que posee el discurso textual a lo visual.

En esta línea, RAFTER¹¹⁸ muestra como la disciplina de la criminología, al igual que el resto de ciencias sociales, ha preferido significativamente lo textual a lo visual y los números, estadísticas y tablas y gráficos a las imágenes.

Con este fin, FERRELL *et al.*¹¹⁹, ya habían expuesto como la criminología está completamente dominada por palabras y números. Los criminólogos culturales analizan como las imágenes han quedado relegadas a una fuente de información ambigua y poco fidedigna, al contrario que el texto y los números, los cuales pueden penetrar las capas de obscuridad y opacidad que las imágenes no pueden y así transportar los significados deseados de forma más clara, concisa y auténtica.

Por consiguiente, CARRABINE¹²⁰ afirma que la criminología visual tiene la difícil tarea de desarrollar una comprensión más sofisticada de lo visual para poder dotar al uso y análisis de elementos visuales de la legitimación empírica que el texto y los números han monopolizado y así promover la presencia de imágenes dentro de trabajos académicos. Así, únicamente de esta forma, podrá llegarse a la necesaria interdisciplinariedad teórica y metodológica que la disciplina promueve y que necesita para autorrealizarse, pero que no aplica¹²¹.

En esta línea, el propio BECKER¹²² proclama que para continuar examinando las formas en las que la sociedad se comporta y proveer de material que así lo (de)muestre, es indispensable el uso tanto de palabras y números como de imágenes, ya que todo es “*una cuestión de contenido*” y la utilización del mayor número de estrategias y formas de analizar y expresar contenido desembocará en una mayor comprensión de los fenómenos analizados debido a la cristalización de distintas perspectivas.

Así, la criminología visual no solo busca sobrepasar el uso de material y técnicas visuales para probar o exponer premisas teóricas poniendo el foco principalmente en lo visual y en su relación

¹¹⁶ CARRABINE, *British Journal of Criminology*, 52(3), 2012, pp. 463-489 ss.

¹¹⁷ RANCIÈRE, «The thinking of dissensus: Politics and aesthetics. Fidelity to the Disagreement», en BOWMAN/STAMP (eds.), *Reading Rancière*, Continuum, 2003, pp. 1-17 ss.

¹¹⁸ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

¹¹⁹ FERRELL/HAYWARD/YOUNG, *Cultural Criminology*, 2008.

¹²⁰ CARRABINE, *British Journal of Criminology*, 52(3), 2012, pp. 463-489 ss.

¹²¹ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

¹²² BECKER, *Visual Sociology*, 10(1-2), 1995, p. 1.

con el poder; ésta también tiene la ambición de trasladar nuestra atención un paso más allá de lo visual señalando la importancia de considerar las materialidades afectivas y sensoriales de la realidad, evitando así caer en un enfoque de esencialismo visual¹²³, «*haciendo así justicia a las realidades materiales y experiencias vividas con las que la criminología se envuelve*»¹²⁴. El estudio de cualquier objeto, fenómeno o evento visual tiene que estar relacionado con su contexto inmediato y significativo¹²⁵. Las materialidades sónicas, olfativas o táctiles, tales como la acústica dentro de una prisión, el olor de la marihuana o las sensaciones corpóreas provocadas por una agresión, son detalles etnográficos de espacios que no pueden ser únicamente reducidos a lo visual, y mucho menos a una acción en particular o un actor en concreto.

De resultas, un tercer objetivo de la criminología visual es el *señalar, defender y promover la compleción de todo estudio criminológico de índole etnográfica con un esfuerzo analítico y «contextualizador» de las diferentes realidades sensoriales que construyen un fenómeno u objeto*, con la intención de producir premisas con mayor validez y fiabilidad, además de explorar terrenos conceptuales y relaciones insólitas.

Aquellos académicos afines ideológica y metodológicamente a las pretensiones y prácticas de la criminología visual, defienden la premisa principal analizada en la sección anterior: los procesos y representaciones culturales son una parte fundamental de la evolución del ser humano como individuo y los sistemas que lo gobiernan. Éstos abogan por la urgente necesidad y relevancia criminológica de estudiar la relación entre estética, ética y justicia¹²⁶ siendo lo visual un puente común entre todas estas cuestiones.

A esta necesidad de estudiar lo visual, se le suma el hecho de que, en la sociedad actual, hay una extensa proliferación de imágenes, fácilmente accesibles, de amplia diversidad y que tratan temas de naturaleza violenta y traumática o que aluden directamente a las dinámicas que forman y delimitan el sistema penal, siendo esto un fenómeno sobre el cual no tenemos todavía suficiente conocimiento criminológico que nos pueda aportar una comprensión significativa relativa a sus implicaciones sociales¹²⁷. Además, no solo hay una gran ubicuidad de este tipo de imágenes, sino que las sociedades modernas están completamente estructuradas a través de procesos visuales¹²⁸, lo cual dota de mayor relevancia el estudio de lo visual desde cualquier perspectiva académica.

El conocido sociólogo John BERGER¹²⁹, autor de la cita que abre este apartado, postula en su obra *Formas de Ver* por la relevancia de examinar, no solo los objetos visuales, sino los procesos por los que las personas ejecutan la acción de ver y de representar aquello visto o imaginado. En el capítulo donde esta cita se encuentra, el autor discute como, a través de este tipo de prácticas en la pintura y en otros elementos visuales, se ha objetivado y categorizado repetidamente a la

¹²³ *Esencialismo visual*, según BAL (2003), se refiere el estudio únicamente de los aspectos visuales de un objeto excluyendo todas aquellas características pertenecientes a otros sentidos. BAL, «Visual essentialism and the object of visual culture», *Journal of Visual Culture*, 2(1), 2003, pp. 5-32 ss.

¹²⁴ BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, p. 20.

¹²⁵ PINK, *Doing Sensory Ethnography*, 2009.

¹²⁶ CARRABINE, *Crime, Culture and the Media*, 2008.

¹²⁷ HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.

¹²⁸ CARRABINE, en *Liquid Criminology: Doing Imaginative Criminological Research*, 2016, pp. 121-139 ss.

¹²⁹ BERGER, *Ways of Seeing*, 1972.

mujer y a su cuerpo como algo impuro o malvado¹³⁰ – criminógeno. Este es un ejemplo de estudio que podría situarse dentro del marco metodológico de la criminología visual, ya que se examinó la relación entre elementos visuales y sus implicaciones en la construcción y legitimación de una sociedad que estigmatiza y oprime: una sociedad que provoca daño.

Al igual que la criminología visual, BERGER respalda el hecho de cómo, a partir de procesos visuales, se construye parte del sentido que le damos a la realidad:

«Mirar viene antes que las palabras. El niño mira y reconoce antes de poder hablar. Pero también hay otro sentido en el que el ver precede a las palabras. Es el hecho de mirar lo que establece nuestro lugar en el mundo; explicamos ese mundo con palabras, pero las palabras nunca pueden deshacer el hecho de que estamos rodeados por él. La relación entre lo que vemos y lo que sabemos nunca se establece del todo»¹³¹.

A saber, C. Wright MILLS¹³² ya expresaba como entre la consciencia y las dinámicas que construyen la existencia de las personas se encuentran todos aquellos procesos comunicativos. El sociólogo estadounidense argumenta como aquellas formas en las que se concibe y se experiencia la consciencia política son íntegramente relativas a estos procesos de comunicación¹³³. Mediante el estudio de tales procesos de comunicación, la criminología visual pretende indagar sobre cómo se forman y legitiman ciertas consciencias e ideologías políticas e históricas.

En esta línea, ALEXANDER *et al.*¹³⁴ defienden que cualquier icono cultural, ya sea una imagen, una representación dramatizada o un objeto, tiene la capacidad de tener implicaciones materiales tanto en el contexto donde éste ha sido creado como en el que reside o se representa. Los editores del libro *Iconic Turn*, argumentan como cualquier icono tiene tanto una realidad material como una profundidad discursiva y significativa, respectiva a su contexto cultural. Debido a esta característica referente a su naturaleza, los iconos culturales *«condensan significados en formas estéticas y sensoriales lo cual implica que estos objetos o fenómenos causen acciones sociales»¹³⁵.*

Una forma en la que los iconos inciden en la sociedad, corroborando el argumento expuesto *supra*, se da cuando su existencia representa e intensifica una serie de valores culturales determinados y, a través de esta acción, los normaliza y, por lo tanto, legitima¹³⁶. Este argumento corrobora la tesis expuesta al principio de la sección anterior de BACON¹³⁷, quién defendía el hecho de que los elementos culturales son piezas clave en la construcción de los sentimientos referentes a la identidad nacional, ya que tales iconos culturales conceptualizan y posteriormente normalizan y legitiman los símbolos que caracterizan la formación de tales idealizaciones.

¹³⁰ BERGER, *Ways of Seeing*, 1972.

¹³¹ BERGER, *Ways of Seeing*, 1972, p. 1.

¹³² MILLS, C. Wright, *White Collar*, 1951.

¹³³ MILLS, C. Wright, *White Collar*, 1951.

¹³⁴ ALEXANDER *et al.*, *Iconic Power: Materiality and Meaning in Social Life*, 2012.

¹³⁵ FARKHATDINOV, «Book review: Iconic Power: Materiality and Meaning in Social Life», *Cultural Sociology*, 8(4), 2014, p. 526.

¹³⁶ ALEXANDER *et al.*, *Iconic Power: Materiality and Meaning in Social Life*, 2012.

¹³⁷ BACON, *The Fascination of Film Violence*, 2015.

En este sentido, BROWN¹³⁸, al igual que otros numerosos autores¹³⁹, afirma como mediante la creación y el ejercicio de la *visualidad*¹⁴⁰ de fenómenos determinados, se constituyen también relaciones de poderes sociales. Por ejemplo, la visualidad de materialidades específicas puede producir visiones y significados específicos de jerarquía y hegemonía, incluyendo sistemas de raza, clase, género, sexualidad, etc. MIRZOEFF¹⁴¹ argumentó en su libro *The right to look: A counterhistory of visuality* como la producción de elementos visuales que puedan legitimar los significados deseados se trata de una práctica fundamental y fundacional tanto de regímenes militares, capitalistas, coloniales, heteronormativos y/o supremacistas como de las instituciones que operan dentro de estas estructuras, tal y como el sistema penal. Este fenómeno revela la relevancia criminológica del estudio de la visualidad, ya que cualquier elemento visual representa «una relación entre ideología y estética, ópticas y política»¹⁴², y un potencial devenir en la producción de diferencias sociales.

Si nos centramos en la imagen del delito, es importante tener en cuenta como las representaciones mediáticas y/o de ficción son el único contacto que tiene una parte significativa de la sociedad con ciertos fenómenos y eventos y, consiguientemente, estas representaciones suponen un papel clave a la hora de construir la perspectiva o imaginario que éstos tienen al respecto: las dinámicas internas del sistema penitenciario¹⁴³, la figura de criminales históricamente conocidos tales y como Jack el Destripador o incluso Charles Manson¹⁴⁴, o los procesos y eventos que pueden influir en que una persona acabe cometiendo una agresión sexual¹⁴⁵, son un ejemplo de fenómenos cuales imaginario depende directamente de sus representaciones.

Con este fin, BROWN y RAFTER¹⁴⁶ nos muestran un claro ejemplo de esto en su estudio sobre como las películas que tratan el genocidio, «*el crimen de crímenes*», son la vía más común de acceso emocional e informativo a los motivos y circunstancias que rodearon realidades tales y como el Holocausto o el genocidio de mitades del siglo pasado en Indonesia. Ambas criminólogas visuales expresan como, normalmente, las personas no tienen la capacidad de entender o recordar aquellos eventos pasados categorizados como genocidios de ninguna forma directa. Su inaccesibilidad desfavorece su comprensión y formas sociales adecuadas de responder a éstos, lo cual plantea un escenario idóneo en el que las obras audiovisuales que tratan los asuntos en cuestión provocan un entendimiento público a la vez que transmiten la memoria colectiva BROWN y RAFTER¹⁴⁷. Vemos pues, el papel de elementos culturales visuales, tales y como el cine,

¹³⁸ BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1-30 ss.

¹³⁹ Véase, entre otros, ALEXANDER et al., *Iconic Power: Materiality and Meaning in Social Life*, 2012; BECKER, *Outsiders*, 1997.; CARRABINE, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 134-158 ss.; GOFFMAN, *Gender Advertisement*, 1979.; HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010.; RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

¹⁴⁰ *Visualidad* es, según BROWN (2017), aquellas cualidades generadas a través del acto de mirar algo en concreto y su relación con significados subjetivos.

¹⁴¹ MIRZOEFF, *The right to look: A counterhistory of visuality*, 2011.

¹⁴² BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, p. 11.

¹⁴³ KEHRWALD, *Prison Movies. Cinema Behind Bar*, 2017.

¹⁴⁴ YAR, en *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*, 2010, pp. 68-82 ss.

¹⁴⁵ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 11(3), 2007, pp. 403-420 ss.

¹⁴⁶ BROWN/RAFTER, «Genocide films, public criminology, collective memory», *British Journal of Criminology*, 53(6), 2013, p. 1017.

¹⁴⁷ BROWN/RAFTER, *British Journal of Criminology*, 53(6), 2013, pp. 1017-1032 ss.

puede ser decisivo en el desarrollo de opiniones y acciones políticas, dotando su estudio de gran relevancia criminológica.

En conclusión, un cuarto objetivo de la criminología visual es el de *interrogar y desenmascarar todos aquellos procesos visuales que construyen, normalizan y legitiman prácticas e instituciones sociales que tienen o puedan tener implicaciones negativas al desarrollo eficiente de una sociedad que respete los derechos humanos de todos sus integrantes*. En otras palabras, destapar aquello que GALTUNG¹⁴⁸ nombra como la *violencia cultural*: aquellos discursos y prácticas sociales que legitiman la desigualdad y/o la discriminación.

Conjuntamente, a través de su propio ejercicio, la criminología visual tiene la intención de defender y promover la crucial relevancia académica que tiene el estudio de la cultura y el papel explicativo y causal de ésta en el comportamiento de la sociedad en un contexto inundado de imágenes, iconos y todo tipo de representaciones relacionadas con el daño, la delincuencia y su control.

Corroborando los argumentos planteados a lo largo de esta sección, BROWN y CARRABINE¹⁴⁹ afirman como las imágenes sobre delincuencia y su control tienen el poder de delimitar dinámicas sociales y políticas, pero especialmente replantean el imaginario criminológico. FERRELL y VAN DE VOORDE¹⁵⁰ alegan que separar los conceptos de delincuencia y su control de la forma en que son representados visualmente es imposible. En palabras de BROWN¹⁵¹: *«la imagen ya no puede ser separada de la realidad. Imágenes sobre la delincuencia constituyen el mundo, aunque su función inicial sea únicamente la de representarlo, a través de complejas intersecciones de eventos, significados, emociones, poder y ética(s)»*.

En suma, todos estos autores abogan por la necesidad de detener todas aquellas distinciones entre delincuencia «real» e imágenes ficticias sobre delincuencia cuando se pretende estudiar a través de que dinámicas se construye el imaginario sobre el crimen y su control: ambas tienen un papel relevante, interdependiente e interconectado durante este proceso. Según los argumentos de DERRIDA¹⁵², esta categorización binaria – opuesta – sería otro ejemplo de una concepción epistemológica que obstaculizaría el entendimiento de la realidad. Para poder superar este obstáculo, como se expresó en el apartado anterior, se debe someter el fenómeno binario en cuestión a un proceso de deconstrucción que desmitifique tal categorización de la realidad.

En base a lo anterior, puede discutirse un quinto objetivo de la criminología visual es el de *deconstruir el binario ‘ficción/realidad’ en lo referente a los procesos que construyen las definiciones populares y académicas sobre qué es y cómo ocurre la delincuencia y su control*, y así poder alcanzar un mayor conocimiento sobre la naturaleza y el propio desarrollo de la delincuencia y el sistema penal¹⁵³. Para ello, como RAFTER¹⁵⁴ indica, no se debe únicamente desplazar el foco de atención a

¹⁴⁸ GALTUNG, «Violence, Peace and Peace Research», *Journal of Peace Research*, 6(3), 1969, pp. 167-191 ss.

¹⁴⁹ BROWN/CARRABINE, en *Routledge International Handbook of visual Criminology*, 2017, pp. 1-9 ss.

¹⁵⁰ FERRELL/VAN DE VOORDE, en *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*. 2010, pp. 35-52 ss.

¹⁵¹ BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, p. 9.

¹⁵² Véase 2.1. *La necesidad de estudiar la cultura*.

¹⁵³ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 11(3), 2007, pp. 403-420 ss.

¹⁵⁴ RAFTER, *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

la dimensión de lo visual, sino que es de suma importancia desarrollar nuevas metodologías que permitan identificar desde nuevas perspectivas la interrelación e interdependencia entre las representaciones e imágenes sobre la delincuencia y su control y la propia delincuencia y el sistema penal como agentes creadores de la concepción popular y académica de todo aquello que rodea la dimensión del crimen y las respuestas institucionales sobre éste.

No obstante, este tipo de categorización no es el único binario el cual la criminología visual tiene la intención de deconstruir. A lo largo de la historia del ser humano, una gran variedad de instituciones – y *emprendedores*¹⁵⁵ – religiosas, morales, gubernamentales y artísticas han contribuido bastante en la construcción de la imagen de criminales, víctimas y aspectos contextuales sobre la delincuencia. Al mismo tiempo, estas instituciones han promovido la instauración de una concepción rígida y heterogénea sobre la ética y la moral. Ello ha derivado en la formación de mitos y premisas epistemológicas todavía utilizadas en el ejercicio de la academia además de, como JEWKES¹⁵⁶ afirma, presentes tanto en la sabiduría popular como en la representaciones mediáticas y ficticias del crimen. A su vez, este fenómeno genera una prevalencia y legitimación de tales definiciones y etiquetas¹⁵⁷.

Las ciencias sociales, y en especial la criminología, tienen un largo historial como agentes en los procesos creadores de características que construyen la imagen del crimen y su control.

Con el objetivo de cuestionar y desnaturalizar tales imágenes, han surgido toda clase de corrientes y pensadores, tales y como la criminología crítica¹⁵⁸, la criminología cultural¹⁵⁹, los sociólogos de mitades de siglo de la escuela de Chicago¹⁶⁰, el mismo FOUCAULT¹⁶¹ o DERRIDA¹⁶², entre muchos, muchos otros, los cuales han introducido y promovido tanto metodologías como ejemplos, justificaciones y alegatos enfocados en sacar a la luz como tales concepciones del crimen, la moral, el sistema penal y los delincuentes han sido construidas socialmente, además del daño social que tales significados y derivadas relaciones de poder y su prolongada representación provocan.

La criminología visual es una fuerza conceptual más que empuja en esta dirección, pero lo hace concentrándose en el papel de las imágenes y las representaciones de la delincuencia y de su control, en la construcción tanto de binarios tradicionalmente naturalizados como bien/mal o delincuente/víctima como de sus implicaciones.

Sin embargo, esta corriente no busca únicamente la deconstrucción de binarios: un sexto objetivo de la criminología visual es *el descubrimiento, la descomposición y la refutación de todos aquellos mitos relacionados con la delincuencia y el sistema penal producidos y legitimados a través de materialidades visuales*.

¹⁵⁵ BECKER, *Outsiders*, 1997.

¹⁵⁶ JEWKES, *The construction of crime news*, 2004.

¹⁵⁷ SURETTE, *Media, Crime, and Criminal Justice. Images, Realities and Policies*, 5a edición, 2010.

¹⁵⁸ YOUNG et al., *Critical Criminology*, 1975.

¹⁵⁹ FERRELL, *Annual Review of Sociology*, 25, 1999, pp. 395-418 ss.

¹⁶⁰ Véase BECKER, *Outsiders*, 1997. o GOFFMAN, *La Presentación de la Persona en la Vida Cotidiana*, 2009, entre otros.

¹⁶¹ FOUCAULT, *Discipline and punish: The birth of the prison*, 1995.; FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, 2015.

¹⁶² POWELL, *Derrida*, 1996.

Así, como BROWN¹⁶³ apunta, la criminología visual pretende resaltar las implicaciones sociales que generan las imágenes y representaciones relacionadas con la delincuencia y el sistema penal, para así poder proporcionar nuevas posibilidades en la distinción de relaciones sociales fundamentales relacionadas con la producción de daño social, institucional y personal. La autora¹⁶⁴ aclara como las estrategias metodológicas de la criminología visual, no solo buscan resaltar tales fenómenos en el sentido más convencional de las categorías legales de la delincuencia, sino en todos aquellos procesos que puedan producir cualquier tipo de criminalización y/o daño legal, estructural o interpersonal.

A este respecto, cabe también mencionar la importancia que la criminología visual le otorga al estudio de las imágenes también cuando estas se utilizan como estrategias y/o técnicas de investigación por parte del sistema penal¹⁶⁵, ya sea a modo de prevención primaria (p.ej. el uso de CCTV en ciudades), como parte del proceso de recolección de datos de delincuentes (p.ej. la catalogación de criminales por fotografías) o incluso como pruebas periciales en un juicio (p.ej. el uso de imágenes o de dramatizaciones sobre un evento en concreto).

Con este análisis, se plantea un séptimo objetivo de la criminología visual: *entender la profundidad y el modo en el que se emplea el uso de la imagen ‘en’ y ‘por’ el sistema penal*, en aras de conseguir un mayor entendimiento de dichas prácticas y, consecuentemente, de poder evaluar y criticar su eficiencia al respecto.

De igual modo, WHEELDON¹⁶⁶ y BROWN y CARRABINE¹⁶⁷ afirman que el avance tecnológico con mecanismos cada vez más visuales del que habla FRANCIS¹⁶⁸ y la consecuente proliferación de imágenes también ha impactado en gran medida en el modo en el que el sistema penal desarrolla sus funciones y, por lo tanto, el estudio de tales cambios supone un ejercicio de extrema importancia para la criminología si se pretende avanzar en la evaluación de un sistema penal completamente sujeto, y en muchos casos dependiente, al progreso tecnológico social.

En otro orden de ideas, en el apartado anterior sobre los antecedentes de la criminología visual se ha repetido en varias ocasiones que las imágenes y lo visual en general proponen discursos que, debido al espacio en el que se desarrollan y a su reiteración, forman parte en el proceso de determinación de la cultural hegemónica de una sociedad en particular y en la manera en la que esta se entiende a sí misma.

En este sentido, MIRZOEFF explica en su libro *El Derecho a Ver: Una Contrahistoria de la Visualidad*¹⁶⁹ que, a lo largo de la historia, todo el conjunto de imágenes hegemónicas sobre algo en concreto – es decir, con más presencia e incidencia en la realidad – ha constituido la visualidad de un fenómeno en particular para la mayoría de la sociedad. Por ejemplo, la visualidad sobre la

¹⁶³ BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1-30 ss.

¹⁶⁴ BROWN, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1-30 ss.

¹⁶⁵ WHEELDON, «The Visual Turn in Visual Criminology», en WHEELDON, Johannes (ed.), *Visual Criminology. From History and Methods to Critique and Policy Translation*, Routledge, 2022, pp. 3-30 ss.

¹⁶⁶ WHEELDON, en *Visual Criminology. From History and Methods to Critique and Policy Translation*, 2022, pp. 3-30 ss.

¹⁶⁷ BROWN/CARRABINE, en *Routledge International Handbook of visual Criminology*, 2017, pp. 1-9 ss.

¹⁶⁸ FRANCIS, *Criminal Justice Matters*, 78(1), 2009, pp. 10-11 ss.

¹⁶⁹ MIRZOEFF, *The right to look: A counterhistory of visibility*, 2011.

vida en prisión durante la primera mitad del siglo XX ha sido ejercida, principalmente, por películas de Hollywood, algunas fotografías y cuadros y por varias novelas carcelarias¹⁷⁰.

Por este motivo, los criminólogos visuales CARRABINE y BROWN¹⁷¹ afirman que la corriente en cuestión no debe ceñirse a estudiar y desenmascarar el papel de las imágenes en la creación y legitimación de discursos que *ordenan*¹⁷² la realidad, tal como se ha expuesto anteriormente en esta sección. Nada más lejos de la verdad, la corriente debe ser más ambiciosa y atender a su responsabilidad como disciplina social: los criminólogos visuales deben intentar también promover o producir imágenes que sirvan de contrapeso a dicho ejercicio de visualidad hegemónica y así poder ofrecer la oportunidad de participar en el proceso de creación de significado y de promoción de discursos en la sociedad a colectivos que han sido invisibles hasta ahora debido a su falta de oportunidades o espacio para participar en los procesos expuestos.

En suma, un octavo objetivo de la criminología visual es el de *realizar un ejercicio de contravisualidad*¹⁷³ en aras de ofrecer una variedad más amplia de discursos e imágenes a una sociedad la cual, aunque este disfrutando de su *derecho de ver*¹⁷⁴, suele disponer únicamente de una cantidad limitada y sesgada de imágenes con las que dar sentido a algunos fenómenos en particular.

En último lugar, como hemos podido ir observando a lo largo de este apartado, la criminología visual no pretende simplemente aportar información sobre la relación entre lo visual y el poder para que ésta pueda ser utilizada en la compleción de las brechas de conocimiento criminológico existentes. Ésta también propone replantear las formas en las que se concibe el desarrollo de la delincuencia y el sistema penal a través de su, hasta la fecha, marginada académicamente pero integral relación con sus representaciones, y así lograr un conocimiento más holístico y completo del objeto de estudio de la criminología.

Por lo tanto y, ante todo, el noveno objetivo de la criminología visual, siendo este un objetivo transcendental, es el de *reflexionar y replantear los objetivos y metodologías que constituyen la criminología*: la disciplina encargada de estudiar todos aquellos fenómenos, comportamientos, construcciones y respuestas sociales, institucionales y culturales que provocan, constituyen o definen las normas, la delincuencia y cualquier acción, fenómeno o evento que pueda causar o haya causado un daño específico a una persona, población o espacio en concreto.

Solo mediante la constitución y uso de nuevas concepciones y técnicas de investigación de la delincuencia y su control, se podrá abrir paso a nuevas teorías explicativas que nos brinden la oportunidad de obtener una concepción más integra de la interconexa e interdependiente holística naturaleza de lo criminal.

¹⁷⁰ GRIFFITHS, *Carceral Fantasies: Cinema and Prison*, 2016.

¹⁷¹ CARRABINE/BROWN, en *Visual Criminology. From History and Methods to Critique and Policy Translation*, 2022, pp. 170-189 ss.

¹⁷² FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, 2015.

¹⁷³ BROWN, comunicación personal, 2022.

¹⁷⁴ MIRZOEFF, *The right to look: A counterhistory of visibility*, 2011.

4. Conclusiones

«El crimen y el castigo están irrevocable e intrínsecamente ligados a la imagen»¹⁷⁵.

Este artículo, esencialmente, pretende presentar la criminología visual a la comunidad académica de habla hispana con el objetivo de poder iniciar una conversación sobre los temas y conceptos planteados por la corriente en cuestión y ofrecer una puerta de entrada a todo aquel que pueda sentirse beneficiado de los argumentos y herramientas ofrecidos por esta vertiente criminológica. En este sentido, se aspira a suplir la carencia que hay en España y países latinoamericanos en donde no se ha producido ningún trabajo sobre la criminología visual o bajo su paraguas.

A lo largo de estos apartados se ha podido comprobar como la criminología visual es una corriente académica perteneciente a las ciencias sociales cuya concepción ha sido influenciada en gran medida por la criminología crítica y todos aquellos pensadores que enfatizan el estudio de la cultura, y en especial de las imágenes, para poder entender íntegramente el comportamiento del ser humano y así poder desenmascarar y poner en cuestión los significados y discursos que han legitimado y/o propulsado parte de la desigualdad y discriminación que ordenan la sociedad.

A este respecto, para poder entender la relevancia de la criminología visual, es necesario comprender que, debido especialmente al avance de las tecnologías y al aumento en cuanto a lo que a su acceso se refiere, las imágenes y representaciones de la delincuencia y su control están en un punto de proliferación y ubicuidad sin igual y, por ende, su condición como agentes en la construcción del imaginario de la sociedad en lo que respecta a la delincuencia y su control se ha visto reforzada durante las últimas décadas.

A saber, esta corriente centra sus esfuerzos en analizar *lo visual* - compuesto por imágenes, representaciones y discursos - y tanto su relación con la delincuencia y el sistema penal como sus implicaciones en el modo en el que se organiza, comporta y entiende a sí misma una sociedad.

Con este fin, podría afirmarse que la criminología visual busca responder a la siguiente pregunta: *¿Qué papel juegan las imágenes en la construcción de los significados que dan forma a la delincuencia y al sistema penal y cuáles son las implicaciones de tales procesos?*

Del mismo modo, en el ejercicio de sus funciones, entre otros objetivos desarrollados a lo largo de este artículo, los criminólogos visuales también pretenden analizar el uso de *lo visual* 'en' y 'por' el sistema penal, realizar un ejercicio de *contravisualidad* y redefinir la ciencia social que es la criminología además de aportar nuevas estrategias metodológicas y herramientas conceptuales.

Finalmente, cabe añadir que, ante todo, la criminología visual se erige sobre la premisa de que, para poder alcanzar una comprensión integral de la delincuencia y el sistema penal, es inevitable acudir a su representación.

¹⁷⁵ BROWN, *The Culture of Punishment: Prison, Society, and Spectacle*, 2009, p. 53.

5. Bibliografía

ALEXANDER, Jeffrey et al., *Iconic Power: Materiality and Meaning in Social Life*, Palgrave Macmillan, 2012.

ANDERSON, Nels, *The hobo: The sociology of the homeless man*, University of Chicago Press, 1961.

BACON, Henry, *The Fascination of Film Violence*, Palgrave Macmillan, 2015.

BAL, Mieke, «Visual Essentialism and the Object of Visual Culture», *Journal of Visual Culture*, 2(1), 2003, pp. 5-32 ss.

BAUDRILLARD, Jean, *Selected Writings*, Stanford University Press, 1988.

BAUDRILLARD, Jean, *Simulacra and Simulations*. The New Social Theory Reader, 2020.

BASILE, Roberto/FERRO, Antonio (eds.), *The Analytic Field. A Clinical Concept*, Routledge, 2009.

BECCALOSSI, Chiara, «Criminal Man Review *History of the Human Science*», 95(42), 2008, pp. 129-131 ss.

BECKER, Howard S., «Art As Collective Action», *American Sociological Review*, 39(6), 1974, pp. 767-776.

BECKER, Howard S., *Art Worlds*, University of California Press, 1982.

BECKER, Howard S., «Visual sociology, documentary photography, and photojournalism: It's (almost) all a matter of context», *Visual Sociology*, 10(1-2), 1995, pp. 5-14 ss.

BECKER, Howard S., *Outsiders*. Free Press, 1997.

BECKER, Howard S., «Afterwork: Photography as evidence, photographs as exposition», en KNOWLES, Caroline/SWEETMAN, Paul (eds.), *Picturing the social landscape: Visual methods and the sociological imagination*. Routledge, 2004, pp. 74-96 ss.

BENJAMIN, Walter, «The work of art in the age of mechanical reproduction», en WATSON, Sheila et al., (eds.), *A Museum Studies Approach to Heritage*, Routledge, 2018, pp. 18 - 36 ss.

BERGER, John, *Ways of Seeing*. Penguin Group, 1972.

BOURDIEU, Pierre, *Art Moyen*, Les Editions de Minuit, 1965.

BROWN, Michelle, *The Culture of Punishment: Prison, Society, and Spectacle*, New York University Press, 2009.

BROWN, Michelle, «Visual criminology and carceral studies: Counter-images in the carceral age», *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 176-197 ss.

BROWN, Michelle, «Visual Criminology». *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1-30 ss.

BROWN, Michelle/CARRABINE, Eamonn, «Introducing Visual Criminology», en BROWN, Michelle/CARRABINE, Eamonn (eds.) *Routledge International Handbook of visual Criminology*, Routledge International Handbooks, 2017, pp. 1-9 ss.

BROWN, Michelle/CARRABINE, Eamonn (eds.), *Routledge International Handbook of Visual Criminology*. Routledge International Handbooks, 2017.

BROWN, Michelle/CARRABINE, Eamonn, «The Critical Foundations of Visual Criminology: The State, Crisis, and the Sensory», *Critical Criminology*, 27, 2019, pp. 191-205 ss.

BROWN, Michelle/RAFTER, Nicole, «Genocide films, public criminology, collective memory», *British Journal of Criminology*, 53(6), 2013, pp. 1017-1032 ss.

CARRABINE, Eamonn, *Crime, Culture and the Media*. Polity, 2008.

CARRABINE, Eamonn, «Just images: Aesthetics, ethics and visual criminology», *British Journal of Criminology*, 52(3), 2012, pp. 463-489 ss.

CARRABINE, Eamonn, «Seeing things: Violence, voyeurism and the camera», *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 134-158 ss.

CARRABINE, Eamonn, «Doing visual criminology: Learning from documentary, journalism and sociology», en JACOBSEN, Michael/WALKLATE, Sandra, *Liquid Criminology: Doing Imaginative Criminological Research*, Routledge, 2016, pp. 121-139 ss.

CARRABINE, Eamonn, «Social Science and Visual Culture», en CARRABINE, Eamonn/BROWN, Michelle (eds.), *Routledge International Handbook of visual Criminology*, Routledge International Handbooks, 2017, pp. 23-39 ss.

CARRABINE, Eamonn/BROWN, Michelle, «The Critical Foundations of Visual Criminology», en WHEELDON, Johannes (ed.), *Visual Criminology. From History and Methods to Critique and Policy Translation*, Routledge, 2022, pp. 170-189 ss.

COOPER, David E., «Metaphors We Live By», *Royal Institute of Philosophy Lecture Series*, 18, 1984, pp. 43-54 ss.

DICKSON, Bruce D., «Public transcripts expressed in theatres of cruelty: The Royal Graves at Ur in Mesopotamia», *Cambridge Archaeological Journal*, 16(2), 2006, pp. 123-144 ss.

FARKHATDINOV, Nail, «Book review: Iconic Power: Materiality and Meaning in Social Life», *Cultural Sociology*, 8(4), 2014, pp. 524-526 ss.

FERRELL, Jeff, «Criminological verstehen: Inside the immediacy of crime», *Justice Quarterly*, 14, 1997, pp. 3-23 ss.

FERRELL, Jeff, «Cultural criminology», *Annual Review of Sociology*, 25, 1999, pp. 395-418 ss.

FERRELL, Jeff/HAYWARD, Keith/YOUNG, Jock, *Cultural Criminology: an invitation*. SAGE Publications Ltd., 2008.

FERRELL, Jeff/VAN DE VOORDE, Cécile, «The Decisive Moment: Documentary Photography and Cultural Criminology», en HAYWARD, Keith/PRESDEE, Mike (eds.), *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*. Routledge. 2010, pp. 35-52 ss.

FLORIÁN, Víctor, «Jaques Derrida y la oposición Naturaleza/Cultura, *Ideas y Valores*», 25(46-47), 1976, pp. 45-52 ss.

FOUCAULT, Michel, *Discipline and punish: The birth of the prison*, Vintage Books, 1995.

FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas*, Siglo XXI, 2015.

FRANCIS, Peter, «Visual criminology. *Criminal Justice Matters*», 78(1), 2009, pp. 10-11 ss.

GALTUNG, Johan, «Violence, Peace and Peace Research, *Journal of Peace Research*», 6(3), 1969, pp. 167-191 ss.

GIRARD, René, *Violence and the Sacred*, The John Hopkins University Press, 1977.

GOFFMAN, Erving, *Gender Advertisement*. MacMillan, 1979.

GOFFMAN, Erving, *La Presentación de la Persona en la Vida Cotidiana*. Amorrortu, 2009.

GRONSTAD, Asbjørn, *Trans-figurations. Violence, Death and Masculinity in American Cinema*, Amsterdam University Press, 2008.

HARRIS, Sam, *Waking up*. Simon & Schuster, 2014.

HAYWARD, Keith/PRESDEE, Mike (eds.), *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*. Routledge, 2010.

HAYWARD, Keith, «Five Spaces of Cultural Criminology», *The British Journal of Criminology*, 52(3), 2012, pp. 441-462 ss.

HUHN, Tom (ed.), *The Cambridge Companion to Adorno*, Cambridge University Press, 2004.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Agustín, *Friedrich Nietzsche. El Experimento de la Vida*. Edaf, 2001.

JEWKES, Yvonne, *The construction of crime news*, Media and crime, 2004.

KEHRWALD, Keith, *Prison Movies. Cinema Behind Bar*, Columbia University Press, 2017.

MASON, Paul, «Prison decayed: Cinematic penal discourse and populism 1995-2005», *Social Semiotics*, 16(4), 2006, pp. 607-626 ss.

MILLS, C. Wright, *White Collar*, Oxford University Press, 1951.

MIRZOEFF, Nicholas. *The right to look: A counterhistory of visibility*. Duke University Press, 2011.

O'BRIEN, Martin, «What is cultural about cultural criminology?», *British Journal of Criminology*, 45, 2005, pp. 599-612 ss.

PAUWELS, Luc, «An integrated conceptual framework for visual social research», en PAUWELS, Luc/MANNAY, Dawn (eds.), *The SAGE Handbook of Visual Research Methods*, 2011, pp. 3-23 ss.

PELBART, Peter P., *Biopolítica*. Sala Preta, 2007.

PFOHL, Stephen, «Fascinated receptivity and the visual unconscious of crime», en BROWN, Michelle/CARRABINE, Eamonn (eds.), *Routledge International Handbook of visual Criminology*, Routledge International Handbooks, 2017, pp. 469-485 ss.

PHILO, Greg, *Seeing and Believing. The Influence of Television*, Routledge, 1990.

PINK, Sarah, *Doing Sensory Ethnography*. SAGE Publications Ltd., 2009.

POWELL, James, *Derrida*, Writers and Readers Ltd, 1996.

RAFTER, Nicole, «Crime, film and criminology: Recent sex-crime movies», *Theoretical Criminology*, 11(3), 2007, pp. 403-420 ss.

RAFTER, Nicole, «Introduction to special issue on Visual Culture and the Iconography of Crime and Punishment», *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 127-133 ss.

RANCIÈRE, Jacques, «The thinking of dissensus: Politics and aesthetics. Fidelity to the Disagreement», en BOWMAN, Paul/STAMP, Richard (eds.), *Reading Rancière*, Continuum, 2003, pp. 1-17 ss.

SCHEPT, Judah, «(Un)seeing like a prison: Counter-visual ethnography of the carceral state», *Theoretical Criminology*, 18(2), 2014, pp. 198-223 ss.

SEKULA, Allan, «On the Invention of Photographic Meaning», en BURGIN, Víctor (ed.), *Thinking Photography*, Springer Link, 1982, pp. 39-83 ss.

SHORT, James F., «Criminology, the Chicago school, and sociological theory», *Crime, Law and Social Change*, 37(2), 2002, pp. 107-115 ss.

SONTAG, Susan, *Regarding the pain of others*, Diogène, 2003.

SUCHMAN, Mark C., «Managing Legitimacy: Approaches and Strategic», *Academy of Management Review*, 20(3), 1995, pp. 571-610 ss.

SURETTE, Ray, *Media, Crime, and Criminal Justice. Images, Realities and Policies*, 5a edición, Cengage Learning, 2010.

THRASHER, Frederic, *The gang*, University of Chicago Press, 1927.

WEST, Kate, «Visual criminology and Lombroso: In memory of Nicole Rafter (1939–2016)», *Theoretical Criminology*, 21(3), 2017, pp. 271-287 ss.

WHEELDON, Johannes, «The Visual Turn in Visual Criminology», en WHEELDON, Johannes (ed.), *Visual Criminology. From History and Methods to Critique and Policy Translation*, Routledge, 2022, pp. 3-30 ss.

WICKS, Robert, «Foucault», en GAUT, Berys/LOPES, Dominic, *The Routledge Companion to Aesthetics*, Routledge, 2013, pp. 202-234 ss.

WRIGHT, Robert, *The Evolution Of God: The origins of our beliefs*. Hachette Digital, 2010.

YAR, Majid, «Screening crime: Cultural criminology goes to the movies», en HAYWARD, Keith/PRESDEE, Mike (eds.), *Framing Crime: Cultural Criminology and the Image*. Routledge, 2010, pp. 68-82 ss.

YOUNG, Alison, *The Scene of Violence. Cinema, Crime, Affect*, Routledge, 2010.

GRIFFITHS, Alison, *Carceral Fantasies: Cinema and Prison*, Columbia University Press, 2016.

YOUNG, Jock et al., *Critical Criminology*, Routledge and Kegan Paul, 1975.

Julio Muerza Esparza
Universidad de Navarra

Sumario

El presente trabajo pretende analizar algunas cuestiones sobre el derecho de información en el proceso penal. Dicho análisis debe realizarse teniendo en cuenta la condición de investigado o encausado, que enlaza directamente con el derecho de defensa, o la condición de detenido o preso, vinculado también con el derecho fundamental a la libertad. Teniendo en cuenta lo anterior, las vertientes que comprende este derecho a la información y que se examinan a continuación son fundamentalmente las siguientes: el derecho a ser instruido en los derechos procesales; el derecho a la información en sentido estricto; y, por último, el derecho a examinar las actuaciones.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze some issues on the right to information in criminal proceedings. This analysis must be carried out taking into account the condition of being investigated or accused, which is directly linked to the right of defense, or the condition of being a detainee or prisoner, also linked to the fundamental right to freedom. Bearing in mind the above, the aspects that comprise this right to information, which are examined below, are basically the following: the right to be instructed in procedural rights; the right to information in the strict sense; and, finally, the right to examine the file.

Title: *Some considerations on the right to information of the investigated party*

Palabras clave: Proceso penal, derecho de defensa, derecho de información, acceso, prisión.

Keywords: Criminal proceedings, right of defense, right to information, access, imprisonment.

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.15

Recepción
01/03/2023

-

Aceptación
19/06/2023

-

Índice

-

1. Introducción

2. El derecho de información del investigado

2.1. El investigado

2.2. El derecho a ser informado de los hechos y de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos punibles

2.3. El derecho a examinar las actuaciones

2.4. Límites en el derecho de acceso a las actuaciones

3. El derecho de información del detenido

3.1. El derecho de información sobre los hechos y los motivos de la detención

3.2. El derecho de acceso a los elementos esenciales para impugnar la detención o la prisión

3.3. Límites en el acceso a las actuaciones

4. El derecho de información del preso no condenado

5. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

6. Conclusiones

7. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción

El título del trabajo permite pensar en una doble perspectiva en el análisis del derecho de información: por una parte, que se van a tratar las cuestiones relacionadas con el derecho de la persona investigada en un proceso penal a ser informada y a tener conocimiento de las actuaciones que en él se vayan realizando, y más en concreto, en qué términos puede tener ese conocimiento y con qué límites, en su caso. Por otra, que se analizarán las cuestiones relacionadas con las limitaciones que presentan las diligencias de investigación en un proceso penal cuando se encuentran afectados derechos fundamentales de la persona, es decir, las denominadas diligencias de investigación garantizadas.

Dicho de otra manera, el enfoque con que puede ser tratado el tema del derecho de información en el proceso penal es doble: bien del derecho que tiene o debe tener el investigado a la información que exista en el proceso; bien, de la información que tiene el investigado y que resulta necesario conocer para esclarecer los hechos que pueden revestir carácter de delito.

En nuestro caso, nos vamos a centrar en el primero de los aspectos, sin olvidar que las diligencias de investigación garantizadas, tras la importante reforma de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se encuentran ubicadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fundamentalmente, en el Título VIII, de su Libro II, bajo la rúbrica «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución». Además, nuestro análisis se circunscribirá al ámbito de los procesos ordinarios, dejando fuera supuestos particulares como la detención en espacios marinos, el proceso por aceptación de decreto o el proceso de menores, entre otros.

El derecho que tiene la persona investigada a ser informada de los hechos objeto de un proceso penal al que se encuentra sometido forma parte de uno de los pilares sobre los que este se asienta como es, el derecho de defensa. Derecho reconocido, como es sabido, en los principales textos internacionales (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 -art. 6-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 -art. 14-; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 -art. 48-, entre otros), así como en el artículo 24 de nuestra Constitución.

La Unión Europea, por su parte, dentro del denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, ha venido estableciendo normas precisas sobre la protección de las garantías y derechos procesales. En este sentido, el 22 de mayo de 2012, el Parlamento Europeo y el Consejo, aprobaron la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, cuyo objeto, tal como afirma su artículo 1, es el establecimiento de «normas relativas al derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas, así como, el establecimiento del derecho a la información sobre sus derechos de las personas objeto de la ejecución de una orden de detención europea».

Con anterioridad, la legislación española ya recogía muchos de los aspectos que proponía la normativa europea. No obstante, la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para

transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, modificó los siguientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con aquellas materias: 118, 123 a 127; 302, 416.3; 505.3, 520.2, 3 y 5; y 775 .

Unos meses más tarde, el Parlamento Español aprobó la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, en vigor desde el 6 de diciembre de ese año, en la que, además de la regulación de estas últimas, abordó la transposición de la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros o con autoridades consulares durante la privación de libertad, lo que supuso la modificación de nuevo de los artículos 118 y 520 de la Ley procesal penal, además de los artículos 509 y 527 y la introducción del artículo 520 ter en ese mismo texto legal.

En definitiva, se puede afirmar que desde finales de 2015 España cuenta con una regulación acorde con lo dispuesto en la Unión Europea acerca de esta manifestación del derecho de defensa, como es el derecho de información que tiene la persona investigada en un proceso penal.

Este derecho de información, como hemos indicado, lo regula específicamente la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, y en ella, siguiendo a la Fiscalía General del Estado, se pueden diferenciar tres aspectos: a) el derecho a recibir información sobre los derechos procesales; b) el derecho a recibir información sobre las actuaciones realizadas; y, c) el derecho de acceso a los materiales del expediente. Aspectos que tienen su reflejo en los correspondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ahora bien, a la hora de examinar cada uno de estos aspectos conviene tener presente, además de las fases del proceso, cuál es la situación personal en la que se encuentra el investigado (privado de la libertad o no). Por ello trataremos por separado cada uno de los supuestos.

2. El derecho de información del investigado

El derecho de información del investigado aparece previsto con carácter general en el artículo 118.1 de la LECrim, dentro de la regulación del derecho de defensa, cuando afirma que: «Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, ..., a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos: a) derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa; b) derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración; (...)».

La lectura de este precepto plantea esencialmente las siguientes cuestiones: a) quién y cuándo se adquiere la condición necesaria en un proceso para ser sujeto de tales derechos; b) en qué

consiste el derecho a ser informado de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación; y, c) qué comprende el derecho a examinar las actuaciones. Veámoslas.

2.1. El investigado

En sentido amplio, la parte acusada es aquella persona o personas que ocupan el lado pasivo de la relación jurídico procesal penal. Contra ella se dirigen, fundamentalmente, las actuaciones procesales. La Ley de Enjuiciamiento Criminal utiliza distintos términos para su designación: «inculcado» (art. 368); «presunto culpable» (art. 371); «presunto reo» (art. 512); entre otras.

La doctrina de los autores¹, tradicionalmente, ha venido empleando también diversas denominaciones atendiendo a la situación en que se encuentre el desarrollo de la causa en el proceso ordinario por delitos graves:

- a) *Imputado/investigado*²: Existe imputación penal (imputado) desde que recaen sobre una persona sospechas acerca de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, lo que da lugar a la práctica de diligencias policiales o judiciales: citación (art. 486 LECrim), detención (arts. 489 y ss. LECrim) o prisión provisional (arts. 502 y ss. LECrim), así como cuando se admite a trámite una denuncia o querrela (art. 118.5 LECrim). Precisamente, este primer estadio de la imputación penal aparece reflejado, básicamente, en el artículo 118.1 LECrim cuando afirma que “toda persona a quien se atribuya un hecho punible...”.

¹ Véanse, entre otros, FENECH, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Librería Boch, Barcelona 1947, pp. 71 ss., también en *Derecho Procesal Penal*, V.I, editorial Labor S.A., Barcelona 1952, pp. 413 ss.; PRIETO CASTRO/GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Tecnos, Madrid 1978, pp. 120 ss.; GÓMEZ ORBANEJA, en GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1984, pp. 76 ss. Más recientemente, MONTERO AROCA, en MONTERO AROCA Juan y OTROS, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 24ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 92 ss.; MORENO CATENA, en MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 94.; TOMÉ GARCÍA, *Curso de derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid 2016, pp.87 y 112-113; BARONA VILAR Silvia, en GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR y OTROS, *Proceso Penal, Derecho Procesal Penal, III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 98.

² La reforma producida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, sustituyó el término «imputado» por el de «investigado» o «encausado». Como afirma el apartado V de su Preámbulo: «La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible. A tal fin se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de esta ley. Entre sus conclusiones se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal. La reforma ha hecho suyas esas conclusiones. Y así, el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con el término encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto. Sin perjuicio de que a lo largo de esta ley se ha procedido ya de acuerdo con semejante ajuste conceptual y terminológico, en el apartado veinte se efectúa la oportuna sustitución de los términos mencionados respecto del resto del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, esta sustitución no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos «acusado» o «procesado», que podrán ser empleados de forma indistinta al de «encausado» en las fases oportunas».

- b) *Procesado*: Si, como consecuencia de las diligencias practicadas, en el sumario aparecen «indicios racionales de criminalidad contra determinada persona», se dictará auto declarándola procesada (art. 384, I LECrim). El procesamiento supone, por tanto, la imputación formal de la realización del hecho punible.
- c) *Acusado*: Una vez terminada la primera fase del proceso (sumario o instrucción) y presentados los correspondientes escritos (de calificaciones provisionales: proceso ordinario; de acusación: procedimiento abreviado), el juicio se celebra contra la persona o personas que son, específicamente, objeto de acusación en los mismos.

Ahora bien, ¿en qué estadio de la imputación penal surge el derecho/deber de información?

Históricamente, la declaración formal de procesado llevaba consigo dos consecuencias: La primera, que dicha declaración formal permitía conocer, con absoluta precisión en el tiempo cuándo una persona debía ser considerada «procesada». La segunda, derivada de la anterior, es que se señalaba el momento a partir del cual el procesado podía hacer uso de los derechos que como tal le estaban atribuidos, especialmente, del derecho de defensa. En consecuencia, antes de dictarse el auto de procesamiento el imputado carecía legalmente de los derechos y garantía procesales. Esta situación cambió con la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que modificó diferentes artículos de la ley procesal penal, entre otros, el artículo 118, en cuyo párrafo primero estableció que «Toda persona a quien se impute (hoy atribuya) un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho». Precepto que, a juicio del Tribunal Constitucional, «reconoce la nueva categoría de imputado a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de la denuncia o querella (no de la simple interposición de una u otra) o cualquier otra actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá en este derecho»³.

En consecuencia, desde el momento en que se produzca alguno de los actos procesales anteriormente indicados (admisión de una denuncia o querella, adopción de una medida cautelar, etc.) se adquiere la condición de imputado (hoy investigado) y gozará de todos los derechos y garantías procesales, singularmente del derecho de defensa.

En la regulación del proceso abreviado (1988) no se previó ningún precepto en el que se estableciese cuándo se adquiere la condición de imputado y sus consecuencias. Ante esa ausencia el Tribunal Constitucional se vio obligado a indicarlo, precisando que el Juez de Instrucción en algún momento de la instrucción debía imputar (imputación judicial) el hecho o hechos presuntamente delictivos a una determinada persona, además de informarle de los derechos que le asistían, singularmente del derecho de defensa. Ese momento vendría a coincidir con la comparecencia ante el Juez de Instrucción prevista en el artículo 789.4 (hoy 775) de la LECrim. Si no se llevase a cabo esa comparecencia, y no se produjese una imputación contra una

³ STC (Sala Primera) 135/1989, de 19 de julio (BOE, núm. 190, de 10 de agosto de 1989).

determinada persona (en todo caso antes de concluir las diligencias previas) esta no habría asumido formalmente el *status* de imputado y, en consecuencia, tampoco podría dirigirse acusación alguna contra ella⁴.

Además, en relación con el derecho de defensa en esa comparecencia, el Alto Tribunal ha declarado de forma constante que «la tutela del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario, una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; b) en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto al Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos, y de modo especial de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la «primera comparecencia» contemplada en el artículo 789.4 LECrim; y c) no se debe someter al imputado al régimen de declaraciones testificales cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 18.1 y 2 LECrim), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, etc. De este modo si la fase instructora exige como ineludible la existencia de una *notitia criminis* y conduce a la investigación de unos concretos hechos y la participación en ellos de unas personas determinadas (arts. 299 y 300 LECrim), el Juez de Instrucción no puede, mediante el retraso de la puesta en conocimiento de la acusación (esto es, del hecho punible objeto de las diligencias previas), eludir que el sujeto pasivo asuma el status de parte procesal tan pronto como exista dicha imputación en la instrucción, efectuando una investigación sumarial a sus espaldas. Pues la omisión de un trámite procesal de tanta relevancia y la clausura de la instrucción sin haber ilustrado de sus derechos al imputado y sin siquiera haberle oído en dicha condición, entraña una indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE»⁵.

En definitiva, podemos afirmar que en el proceso abreviado la comparecencia del imputado ante el Juez de Instrucción prevista en el artículo 789.4 (hoy 775) de la LECrim resulta ser el momento para que aquél pueda ejercer el derecho de defensa, y, por tanto, el derecho a la información.

Ahora bien, la concreción del momento en que dentro de un proceso debe hacerse efectivo aquel derecho no es fácil precisarlo. Como recuerda el Tribunal Supremo, citando al Tribunal Constitucional -STC (Sala Segunda) 19/2000, de 31 de enero (BOE núm. 54, de 3 marzo de 2000)- : «la imputación no debe retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado

⁴ Cfr. STC (Pleno) 186/1990, de 15 de noviembre (BOE, núm. 289, de 3 de diciembre de 1990), FJ 4 a) y 7.

⁵ STC (Sala Primera) 128/1993 de 19 de abril (BOE, núm. 124, de 25 de mayo de 1993), entre otras muchas.

el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el juez de instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al artículo 24 de la Constitución, y por ende acreedora de la sanción procesal de la «prueba prohibida» (artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Y, añade: «De esta forma, la condición de investigado procesal se gana cuando las autoridades judiciales, después de haber hecho el oportuno análisis muy preliminar sobre la posible atribución a una persona de una infracción delictiva, admiten a trámite una denuncia o querrela, o bien desde que se lleve a cabo contra ella cualquier actuación procesal que le implique en un hecho delictivo, y por supuesto desde que haya sido objeto de detención o cualquier medida cautelar (STC 44/1985)». Así pues, la condición de investigado -como atribución de un hecho punible- surge con la efectiva actividad de un organismo oficial con obligación de averiguar la veracidad de posibles hechos con caracteres de infracción penal por cualquiera de las vías que señala la ley, y excepto que se declare el secreto sumarial. Ello hace surgir, como principal consecuencia, el derecho de defensa⁶ y, por ende, añadimos nosotros, el derecho a la información.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en relación con este asunto, apunta que habrá que tener en cuenta, por un lado, en qué medida la demora podría repercutir negativamente en el ejercicio de su derecho de defensa; pero, a la vez, también deberá considerarse hasta qué punto la precipitación podría perjudicar la investigación en curso. Y, afirma: «Por tanto, en la búsqueda de un criterio que consiga el equilibrio entre ambos intereses controvertidos, no debe nunca perderse de vista que el fin que justifica el derecho de información no es otro que el ejercicio del derecho de defensa del investigado. En consecuencia, lo que motiva el nacimiento del derecho de información y con él, como se dijo, el nacimiento del estatus procesal de investigado, deberá ser la existencia de una situación en la que el derecho de defensa pudiera requerir un posicionamiento o actuación concreta por parte de una persona investigada, como puede ser la práctica de una declaración ante el Juez»⁷.

2.2. El derecho a ser informado de los hechos y de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos punibles

La Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de información en los procesos penales establece en su artículo 6.1 que «Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada reciba información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido. Esta información se facilitará con prontitud y con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa». Y, su apartado 4 prescribe: «Los Estados miembros garantizarán que se informe con prontitud a la persona sospechosa o acusada sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada de conformidad con el presente artículo cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento».

Como consecuencia de dicha norma, el artículo 118.1 de la LECrim, que contempla ocho manifestaciones del derecho de defensa, precisa en su apartado a) que toda persona a quien se atribuya un hecho punible tendrá derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyen y

⁶ STS 4385/2021, Penal (Sala de lo Penal), 24 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4385).

⁷ Circular 3/2018, de 1 de junio.

también de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Y, añade: «Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa».

Por su parte, el artículo 775, en la regulación del proceso abreviado, después de indicar el apartado 1 que el Juez, en la primera comparecencia informará al investigado de los hechos que se le imputan, en la forma más comprensible, y, previamente, el Letrado de la Administración de Justicia de sus derechos, en particular de los enumerados en el artículo 118.1, el apartado 2, afirma: «Cuando del resultado de las diligencias se produzca algún cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados, el Juez informará con prontitud de ello al investigado. Esta información podrá ser facilitada mediante una exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa, comunicada por escrito al Abogado defensor del investigado».

Del tenor literal de ambos preceptos se deduce lo siguiente:

1º) El deber que tiene el órgano judicial de informar al investigado de los hechos que se le imputan. Información que debe hacerse con el grado de detalle suficiente para ejercer el derecho de defensa.

Partiendo de que el derecho a la información de los hechos comprende no solo su dimensión fáctica sino también, en su caso, la normativa⁸, conviene señalar que el artículo 118.1 de la LECrim no exige que la información detallada de los hechos imputados se realice por escrito, ni tampoco precisa la forma que ha de revestir. Lo que establece es el momento en que debe producirse. Por otro lado, el grado de «detalle» de la información tampoco aparece fijado por la norma, por lo que hay que entender que queda al arbitrio del órgano judicial y que dependerá del momento en que se encuentre la investigación, puesto que, como es sabido, el objeto del proceso penal se forma gradualmente.

En relación con este extremo, la STS 844/2022, Penal (Sala de lo Penal), de 3 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:844) citando sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, en relación con el derecho a ser informado de la acusación declara que «lo realmente relevante no es que el acusado esté informado desde el mismo inicio del procedimiento de los hechos que se le imputan y de su calificación jurídica, sino que la información se comunique al acusado con la suficiente antelación para que éste pueda preparar su defensa. No es imprescindible que la imputación quede plenamente fijada en el acto de llevarse a cabo la primera declaración al investigado ante el Juez de Instrucción, pudiéndose concretar a lo largo de la instrucción hasta el escrito de calificaciones provisionales, de manera que en la contestación al mismo el acusado puede proponer las pruebas que estime pertinentes y ejercer, a partir de ese momento y durante el Juicio Oral, plenamente su defensa, tanto frente a los hechos como frente a sus calificaciones jurídicas. Incluso cabe la posibilidad de que, tras la práctica de las pruebas en el acto del Juicio Oral, las acusaciones, en sus conclusiones definitivas, cambien la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena».

⁸ STS 218/2021, Penal (Sala de lo Penal), de 21 enero 2021 (ECLI:ES:2021:218).

Por lo demás, deberán tenerse en cuenta también las necesidades informativas de la persona investigada para que pueda ejercer su derecho de defensa.

2º) El investigado tiene derecho a ser informado de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Y la regulación del proceso abreviado añade que “el Juez informará con prontitud de ello al investigado”.

El principal problema que presenta este inciso es determinar cuándo se entiende que su produce un cambio en el objeto de investigación y en los hechos que exija cumplir con el deber de informar al investigado. Es decir, cuándo debe entenderse que se ha producido un cambio relevante que puede afectar al derecho de defensa.

Para la Fiscalía General del Estado «lo que debe motivar un nuevo acto de información al investigado será la existencia de un cambio sustancial en los hechos o en las circunstancias de los que ya recibió información en el momento inicial en el que fue instruido de sus derechos. En consecuencia, será cualquier modificación sustancial de esos hechos, de su relevancia penal o de su calificación jurídica provisional, lo que deberá motivar el nuevo acto de información al investigado»⁹.

En este punto el Considerando 29 de la Directiva 2012/13/UE indica que: «si, durante el proceso penal, los detalles de la acusación cambian hasta el punto de afectar sustancialmente a la posición de la persona sospechosa o acusada, esta debe ser informada de ello cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del proceso y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa».

En conclusión, nos encontramos con un concepto que, en cada caso, deberá interpretar el órgano judicial.

Por lo que se refiere a la forma en qué se debe proceder a comunicar el «cambio relevante» al investigado, el artículo 118 no la prevé mientras que en la regulación del proceso abreviado el artículo 775.2 indica que «podrá ser facilitada mediante una exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa, comunicada por escrito al Abogado defensor del investigado». Como se puede observar esta forma de informar es una posibilidad («podrá») y no un deber, por lo que cualquier otra sería admisible.

2.3. El derecho a examinar las actuaciones

El artículo 7 de la Directiva 12/2013/UE regula el denominado derecho de acceso a los materiales del expediente y en su apartado 2 afirma que «Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa». Dicho acceso deberá producirse con la debida antelación para ejercer el derecho de defensa y si llegan a poder de las autoridades más pruebas materiales igualmente se concederá el correspondiente acceso y con la debida antelación (apartado 3).

⁹ Circular 3/2018, de 1 de junio.

Ciertamente nuestra Ley procesal penal ya estableció con carácter general en su artículo 2 que: «Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal...estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor». Ello comporta, como tiene declarado el Tribunal Supremo, el conocimiento puntual de las diligencias de investigación, sin requerir de la defensa una actividad de indagación de actuaciones¹⁰.

No obstante, de una manera más precisa, y para transponer la Directiva ya citada, el artículo 118.1. b) de la LECrim previene que toda persona a quien se atribuya un hecho punible tendrá: «Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración».

La cuestión fundamental que plantea este precepto es determinar a qué «actuaciones» se refiere el precepto o, en palabras de la Directiva, «las pruebas materiales».

En principio hay que afirmar que por tales expresiones se deberá entender todas las actuaciones judiciales realizadas hasta ese momento. En este sentido, el Considerando 31 de la Directiva 2012/13/UE precisa que el acceso a tales «pruebas» debe incluir «el acceso a materiales como, por ejemplo, documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo. Las autoridades competentes pueden recoger dichos materiales en un archivo de expedientes o conservarlos de cualquier modo adecuado de conformidad con la legislación nacional».

Por su parte, el Tribunal Supremo afirma que el derecho de acceso a los materiales «se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, pero no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial». Es decir, «la fase previa a la investigación que no se vierte sobre el proceso y que por ende, carece de virtualidad como fuente de prueba, no integra el "expediente" preciso para el efectivo ejercicio de defensa»¹¹.

En definitiva, para el Tribunal Supremo el derecho de acceso a las «actuaciones» comprende todas las derivadas del procedimiento judicial pero no las anteriores a su inicio.

Por lo demás, este derecho de acceso a las actuaciones lo concibe como gratuito la Directiva 2012/13/UE/-art. 7.5-. Ahora bien, ni la propia Directiva ni la regulación de la LECrim establecen la gratuidad para la obtención de las copias que, en su caso, se solicitasen de aquellas, por lo que habrá que estar a lo que establecen las leyes procesales. En este sentido el artículo 234.2 de la LOPJ previene que: «Las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo tendrán derecho a obtener, en la forma dispuesta en las leyes procesales y, en su caso, en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, copias simples de los escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados. También tendrán derecho a que se les expidan los testimonios y certificados en los casos y a través del cauce establecido en las leyes procesales»¹².

¹⁰ Cfr. STS 3672/2021, Penal (Sala de lo Penal), de 4 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3672).

¹¹ STS 795/2014, Penal (Sala de lo Penal), de 20 noviembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014/4961).

¹² Sobre la obtención de copias véase Tuset VARELA, «El derecho de acceso al expediente. Especial referencia a la obtención de copias en el proceso penal», *Diario La Ley*, 2020, nº 9636.

2.4. Límites en el derecho de acceso a las actuaciones

El artículo 7.4 de la Directiva 2012/13/UE/ previene, con carácter general, la posibilidad de limitar el acceso a determinados materiales cuando ello pueda «dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial».

En nuestro ordenamiento jurídico, la limitación del derecho de acceso a las actuaciones se produce cuando se haya declarado el secreto de las mismas o en alguno de los supuestos específicamente previstos (protección de testigos o peritos; agente encubierto).

El carácter secreto del sumario ha venido siendo proclamado en el artículo 301.1º de la LECrim desde 1882 en los siguientes términos: «Las diligencias del sumario serán secretas -hoy denominadas reservadas- hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley». A continuación, dicho precepto en los siguientes párrafos establece las sanciones que corresponden a Abogados, Procuradores y cualquier otra persona que revelen las actuaciones sumariales (multa de 500 a 10.000 euros), precisando que en el caso de que fuese un funcionario incurriría en responsabilidad penal.

Esta regla, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, resulta ser una de las excepciones a las que se refiere el artículo 120.1 de la Constitución, que consagra el principio de la publicidad de las actuaciones judiciales y encuentra apoyo en diferentes textos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14.1) y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales de 1950 (art. 6.1) y su interpretación debe ser estricta [STC 13/1985, de 31 de enero (RTC 1985, 13), entre otras muchas].

No obstante, para comprender correctamente el significado del “secreto” en el proceso penal es necesario tener en cuenta también el artículo 302 que completa al anterior precepto. En él se establece el principio general de que «Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento». A continuación, precisa los supuestos en los que ese conocimiento puede verse limitado: «Si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso, debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario».

Como tiene señalado de forma constante el Tribunal Supremo: «Cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el artículo 302 no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan

intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto»¹³.

Ahora bien, la declaración de secreto del sumario no atribuye al Juez instructor la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados: es simplemente un instrumento dirigido a asegurar el éxito de la investigación que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando que se extienda más allá de lo imprescindible. En consecuencia, el secreto del sumario permite al juez no incluir cierta información en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no le autoriza a ocultarles sin más todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquellas¹⁴.

Con base en esta doctrina común hay que señalar que cuando en una causa penal, declarada total o parcialmente secreta, se quieren ejercitar estos derechos de información y de acceso al expediente se produce un conflicto entre dos valores: por una parte, el interés de la defensa de la libertad personal; por otro, el interés público en no perjudicar los fines con relevancia constitucional de los que es tributario el secreto. En relación con ello el Tribunal Constitucional en las sentencias ya citadas anteriormente sostiene:

En primer lugar, que si bien no hay duda de que el secreto sumarial incide, siquiera temporalmente, en las capacidades de defensa del investigado, limitando sus posibilidades de conocer e intervenir en el desarrollo de la investigación penal, el sacrificio del pleno disfrute por el justiciable de sus derechos y garantías que ello implica no exime, sin embargo, de la obligación de informarle debidamente sobre los hechos que se le imputan y sobre las razones motivadoras, en su caso, de su privación de libertad como tampoco puede privarle, en términos absolutos, de su derecho de acceder a las actuaciones para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad.

En segundo lugar, que no obstante lo anterior, también es verdad que los fines a los que legal y constitucionalmente sirve el secreto sumarial no pueden desvanecerse como consecuencia del ejercicio efectivo de esos indicados derechos del justiciable, pues en tal caso el secreto perdería su razón de ser, lo cual viene refrendado por la propia Directiva 2012/13/UE (art. 7.4).

En definitiva, como ya hemos indicado en relación con otros supuestos, el órgano judicial deberá tener en cuenta en cada caso como ponderar los intereses en conflicto.

3. El derecho de información del detenido

El artículo 4 de la Directiva 2012/13/UE trata concretamente de la declaración de derechos en el momento de la detención y en él, después de afirmar en el apartado primero que la persona detenida recibirá con prontitud una declaración de derechos escrita y que se le dará ocasión de leer la declaración de derechos y se le permitirá conservarla en su poder durante todo el tiempo que dure la privación de libertad, enuncia en el apartado siguiente una serie de derechos entre los que se encuentra «el derecho de acceso a los materiales del expediente», añadiendo el apartado tercero que la declaración de derechos contendrá, asimismo, información básica

¹³ STS 526/2020, Penal (Sala de lo Penal), de 21 octubre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3345).

¹⁴ STC (Sala Primera) 94/2019, de 15 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019).

relativa a las posibilidades, con arreglo a la legislación nacional, de impugnación de la legalidad de la detención, obtención de una revisión de la misma, o solicitud de la libertad provisional.

Por su parte, el artículo 6.2 de esa misma Directiva precisa que el detenido debe ser informado de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa. Y el artículo 7.1 añade que los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

La transposición de esta Directiva a nuestro ordenamiento jurídico por la LO 5/2015, de 27 de abril, dio lugar a una modificación importante del artículo 520 de la LECrim que, como es sabido, supone una concreción del derecho de defensa previsto en el artículo 118 de la LECrim ante la adopción de una medida cautelar de naturaleza personal. En concreto, se modificaron los apartados 2, 3 y 5 del artículo 520 y se introdujo un nuevo apartado 2 bis. No obstante, antes de su entrada en vigor -28 octubre 2015-, la LO 13/2015, de 5 de octubre, volvió a modificar, entre otros, este precepto para adecuarlo a la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. En concreto, dio una nueva redacción, y es la vigente, a los seis apartados del artículo 520 que lo formaban hasta ese momento, añadiendo los apartados 7 y 8 (el 2 bis ya existía, pero no había entrado en vigor al aprobarse la LO 13/2015).

De esta nueva redacción del precepto, a los efectos que aquí interesa, cabe destacar lo siguiente: El apartado 1, que establece el modo en que debe practicarse tanto la detención como la prisión provisional –en la forma que menos perjudique en su persona, reputación y patrimonio al detenido o preso- y la duración de la detención –el tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos y, como máximo, setenta y dos horas-, introduce una precisión al afirmar que, quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados posteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquellos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información. Además, se añade un párrafo tercero en el que se indica que el atestado deberá reflejar el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición judicial o en su caso, de la puesta en libertad.

El apartado 2 precisa que el detenido o preso debe ser informado de los hechos que se le atribuyen, las razones motivadoras de su privación de libertad y de los derechos que le asisten, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y todo ello de forma inmediata. También debe permitírsele conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

A continuación, dentro de la enumeración de derechos que establece incluye, entre otros, «el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad»; el derecho a poner en conocimiento de un familiar o persona que desee su privación de libertad y lugar en que se encuentra, así como el derecho a comunicarse telefónicamente, con un tercero de su elección. El apartado se completa con las indicaciones sobre el derecho del detenido a la información acerca del plazo legal de la

detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y el procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de aquella y también a tener la declaración escrita de los derechos en una lengua que comprenda.

3.1. El derecho de información sobre los hechos y los motivos de la detención

El artículo 17 de la Constitución ya reconoce a toda persona detenida el derecho a «ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención». Y el artículo 520 de la LECrim tradicionalmente también. No obstante, el Tribunal Constitucional, tras la reforma legal señalada anteriormente, ha elaborado una doctrina que puede sintetizarse en los siguientes puntos¹⁵:

1º) En relación con la forma en que la información ha de ser suministrada ha de afirmarse que debe ser proporcionada al detenido por escrito. Es decir, la información no puede ser únicamente verbal, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual «información de derechos». Además, ha de formalizarse en un documento que ha de ser entregado al detenido, que bien puede ser el mismo en el que se recoja la información sobre sus derechos. En todo caso, debe también dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información. De esta forma se evitarán posteriores debates sobre el momento y contenido de la información facilitada, y se favorece el control de su consistencia y suficiencia.

2º) En cuanto al momento en el que la información ha de ser facilitada, tanto la Constitución como la LECrim lo expresan con rotundidad: «de forma inmediata». Esta exigencia, afirma el Tribunal Constitucional, «se dirige a evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad. En todo caso, en garantía de su derecho de defensa, deberá proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía».

3º) La información que debe ser facilitada únicamente se entenderá que es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, definen su estatuto personal.

La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no solo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No resulta suficiente con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de comprender también el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención.

En este sentido, continúa el Tribunal Constitucional, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la

¹⁵ Cfr. STC (Sala Segunda) 180/2020, de 14 de diciembre (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021); STC (Sala Primera) 21/2018, de 5 de marzo (BOE núm. 90, de 13 de abril de 2018).

identificación del hecho delictivo, y también a los 'indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo', indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva.

Así pues, el derecho del detenido a la información sobre los hechos y los motivos de su detención se corresponde con el deber que tiene quien realiza la detención de facilitarle aquella. Se trata «de un derecho distinto del derecho de acceso a las actuaciones policiales, porque este último es un derecho instrumental o complementario del anterior, aunque ambos aparecen conectados funcionalmente. Desde el punto de vista lógico-jurídico, el derecho a la información, de acuerdo con lo que este tribunal declaró en la STC 21/2018, FJ 7, se configura como presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de acceso a las actuaciones. Sin una previa información no es posible conocer los elementos esenciales de las actuaciones que deben ser objeto de acceso, mientras que sin ese acceso no sería posible comprobar la veracidad y suficiencia de la información facilitada» (STC 181/2020, FJ 4).

Por otra parte, la configuración de ambos derechos es diferente en relación a la exigencia para hacer efectivo su ejercicio, puesto que así como al derecho de información le corresponde el deber de facilitarla por la autoridad policial que realice la detención sin que el detenido deba realizar nada para conseguirla, cuando se trata del derecho de acceso a las actuaciones debe ser instado por la persona detenida y es en ese momento cuando surge el deber de cumplirlo por la autoridad correspondiente.

3.2. El derecho de acceso a los elementos esenciales para impugnar la detención o la prisión

Junto al derecho de información sobre los hechos y los motivos de la detención, el artículo 520.2, d) prevé específicamente el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad¹⁶.

Como afirma el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia anteriormente citada, «la obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías, y grabaciones de sonido o vídeo, u otras similares), dota de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, garantía adicional del derecho constitucional a la libertad y seguridad personal que ha obtenido por primera vez reconocimiento legal como derecho del detenido en el nuevo artículo 520.2 d) de la LECrim» (STC 21/2018, FJ 6).

Ahora bien, la determinación de cuáles sean dichos elementos esenciales será necesariamente casuística, atendiendo a las circunstancias que han justificado la privación de libertad. A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional cita, entre otros, «la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden

¹⁶ Véase HERNÁNDEZ IZAGUERRI, «Derecho de acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención policial y garantías constitucionales afectadas», *RDUNED (Revista de Derecho UNED)*, 2021, n° 27, págs. 547 y ss.

ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes, las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas»¹⁷.

Nótese que a diferencia del derecho de acceso a las actuaciones previsto en el artículo 118, que está en relación con la investigación de los hechos imputados, aquí, en el caso de la detención, se trata de acceder a los elementos de las actuaciones derivadas de la actuación policial que se consideran esenciales, relacionados de forma directa con la detención. Esa es su finalidad, tener conocimiento de las actuaciones que han llevado a la detención. Por ello, afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia ya citada, que «se trata de un derecho que debe ser entendido de forma inescindible, complementaria e instrumental a los derechos a recibir información sobre las razones de la detención y a impugnar la legalidad de la detención».

En la medida en que las razones de la detención deben venir apoyadas en datos objetivos para entender que son suficientes, las mismas han de poder ser contrastadas y verificadas accediendo a los elementos de las actuaciones que les dan sustantividad. Resulta evidente que solo si el detenido, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado de libertad estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia. Por tanto, esta facultad de acceso reconocida por la ley tiene como finalidad facilitar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, permite cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial.

En todo caso, la decisión sobre el carácter fundamental de un determinado elemento en clave de privación de libertad o sobre la forma de acceso corresponderá a los agentes policiales en supuestos de detención y al juez de instrucción si se trata de prisión provisional. En caso de discrepancia, el detenido puede activar la garantía del *habeas corpus* para que la autoridad judicial dirima la controversia [STC 21/2018, FJ 7 b)]. Asimismo, la idoneidad de la decisión judicial del instructor de entrega de datos y materiales es susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido [STC 83/2019, FJ 6 d)].

Por lo que se refiere a la forma y momento en que el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones puede ejercerse el Tribunal Constitucional lo sitúa en el intervalo que va desde el momento en que es informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención hasta el momento de ser interrogado policialmente por primera vez. «Por tanto, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear. De esta manera, el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente, podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este

¹⁷ Por todas, STC (Sala Segunda) 180/2020, de 14 de diciembre (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021). Un comentario a esta sentencia puede verse en ABELLÁN ALBERTOS, «¿Por qué no se declara como lesión al «derecho a conocer» a la vulneración de los derechos de información y de acceso a las actuaciones?», *Diario La Ley*, 2021, nº 9834.

último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder. Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del *habeas corpus* para que la autoridad judicial dirima la controversia» (STC 21/2018, FJ 7).

En definitiva, «mientras que el derecho a ser informado sobre los hechos investigados y sobre las razones que han llevado al detenido a presencia judicial debe ser promovido directamente por el instructor [...] los restantes derechos enumerados en el artículo 520.2 LECrim y, entre ellos, el acceso a los materiales del expediente relacionados con su privación de libertad que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] requieren, en cambio, de la rogación por el interesado, quien después de ser informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate»¹⁸.

De lo expuesto anteriormente se deduce de forma implícita, que habrá ocasiones en que formará parte de este derecho a la información para impugnar la detención, el acceso al atestado de forma íntegra¹⁹ mientras que en otras no²⁰.

¹⁸ STC (Sala Primera) 83/2019, de 17 de junio (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2019).

¹⁹ En este sentido, el Tribunal Constitucional en la STC (Sala Segunda) 13/2017, de 13 enero (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017), en relación con unos hechos producidos en el año 2014, por tanto, anteriores a las reformas de 2015 pero ya vigente la Directiva 2012/13/UE, consistentes en que el funcionario instructor se negó a proporcionar copia del atestado policial que hiciera posible la impugnación de la detención del solicitante, declaró que “la negativa sin justificación alguna del Instructor a la entrega del material del que ya disponía, trajo consigo así la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (entonces, art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad”. Se ha dicho que, “Es clave en este caso que el Tribunal Constitucional haga mención a la entrega del material que ya se disponía sin restricción alguna, por cuanto entender que existe un derecho de limitación y de «selección» del contenido del atestado para su entrega al letrado del detenido suponen que se cercene este derecho en dependencias policiales, más aún cuando es sabido que en sede judicial se le entregará. Es por ello, por lo que no se entiende la negativa en sede policial cuando de conocerlo podría aclarar lo sucedido, dar una explicación a la denuncia, reconocer, o no, los hechos; en definitiva, permitir una más completa declaración en sede policial del detenido mediante el suministro de «toda» la información y no de parte de esa información, porque ello quiebra el derecho de defensa de forma clara y concluyente”. (MAGRO SERVET, «El derecho de entrega del atestado policial y el derecho de defensa», *Diario La Ley*, nº 9457, 7 enero 2017). En ese mismo sentido, ARAGONÉS SEIJO/ALAMILLO ESTIVAL sostienen que: “En caso de impugnación de la legalidad de la detención la policía actuante debe permitir, a instancia del detenido o de su abogado, el acceso al atestado policial en el estado en que se encuentre” («El acceso al atestado policial por el detenido: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2017, de 30 de enero de 2017», *Diario La Ley*, 2017, nº 8954). Sobre la negativa del detenido y su letrado a acceder al atestado policial o bien permitir el acceso pero sólo al letrado y únicamente para que lo consulte en el acto, sin posibilidad de hacer copias, puede verse también, AGUILERA MORALES, «Justicia penal y unión europea: un breve balance en clave de derechos», *La Ley Penal*, núm. 8883, 16 de diciembre de 2016.

²⁰ En relación con la sentencia citada anteriormente (STC (Sala Segunda) 13/2017, de 30 enero (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017) también se ha sostenido, a partir según el autor de la diferente función que tiene el abogado en sede policial (garante de la libertad del detenido) y judicial (tuitiva), que tras la publicación de la LO 5/2015 se puede concluir lo siguiente: “1º) Que el denominado «derecho de acceso al expediente» —atestado— en sede policial por el detenido y/o letrado, se contrae únicamente a aquellos materiales obrantes en él que sustenten la legalidad material y formal de la detención de cara a la posible interposición de un procedimiento de Habeas Corpus. 2º) Que dicho derecho no es absoluto, y que encuentra sus límites en el respeto a los derechos de terceros, intereses públicos, éxito de la investigación, seguridad del Estado, etc. 3º) Que, en consecuencia, se podrá denegar el acceso a estos elementos, y que deberá recogerse en una diligencia cuáles se mostraron y los que se denegaron, motivando el porqué de la negativa, con el fin de que se produzca el necesario control judicial de dicha medida.

En relación con la prisión provisional, el artículo 505.3, II de la LECrim, que regula la audiencia en la que se puede adoptar tal medida cautelar, prevé, en términos similares a la detención, que «el abogado del investigado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado». Es decir, al igual que sucede con la detención, el ejercicio del derecho de defensa exige tener conocimiento de los elementos necesarios para cuestionar las razones que dieron lugar a la adopción de tal medida.

Al respecto el Tribunal Constitucional afirma que: «La prisión provisional solo puede ser decretada cuando concurren los requisitos fijados en el artículo 503.1 LECrim, que a su vez recoge las exigencias constitucionales al respecto: la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva como presupuesto y la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida como objetivo. El control de su cumplimiento y, con ello, de la legalidad de la medida cautelar personal, presupone el conocimiento de qué hechos con apariencia de qué delito se investigan y cuál es la conexión del investigado con esos hechos que permite creerle responsable de los mismos, además de los elementos de los que quepa inferir los fines constitucionales de aseguramiento que la justifican, sea evitar el riesgo de fuga, el de obstrucción en la instrucción o el de reiteración delictiva (SSTC 29/2019 y 30/2019). Será preciso, en buena lógica, informar sobre los indicios de comisión del delito por parte del investigado capaces de sustentar la prisión provisional en el momento procesal de que se trate y la procedencia objetiva de tales indicios, lo que implica una referencia a las fuentes de prueba»²¹.

En cuanto al momento de acceso a los materiales señala también el Alto Tribunal en la sentencia anteriormente citada que este debe localizarse «en el intervalo entre el conocimiento de que se va a celebrar la comparecencia para decidir sobre la situación personal (art. 505 LECrim) y el turno para alegar en la comparecencia convocada», para lograr así «tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones» antes de que el órgano judicial adopte una decisión. De este modo se da oportunidad al investigado potencialmente afectado de tener «acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican» [STC 83/2019, FJ 6 b)].

3.3. Límites en el acceso a las actuaciones

Al analizar el derecho de información del investigado ya nos hemos referido a la posibilidad de limitar el acceso a determinados materiales cuando se declara total o parcialmente secreta la investigación.

En el caso de que durante la instrucción de un proceso penal, declarado total o parcialmente secreto, se plantease la adopción de una medida cautelar de naturaleza personal el tenor literal del artículo 505.3, II puede llevar a una interpretación inexacta. En efecto, tal precepto establece que el Abogado del investigado o encausado «tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las

4º) Que el derecho citado no implica la entrega de copia del atestado". (MARCHAL ESCALONA, "¿Entrega de copia del atestado al abogado en sede judicial?", *Diario La Ley*, nº 8932, 2 marzo 2017).

²¹ STC (Sala Segunda) 180/2020, de 14 diciembre (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021).

actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado». Sin embargo, como tiene declarado el Tribunal Constitucional²², la expresión «en todo caso» no supone una suerte de alzamiento del secreto sumarial que abra ilimitadamente la causa o algunas de las piezas, declaradas secretas, al conocimiento de las partes en situación, efectiva o potencial, de privación de libertad, a resultas de lo que suceda en la comparecencia prevista en el artículo 505 sino que, muy al contrario, subordina la toma de conocimiento de lo actuado a lo estrictamente necesario en orden a comprobar la regularidad de la medida privativa de libertad, debiendo por ello facilitarse al investigado tan solo lo imprescindible para, dado el caso, cuestionar su pertinencia y promover su impugnación, por lo que, en consecuencia, el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial -en el sentido de sustancial, fundamental o elemental- para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, y siempre, por supuesto, previa solicitud expresa por su parte.

O lo que es lo mismo, el grado de conocimiento de las actuaciones declaradas secretas para el investigado o encausado y sometido a una medida cautelar de naturaleza personal debe ser el necesario al objeto de impugnar dicha medida. El problema estriba en la determinación en el caso concreto acerca de cuál debe ser ese grado de conocimiento²³.

Así, en el caso resuelto por la STC (Sala Primera) 94/2019, de 15 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019), el demandante en amparo planteó en la comparecencia prevista en el artículo 505 para decretar la prisión provisional, a través de su abogado, que se encontraba en situación de indefensión material, al no haberse levantado el secreto de las actuaciones con anterioridad a dicha comparecencia y desconocer los motivos y hechos que se le imputaban, añadiendo que de ellos solo había tenido una somera constancia. El abogado lamentó la imposibilidad de desplegar una adecuada defensa frente a la petición de privación de libertad solicitada por el Ministerio Fiscal ya que tenía muy poca información sobre la investigación realizada hasta entonces, añadiendo en su exposición que el Juez ya había anticipado que el grado de información que recibirían sería limitado como consecuencia de la declaración de secreto. Esta mima reclamación la realizó en el correspondiente recurso de apelación contra la adopción de la medida cautelar insistiendo que la indefensión que padecía su cliente era fruto de la falta de acceso a lo esencial en las actuaciones, lo que supuso que solo desde los escasos detalles proporcionados en sede policial y judicial pudiera contradecir los argumentos defendidos de contrario por la fiscal durante la comparecencia ya que no se le procuró acceso alguno, aun limitado, a las actuaciones.

El Alto Tribunal, siguiendo la doctrina expuesta en la STC (Sala Primera) 83/2019, de 17 de junio (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2019)²⁴, estimó el recurso de amparo al considerar que se había

²² Cfr., entre otras, STC (Sala Primera) 21/2018, de 5 de marzo (BOE núm. 90, de 13 de abril de 2018); STC (Sala Segunda) 83/2019, de 17 de junio (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2019); STS (Sala Primera) 94/2019, de 15 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019).

²³ Véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes», *Diario la Ley*, 2017, nº 8930.

²⁴ Un comentario a esta sentencia puede verse en DIEZ DE LASTRA MARTÍNEZ, «La incidencia del secreto de actuaciones y la adopción de la medida cautelar de prisión provisional en el derecho de defensa», *Diario La Ley*, 2019, nº 9541. En él el autor concluye que: «En el presente caso que resuelve el Tribunal Constitucional, se debió declarar nulo el Auto que acuerda la prisión provisional del demandante de amparo por vulneración de derechos

lesionado el derecho del demandante a recibir conocimiento de lo esencial en las actuaciones para impugnar la medida cautelar de prisión provisional. Entiende que la vulneración de sus derechos dimana del hecho mismo de que, pese a mostrar ese claro disenso, la comparecencia continuara hasta su finalización, sin interrumpirse con la finalidad de permitirle adquirir conocimiento de lo esencial o fundamental para cuestionar las razones que habrían de justificar la medida cautelar, antes de que se resolviera judicialmente sobre su situación personal. Por tanto, el otorgamiento del amparo se basa no en que no existiesen razones para acordar la libertad del demandante, debidamente expresadas en la resolución que la acordó, sino porque, habiéndolas, no se pusieron de manifiesto al detenido a través de los procedimientos establecidos en la ley.

4. El derecho de información del preso no condenado

Analizados los aspectos fundamentales de la regulación del derecho de información del investigado, del detenido, y de aquél sobre el que se puede decretar la prisión provisional tras la celebración de la audiencia correspondiente, un paso más en el ejercicio de tal derecho es analizar hasta qué punto lo puede ejercitar, o no, quien está ya sometido a la medida cautelar de la prisión provisional.

La Ley procesal penal no hace referencia alguna a esta posibilidad. Por su parte, la Ley General Penitenciaria, en la regulación del régimen penitenciario (Título II) previene en el artículo 15.2 que «a cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad»²⁵.

Por su parte, el Reglamento que desarrolla esta ley (RD 190/1996, de 9 de febrero)²⁶, al regular los derechos de los internos, se refiere también en el artículo 4.2 k) al derecho que tienen a

fundamentales al no haber sido informado previamente de los elementos esenciales de su detención y del procedimiento para el correcto ejercicio del derecho de defensa en toda su amplitud. Además, esa nulidad debería ser considerada como una anomalía de suficiente entidad como para poder solicitar una compensación económica y no sólo un reconocimiento teórico, vacío de efectos, puesto que el que ha visto vulnerado sus derechos durante la tramitación de un procedimiento que no ha reunido las garantías esenciales que marca la ley y la jurisprudencia, debería ver colmada su necesidad de amparo con un pronunciamiento judicial revisor en tal sentido que despliegue efectos anulatorios de las resoluciones judiciales vulneradoras del procedimiento, así como la posibilidad de poder interesar una indemnización al Estado por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia que no veló como debiera, los derechos fundamentales del justiciable».

²⁵ Y el artículo 15 bis 1, en relación con el tratamiento de datos de carácter personal, precisa: «Admitido en el establecimiento un interno, se procederá...a la apertura de un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria, respecto del que se reconoce el derecho de acceso. Este derecho sólo se verá limitado de forma individualizada y fundamentada en concretas razones de seguridad o tratamiento».

Más adelante, en el capítulo VIII trata de las comunicaciones y visitas. Así, después de indicar con carácter general que los internos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incommunicación judicial (artículo 51.1), precisa en el apartado cuarto de ese mismo precepto que: «Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo».

²⁶ Los artículos 41 y siguientes regulan las comunicaciones y visitas. Específicamente el artículo 48 se refiere a las comunicaciones con Abogados y Procuradores

«recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria»²⁷. Y, el artículo 18.1, en correspondencia con el artículo 15.1 de la Ley, señala que «admitido en el establecimiento un recluso, se procederá a... la apertura de un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria de la que tendrá derecho a ser informado».

El tenor literal de estos preceptos permite interpretar que es en ellos donde el legislador parece haber incluido el derecho de información del que venimos tratando, al referirse a la situación «procesal» y «penitenciaria». Es decir, del derecho que tiene todo recluso, se encuentre o no cumpliendo condena, a tener conocimiento de las correspondientes actuaciones. Sin embargo, tanto la doctrina²⁸ como los tribunales²⁹, se han pronunciado sobre estos preceptos fundamentalmente en relación con el condenado a una pena de prisión, pero no en relación con la persona reclusa que se encuentra en situación de prisión provisional. En consecuencia, surge la duda acerca de si esta última, a pesar de estar privada de su libertad, sigue teniendo o no como manifestaciones del derecho de defensa el derecho a seguir siendo informada de las actuaciones del proceso pendiente y a acceder a las mismas.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, con motivo de la petición de un investigado en situación de prisión provisional para usar un ordenador que le ayudase a preparar la defensa. En efecto, mediante Auto de 22 de diciembre de 2021 el citado tribunal resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Estella, en la que se desestimaba aquella petición al entender que no se considera una merma del derecho de defensa del investigado tal denegación ya que «este puede tener conocimiento íntegro del contenido de las pruebas

²⁷ Y, a continuación, su apartado 3, introducido por el Real Decreto 268/2022, de 12 de abril de 2022, precisa que: «Estos derechos y otros que puedan derivarse de la normativa penitenciaria, se podrán ejercer a través de las tecnologías de la información y comunicación, en función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario. En el ejercicio de dichos derechos mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, se deberán respetar en todo caso los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos, así como las normas de régimen interior del centro penitenciario».

²⁸ Véanse, entre otros, SOLAR CALVO, «El acceso al expediente penitenciario. El necesario tránsito de la forma al fondo. A propósito de la nueva normativa en protección de datos», en *Diario La Ley*, 2018, nº 9265; y «El necesario acceso de los internos a su expediente penitenciario tras la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos», *Diario La Ley*, 2019, nº 9387. GARCÍA CASTAÑO, «Derecho de defensa en el ámbito penitenciario», *Revista General de Derecho Penal*, 2022, nº 38. MAPELLI CAFFARENA/BARAS GONZÁLEZ, «El uso de las nuevas tecnologías en la prisión: comentarios a la reforma del reglamento penitenciario de 2021», en *Guía práctica de Derecho Penitenciario*, cap. 15, ed. La Ley, Madrid 2022.

²⁹ Un resumen sobre estos pronunciamientos judiciales de Juzgados y Audiencias Provinciales puede verse en RAMÍREZ JIMÉNEZ, «Del derecho de los internos de los establecimientos penitenciarios a acceder a su expediente penitenciario y a los informes técnicos emitidos por los profesionales que forman parte de los órganos colegiados, con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 164/2021, de 4 de octubre», en *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº 30, junio 2022, págs. 89 y ss. Un comentario a esta sentencia puede verse en, SOLAR CALVO María del Puerto y LACAL CUENCA Pedro, «La STC de 4 de octubre y el acceso al expediente de los internos en prisión», *Diario La Ley*, nº 9979, 2021.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo constitucional interpuesto por un interno de un establecimiento penitenciario que alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que la jurisdicción de vigilancia penitenciaria había admitido como válidos motivos genéricos y abstractos de denegación, ante el rechazo de acceder a los informes de los profesionales del Equipo Técnico, por parte de la Dirección, que habían servido de apoyo para que el órgano administrativo competente –la Junta de Tratamiento– denegara la concesión de un permiso ordinario de salida. Para el Alto Tribunal, la mera invocación de razones de confidencialidad y seguridad de los profesionales que emiten los informes técnicos y la buena finalidad del tratamiento penitenciario de los internos no justifica la restricción del derecho a la información en tanto que se sustenta en una motivación legal abstracta que impide conocer en qué medida, efectivamente, se concreta el peligro a la confidencialidad y seguridad que la Administración penitenciaria aduce.

practicadas a través de su letrado y de forma documental». Y, añadía: «El letrado podrá mantener cuantas entrevistas considere para preparar junto con el investigado la línea de defensa que estime oportuna, pudiendo en dichas entrevistas mostrarle la declaración de cada uno de los testigos intervinientes a través de la transcripción de dichas declaraciones no produciéndose, por lo tanto, merma del derecho de defensa».

Frente a tal decisión el apelante, discrepando de tal razonamiento, manifestaba en su recurso, en primer lugar, que había una parte importante de las actuaciones que no están en *papel*: «por ejemplo, las declaraciones grabadas de los testigos. Ciertamente es que existe un acta resumida, pero es un resumen y no el contenido íntegro de las declaraciones. También existen audios aportados por un testigo que deben ser escuchados para lo que es necesario un ordenador». Y, en segundo lugar, que «solo el informe policial con los chats completos del testigo y la víctima ocupan seiscientos cincuenta folios». Además, manifestaba que, si todos los intervinientes en la causa están trabajando con documentos electrónicos, lo correcto es que también lo puedan hacer los investigados: «el investigado es quien ejerce la defensa, el letrado la dirige: pero sin el conocimiento íntegro de las actuaciones, no es posible tener ese conocimiento íntegro».

La Audiencia Provincial estimó el recurso acogiendo su fundamento. Entiende que «la pretensión formulada se muestra proporcionada y acorde con las exigencias del derecho de defensa que, con toda evidencia, engloba la propia autotutela de la persona a que se reprocha una conducta penalmente relevante». Por ello concluye que no existe obstáculo para que en las horas de estudio se facilite al investigado preso, por los servicios penitenciarios el equipamiento electrónico preciso para acceder a los documentos electrónicos incorporados al proceso con el fin de poder visionar las declaraciones íntegras, así como todos los archivos de audio aportados durante la instrucción de la causa³⁰.

Como se puede observar, de esta resolución judicial se deduce que las manifestaciones del derecho de defensa analizadas no pueden verse limitadas por el hecho de que la persona esté sometida a la medida cautelar de la prisión provisional.

5. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 constituye un texto de nueva planta formado por nueve libros, precedidos de un título preliminar. Consta de 982 artículos, dos disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales, previéndose un periodo de *vacatio legis* de seis años³¹.

³⁰ Con posterioridad a este auto, el Real Decreto 268/2022, de 12 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, trasladó al régimen penitenciario las tecnologías de la información y comunicación.

³¹ El modelo en él previsto contempla la existencia de un solo proceso, sin perjuicio de la previsión de unos “procedimientos especiales” (Libro VIII: los procedimientos urgentes; el procedimiento por delito privado; el procedimiento contra personas aforadas; el procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea; el juicio por delitos leves; el procedimiento de decomiso autónomo; y, el procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución). En síntesis, este proceso “ordinario” se divide en tres fases:

Una primera fase denominada “procedimiento de investigación” -Libro IV- cuya dirección se atribuye al Ministerio Fiscal, y con la presencia de un “Juez de Garantías” (art. 28), que tiene como tarea fundamental –según señala la exposición de motivos- la de velar por los derechos individuales y no la de impulsar la actividad investigadora como hace actualmente el Juez de Instrucción. En esta primera fase habrá que tener en cuenta

El Título preliminar, bajo la rúbrica «Principios Constitucionales del proceso penal», consta de 21 artículos, distribuidos en cinco capítulos, y en él se comprenden no solo «principios» sino también «derechos» y «garantías». Precisamente, el capítulo IV se refiere a los derechos de la persona encausada a la defensa, al conocimiento de la acusación y a no declarar contra sí misma (arts. 11 a 17).

Después de que los artículos 11 a 13 tratan del derecho de defensa como principio general, el derecho a la designación de abogado, a comunicarse con él y a la confidencialidad de las comunicaciones y la protección del secreto profesional, los artículos 14 y 15, establecen, respectivamente, el derecho a conocer los cargos y la acusación y el derecho de acceso a las actuaciones³².

El artículo 14, siguiendo fundamentalmente el contenido del artículo 118 de la LECrim vigente, previene que desde que se dirija el procedimiento contra una persona determinada o haya sido privada de su libertad, se le comunicarán los hechos que se le atribuyan, para que pueda defenderse y si durante el proceso se le atribuyesen nuevos hechos se le comunicarán igualmente. Todo ello se hará en un lenguaje comprensible. Además, todo cambio relevante en el objeto del proceso le será comunicado de forma inmediata.

A continuación, el artículo 15 está dedicado de forma autónoma al derecho de acceso a las actuaciones, precisando que el derecho a conocer las actuaciones comprende el «examinarlas con la debida antelación antes de la práctica de cualquier diligencia relevante y, en todo caso, antes de que se le reciba declaración». A continuación, en su apartado segundo establece la excepción a tal derecho para el caso de que exista un riesgo grave para la vida, la integridad física o la libertad de alguna persona, cuando sea razonablemente previsible que el conocimiento o acceso a todo o parte de las actuaciones pueda suponer la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba o cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación.

Más adelante, en la regulación de los sujetos del proceso (Libro I, Título II, arts. 49 y ss.) vuelven a aparecer el derecho de defensa y los derechos de la persona investigada en los artículos 50 y 51. Este último contempla, entre otros, el derecho a que se le comunique la investigación, las diligencias practicadas, no declarar contra sí mismo, ser asistido y defendido por letrado.... Sin

especialmente también lo previsto en el Libro II, que trata de las medidas cautelares y en el Libro III, que regula específicamente las diligencias de investigación.

La segunda fase, la fase intermedia –Libro V–, es una fase plenamente jurisdiccional que comprende el ejercicio de la acción penal, el juicio de acusación y la apertura del juicio oral. Al frente de la misma se encuentra, dentro de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, “el Juez de la Audiencia preliminar” (art. 29). Su misión esencial es la de proceder al juicio de acusación y determinar, en consecuencia, si la acción penal ejercitada está suficientemente fundada, es decir, debe decidir sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa, pero ya no intervendrá después en el desarrollo del juicio oral.

Por último, la fase de juicio oral –Libro VI–, que comprende su preparación, desarrollo, conclusión y la sentencia, se celebrará ante la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, constituida por uno o tres magistrados (arts. 30 y 31). Esta unificación en un solo órgano de las funciones de enjuiciamiento hace que la segunda instancia, de carácter limitado, se concentre en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia y que el recurso de casación se configure como mecanismo de unificación doctrinal frente a las decisiones de segunda instancia de estos tribunales.

³² Los artículos 16 y 17 se refieren, por su parte, al derecho de participación activa y al derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo.

embargo, no se refiere al derecho de acceso a las actuaciones que sí aparece en el título preliminar. No obstante, en la regulación del procedimiento de investigación (Libro IV), al tratar de la persona investigada, los artículos 562 a 565, se refieren específicamente a su intervención, incidiendo en que «desde la primera comparecencia, salvo declaración de secreto, la defensa de la persona investigada tendrá derecho a acceder al procedimiento y examinar las piezas de convicción» (art. 562).

Por último, en relación con la prisión provisional, el artículo 252-2, c) establece expresamente «el acceso de la persona privada de libertad a la totalidad de las actuaciones que no hubieran sido declaradas secretas».

6. Conclusiones

Después de todo lo expuesto sobre el derecho de información y de acceso a las actuaciones por parte de la persona investigada, privada o no de su libertad podemos concluir lo siguiente:

1º) Si bien ya existían manifestaciones con anterioridad en nuestro ordenamiento procesal penal, fue a partir de finales de 2015 cuando se puede afirmar que España cuenta con una regulación acorde con lo dispuesto por la Unión Europea en relación con el derecho a la información que debe tener toda persona sometida a un proceso penal.

2º) Este derecho a la información, previsto esencialmente en los artículos 118 y 520 de la LECrim, comprende fundamentalmente: a) el derecho a recibir información sobre los derechos procesales que le asisten; b) el derecho a recibir información sobre las actuaciones realizadas; c) el derecho de acceso a los materiales del expediente. Además, cada una de estas manifestaciones presenta particularidades según se refiera el derecho de información a la persona investigada privada o no de libertad.

3º) El derecho que tiene la persona investigada a ser informada de los hechos lleva consigo para el órgano judicial el deber de informarle de los hechos que se le imputan con el grado de detalle y antelación suficiente para que pueda ejercer el derecho de defensa.

4º) El derecho a la información comprende también para la persona investigada el de recibir información de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. El principal problema que presenta esta manifestación del derecho a la información es determinar cuándo se entiende que se ha producido ese cambio relevante. Cuestión que deberá interpretar en cada caso al órgano judicial.

5º) El derecho a examinar las actuaciones, que tiene carácter rogado, es decir, que la iniciativa para su ejercicio corresponde a la persona investigada y no al órgano judicial, plantea la cuestión fundamental de determinar a qué actuaciones se refiere. En este sentido el Tribunal Supremo tiene señalado que el derecho de acceso a los materiales o actuaciones no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial.

6º) Este derecho a examinar las actuaciones encuentra su límite cuando se haya declarado el secreto total o parcial de las mismas. En ese momento se produce un conflicto entre el interés de

la defensa de la libertad personal, por una parte, y el interés público derivado de la declaración de secreto, que el órgano judicial deberá resolver en cada caso.

7º) Cuando de la persona detenida se trata el derecho a la información deberá comprender la información sobre los hechos atribuidos, las razones motivadoras de la privación de libertad y los derechos que le asisten. Información que deberá realizarse de forma inmediata y por el mecanismo que resulte más idóneo.

8º) El derecho de acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención o prisión, debe ser solicitado por la persona interesada. Además, constituye una garantía instrumental ya que es a partir de la información que recibe en relación con la detención y de la necesidad de contrastar su veracidad y suficiencia cuando la persona privada de su libertad puede solicitar ese acceso a las actuaciones, que incluye el acceso al atestado policial, y que deberá ejercitarse en todo caso con anterioridad a que el órgano judicial se pronuncie sobre la libertad de la persona investigada.

9ª) En el caso de que se haya decretado el secreto de las actuaciones el grado de conocimiento de las actuaciones para el investigado o encausado sometido a una medida cautelar de naturaleza personal deber ser exclusivamente el necesario al objeto de impugnar dicha medida. La cuestión fundamental que se plantea es la determinación en el caso concreto acerca de cuál debe ser ese grado de conocimiento.

10ª) La regulación vigente del derecho a la información no prevé la situación de quien se encuentra sometido a la medida cautelar de la prisión provisional. Sí lo previene expresamente el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

7. Bibliografía

ABELLÁN ALBERTOS, Antonio, «¿Por qué no se declara como lesión al “derecho a conocer” a la vulneración de los derechos de información y de acceso a las actuaciones?» *Diario La Ley*, 2021, nº 9834.

AGUILERA MORALES, Marien, «Justicia penal y unión europea: un breve balance en clave de derechos», *La Ley Penal*, núm. 8883, 16 de diciembre de 2016.

ARAGONÉS SEIJO, Santiago/ALAMILLO ESTIVAL, ALEJANDRO, «El acceso al atestado policial por el detenido: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2017, de 30 de enero de 2017», *Diario La Ley*, 2017, nº 8954.

ARAGÜEÑA FANEGO, Coral, «La elaboración de un estatus procesal del investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del Consejo ocho años después», en *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Dir: Arangüena Fanega Coral y Hoyos Sancho Montserrat, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 21 ss.

ARAGÜEÑA FANEGO, Coral/ RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, Carmen, «Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Buenas prácticas para su aplicación», en

Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales de la Unión Europea: buenas prácticas en España, Dir: Arangüena Fanego Coral y Hoyos Sancho Montserrat, Ed. Thomson-Reuters, Pamplona 2020, pp. 35 ss.

BARONA VILLAR, Silvia, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/ BARONA VILLAR, Silvia y OTROS, «Proceso Penal, Derecho Procesal Penal», III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pág. 98.

CALAZA LÓPEZ, SONIA, «Fortalecimiento de las garantías procesales y agilización de la justicia», en *Revista General de Derecho Procesal*, 2017, nº 41.

DÍEZ DE LA LASTRA MARTÍNEZ, Sergio Nuño, «La incidencia del secreto de actuaciones y la adopción de la medida cautelar de prisión provisional en el derecho de defensa», *Diario La Ley*, 2019, nº 954.

FENECH, Miguel, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Librería Boch, Barcelona 1947, pp.71 ss. -*Derecho Procesal Penal*, V.I, editorial Labor S.A., Barcelona 1952, pp. 413 ss.

GARCÍA CASTAÑO, Carlos, «Derecho de defensa en el ámbito penitenciario», *Revista General de Derecho Penal*, 2022, nº 38.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes», *Diario la Ley*, 2017, nº 8930.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, en GÓMEZ ORBANEJA, Emilio/HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1984, pp. 76 ss.

HERNÁNDEZ IZAGUERRI, Manuel, «Derecho de acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención policial y garantías constitucionales afectadas», *RDUNED (Revista de Derecho UNED)*, 2021, nº 27, pp. 547 ss.

LÓPEZ JARA, Manuel, «La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de derechos y garantías procesales: los derechos a la traducción e interpretación y a la información en el proceso penal», *Diario La Ley*, 2015, nº 8540.

MAGRO SERVET, Vicente, «El derecho de entrega del atestado policial y el derecho de defensa», *Diario La Ley*, 2017, nº 9457.

MAPELLI CAFFARENA, Borja/BARAS GONZÁLEZ, Marcos, «El uso de las nuevas tecnologías en la prisión: comentarios a la reforma del reglamento penitenciario de 2021», en *Guía práctica de Derecho Penitenciario*, cap. 15, editorial La Ley, Madrid 2022.

MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás «¿Entrega de copia del atestado al abogado en sede judicial?», *Diario La Ley*, 2017 nº 8932.

MOLINA MANSILLA, María del Carmen, «El derecho a la información de los detenidos y acusados versus el derecho de información de la víctima en procesos penales: análisis de las directivas 2012/13/UE, de 22 de mayo y 2012/29/ UE, de 25 de octubre», *La Ley penal*, 2013, nº 103.

MONTERO AROCA, Juan, en MONTERO AROCA, Juan y OTROS, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 24ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 92 ss.

MORENO CATENA, Víctor, en MORENO CATENA, Víctor/ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 94.

PIETRO CASTRO, Leonardo/GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Tecnos, Madrid 1978, pp. 120 ss.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, Javier, «Del derecho de los internos de los establecimientos penitenciarios a acceder a su expediente penitenciario y a los informes técnicos emitidos por los profesionales que forman parte de los órganos colegiados, con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 164/2021, de 4 de octubre», en *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº 30, junio 2022, pp 89 ss.

SOLAR CALVO, María del Puerto, «El acceso al expediente penitenciario. El necesario tránsito de la forma al fondo. A propósito de la nueva normativa en protección de datos», en *Diario La Ley*, 2018, nº 9265.

SOLAR CALVO, María del Puerto/LACAL CUENCA, Pedro, «La STC de 4 de octubre y el acceso al expediente de los internos en prisión», *Diario La Ley*, nº 9979, 2021.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Curso de derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid 2016, pp.87 y 112-113.

TUSET VARELLA, Damián, «El derecho de acceso al expediente. Especial referencia a la obtención de copias en el proceso penal», *Diario La Ley*, 2020, nº 9636.

-, «El necesario acceso de los internos a su expediente penitenciario tras la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos», *Diario La Ley*, 2019, nº 9387.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2023 (*Bank M.*): nulidad total del contrato por causa de abusividad de una cláusula y restricciones a las pretensiones del prestamista que exceden de la reintegración del nominal prestado

Sumario

-

La Sentencia Bank M. del TJUE declara incompatible con la Directiva 93/13 cualquier pretensión del prestamista que ha empleado una cláusula abusiva que hace nulo el contrato que vaya más allá de la pura restitución del importe nominal del capital prestado (y, en su caso, del interés moratorio sobre ese importe nominal computado desde la reclamación efectuada al consumidor). La Sentencia comentada pone fin a una situación de incertidumbre sobre los préstamos en divisas que han caracterizado distintos mercados de crédito en Europa central y oriental. Con su decisión, sin embargo, el TJUE hace un mal servicio a una adecuada y actualizada comprensión de la ordenación de los efectos de la ineficacia de los contratos puramente financieros y empaña la búsqueda de soluciones coherentes que conjuguen la disuasión del empleo de cláusulas abusivas y la debida compensación a los consumidores afectados con el correcto funcionamiento de la restitución post-nulidad en contratos cuyas prestaciones son flujos financieros.

Abstract

-

The Bank M. decision from the CJEU holds that Directive 93/13 prevents that, when a loan contract is declared void as a whole due to the existence of unfair terms that do not allow the contract to survive, the lender seeks any remedy that allows it to recover amounts beyond the nominal amount of the loan and, eventually, the default interest since restitution of the loan is sought by the lender. The Bank M. ruling seems to close the most important open debate concerning FC-loans in Central and Eastern Europe. The findings of the Court, however, do not reflect an up-to-date and adequate view of the consequences of the lack of legal effects of a credit contract, and does not pave the way in the search of satisfactory solutions that combine the proper deterrence effect against the use of unfair terms and the proportionate compensation to affected consumers in financial contracts.

Title: *Commentary on the Decision of the Court of Justice of the European Union of June 15, 2023, C-520/21 (Bank M.): nullity of the contract arising from unfair terms and constraints on lender's claims in restitution*

-

Palabras clave: préstamos en divisas, contratos de crédito, Directiva 93/13, cláusulas abusivas

Keywords: *FC-loans, credit contracts, Directive 93/13, unfair terms*

-

Índice

-

1. Introducción

2. Hechos principales del caso y la consulta al TJUE

3. La respuesta de Luxemburgo

3.1. La posición del Abogado General

3.2. La posición del TJUE

4. Los problemas de la aproximación patrocinada por la Sentencia Bank M.

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional



1. Introducción*

La protección de los consumidores en el marco de los contratos celebrados con entidades de crédito ha sido objeto recurrente de atención por parte de los tribunales nacionales de distintos países europeos en los últimos años, singularmente tras la crisis financiera. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha jugado un papel protagonista en la interpretación de la principal norma europea aplicable a este tipo de asuntos, esto es, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13). En el marco de esta tarea de marcar la interpretación a que han de sujetarse los órganos jurisdiccionales europeos al aplicar la Directiva 93/13, hace unas semanas el TJUE se ha pronunciado sobre las consecuencias de la nulidad total de un contrato que contenía cláusulas abusivas, con motivo de una cuestión prejudicial remitida por un tribunal de instancia polaco relativa a una hipoteca en divisa.

En su sentencia de 15 de junio de 2023 (C-520/21) (en adelante, Sentencia *Bank M.*), el TJUE aborda las cuestiones suscitadas por el juez polaco acerca de las consecuencias en el terreno restitutorio de la nulidad de un contrato de préstamo hipotecario denominado en francos suizos con un consumidor. La nulidad total del contrato tenía su raíz en la presencia de una cláusula abusiva relativa a la concreta determinación, para cada pago que hubiera de hacerse por el prestatario, del tipo de cambio entre la moneda polaca y la divisa en que se denomina el crédito. En concreto, el juez remitente quería cerciorarse de si las pretensiones del consumidor prestatario y/o del profesional prestamista que excedan de la mera reintegración de las cantidades abonadas por cada parte: las cuotas del préstamo ya pagadas, en el caso del prestatario y el capital prestado en el caso del prestamista, eran compatibles con la correcta interpretación de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como con los principios de efectividad, seguridad jurídica y proporcionalidad.

En este breve trabajo pretendemos ofrecer algunas consideraciones sobre la Sentencia *Bank M.* En la sección 2 presentamos una síntesis de los hechos del caso. La sección 3 resume las posiciones adoptadas en sus conclusiones por el Abogado General A.M. Collins y por el TJUE en su pronunciamiento. La sección 4 sintetiza las posibles aproximaciones (incluidas las adoptadas por el Tribunal Supremo en España) en relación con los contratos de préstamo hipotecario en divisas, y valora críticamente la Sentencia *Bank M.*, tanto en la solidez de sus argumentos como en la deseabilidad de las conclusiones alcanzadas, en un doble plano: como solución a la saga polaca (o de Europa central y oriental, más ampliamente) de préstamos hipotecarios en francos suizos a los hogares, de un lado; como doctrina general sobre las consecuencias de la nulidad

* Fernando Gómez Pomar (fernando.gomez@upf.edu). Sheila Canudas Perarnau (sheilacanudas@gmail.com).

Es preciso advertir que el primer autor del trabajo elaboró un informe jurídico independiente sobre cuestiones de Derecho de la UE por encargo de la parte demandada en el asunto resuelto por la Sentencia comentada. Las opiniones expresadas en este comentario no se refieren a las cuestiones de dicho informe ni se ven afectadas por información obtenida en el asunto, en cuyo resultado final no tenemos ningún tipo de interés directo o indirecto.

Agradecemos el apoyo financiero del Ministerio de Ciencia e Innovación español con cargo a los proyectos PID2021-126354OB-I00/MICIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, sobre «Responsabilidad contractual y extracontractual de las plataformas en línea» y PID2021-127258NA I00/AEI/10.13039/501100011033, UE RYC2018-026249-I, sobre «iConsumers: Protecting Consumers in Digital Platforms» financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

total de un contrato que arranca de la concurrencia en el mismo de cláusulas abusivas. La sección 5 cierra el trabajo con unas muy sucintas conclusiones.

2. Hechos principales del caso y la consulta al TJUE

La presente controversia nace de un contrato de préstamo hipotecario que suscribieron A.S. y su esposa con un banco polaco, Bank M., en 2008. La cuantía total del préstamo ascendía a 329.707,24 złotys polacos (PLN) indexados al franco suizo (CHF). El contrato permitía que el pago mensual se efectuara en la moneda polaca tras convertir la cuota a la divisa suiza mediante el tipo de cambio empleado por el propio banco. Los préstamos en francos suizos habían sido muy populares en Polonia (y en otros países de la misma zona de Europa) desde la primera década del siglo XXI, al permitir a los prestatarios beneficiarse de tipos de interés claramente inferiores a los aplicables a los préstamos denominados en moneda local. El estallido de la crisis financiera mundial en 2008 desplomó el valor de la divisa polaca -de otras divisas europeas y, en buena medida, también del euro- frente al franco suizo, poniendo en serias dificultades a muchos prestatarios para el pago de sus obligaciones según el préstamo hipotecario. En un proceso que no puede sorprender a nadie en España (pues vivimos uno muy similar, aunque no centrado en las hipotecas en divisa), como consecuencia de tales circunstancias, miles de demandas de prestatarios se acumularon en los años posteriores ante los tribunales polacos (y de otros países del este de Europa)¹.

En mayo de 2021, A.S. presentó una demanda ante los tribunales polacos, solicitando que se declarase la nulidad de varias cláusulas del contrato de préstamo en divisas y que, por consiguiente, le fueran reembolsadas las cantidades satisfechas (solicita la mitad del total, perteneciendo la otra mitad a su esposa). En su petición, el demandante sostenía que el prestamista obtenía una ganancia indebida a través de la conversión de las cuotas de la moneda local al franco suizo.

En la contestación a la demanda, el banco prestamista alegó que la solicitud de A.S. debía ser desestimada pues las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario no eran abusivas. Además, argumentó que, en cualquier caso, era el propio banco quien eventualmente tendría derecho al reembolso de dinero por parte de A.S. en caso de nulidad del contrato, tanto por el nominal del capital prestado como a título de compensación por el uso, sin base o causa jurídica (por ser nulo el propio préstamo) del capital prestado que durante años habían hecho los prestamistas.

El tribunal remitente afirma que los tribunales polacos coinciden en considerar ilícitas las cláusulas de conversión de moneda del tipo de las incluidas en el préstamo objeto de la controversia. No obstante, el tribunal polaco señala que la jurisprudencia nacional no es unánime en relación con los efectos que la ilicitud ha de desplegar, aunque parece haber cierto consenso, desde la resolución del asunto *Dziubak* (C-260/18) del TJUE, en cuanto a que la inclusión de dichas cláusulas invalida el contrato en su conjunto.

¹ Sobre los antecedentes y efectos de la proliferación de crédito en divisa a los hogares en países del centro y este de Europa, véase GÓMEZ POMAR, CANUDAS PERARNAU, «La naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa», *InDret* 2.2023, pp. 640-644.

Por otro lado, se indica que el derecho polaco prevé que la nulidad opera con efectos *ex tunc*, por lo que las partes pueden exigir la restitución de la totalidad de las prestaciones ejecutadas en virtud del contrato nulo. Ahora bien, las dudas que plantea la cuestión prejudicial recaen sobre la posibilidad de que las partes puedan pretender y obtener otras cantidades más allá de lo estrictamente pagado por cada una a resultas del contrato declarado nulo. Más concretamente, a la exigencia, con base en doctrinas como el enriquecimiento injustificado o la restitución de lo indebidamente cobrado, de un importe correspondiente a la utilización de fondos procedentes de la otra parte durante el período en el cual aún no se había constatado la nulidad del contrato, dado que esta privaría de fundamento jurídico a dicha utilización.

En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional nacional pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si, a la luz de la Directiva 93/13 (concretamente, de sus artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1) y del principio de efectividad, se puede interpretar la normativa nacional en el sentido que, ante la declaración de nulidad *ab initio* de un contrato de préstamo entre un banco y un consumidor, por incluir cláusulas abusivas, las partes se pueden reclamar también prestaciones que superen las cantidades pagadas en estricta ejecución del contrato nulo y los intereses de demora, devengados al tipo legal desde la fecha del requerimiento de pago a la contraparte. En particular, la consulta al TJUE pretende dilucidar si de conformidad con la Directiva 93/13 el banco prestamista puede obtener más del nominal del capital prestado, a través del cauce de la remuneración o compensación por el uso de este capital que han hecho por los prestatarios desde el 2008 (año de la firma del contrato entre Bank M. y A.S.).

3. La respuesta de Luxemburgo

3.1. La posición del Abogado General

En sus conclusiones de 16 de febrero de 2023, el Abogado General A.M. Collins comienza recordando una proposición sobre la que pretende construir el conjunto de sus restantes argumentos: la Directiva 93/13 persigue la protección del consumidor a través de la armonización mínima de los derechos de los consumidores ante cláusulas abusivas, de manera que las disposiciones legislativas nacionales, y la jurisprudencia que las interpreta, pueden legítimamente conceder al consumidor derechos más amplios y potentes que los recogidos en la Directiva 93/13. Así, se muestra con toda decisión favorable a considerar plenamente compatible con la Directiva el que los consumidores puedan ejercitar frente al banco que les concedió el préstamo hipotecario nulo otras pretensiones que supongan que el importe global que recibirían los consumidores excediera el reembolso de las cuotas del préstamo pagadas.

El Abogado General no entiende que dicha conclusión menoscabe el principio de efectividad de la Directiva, antes al contrario: tal posibilidad puede incentivar a los prestatarios a ejercitar los derechos que como consumidores les atribuye la Directiva 93/13, a la vez que disuade a los bancos de introducir cláusulas abusivas en sus contratos con los consumidores.

Por el contrario, el Abogado General considera que el banco prestamista tiene vedado ejercitar pretensiones de esta o similar naturaleza. En primer lugar, porque si se permitiera al banco ejercitar frente a un consumidor pretensiones que excedieran del reembolso del principal del préstamo y, más concretamente, una pretensión dirigida a recibir una remuneración por el uso - efectivo o simplemente posible- por parte del consumidor del capital prestado y abonado, se estaría esencialmente privando de efectividad a la Directiva 93/13, dando lugar a un resultado

incompatible por el texto legal europeo. Además, se estaría menoscabando el efecto disuasorio que debe caracterizar a todas las consecuencias jurídicas de la normativa protectora de consumidores que expresa la mencionada Directiva.

Según el Abogado General, una remuneración por el capital prestado en el caso de que el contrato fuera nulo por efecto de las cláusulas abusivas insertas por ellos mismos en los contratos de préstamo supondría que los prestamistas podrían verse tentados -de manera indeseable- a introducir en sus contratos cláusulas incompatibles con las exigencias de la Directiva 93/13. Podría ser el caso que la imposición de cláusulas abusivas a los consumidores por parte de los bancos pudiera llegar a ser rentable para estos, lo que quebraría por completo la efectividad de la protección que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores. Además, supeditar la liberación de los consumidores de las cláusulas abusivas que les han sido impuestas al pago por parte de los beneficiarios de la protección legal de una retribución potencialmente elevada podría crear un escenario indeseado, en que les resultara más atractivo a los consumidores el seguir cumpliendo con el contrato en el que hay cláusulas abusivas que reaccionar frente a estas a través de las vías trazadas por la Directiva 93/13. Este resultado, arguye el Abogado General, es, a todas luces, rechazable.

Adicionalmente, se argumenta que al ser la nulidad del contrato de préstamo hipotecario en divisa una consecuencia de la inclusión por parte del propio banco de cláusulas abusivas en ese contrato, si la parte responsable de la ilicitud obtuviera algún tipo de ventaja económica derivada de la situación creada por el propio comportamiento ilícito, se estaría contraviniendo el principio jurídico *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Por todo ello, concluye el Abogado General que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el consumidor pueda reclamar contra el prestamista, en caso de nulidad de un contrato de préstamo por causa de contener cláusulas abusivas, el reembolso de cantidades adicionales a las satisfechas al prestamista en ejecución del contrato nulo, y también al montante de intereses de demora al tipo legal. De hecho, esas pretensiones adicionales de ordinario servirán los objetivos y fines de la Directiva 93/13, aunque es cierto que su alcance y procedencia se remiten a las reglas del Derecho nacional aplicable, y deja abierta la puerta a que los órganos jurisdiccionales nacionales las desestimen cuando constituyan un abuso de derecho.

En cambio, en relación con el prestamista, la conclusión es justamente la contraria: la Directiva 93/13 veda tajantemente que el banco reclame cualquier importe superior al nominal del préstamo satisfecho al consumidor y a los intereses de demora que se hubieran devengado desde la fecha del requerimiento de pago -del reembolso de ese nominal- dirigido por el prestamista al prestatario una vez constatada la nulidad del contrato.

3.2. La posición del TJUE

En su sentencia, el TJUE comparte en todo lo relevante la aproximación y los resultados que avanzó unos meses atrás el Abogado General. La Sentencia *Bank M.*, con plena conciencia del alcance de sus pronunciamientos, trata de arrojar luz sobre las restricciones que se derivan de la Directiva 93/13 sobre las consecuencias de la nulidad total de un contrato entre una empresa y un consumidor al contener elementos abusivos que tocan a cláusulas sin las cuales el contrato - a juicio de un cierto derecho nacional y según los tribunales de ese país- no puede subsistir.

Lo hace de manera específica en relación con contratos de crédito y, aún más singularmente, con contratos de préstamo hipotecario en divisas, que ya habían llegado en nutrido número a las puertas del TJUE, dada su popularidad antes de la crisis financiera en distintos países de Europa central y oriental y a la vista de las negativas repercusiones sociales y económicas que su extensión había comportado a muchos hogares de esos países de nuestro continente. Con todo, no es fácil detectar datos en la Sentencia *Bank M.* que permitan conjeturar que el alcance que el TJUE quiere darle a las soluciones alcanzadas y a los argumentos empleados para llegar a ellas una trascendencia limitada o circunscrita al ámbito concretamente afectado por el pronunciamiento del Tribunal. Al contrario, parecería más bien que trata de proyectar una lectura amplia y general de las constricciones que la interpretación de la Directiva 93/13 (artículos 6 y 7 y principio de efectividad, de manera destacada) ha de tener sobre el derecho de los Estados Miembros que gobierna las consecuencias de la nulidad total del contrato cuando el origen de esta se halla en la vulneración de las normas que trasponen la Directiva 93/13.

La nulidad total del contrato y sus efectos jurídicos es materia que, notoriamente, queda fuera del ámbito armonizador de la Directiva 93/13. Además, la jurisprudencia del TJUE había remitido de forma ostensible a las disposiciones legales y los órganos judiciales nacionales, la determinación de la nulidad total del contrato en presencia de cláusulas abusivas y, *a fortiori*, los efectos jurídicos de una eventual nulidad de esta clase. La nulidad de la totalidad del contrato no es un remedio, efecto jurídico o sanción que pertenezca a la esfera de la Directiva 93/13: SSTJUE *Jörös*² y *Bank BPH*³. La Sentencia *Bank M.* reitera esta posición, indicando que al no regular la Directiva 93/13 las consecuencias que acarrea la invalidez contractual tras la supresión de cláusulas abusivas, ha de corresponder a los Estados Miembros la determinación de esas consecuencias. Ahora bien, señala, siempre desde el respeto al Derecho de la UE y, particularmente, a los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13.

La conexión entre los efectos de la nulidad total según el derecho nacional y la consecución de los objetivos de protección de la Directiva no había pasado inadvertida al TJUE, que ya se había mostrado consciente de que la nulidad total de un contrato a resultas de contener cláusulas abusivas, así como los efectos jurídicos -restitutorios, en particular- derivados de esa nulidad podrían afectar a la situación jurídica de los consumidores y, con ello, al balance final de ventajas y desventajas derivadas de la aplicación de la Directiva 93/13 a un cierto asunto. Ahora ha querido el TJUE someter explícitamente una parte relevante de aquello que pertenece a los Derechos civiles (de contratos, de cobro de lo indebido o del enriquecimiento sin causa) nacionales a precisas restricciones fundadas en las exigencias protectoras de la Directiva 93/13 en favor del consumidor. En último extremo, la viabilidad competencial y el sustrato jurídico de esta misión armonizadora por parte del TJUE dependen de la ambición y amplitud con que se conciba o se quiera concebir la plasmación en previsiones reglamentadoras de los efectos mediatos -sobre nulidad total y sus consecuencias restitutorias- de la abusividad a tenor de la Directiva 93/13 de ciertos elementos fundamentales de este texto legal: el reequilibrio de la situación de inferioridad en que se halla el consumidor respecto al profesional, tanto en la capacidad de negociación como de información, por lo que toca a las cláusulas no negociadas, y la consiguiente obligación para los Estados Miembros de instrumentar medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

² Sentencia del TJUE, 30 de mayo de 2013, *Jörös*, C-397/11.

³ Sentencia del TJUE, 29 de abril de 2021, *Bank BPH*, C-19/20.

El TJUE recuerda un ingrediente básico añadido por el propio Tribunal en 2016 en su proceso de construcción de un Derecho jurisprudencial sobre el escueto texto de la Directiva 93/13. Es uno que todos los juristas españoles recuerdan (o debieran hacerlo): la exigencia de restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido nunca la cláusula abusiva, articulando las pretensiones contra la empresa responsable de la abusividad de las necesarias pretensiones de restitución que fueran adecuadas a ese fin de pleno restablecimiento de la integridad de la posición del consumidor), afirmado contundentemente por el TJUE en el asunto *Gutiérrez Naranjo* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15). Cualquier insuficiencia en este terreno supondría, a juicio del TJUE, una desvirtuación inadmisibles del efecto disuasorio que la Directiva impone respecto de la inclusión de cláusulas abusivas por parte de las entidades bancarias en estos contratos.

Todo este argumentario y las prescripciones que de él resultan se desplazan ahora desde los efectos de la invalidez de una cláusula (que, aunque sea de manera genérica, sí constituye un remedio propio en la Directiva 93/13, pues se contempla en su artículo 6) a la invalidez del entero contrato, un ámbito, por contra, reservado -y tradicional, además- al derecho nacional. De modo que el TJUE deduce que serán compatibles con el Derecho comunitario aquellos ordenamientos jurídicos nacionales (¿y solo ellos?) que (i) permitan efectivamente el restablecimiento de hecho y de derecho de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido el contrato, y (ii) no pongan en peligro el efecto disuasorio de la Directiva 93/13.

Sentado lo anterior, el TJUE concluye que es conforme con la Directiva 93/13 y con el principio de efectividad la autorización por un derecho nacional de una reclamación por parte de un consumidor que supere la cifra del reembolso de las cuotas abonadas y los gastos pagados en virtud del préstamo declarado nulo, y también exceda la cuantía de los intereses de demora al tipo legal computados desde el requerimiento de pago formulado por el consumidor. Esta posibilidad no supone, a juicio del TJUE, poner en cuestión el principio de seguridad jurídica, por constituir mera aplicación concreta de la prohibición de las cláusulas abusivas establecida por la Directiva 93/13, así como tampoco el principio de proporcionalidad (aunque son las normas y los órganos nacionales los encargados de cerciorarse de que su aplicación no vaya más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13).

En la misma línea que el Abogado General Collins, el TJUE utiliza el mismo razonamiento para alcanzar conclusiones diametralmente opuestas en relación con las pretensiones que pudiera plantear el prestamista más allá de la estricta restitución del nominal prestado al prestatario consumidor -y, en su caso, del interés de demora devengado a partir de la reclamación de pago de ese nominal dirigido al consumidor-. Cualquier importe, por nimio que fuere, superior a esas cantidades, pondría en riesgo extremo la efectividad de la protección dispensada por el Derecho de la UE al consumidor frente a las cláusulas abusivas, así como el imprescindible efecto disuasorio de la Directiva 93/13 sobre los incentivos de las empresas a usar, o abstenerse de hacerlo, cláusulas abusivas en sus modelos de contratación en masa.

El argumento se refuerza, de nuevo en sintonía con el Abogado General Collins, trayendo a colación el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: no puede admitirse que el prestamista obtenga ventaja o provecho alguno de su comportamiento ilícito (el uso de cláusulas

abusivas), ni que se le compense o indemnice por las desventajas que tal comportamiento le haya provocado.

El TJUE discrepa igualmente de las alegaciones del banco, en el sentido de que no permitir esta reclamación por parte de la entidad bancaria implicaría la obtención por los consumidores de un préstamo gratuito. También rechaza enfáticamente (como lo hizo, en su momento, en *Gutiérrez Naranjo*, contra el parecer del Abogado General Mengozzi) el argumento de que proscribir cualquier remuneración por el capital prestado a numerosos consumidores durante largos períodos de tiempo constituye una amenaza de la estabilidad de los mercados financieros.

4. Los problemas de la aproximación patrocinada por la Sentencia *Bank M.*

No es el objetivo de este comentario a la Sentencia *Bank M.* reproducir, ni siquiera en forma somera, el análisis de los contratos de préstamo en divisa entre entidades bancarias y consumidores y su problemática contractual, incluyendo la que se suscita en relación con la Directiva 93/3, que ya realizamos en nuestro trabajo publicado en esta revista⁴. Tratamos simplemente de ofrecer un breve comentario -sin sorpresas para quien haya leído el trabajo anterior- crítico con el planteamiento y los resultados interpretativos sobre la Directiva 93/13 contenidos en la Sentencia.

La Sentencia *Bank M.* es relevante en un doble plano. Primero, como guía a la luz de la Directiva 93/13 a las soluciones jurisprudenciales para las controversias sobre cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario en divisas. Segundo, como expresión de la interpretación escogida por el TJUE de la Directiva 93/13 en cuanto a las restricciones que este texto europeo erige frente a los regímenes legales nacionales de nulidad del contrato y sus consecuencias jurídicas -cuando la nulidad arranca de la presencia en el contrato de una o más cláusulas abusivas-. En ambos, la Sentencia *Bank M.* genera perplejidades. Desde nuestra perspectiva, su argumentario y sus conclusiones difícilmente pueden concitar opiniones y consensos, tanto en el terreno teórico como en el de sus consecuencias prácticas.

En el primero de los planos indicados, el del debate acerca de la aproximación jurisprudencial a la protección del consumidor basada en la Directiva 93/13 para las hipotecas en divisa, es cierto que el TJUE se hallaba condicionado en su capacidad de respuesta por la senda elegida por los tribunales polacos en la materia: partiendo de la inserción en el contrato de cláusulas que favorecían al prestamista en la fijación del tipo de cambio aplicable en cada pago de hipoteca, se eligió en Polonia declarar la nulidad de estas previsiones contractuales: considerando que sin ellas el contrato de préstamo hipotecario en divisa en cuanto tal no podía permanecer en vigor, se había de decretar la nulidad total del contrato.

Evidentemente, la nulidad total viene acompañada de manera natural, si no semiautomática, de la restitución recíproca de prestaciones, un efecto que puede comportar consecuencias adversas para el consumidor -pues ha de reintegrar de una vez y de inmediato el capital recibido y aún pendiente de devolución-. Al tiempo, en el caso particular de los préstamos en divisa, la nulidad total supone un efecto económico extremadamente favorable para el consumidor: el riesgo de tipo de cambio entre la moneda local y el franco suizo, que en la realidad se ha materializado con gran

⁴ GÓMEZ POMAR, CANUDAS PERARNAU, *InDret* 2.2023, pp. 635-669.

crudeza contra aquellos que asumían el riesgo de depreciación de las monedas distintas - incluyendo el euro- al franco suizo, y que en el préstamo hipotecario recaía sobre el prestatario, ahora, por obra de la nulidad del contrato, se produce en detrimento del prestamista. Este, contra lo que esperaba y decía el contrato, no verá reintegrado el capital prestado en moneda local al contravalor actual de los francos suizos inicialmente prestados, sino al contravalor de la fecha del préstamo, mucho más favorable a la moneda local. De ahí resulta que el prestatario ha de pagar menos y el prestamista recibir menos de lo previsto inicialmente en el contrato.

Como es notorio, la vía polaca no ha sido ni es la única viable para los tribunales⁵ de los distintos Estados Miembros a la hora de abordar las hipotecas en divisa desde la Directiva 93/13. En el caso español, por ejemplo, el Tribunal Supremo optó por aproximarse a los contratos de préstamo hipotecario en divisa sobre la base de la transparencia sustantiva emanada -por vía interpretativa- de la Directiva 93/13. Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo ha venido considerando con frecuencia las cláusulas de divisa como no transparentes⁶ y, de manera cuasiautomática, abusivas⁷. No obstante, en algunas ocasiones el propio Tribunal Supremo ha rehusado calificar la denominación en divisa como no transparente y, por esa razón, abusiva. Así, en la reciente sentencia de 27 de abril de 2023, el Tribunal Supremo considera que *«con los hechos probados, mal puede fundarse una supuesta falta de transparencia que pueda desembocar en una declaración de abusividad, cuando consta que la prestataria fue informada con antelación suficiente del funcionamiento del préstamo en divisas y sus riesgos»*. Y entiende el Tribunal que *«no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor suficientemente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios»*⁸.

Además, una vez declarada la abusividad como tal de la denominación del préstamo hipotecario en divisa sin suficiente información de los riesgos para el prestatario, el Tribunal Supremo ha

⁵ Como señalamos en nuestro trabajo ya publicado, no solo se han ensayado salidas judiciales. Distintos países afectados masivamente por hipotecas en divisa optaron por soluciones legislativas *ad hoc* estableciendo una conversión forzosa a la moneda local o al euro, con tipos de cambio menos favorables a los prestamistas que los realmente existentes en los mercados: GÓMEZ POMAR, CANUDAS PERARNAU, *InDret* 2.2023, pp. 635-669.

⁶ El Tribunal Supremo ha considerado que las cláusulas de préstamo denominados en divisa superan el control de transparencia cuando pueda acreditarse que el prestatario ha estado efectivamente en condición de conocer *«(i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en total, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido»* (criterio reiterado en los pronunciamientos sobre esta cuestión; por ejemplo, en sentencia de 28 de marzo de 2023). Para un análisis más detallado sobre este control de transparencia desplegado por el Tribunal Supremo sobre las cláusulas de denominación en divisa, véanse, NAVAS NAVARRO, «Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 106, 2018; ÁLVAREZ LATA, «Control de transparencia y préstamos multidivisa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 119, 2022; CARRASCO PERERA, «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en CARRASCO PERERA (ed.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 521 ss.

⁷ Es el caso, entre otras, de las recientes sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de mayo de 2023, 6 de junio de 2023 y 14 de junio de 2023.

⁸ Lo mismo pone de relieve la sentencia de 9 de marzo de 2023, al afirmar que *«en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia. Resulta irrelevante el modo en que los consumidores llegan a ser conscientes de la carga jurídica y económica de la cláusula controvertida, puesto que lo determinante es que tengan dicho grado de conocimiento»*.

procedido a «reescribir» el contrato de crédito celebrado entre prestamista y prestatario para redenominarlo en euros y para referenciar la evolución del tipo de interés variable al EURIBOR. Es dudoso que este audaz (o poco ortodoxo, si se prefiere) giro del Tribunal Supremo se encuentre amparado por las excepciones a la prohibición estricta que pesa sobre los tribunales nacionales europeos de ajustar el contrato tras una declaración de abusividad de una o varias cláusulas. Singularmente, por las excepciones fundadas en *Kásler*⁹ -que autoriza a los órganos judiciales a recurrir a las disposiciones legales supletorias cuando ello sea necesario para evitar la nulidad de todo el contrato con consecuencias negativas para el consumidor- y en *Bank PBH* -que permite a los tribunales no suprimir toda la cláusula abusiva cuando se invalida la totalidad de la parte abusiva y existen medidas legales específicas que garantizan la disuasión del uso de ese tipo de cláusulas abusivas-.

En España el resultado de la litigación en la materia -salvo en los casos de cláusula de denominación en divisa «transparente»- ha sido que el prestatario devolverá en euros el importe del capital aportado por el prestamista más el interés pactado inicialmente en el contrato -si bien su variación queda referenciada al EURIBOR-, según el calendario de cuotas inicialmente previsto. Los prestatarios, mediante esta solución, no solo se ven libres del riesgo -materializado, como sabemos, en su contra, al menos en el caso del franco suizo- de tipo de cambio del euro con la divisa elegida, sino que disfrutan del menor tipo de interés de partida que se asociaba a la opción del préstamo en divisa, aunque esta segunda ventaja se erosiona con la variación del tipo deudor al EURIBOR. Sin duda, ventajas no desdeñables, si bien palidecen ante las que van a obtener los consumidores polacos con hipotecas en francos suizos a tenor de lo dispuesto por la Sentencia *Bank M.*: no solo se liberan del riesgo de tipo de cambio, sino que van a disfrutar de un préstamo a interés cero desde la fecha de celebración del contrato hasta el momento en el que, declarada la nulidad del contrato, el prestamista exija la devolución del nominal del préstamo.

El TJUE, en la Sentencia que comentamos, ha tenido que operar, ineludiblemente, dentro del marco delimitado por la «vía polaca» en el tratamiento de los préstamos hipotecarios en divisa según la Directiva 93/13: al venir a faltar la determinación concreta del tipo de cambio entre la moneda local y la divisa elegida, siendo el préstamo en divisa, el propio contrato como tal no puede subsistir y se ha de considerar nulo¹⁰. En lo que el TJUE no estaba condicionado, en cambio, es en cómo y dónde trazar los límites que las exigencias emanadas de la Directiva 93/13 (pleno restablecimiento de la situación *ex ante* del consumidor, efectividad de los remedios jurídicos dispuestos por el Derecho de la UE y efecto disuasorio respecto de las conductas infractoras de las reglas europeas) comportan para los derechos nacionales que rigen, para un contrato de crédito denominado en divisa, las pretensiones entre las partes al constatare la nulidad del contrato entre la empresa y el consumidor cuando esta nulidad emana de la presencia de cláusulas abusivas en el contrato.

⁹ Sentencia del TJUE, 30 de abril de 2014, *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai / OTP Jelzálogbank Zrt*, C-26/13.

¹⁰ Ya apuntamos en nuestro anterior trabajo (GÓMEZ POMAR, CANUDAS PERARNAU, InDret 2.2023) que, al contrario de lo que ocurre en los litigios españoles, en Polonia no es la cláusula que determina que el préstamo se denomine en moneda extranjera la que se considera abusiva, sino que lo es una cláusula accesorio relativa al tipo concreto que se utiliza en cada desembolso o pago para convertir una divisa en otra. Por consiguiente, el mantenimiento del contrato de préstamo tras la supresión de la cláusula seguiría dejando al prestatario sometido al riesgo de tipo de cambio sin perjuicio de que los contornos menores de dicho riesgo -el detalle de la tasa de conversión- puedan haber variado por la abusividad de aquella cláusula accesorio.

La aproximación elegida por el Tribunal de Luxemburgo nos parece poco ajustada a la problemática contractual de los créditos en divisa. También, como trataremos de explicar más adelante, la creemos insatisfactoria en cuanto interpretación general de cómo la Directiva 93/13 condiciona la libertad de maniobra de los legisladores y los tribunales de los Estados Miembros al ordenar jurídicamente la situación post-nulidad entre las partes en los casos en que la nulidad obedece a la abusividad de una o más cláusulas -esenciales- en el contrato, sea de crédito o de otra naturaleza.

En cuanto al modo de abordar las dificultades de la contratación de crédito en divisa, la Sentencia *Bank M.* adolece de formalismo y de insuficiente -inexistente sería acaso más fiel a la realidad- atención a las características propias de los contratos de crédito. Un contrato de crédito es esencialmente un intercambio de flujos de dinero entre las partes. En el modelo más tradicional de contrato de crédito (el préstamo, con o sin garantía hipotecaria), el prestamista intercambia un flujo inmediato de dinero (el capital prestado) por flujos periódicos de efectivo durante el período de duración del préstamo. Esta ordenación del importe y secuencia temporal de flujos supone, naturalmente, «financiación» al prestatario -que con el anticipo de fondos puede acometer las decisiones de consumo o inversión que no tendría a su alcance dada su riqueza e ingresos- y remuneración -los intereses y, en su caso, comisiones- al prestamista por la financiación otorgada al prestatario.

Pero una cierta relación contractual de crédito es (siempre y necesariamente) un determinado esquema de ordenación de los flujos de dinero entre las partes en el contrato. Todas las vicisitudes «anormales» -esto es, toda aquella contingencia o circunstancia distinta del cumplimiento regular del contrato según lo previsto - que puedan afectar al contrato no son sino alteraciones temporales y/o de cuantía en el intercambio pactado en el contrato. Por ejemplo, si el prestatario incumple el contrato y el prestamista lo resuelve o lo hace vencer anticipadamente, el flujo de cuotas periódicas programado inicialmente e incumplido por el prestatario se sustituye por un pago inmediato a cargo del prestatario consistente en el importe total debido menos la reducción de intereses que supondrá la menor duración de la financiación por el vencimiento anticipado, más los intereses de demora que procedan hasta el efectivo abono. En otras palabras, se altera el importe y el tiempo de los flujos monetarios a cargo del prestatario.

Algo muy parecido sucede con la nulidad total del contrato de préstamo. La restitución *ex artículo 1303 CC* supone que los flujos fijados en el contrato se sustituyen por uno inmediato a cargo del prestatario consistente en el capital recibido más los intereses legales del capital desde que este se recibió hasta que se produce el pago al prestamista, y otro a cargo del prestamista consistente en el total de cuotas percibidas del prestatario más los intereses legales de las mismas desde que se percibieron hasta su pago al prestatario. En la cantidad concurrente, estos pagos, que han de ser simultáneos (*artículo 1308 CC*) se compensan en la cantidad concurrente y uno de los contratantes habrá de hacer un pago al otro por la cantidad neta restante. Si la nulidad fuera solo parcial, un ejercicio parecido de alteración de los pagos inicialmente previstos debiera producirse, ahora dirigido a hacer que los flujos sean los que se hubieran dado en ausencia de la cláusula nula.

En definitiva, cualquier intervención jurídica sobre un contrato de crédito no supone otra cosa que alterar (en importe y/o tiempo) el intercambio de flujos de dinero previsto en el contrato. En particular, cualquier consecuencia jurídica que suponga «deshacer» la eficacia del contrato no

representa sino el establecer un flujo de pagos distinto al ordenado en el contrato, que habrá de corresponderse con el objetivo del fundamento de ineficacia del contrato (resolución, nulidad parcial, nulidad total) que sea de aplicación.

¿Hay elementos diferenciales derivados de la constatación de que la nulidad total o parcial tiene su origen -como ocurre en la Sentencia *Bank M.*- en la presencia de una o más cláusulas abusivas? Nada más uno, diríamos: que la determinación de los importes y los tiempos de los flujos de pago habrán de satisfacer algunas condiciones que resultan precisamente de ser fieles a la interpretación de la Directiva 93/13 por parte del TJUE: (i) el restablecimiento para el consumidor de la situación de hecho y de derecho en la que hubiera estado de no haber existido la cláusula abusiva en el contrato; (ii) la preservación de la efectividad de los remedios concedidos al consumidor por la Directiva 93/13 de modo que no se obstaculiza o se dificulta de forma relevante que el consumidor pueda reaccionar frente a la presencia de cláusulas abusivas en el contrato y (iii) que se satisfaga la eficacia disuasoria de la Directiva 93/13 de modo que el resultado para la empresa sea tal que se enfrente a un desincentivo apreciable a la inserción de cláusulas abusivas como las empleadas en el contrato.

El TJUE, sin embargo, lo que hace es fijar, de manera que no deja margen interpretativo -al menos en apariencia- a los tribunales nacionales, un marco cerrado de visión: en el caso de nulidad total del préstamo en divisa, el único flujo de pagos en favor del prestamista que respeta las tres condiciones señaladas en el párrafo anterior es el que tiene como límite superior¹¹ el importe del nominal del préstamo inicialmente entregado al consumidor. Este rígido entendimiento de las exigencias de la Directiva 93/13 sobre los regímenes nacionales de restitución aplicables a los préstamos en divisa resulta, en nuestro criterio, arbitrario o, lo que es aún peor, reduccionista. Nos parece evidente que hay muchas otras soluciones en cuanto a la determinación del flujo neto de pagos a la restitución por nulidad del préstamo en divisa que permiten satisfacer, incluso con un amplio margen de seguridad, las condiciones que expresa el propio TJUE en la Sentencia *Bank M.* En este sentido, se produce una restricción del margen de acción de los legisladores y los jueces nacionales que va más allá -mucho más allá, incluso- de lo que precisa la fidelidad al texto y la consecución efectiva de los objetivos de la Directiva 93/13.

Por ejemplo, parece, en principio, asumiendo que el prestatario no realizó pago alguno y usando los tiempos del caso individual en que se planteó la cuestión prejudicial, que si el consumidor recibe una cantidad en 2008 y restituye la misma cantidad -o una inferior, si puede ejercitar alguna pretensión contra el prestamista, por daños y perjuicios, pongamos por caso- en 2023, no solo ha sido reintegrado a la situación de hecho y de derecho que tenía antes del contrato de préstamo, sino que se le coloca en una situación mucho mejor que la inicial: ha disfrutado durante 15 años de una cantidad y ahora la devolvería en términos puramente nominales. Esto mismo, de por sí, le genera una ganancia importante, pues la inflación acumulada en Polonia en los últimos 15 años supera el 30%. Es decir, la solución del TJUE -la única compatible, según la Sentencia *Bank M.* con la Directiva 93/13- va notoriamente más allá del restablecimiento de la

¹¹ La Sentencia *Bank M.*, en efecto, establece que la restitución del importe nominal supone un límite máximo a cargo del consumidor y en favor del prestamista, pues la misma decisión reconoce a los sistemas jurídicos nacionales la facultad de atribuir pretensiones al consumidor frente al prestamista, lo que naturalmente puede suponer que se reduzca el importe neto que recibe el banco por debajo del nominal del préstamo. Respecto de esas pretensiones en favor del consumidor, el límite trazado por el TJUE es poco preciso, pues basta con que los órganos judiciales nacionales entiendan que esas pretensiones respetan los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad.

situación fáctica y jurídica del consumidor existente en el momento de concertar el contrato con cláusulas abusivas.

En cuanto al principio de efectividad¹² y la eficacia disuasoria frente al uso de cláusulas abusivas, en este caso también parece evidente que la mera liberación del riesgo de tipo de cambio entre la moneda polaca y el franco suizo motivaban al consumidor a ejercitar sus derechos y desincentivan al prestamista a usar cláusulas abusivas en cuanto a la fijación concreta del tipo de cambio: la moneda polaca ha perdido la mitad (depreciación del 50%) de su valor respecto del franco suizo desde 2008 hasta hoy. Esto es, simplemente con una solución «a la española» (se mantienen los flujos de pagos del contrato, pero en moneda local, no en francos suizos o indexados a francos suizos) el prestatario se está ahorrando la mitad del capital a restituir al prestamista respecto del que era debido según el contrato en divisa. Y el reverso afecta al prestamista: un flujo de pagos que tenía un determinado valor esperado, al estar denominado en francos suizos, ahora, al denominarse en la moneda local, vale la mitad. Parece que una reducción del 50% del capital es señuelo bastante para que el consumidor ejercite sus derechos conforme a la Directiva 93/13 y desincentivo abultado para que los prestamistas en el futuro se abstengan de insertar cláusulas abusivas barriendo para casa en la determinación del tipo de cambio en un préstamo en divisa¹³.

La restitución tras la declaración de nulidad contractual debe implicar el pleno restablecimiento de la situación original de las partes, sin olvidar los principios de equivalencia y efectividad, así como los requisitos que se derivan de la consecución efectiva de los objetivos protectores y disuasorios de la normativa comunitaria y, en concreto, de la Directiva 93/13. A su vez, tampoco es indiferente en quién recae la responsabilidad de la nulidad contractual por la inclusión de cláusulas estándar abusivas. Es por esto por lo que, a nuestro parecer acertadamente, tanto el Abogado General en sus conclusiones como posteriormente el TJUE abogan por otorgar posiciones diferenciadas a prestamista y prestatario al tratar las respectivas limitaciones con relación a las pretensiones ulteriores a simple restitución del valor nominal.

Ahora bien, lo que no puede afirmarse es que el (único) resultado correcto sea que el prestamista solo tenga derecho a percibir el importe nominal del préstamo inicialmente concedido al consumidor, teniendo que soportar, sin embargo, toda la pérdida financiera asociada al riesgo de tipo de cambio, al riesgo de depreciación y al coste de oportunidad de los fondos concedidos al consumidor. De hecho, esta solución, que se infiere de las conclusiones del Abogado General

¹² Un análisis conceptual sobre el principio de efectividad en el propio contexto de la Sentencia *Bank M.* puede encontrarse en ORDUÑA MORENO, «Comentario a la STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C-520/21: la proyección del principio de efectividad sobre el contenido indemnizatorio derivado de la nulidad del contrato y el reequilibrio contractual del efecto restitutorio», *Diario La Ley*, vol. 10331, 2023, pp. 19-26.

¹³ El argumento es aún más claro si se piensa que en el Derecho de la UE el préstamo hipotecario en divisa no está prohibido en cuanto tal (véase el artículo 23 de la Directiva 2014/17). Lo mismo sucede en España: art. 20 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Lo anterior es un dato, cualquiera que sea la opinión que pueda albergarse de *lege ferenda* acerca de las bondades o maldades asociadas a la presencia importante en un mercado de crédito de financiación en divisa a los hogares. En otras palabras, el mero hecho de que el contrato coloque el riesgo de tipo de cambio sobre el prestatario no genera abusividad. Por eso, los tribunales nacionales han debido acudir, para liberar a los prestatarios de ese riesgo de tipo de cambio que se había materializado de manera muy desfavorable para los consumidores, bien a la falta de transparencia (la vía española), bien a la abusividad de la cláusula concreta de determinación periódica del tipo de cambio (no al carácter de préstamo en divisa del contrato) y a la existencia de una laguna en un elemento esencial del contrato que arrastra inapelablemente la nulidad de este (la vía polaca).

(apartados 61 a 64) y que acoge el TJUE íntegramente en su resolución, compromete gravemente la *restitutio in integrum*, por cuanto parte de una premisa manifiestamente errónea, según la cual la restitución estricta del importe nominal del préstamo original equivale para el consumidor a haber recibido un préstamo sin intereses.

En definitiva, la solución ofrecida por el TJUE para los préstamos en divisa se ha revelado a la postre enormemente favorable *ex post* a los consumidores. Mucho más que la del Tribunal Supremo, que ha reajustado los flujos de pago de manera más apegada al contrato y con poca trascendencia más allá de la liberación del riesgo de tipo de cambio que pesaba sobre el prestatario (ya de por sí importante, desde luego). Pero esta solución tan beneficiosa *ex post* para la situación económica de los consumidores afectados se impone a los Estados Miembros so capa de ser la única solución respetuosa con la Directiva 93/13 en los casos de nulidad total del contrato. Ya hemos comprobado que había y hay otras soluciones plausibles, aun en caso de nulidad total del contrato, que respetan escrupulosamente la reintegración de la posición anterior del consumidor, el principio de efectividad de la tutela europea frente a las cláusulas abusivas y también la eficacia disuasoria de la Directiva 93/13.

Con todo, no es la rígida y sesgada solución a los préstamos en divisa lo que resulta criticable en este terreno. Como ya se ha indicado, el proceso de construcción de esa solución es muy discutible, pues ignora la propia sustancia de los contratos de crédito y cómo esta afecta a las consecuencias jurídicas que siguen a las distintas vías de ineficacia -o, en general, intervención jurídica- de tales contratos. En materia contractual y financiera, *bad economics cannot make good law*.

El segundo plano de relevancia de la Sentencia *Bank M.* es el que trasciende del ámbito de la contratación de crédito en divisa y se extiende a lo que es la restitución entre contratantes cuando hay cláusulas abusivas de por medio, sea cual sea la naturaleza de los contratos y las prestaciones. Ya hemos indicado cómo, en nuestro criterio, el TJUE, en el marco de una interpretación estrecha y rígida de la Directiva 93/13 y de sus consecuencias mediatas, restringe de manera excesiva el margen de maniobra de los legisladores y los tribunales nacionales a la hora de aplicar las categorías generales de su derecho de contratos y de la restitución -con el variado sustrato jurídico en concreto que esta tiene en los diversos sistemas legales- a las consecuencias de la nulidad contractual que arranca de la presencia de cláusulas abusivas.

Hay otro dato a la vez desconcertante y preocupante en el razonamiento del TJUE en su intento por apuntalar la solución que deja a los legisladores y tribunales nacionales maniatados en la práctica en el terreno de las consecuencias de la nulidad por causa de abusividad. La Sentencia *Bank M.* saca a relucir la máxima *nemo auditur* para rechazar de plano que el profesional o empresa que ha introducido en su contrato una cláusula abusiva pueda recuperar en vía restitutoria o mediante el ejercicio de cualquier otra pretensión algo que exceda del valor inicial -al celebrarse el contrato- de la prestación ejecutada en favor del consumidor. Argumenta el TJUE de este modo:

«A este respecto, en primer lugar, de conformidad con el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (no se escuche a quien alega su propia torpeza), no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se le indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento.

En el caso de autos, como señaló, en esencia, el Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, la posible anulación del contrato de préstamo hipotecario es una consecuencia del uso de cláusulas abusivas por parte de Bank M. Por tanto, esta última entidad no puede ser indemnizada por la pérdida de un beneficio análogo al que esperaba obtener de dicho contrato.»

No existe, nos atreveríamos a decir, un gran consenso teórico en Europa acerca del alcance y el atractivo del conjunto de efectos jurídicos asociados a la expresión *nemo auditur*, más allá de una formulación general de rechazo de las pretensiones sustentadas en la propia conducta reproachable (ilícita, inmoral) de quien las presenta. En el ámbito concreto de la nulidad, esto se podría traducir en repudiar las pretensiones declarativas o restitutorias ejercitadas por aquel que trata de sacar ventaja de su actuación reproachable al socaire de la nulidad que él mismo ha provocado con su conducta reprensible.

Es bien conocido que en distintos sistemas jurídicos que conocen expresiones codificadas¹⁴ del *nemo auditur* y semejantes (exclusión de la *condictio ob turpem causam*, *soluti retentio* en las prestaciones contra las buenas costumbres) están muy extendidas las opiniones sustancialmente críticas con su fundamento y deseabilidad, que abogan por interpretaciones restrictivas y excepcionales, cuando no abrogantes, de las previsiones legales al efecto¹⁵. De manera que convertir el *nemo auditur* en un principio general del derecho privado europeo apto a iluminar las dificultades que pueblan la búsqueda de esquemas razonables para ordenar las consecuencias mediatas de la presencia de cláusulas abusivas en contratos de consumo parece, cuanto menos, aventurado.

No se puede negar que el conjunto de soluciones «especiales» aplicadas a la nulidad del contrato y asociadas al brocardo *nemo auditur* pueden ofrecer algunas ventajas en términos de eficacia disuasoria o preventiva de contratos cuya celebración resulta particularmente rechazable o negativa¹⁶.

En relación con un contrato nulo, el propio efecto jurídico de ineficacia e inexigibilidad anejo a la nulidad impide precisamente que las partes puedan pretender jurídicamente el cumplimiento de las conductas pactadas como prestación. La consecuencia de la nulidad consiste en la plena restitución o reintegración de la situación preexistente a la celebración del contrato nulo (régimen general del artículo 1303 CC y, por otras vías técnicas, la que hallamos en otros países

¹⁴ Por ejemplo, artículo 1306 CC, § 817 BGB, artículo 2035 *Codice civile*, art. 1174 ABGB, art. 5.123, Código civil belga.

¹⁵ En España, entre otros, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* (reimpresión de la edición de 1971), Civitas, Madrid, 1985, pp. 251-251; CERDÁ OLMEDO, «Nemo Propriam Turpitudinem Allegans», *Revista de Derecho Privado*, vol. 64, 1980, p. 1208; MORALES MORENO, «Simulación absoluta, causa ilícita y restitución de subvenciones de la PAC. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2021», *Anuario de Derecho civil*, vol. 74, 2021, pp. 1536-1537. En Alemania, por ejemplo, FLUME, *El negocio jurídico* (traducción española), Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 465 ss. En Italia, RESCIGNO, «In pari causa turpitudinis», *Rivista di Diritto civile*, 1966, p. 53.

¹⁶ Este efecto se destaca en las aproximaciones al contrato que emplean herramientas de la teoría de juegos: GANUZA FERNÁNDEZ, GÓMEZ POMAR, «Civil and Criminal Sanctions Against Blackmail: An Economic Analysis», *International Review of Law and Economics*, vol. 21, 2002, p. 475; GÓMEZ POMAR, GILI SALDAÑA, «Aspectos contractuales de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de combustibles», *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 2011, p. 1409. El argumento preventivo, desde luego, ya era conocido con anterioridad, aunque generalmente rechazado por la doctrina jurídica: DEMANTE Y COLMET DE SANTERRE, *Cours Analytique de Code civil*, Tomo V, Henri Plon, París, 1865, pp. 64-65; ALLARA, *Sul pagamento «ob turpem causam»*, Tipografia Commerciale, Cortona, 1930.

europeos). Pero este regreso al *statu quo ante contractum* produce que no se disipen o eliminen en la medida necesaria los incentivos de las partes -o, al menos, de aquella parte que promueve la causa inmoral o ilícita con su conducta de inducción al contrato- a celebrar o realizar el negocio en primer término. El sujeto que promueve el contrato ilícito anticiparía el posible resultado de nulidad y de restitución y podría decirse: en el mejor de los casos, me salgo con la mía y obtengo el resultado ilícito perseguido; en el peor, si se declara la nulidad y no puedo obtener lo que pretendía con el contrato, me quedo como estaba antes de concertar el contrato ilícito.

Una fórmula como la del artículo 1306.II CC se puede entender como un instrumento para tratar de minar este incentivo a celebrar el contrato que el sistema jurídico desea evitar. Priva al contratante que ha promovido la contratación ilícita de lo que hubiere dado en virtud del contrato, pero le obliga a restituir a la contraparte lo que hubiera recibido de esta. El precepto, con este esquema de restitución asimétrica contiene una forma de sanción civil¹⁷ -la privación de lo entregado en virtud del contrato nulo-. Además, se trata de un mecanismo muy poco costoso -no implica inversión de recursos públicos en detección y sanción- pues se basa en la conducta en su propio provecho de la contraparte arrastrada a la contratación ilícita por la otra, y sorprendentemente eficaz.

Esta asimetría en el tratamiento de los contratantes, si es anticipado por quien tiene la iniciativa de la contratación ilícita, puede tener saludables efectos disuasorios de aquello que se quiere evitar (el intercambio contractual ilícito o inmoral). En efecto, la posibilidad combinada de no cumplir el contrato nulo y de retener al tiempo lo recibido de la otra parte hará irremediabilmente atractivo el oportunismo contractual para la contraparte. Esto, a su vez, anticipado por la parte culpable, contribuirá a disuadirla de celebrar el contrato ilícito o al menos de celebrarlo en los términos de los que resulta la ilicitud causal. En otras palabras, la eliminación del derecho a la restitución de quien promueve la causa torpe -y la correlativa sujeción a la restitución que puede reclamar la parte ajena a la torpeza- sirve de incentivo para que la parte no culpable pueda, una vez celebrado el contrato, quedarse con todo. La parte promotora de la ilicitud causal que anticipe ese comportamiento -racionalmente oportunista- de la otra y, por tanto, imagine que puede acabar en una situación peor a la que estaba antes de contratar, acaso optará entonces por no proponer o celebrar el contrato ilícito.

Esta lógica disuasoria tiene algunos límites basados en la repetición de la relación y la presencia de organizaciones dedicadas habitualmente a la contratación ilícita¹⁸. Por eso se explica que el artículo 1306.II del Código Civil no reemplace al Código Penal y al Derecho Administrativo sancionador para todos los ilícitos de comisión «contractual».

Pero no es esto lo que nos interesa destacar aquí. Lo importante es la inadecuación de la ventaja disuasoria -acaso la única que tiene- del *nemo auditur* al contexto de los contratos de consumo con cláusulas abusivas, incluso cuando estas afectan a elementos del contrato sin los cuales este no puede subsistir.

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Civitas, 1985, p. 251, ya identifica el artículo 1306.II CC como una forma de sanción civil. No discute, sin embargo, su eficacia disuasoria o preventiva ex ante y el cauce por el que se produciría.

¹⁸ GANUZA FERNÁNDEZ, GÓMEZ POMAR, *International Review of Law and Economics*, 2002, p. 475; GÓMEZ POMAR, GILI SALDAÑA, *Anuario de Derecho civil*, 2011, p. 1409.

La virtualidad preventiva descrita más arriba tiene aplicación a los intercambios contractuales con una función (una causa, en términos tradicionales) ilícita e indeseable según los valores del sistema jurídico. Esto es, contratos que, desde el punto del bienestar de la sociedad, no crean valor sino que lo reducen (prestaciones ilegales o delictivas, contratos cuyo cumplimiento afecta negativamente a terceros o al interés público, etc.). El sistema jurídico, con toda razón, quiere disuadir que se celebren estos intercambios voluntarios que destruyen el bienestar social.

Esta lógica no es trasladable, en general, a los contratos entre empresas y consumidores sobre bienes y servicios que, en principio, son valorados por los consumidores. Se trata de contratos que, en principio, crean valor, aunque contengan un elemento de ilegalidad (como puede ser una cláusula abusiva, aunque esta lleve a la nulidad del contrato por afectar a las posibilidades de determinar las prestaciones esenciales). Una cláusula abusiva no es habitualmente una prestación ilícita o contraria a las buenas costumbres, por muy mala opinión que tengamos de las cláusulas abusivas. En el caso de la contratación de crédito en divisa, acaso el *nemo auditur* podría esgrimirse si la propia concertación de financiación en divisa fuera *per se* ilícita o inmoral¹⁹. Pero con el Derecho de la UE en la mano, nadie puede decir eso, pues está expresamente permitida (aunque regulada) por la Directiva 2014/2017. No hay en el intercambio contractual una infracción de reglas básicas y fundamentales de la contratación privada. Hay concretas cláusulas abusivas (por su falta de transparencia o por su contenido). Ni más ni menos. En los contratos con consumidores, no son los contratos en sí, sino las cláusulas abusivas lo que el sistema jurídico desea disuadir.

Por tanto, la aplicación del *nemo auditur* en el contexto de la Sentencia *Bank M.* parece desencaminada y fuera de lugar. En realidad, más allá de los dudosos perfiles del instituto y de sus cuestionables ventajas (más allá de su función preventiva en determinados contextos), parece un instrumento inapropiado para el terreno de los contratos de consumo en los que se hallan presentes cláusulas abusivas. Ni siquiera cuando esa presencia lleva en definitiva a la nulidad total del contrato resulta provechoso acudir al mismo. Mucho menos aún en los contratos de crédito, en los que, por las razones ya desarrolladas, es mucho más operativo reajustar los flujos de dinero entre las partes para satisfacer los objetivos pretendidos con la intervención judicial *ex post* (incluidos los de la Directiva 93/13 cuando esta es de aplicación).

Por último, un detalle no irrelevante en cuanto a la aplicación de la doctrina argumentada por el TJUE para denegar cualquier importe al prestamista más allá del nominal del préstamo (lo que, en términos reales, supone una notable pérdida para este). Es claro que el otorgamiento del préstamo al prestatario y la entrega del dinero al segundo nada tienen de ilícito. En el caso concreto de la Sentencia *Bank M.*, la ilicitud se circunscribe a un determinado mecanismo de fijación del tipo de cambio (o, en la versión española del asunto, en la falta de información sobre riesgos relevantes). Es claro igualmente que cuando el prestamista pretende, por ejemplo, que se le reintegre la cantidad prestada en valor real y no puramente nominal, no está tratando de obtener una retribución o una ventaja por su conducta ilícita. Está, más simplemente, pidiendo

¹⁹ En el caso polaco, recordemos, la abusividad se predicaba no de la denominación en divisa en cuanto tal, sino de la inserción de una cláusula sesgada en favor del prestamista para fijar el tipo de cambio en cada ocasión en que debía hacerse un pago por el prestatario. En el caso español, la abusividad se residencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el propio mecanismo de denominación del crédito en divisa, pero por motivos de falta de transparencia sobre los riesgos de la denominación en divisa, no porque se trate de un intercambio contractual ilícito o inmoral.

que se le reintegre -en términos reales- a la situación *ante contractum*. Acaso no debamos acceder a ello, pero será por razones que tengan que ver con el respeto a los objetivos de la Directiva 93/13 (reintegración plena del consumidor a la situación anterior, virtualidad del principio de efectividad y potencia preventiva o disuasoria frente a la inserción del tipo de cláusula abusiva de que se trate). No, desde luego, por el uso retórico del *nemo auditur*.

5. Conclusiones

La protección de los consumidores en los contratos celebrados con entidades de crédito ha sido objeto de análisis -una vez más- por el TJUE. En la Sentencia *Bank M.*, el Tribunal de Luxemburgo se pronuncia sobre las consecuencias de la nulidad total de un contrato de préstamo hipotecario en divisa cuyo origen está en la presencia de una cláusula abusiva relacionada con la determinación del tipo de cambio. La cuestión central versa sobre si el prestamista puede reclamar cantidades que superen el importe nominal del préstamo anticipado al consumidor en virtud del contrato nulo y si el consumidor puede hacer otro tanto respecto de las cuotas y comisiones que hubiera abonado al prestamista.

El Abogado General y el TJUE coinciden: los consumidores tienen derecho a reclamar cantidades adicionales al reembolso de las cuotas del préstamo pagadas en caso de nulidad del contrato debido a cláusulas abusivas. Esta posibilidad no menoscaba el principio de efectividad de la Directiva 93/13 y puede incluso fomentar el ejercicio de los derechos del consumidor, además de disuadir a los bancos de incluir cláusulas abusivas en sus contratos. Para el prestamista también están de acuerdo Abogado General y TJUE: la Directiva 93/13 proscribe que el prestamista pueda reclamar ninguna cantidad por encima del valor nominal del capital prestado y de los intereses de demora devengados tras el requerimiento de pago al consumidor una vez constatada la nulidad del contrato. De lo contrario, la efectividad de los derechos del consumidor según la Directiva 93/13 quedaría en entredicho, y la eficacia disuasoria de la norma de Derecho de la UE, irremisiblemente cuestionada.

Más allá de dar razón de la posición manifestada por el TJUE, hemos tratado de mostrar cómo la opción elegida por Luxemburgo no era la única conciliable con los objetivos de protección de la Directiva 93/13. Ni siquiera creemos que fuera la mejor o, incluso, que sea medianamente compatible. Entendemos que se ha adoptado cerrando los ojos a los rasgos propios -y caracterizadores- de los contratos de crédito, incluyendo los concertados en divisa y pretende constreñir de manera que juzgamos indeseable el juego razonable de las normas y las interpretaciones judiciales de los Estados Miembros en cuanto a las consecuencias de la nulidad de un contrato, también cuando esta tiene en su raíz la presencia de una cláusula abusiva. Aunque no es previsible, no renunciamos del todo al sentimiento optimista de que, acaso más adelante, el propio TJUE revise este -y otros- elementos discutibles de su jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas.

6. Bibliografía

ALLARA, Mario, *Sul pagamento «ob turpem causam»*, Tipografia Commerciale, Cortona, 1930.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Control de transparencia y préstamos multdivisa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 119, 2022.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en CARRASCO PERERA, Ángel (ed.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

CERDÁ OLMEDO, Miguel, «Nemo Propriam Turpitudinem Allegans», *Revista de Derecho Privado*, vol. 64, 1980.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico* (reimpresión de la edición de 1971), Civitas, Madrid, 1985.

DEMANTE, Antoine Marie, COLMET DE SANTERRE, Edouard, *Cours Analytique de Code civil*, Tomo V, Henri Plon, París, 1865.

FLUME, Werner, *El negocio jurídico* (traducción española), Fundación Cultural del Notariado, 1998.

GANUZA FERNÁNDEZ, Juan José, GÓMEZ POMAR, Fernando, «Civil and Criminal Sanctions Against Blackmail: An Economic Analysis», *International Review of Law and Economics*, vol. 21, 2002.

GÓMEZ POMAR, Fernando, GILI SALDAÑA, Marian, «Aspectos contractuales de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de combustibles» *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 2011.

GÓMEZ POMAR, Fernando, CANUDAS PERARNAU, Sheila «La naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa», *InDret* 2.2023.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Simulación absoluta, causa ilícita y restitución de subvenciones de la PAC. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2021», *Anuario de Derecho civil*, vol. 74, 2021.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 106, 2018.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Comentario a la STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C-520/21: la proyección del principio de efectividad sobre el contenido indemnizatorio derivado de la nulidad del contrato y el reequilibrio contractual del efecto restitutorio», *Diario La Ley*, vol. 10331, 2023.

RESCIGNO, Pietro, «In pari causa turpitudinis», *Rivista di Diritto civile*, 1966.

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (abril-maig 2023)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/1375/2022, de 19 d'abril, JUS/1377/2023, de 17 d'abril, JUS/1378/2023, de 13 d'abril, i JUS/1562/2023, de 5 de maig

Sumari

-

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/1375/2023 (divisió de la cosa comuna en escriptura pública i extinció de parella estable), JUS/1377/2023 (elevació a públic de document privat i denominació del titular gravat per un dret d'ús), JUS/1378/2023 (interpretació del testament: entre la marmessoria i l'herència de confiança) i JUS/1562/2023 (divisió d'un element privatiu en propietat horitzontal: majoria simple).

Abstract

-

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation JUS/1375/2023 (cohabitants: partition of property by means of an agreement upon breakdown), JUS/1377/2023 (notarisation of agreement and designation of the owner encumbered by a right of use), JUS/1378/2023 (construction of wills: difference between an executor and a fiduciary heir) and JUS/1562/2023 (multi-unit buildings: partition of privately owned units by simple majority agreement).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (April-May 2023)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, divisió de la cosa comuna, parella estable, divisió de la cosa comuna, conveni regulador, elevació a públic, dret d'ús, interpretació del testament, marmessoria, hereu de confiança, propietat horitzontal, divisió d'elements privatis, majoria simple.

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, cohabitants, partition of property, breakdown, notarial settlement, notarisation of agreement, right of use, construction of wills, executor, fiduciary heir, multi-unit buildings, partition of privately-owned units, simple majority.*

-

1. Resolució JUS/1375/2023, de 19 d'abril de 2023 (DOGC núm. 8905, de 28.4.2023). Divisió de la cosa comuna en escriptura pública i extinció de parella estable

- 1.1. Introducció
- 1.2. Les diferències respecte al matrimoni en l'extinció de les parelles estables
- 1.3. Les manifestacions preventives

2. Resolució JUS/1377/2023, de 17 d'abril de 2023 (DOGC núm. 8905, de 28.4.2023). L'expressió nua propietat per a fer referència a la propietat gravada amb un dret d'ús d'habitatge en l'elevació a públic de l'acord privat constitutiu del dret real limitat

- 2.1. Introducció
- 2.2. L'abast concret del dret d'ús, la modificació de documents privats quan s'eleva a públics i la prevalença del contingut per damunt de les paraules emprades

3. Resolució JUS/1378/2023, de 13 d'abril de 2023 (DOGC núm. 8905, de 28.4.2023). Interpretació del testament: entre la marmessoria i l'herència de confiança

- 3.1. Introducció
- 3.2. La distinció entre marmessoria universal i herència de confiança
- 3.3. La caducitat de la disposició de confiança per haver-la revelada l'instituït a favor seu

4. Resolució JUS/1562/2023, de 5 de maig de 2023 (DOGC núm. 8915, de 15.5.2023). Divisió d'un element privatiu en propietat horitzontal: és suficient la majoria simple de propietaris i de quotes

- 4.1. Introducció
- 4.2. L'essència del règim de propietat horitzontal actual i les majories necessàries per tal d'adaptar-hi les comunitats preexistents a la normativa en vigor
- 4.3. Consideracions finals

5. Bibliografia citada

1. Resolució JUS/1375/2023, de 19 d'abril de 2023 (DOGC núm. 8905, de 28.4.2023). Divisió de la cosa comuna en escriptura pública i extinció de parella estable*

1.1. Introducció

Es presenta per a la seva inscripció escriptura en què els integrants d'una parella estable manifesten que aquesta es va extingir per ruptura de les relacions personals i, com a conseqüència, procedeixen a dividir l'habitatge del qual eren copropietaris. En l'escriptura es va fer constar que corresponia la bonificació del 100 % de l'impost d'actes jurídics documentats (art. 5 de la Llei 2/2016, de 2 de novembre) per haver-se produït l'extinció de la parella estable i la simultània dissolució del condomini. No hi ha cap altre pacte relatiu a la ruptura.

El registrador va qualificar negativament, en considerar que, d'acord amb els art. 234-6 del CCC i 54 de la Llei del Notariat, l'escriptura d'extinció només és «vàlida» i, per tant, inscriptible, si no hi ha fills comuns, de manera que, mancant l'expressió d'aquesta circumstància, no és possible la constància registral.

La notària va recórrer, al·legant la independència entre l'extinció de la parella, que es va esmentar només a efectes fiscals, i la dissolució del condomini, que es podia dur a terme tant en el context d'una ruptura com fora d'ella i que és l'únic acte inscriptible. També feia valer el caràcter potestatiu del conveni en la ruptura d'una parella estable, segons es desprèn de l'art. 234-6 del CCC, a diferència del que succeeix en la separació i en el divorci d'una unió matrimonial. Sembla ser que del text del recurs se'n desprèn que la parella tenia fills comuns.

1.2. Les diferències respecte al matrimoni en l'extinció de les parelles estables

Havent recordat el recorregut de la legislació catalana quant al reconeixement sense discriminació de les parelles estables (art. 231-1 CCC), la DGDEJM considera que la relativa equiparació d'efectes al matrimoni no ha de conduir a confondre les dues institucions, «que, per definició, són diferents. Si no ho fossin, no tindria sentit reconèixer-les [unions estables de parella]». Quant als efectes, es posa com a exemple de tret diferencial la inexistència de règim econòmic de la parella. I quant a la constitució i a l'extinció, es destaca la flexibilitat i la manca de formalisme, pròpies de la realitat que es regula. De la mateixa manera que no cal cap acte formal per a constituir-les, tampoc l'extinció requereix un acte d'autoritat, tal i com es desprèn de la redacció de l'art. 234-6 del CCC (FD 1.3). Considera la DGDEJM que «la llei segueix, en aquest punt, la realitat social, perquè és cosa viscuda, constatada i incontrovertida al carrer que les persones que opten per la unió en parella estable, no per la unió matrimonial, cerquen precisament això, més llibertat individual i menys intervenció dels poders públics, tant en la constitució com en l'extinció» (FD 1.2).¹ Això explica que, mentre que en el matrimoni el contingut del conveni regulador és tancat (art. 233-2 CCC), en l'extinció d'una parella estable és obert (art. 234-6 CCC) (FD 1.4) i també que en parelles estables hi pugui haver extinció sense conveni; en canvi, aquest és imprescindible per a la separació o el divorci de mutu acord (FD 1.5).

* Email: miriam.anderson@ub.edu Aquests comentaris formen part de les activitats del «Grup de Dret civil català UB», 2021 SGR 00347.

¹ El FD 1.2 acaba referint-se a la doctrina del Tribunal Constitucional (en sentències 184/1990, de 15 de novembre, BOE núm. 389, de 3.12.1990; 81/2013, d'11 d'abril, BOE núm. 112, de 10.5.2013, i 93/2013, de 23 d'abril, BOE núm. 123, de 23.5.2013), per a rebutjar l'equiparació de les dues institucions, doctrina que, si es qüestiona la constitucionalitat de la normativa catalana sobre unions estables de parella, pot conduir a la seva expulsió del sistema, després d'un quart de segle en vigor.

Si bé en cas de ruptura matrimonial el conveni sempre s'ha de pronunciar sobre l'ús de l'habitatge habitual, encara que sigui propietat d'un dels cònjuges, i amb independència que hi hagi fills o no, i tot conveni de ruptura matrimonial que faci referència a les relacions amb els fills requereix intervenció judicial (FD 1.6), aquests continguts taxats no regeixen quan es tracta de la finalització d'una relació de parella estable, perquè aquesta «s'extingeix sense necessitat d'un acte d'autoritat i sense necessitat de conveni, i el fet que hi hagi fills no pot evitar que la parella s'extingeixi simplement per trencament de la convivència o per voluntat unilateral d'una de les parts; sense perjudici, és clar, del dret de l'altre membre de la parella a reclamar judicialment les mesures que consideri adequades» (FD 1.7).

A més d'altres consideracions, la DGDEJM es pregunta a quina escriptura es refereix l'apartat 3 de l'art. 234-6 del CCC, la redacció vigent del qual considera massa mimètica amb la relativa al matrimoni. Acaba conclouent que, en no ser imperatiu el conveni per a la ruptura, tampoc no és imperativa la intervenció judicial, tret que el conveni de què es tracti faci referència als fills comuns (FD 1.5).

Descendint al cas concret, la DGDEJM analitza si l'escriptura conté només pactes relatius a la relació horitzontal entre els integrants de la parella o bé si també incorpora aspectes tocants a les relacions verticals, amb els -hipotètics- fills comuns. Entén que, a diferència del que succeïa en el cas que va donar lloc a la Resolució JUS/2941/2015, de 26 de novembre,² en aquest supòsit els atorgants es limiten a reconèixer un fet, l'extinció de la parella estable ja produïda, i no fixen les relacions amb els fills menors com a conseqüència d'ella. Entén que «no hi ha cap conveni, ni tan sols hi ha separació per escriptura (art. 234-4.d del CCC), per molt que l'escriptura s'hagi qualificat com a tal» (FD 2.3)³ i que, per la resta, el document conté una mera dissolució de condomini, que es podria haver realitzat també abans de la ruptura (FD 2.4).⁴ Finalment, la DGDEJM sembla preguntar-se per la tutela de l'interès superior del menor i realitza les següents afirmacions:

«[D]iffícilment pot semblar pernicios per als fills menors d'edat –si n'hi ha– que l'habitatge que havia estat de l'antiga parella quedi de la plena propietat d'un dels progenitors; perquè, d'una banda, res no és més pernicios per als fills menors d'edat que l'enquistament de la disputa entre els pares (en aquest cas, ben avinguts i d'ingressos similars) i, de l'altra, l'atribució de la titularitat de l'habitatge no afectaria, si fos el cas, el règim d'ús que, en el futur, l'autoritat judicial pogués imposar en benefici del membre de la parella més necessitat o dels fills.» (FD 2.5)

L'encert de la primera d'aquestes afirmacions és indubtable, tot i que potser no proporciona una base prou sòlida per a considerar emparat l'interès superior dels possibles fills menors d'edat, atès que el mateix es pot dir quan els progenitors estan vinculats per una unió matrimonial, cas en el qual la legislació preveu cauteles suplementàries. Pel que fa a la segona afirmació que recull aquest apartat de la resolució, és ben cert que la divisió de la cosa comuna no impedeix que, amb posterioritat, es reclami el dret d'ús en benefici dels menors. Tot i això, en no dur-se a terme les

² DOGC núm. 7026, de 28.12.2015; comentada a *InDret*, 2, 2016.

³ La resolució és mostra clara de la poca importància que es dona a les afirmacions de caire fiscal des de la perspectiva dels òrgans que decideixen d'acord amb el dret privat: les parts havien fet constar, als efectes d'obtenir un avantatge fiscal, que es tractava d'una ruptura de parella estable, cosa que posteriorment la notària qüestiona i la DGDEJM sembla acceptar. No deixa de resultar en certa manera inquietant que l'ordenament continuï tan fraccionat, i que la normativa es moduli de manera que es pugui aconseguir el resultat civil perseguit (la inscripció registral de la divisió) i també el tributari (la bonificació del 100 % d'un impost per tractar-se d'un acte que potser no es correspon amb el que realment es duu a terme).

⁴ Pel que fa a l'equiparació de contingut del conveni regulador de parella i el matrimonial si han estat aprovats judicialment, recentment, es pot veure la Resolució de la DGDEJM JUS/592/2023, de 20 de febrer (DOGC núm. 8866, de

2.3.2023; comentada a *InDret*, 2, 2023), on es va considerar que la divisió de la cosa comuna hi tenia cabuda.

dues operacions de manera simultània, i amb la corresponent constància registral, res no treu que l'adjudicatari de l'immoble l'alieni a un tercer protegit per l'art. 34 de la Llei hipotecària, amb la qual cosa l'eventual dret d'ús resultaria il·lusori. El mateix pot succeir quan els progenitors estan casats: és possible que pactin la divisió de la cosa comuna amb anterioritat a la separació i al divorci, amb idèntic risc per al dret d'ús en benefici dels fills menors. Això no obstant, no sembla que cap precepte legítimi l'autoritat judicial a indagar sobre les decisions dels cònjuges en qüestions de pura titularitat. Diferent va ser, però, el criteri mantingut per la DGDEJM a la Resolució JUS/2941/2015, ja citada, en què el que s'havia presentat per a la seva inscripció era un conveni de ruptura de parella estable complet, incloent les relacions amb els fills menors i també la divisió de l'habitatge. Llavors es va considerar que el conveni en conjunt havia de superar l'aprovació judicial per tal de poder-se inscriure l'adjudicació prevista de l'immoble. Per tant, sembla que la conclusió pràctica és que la possibilitat d'inscriure la dissolució del condomini per mitjà d'escriptura pública en un escenari de ruptura de parella estable depèn de què consti en una escriptura separada a la que prevegi les relacions amb els menors d'edat, perquè si s'inclou en la mateixa, estarà subjecta íntegrament a aprovació judicial, àdhuc si entra dins l'àmbit d'aplicació de l'art. 233-5 del CCC, al qual remet l'art. 234-6.3 del CCC.

1.3. Les manifestacions preventives

La resolució es clou analitzant si, en escriptures com la que va donar lloc al recurs, cal que els atorgants manifestin si tenen o no fills comuns. Arriba a una conclusió negativa, emprant exemples [com ara que no cal que cada escriptura especifiqui si una persona compta amb suports (art. 226-3 CCC), ni que cada acte de disposició gratuïta faci constar que no s'ha atorgat un heretament que la impedeixi (art. 431-25.3 CCC), ni que en tota transmissió onerosa d'immoble s'especifiqui que la finca no és part de les àrees de tanteig i retracte designades per l'Administració (article 15.1 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge)] i contrastant aquest cas amb el que preveu l'art. 231-9 del CCC. Considera que «quan la llei, per garantir-ne el compliment, estableix l'obligació de fer determinades manifestacions, ho ha de dir de manera expressa, com succeeix, en el supòsit de l'article 231-9 del CCC. I encara en aquest cas, hem declarat que, si es tracta de persones solteres, la manca de declaració equival a una declaració inexacta i no pot ser exigida pel registrador (JUS/2890/2022, de 27 de setembre)» (FD 3.1). Es consolida, doncs, un criteri menys formalista⁵. Així, «en principi, en una dissolució de condomini no hi ha l'obligació que els cotitulars declarin si són parella o no, si estan casats entre ells o no, si tenen fills en comú menors o majors d'edat o no, perquè cap norma no ho imposa i perquè la qualificació registral no es pot fonamentar en una sospita permanent de 'nul·litat' (sic) dels documents presentats al Registre. Tampoc en el cas present, extingida la relació de parella estable, estan necessàriament obligats a declarar si tenen fills o no, perquè res no s'oposa al fet que els cotitulars de la finca dissolguin el condomini, un acte jurídic al qual tenen dret (article 552-10 del CCC)» (FD 3.2).

⁵ DOGC núm. 8766, de 5.10.2022; comentada a *InDret*, 4, 2022. De fet, la DGDEJM es va pronunciar en aquest sentit també en dues Resolucions de 27 de juliol de 2022 (JUS/2450/2022 i JUS/2451/2022; DOGC núm. 8725, de 5.8.2022), comentades al mateix número d'aquesta revista. La tesi mantinguda ara es va definir a la Resolució d'11 d'octubre de 2017 (JUS/2443/2017, DOGC núm. 7482, de 26.10.2017; Comentada a *InDret*, 1, 2018), que era ja conforme amb la continguda en la Resolució de 22 de maig de 2006 (JUS/2479/2006, de 10.7.2006; DOGC núm. 4684, de 26.7.2006; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 3, 2007) –tot i que en la Resolució de 19 de febrer de 2007 (JUS/918/2007, de 22.3.2007, DOGC núm. 4854, de 2.4.2007; Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 3, 2008) hi va haver una important desviació, sobre la base de la llavors nova redacció de l'art. 569-31 del CCC, que es referia a «la persona» i no al «cònjuge o convivent», com ho fa ara, arran de la modificació duta a terme per la Llei 25/2010, de 29 de juliol.

Finalment, la DGDEJM entén que la resolució s'ha de limitar a valorar la qualificació i l'escriptura, sense que s'hagin de tenir en compte les afirmacions de la notària, que deixava entendre que efectivament hi havia fills comuns, perquè les considera extralimitades i alteradores del contingut de l'escriptura, cosa que únicament les parts podien fer (FD 3.2). Per tant, es revoca la qualificació i es permet la inscripció de la dissolució de condomini.

2. Resolució JUS/1377/2023, de 17 d'abril de 2023 (DOGC núm. 8905, de 28.4.2023). L'expressió *nua propietat* per a fer referència a la propietat gravada amb un dret d'ús d'habitatge en l'elevació a públic de l'acord privat constitutiu del dret real limitat

2.1. Introducció

Per mitjà de document privat, la propietària d'una finca la va adjudicar en pagament del deute que reconeixia en aquell mateix tràmit a favor del seu fill i de la seva nora. El reconeixement de deute responia a les cures i atenció prestada pel matrimoni a la propietària. Aquesta es va reservar un dret d'ús, constituït a títol gratuït i de manera indefinida, per tal d'atendre la seva necessitat permanent d'habitatge. D'altra banda, els adquirents de la finca reconeixien un deute corresponent al major valor de la finca respecte al deute que amb la seva transmissió es satisfia. Aquest document es va elevar a públic. En l'escriptura s'hi van incloure algunes modificacions relatives a aspectes que no tenen a veure amb la definició del dret que es reservava la transmetent.

Això no obstant, el registrador va suspendre la inscripció perquè en un dels expositius de l'escriptura es va afirmar que la titular transmetia la nua propietat (i es reservava el dret d'ús de l'habitatge). Pel fet d'haver emprat aquesta expressió, el registrador dubta de si el que es reserva la transmetent és un dret d'ús o més aviat un dret d'usdefruit, d'abast molt diferent.

El notari va recórrer, adduint que és habitual referir-se a la nua propietat tant si es tracta d'una titularitat gravada amb un dret d'usdefruit com si ho està amb un dret d'ús, cosa que es justifica perquè l'usdefruit, l'ús i l'habitatge es considerarien de la mateixa espècie. Així s'explicaria la remissió continguda a l'art. 562-1 CCC.

En l'informe, el registrador va confirmar la nota, i va explicar que únicament calia aclarir quin dret es reserva la transmetent. La discrepància entre els termes emprats per a definir el que és objecte d'adjudicació –*propietat* al document privat i *nua propietat* a l'escriptura– es pot deure, entén, a un error de transcripció, a una interpretació correctora del document privat o a l'ús inapropiat del terme *nua propietat*. Es planteja també que, si el CCC permet emprar el terme *nua propietat* de manera àmplia, per a incloure també la propietat gravada amb dret d'ús o d'habitatge, es pot generar una indesitjable confusió jurídica.

2.2. L'abast concret del dret d'ús, la modificació de documents privats quan s'eleva a públics i la prevalença del contingut per damunt de les paraules emprades

La DGDEJM recorda, en primer lloc, que el dret d'ús té el contingut que estableixi el títol constitutiu i, en el seu defecte, el que disposen els art. 562-6 i següents del CCC (art. 562-1 CCC). Atès que en el cas concret la reserva del dret d'ús es va pactar únicament amb caràcter indefinit i gratuït, regeixen els esmentats preceptes per a delimitar-ne el contingut. Essent el dret d'ús una limitació voluntària del dret de propietat (art. 545-4 CCC), les facultats que no hagin estat atribuïdes al seu titular per pacte o per disposició legal corresponen al propietari (art. 542-1 a 542-3 CCC) (FD 1).

En segon lloc, considera que el principi de llibertat civil permet alterar els pactes continguts en un document privat en el moment d'eleva-lo a públic, com és natural, perquè un nou acord en pot modificar un d'anterior. Però per tal que això succeeixi es requereix que el nou acord sigui «explícit i clar» o «expres», sense que es pugui considerar produïda una novació «a través d'inferències o sobreentesos» (FD 2.1). En el cas concret, analitzada l'escriptura, conclou que no es va pactar cap modificació del dret d'ús i no es va fer referència en cap moment a la reserva d'un usdefruit (FD 2.2). A l'escriptura, a més, el terme *nua propietat* únicament apareix en un expositiu, de manera que no se'n pot deduir una ampliació de l'abast del dret reservat. Tot i això, argumenta que el terme s'usa de manera impròpia, atès que quan el titular conserva facultats de gaudir i de disposar, la propietat ja no és *nua* (FD 2.3).

Finalment, considera que, davant l'evidència que el que es reservava la transmetent era un dret d'ús, la designació jurídica emprada a la part dispositiva de l'escriptura ha de ser obviada pel registrador, que qualifica el contracte en la seva globalitat i no està vinculat per les paraules concretament utilitzades si resulta clar el contingut del dret de què es tracta.

Per tant, es revoca la nota i es permet la inscripció sol·licitada. En llegir la relació de fets d'aquesta resolució, hom intuïria que la qüestió discutida tindria a veure amb usos fraudulents del reconeixement de deute, potser amb la finalitat de perjudicar altres legitimaris en el seu moment, o amb problemes tributaris, que tal vegada haurien impedit l'accés al registre. En canvi, la polèmica se centra en l'ús segurament poc rigorós, però innocent o de poca transcendència, del terme *nua propietat* a la part explicativa d'una escriptura d'elevació a públic d'un document privat. Com a resultat, transcorren més de quatre mesos entre la presentació de l'escriptura al Registre i la resolució del recurs, la tramitació del qual no es va notificar als atorgants. Es pot deduir que no els urgia la constància registral, estant protegits per la pròrroga de l'assentament de presentació que comporta el recurs (art. 66 LH) i que per això no es va optar per la via més expeditiva de rectificar l'escriptura i tornar-la a presentar.

3. Resolució JUS/1378/2023, de 13 d'abril de 2023 (DOGC núm. 8905, de 28.4.2023). Interpretació del testament: entre la marmessoria i l'herència de confiança

3.1. Introducció

La causant va morir a Barcelona l'any 2015, soltera i sense que la sobrevisquessin ascendents ni descendents, i deixant un testament de 2011 en què va nomenar marmessores universals dues nebodes seves, amb l'encàrrec de lliurar l'herència en la seva totalitat a les persones designades per la testadora d'acord amb els art. 429-7 i 429-8 del CCC i amb el dret a percebre el deu per cent del valor de l'actiu hereditari líquid com a remuneració.

Al testament no s'hi designaven les persones que havien de rebre l'herència.

Les nebodes van atorgar escriptura de «manifestació d'herència pels hereus de confiança», en què acceptaven el càrrec de marmessores, inventariaven els béns i revelaven la confiança. En resultaven diversos llegats, incloent-ne a favor de les nebodes, entre els quals hi havia un pis que s'atribuïen les nebodes, una en un 66 % i l'altra en un 34 %.

La registradora va suspendre la inscripció en aplicació dels art. 426-11 i 424-15 del CCC, en considerar que en el testament no es van designar marmessores universals, sinó hereves o legatàries de confiança i que, segons l'art. 424-15.1, aquestes institucions caduquen quan els hereus o legataris compleixen o revelen la confiança a favor seu.

Amb posterioritat, les nebodes van atorgar una acta notarial complementària, en la qual afirmen que són marmessores i no hereves de confiança (i que, per tant, podien ser beneficiàries de l'herència i rebre una remuneració), rectifiquen l'escriptura que s'havia presentat per al seu registre i protocol·litzen l'escrit en què la testadora els va traslladar les seves instruccions. Aquestes instruccions, que es poden llegir a la relació de fets V de la resolució, preveïen el llegat d'un terç de l'herència per a una de les nebodes, l'atenció a les eventuais necessitats econòmiques de les germanes de la causant, si esqueïa, així com la voluntat que es financessin dos projectes, un de caire social i l'altre de naturalesa formativa, que les marmessores haurien de concretar.⁶

La registradora va tornar a qualificar negativament, afirmant que, atesa la similitud entre la marmessoria universal amb l'encàrrec de complir la confiança revelada (art. 427-1 CCC) i l'hereu de confiança (art. 424-11 CCC), l'art. 424-15.1 del CCC s'hauria d'aplicar en tots dos casos.

El notari, que havia autoritzat tant el testament com les dues escriptures presentades, va recórrer, adduint les diferències entre la designació de marmessor universal i l'herència de confiança, per tal de concloure que l'art. 424-15.1 del CCC no és aplicable al primer. Afirmava també que les instruccions per als marmessors no necessàriament han de constar al testament (art. 429-1.1 CCC) i que el principi de conservació del testament fa que calgui respectar la voluntat de la causant fins on sigui possible.

3.2. La distinció entre marmessoria universal i herència de confiança

La DGDEJM considera que la controvèrsia gira al voltant d'una qüestió d'interpretació del testament, en què cal atènyer-se a la veritable voluntat de la testadora, encara que això impliqui apartar-se del significat literal de les paraules emprades (art. 421-6 CCC).

La distinció entre marmessoria universal i herència de confiança s'expressa con segueix:

«Es tracta d'institucions que, si bé tenen algunes similituds, difereixen substancialment en llur finalitat, la configuració de l'encàrrec i la determinació dels beneficiaris. L'hereu de confiança és un fiduciari; el marmessor, no. El primer integra la voluntat del testador, que ell coneix, amb la que consta al testament, pot determinar qui són els hereus i els legataris, i distribuir els béns entre ells. El segon compleix la voluntat que consta al testament i mai no pot determinar qui són els hereus o els legataris: interpreta la voluntat del testador, però no pot integrar-la. L'hereu de confiança es designa per mantenir en secret la voluntat testamentària; el marmessor, per garantir el millor compliment d'aquesta voluntat.» (FD 1.2)⁷.

⁶ Es fa constar en aquest document que no hi ha disputa de cap mena entre les persones interessades en l'herència. No es troba en la resolució referència ulterior a aquesta qüestió que, en canvi, hauria estat rellevant si s'hagués adoptat la perspectiva de la regulació que va introduir el llibre quart del CCC pel que fa a la nul·litat i ineficàcia del testament i de les seves disposicions en els art. 422-1 i següents. Quant a la nul·litat, s'estableix amb claredat la possibilitat de «convalidació» pel pas del temps i per voluntat dels interessats (art. 422-3.2 i 3 CCC). La caducitat de l'herència de confiança és un supòsit diferent, d'ineficàcia, d'aplicació imperativa segons la doctrina registral que aquí s'estableix. CÁMARA LAPUENTE, a EGEA I FERNÁNDEZ / FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. I, 2009, p. 414-467, que també comparteix aquesta conclusió (p. 461), justifica que el CCC separés aquesta disposició de les relatives a la nul·litat i ineficàcia del testament en general pel fet que la caducitat de l'herència de confiança no té com a fonament el pas del temps (p. 459).

⁷ Cfr. NOGUEROLLES PEIRÓ I RAGA SASTRE, a EGEA I FERNÁNDEZ / FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. I, 2009, p. 942-949, p. 947, que posaven més l'accent en les similituds derivades del caire fiduciari de tots dos encàrrecs. La DGDEJM no valora la possibilitat que es tracti d'una «marmessoria de confiança», que certa doctrina considera admissible (CÁMARA LAPUENTE, a EGEA I FERNÁNDEZ / FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, cit., p. 418) i que potser encaixaria amb la voluntat de la causant; tampoc el notari fa valer aquesta possibilitat. En tot

L'herència de confiança es concep com el mecanisme que permet mantenir reservada la voluntat del testador més enllà fins i tot de l'obertura de la successió i «pressuposa que al testament no hi figurin els beneficiaris finals», mentre que l'encàrrec que ha de complir el marmessor universal s'ha d'expressar al testament, heretament o codicil; malgrat tenir àmplies facultats d'interpretació del testament, el marmessor no pot determinar l'hereu o el legatari (FD 1.3). La DGDEJM cita la STSJC 45/2008, de 29 de desembre,⁸ i conclou, quant a la referència que fa l'art. 429-7.1 del CCC a la «confiança revelada», que es tracta de supòsits en què concorren un marmessor universal i un legatari de confiança o en què, un cop revelada la confiança, l'hereu de confiança es converteix en marmessor universal (art. 424-14.2 CCC) (FD 1.3).

Descendint al cas concret, es constata que hi ha una contradicció entre la terminologia emprada al testament i la veritable voluntat de la testadora. En prevaldre aquesta darrera, la DGDEJM conclou que la causant va voler cridar les seves nebodes com a hereves de confiança, la qual cosa reblaria també la primera escriptura d'acceptació, que tant en el títol com en el contingut es referien a la institució de confiança i a la revelació d'aquesta (FD 1.4).

3.3. La caducitat de la disposició de confiança per haver-la revelada l'instituit a favor seu

Havent recordat que les hereves de confiança tenen la consideració d'hereves mentre no transmetin els béns als destinataris finals, quines són les seves obligacions i com poden dur a terme la revelació (FD 2.1 i 2.2), la DGDEJM descriu la caducitat prevista a l'art. 424-15 del CCC com una causa d'ineficàcia sobrevinguda, que no determina la nul·litat del testament, sinó únicament el fet que els seus efectes decauen, total o parcialment, «sense necessitat de cap declaració judicial o acte d'autoritat que ho declari» (FD 2.3), motiu pel qual es considera que es pot valorar en seu registral, tal i com succeeix en els supòsits de premoriència o de renúncia.⁹ El fet de revelar la confiança en benefici propi en determina la caducitat per obra de la llei.

De tota manera, la caducitat no afecta la confiança revelada a favor de tercers, encara que siguin parents propers, sinó només la que beneficia les hereves de confiança.¹⁰ D'acord amb l'art. 424-15.2 del CCC, el destí d'aquesta part de l'herència és el que determinen les regles de la successió intestada; és a dir, pertoca a qui hauria heretat abintestat la causant en el moment de l'obertura de la successió. Qüestió aquesta que es no correspon valorar en seu registral (FD 2.4). En el cas concret, per tant, caldrà procedir a determinar qui eren aquests cridats a l'herència en morir la testadora. És possible que la causant deixés germanes que la sobrevisquessin o que aquestes tinguessin descendència. Àdhuc si les úniques nebodes de la causant haguessin estat les designades com a hereves de confiança, el repartiment d'aquesta part de l'herència seria diferent al que van preveure. Atès que en el testament no hi havia institució d'hereu i que la caducitat és parcial, caldrà determinar en quina condició són cridats aquests parents que haurien tingut dret a succeir abintestat; és a dir, si seran cridats com a hereus o si com a legataris de quota alíquota (art. 424-15.2 CCC). La darrera opció sembla la més probable, atès que les hereves de confiança, malgrat haver caducat aquesta parcialment, hauran esdevingut marmessores respecte a la resta de l'herència, de manera que es respecta el principi d'incompatibilitat de títols successoris.

cas, però, sembla que, encara que es tractés d'aquesta figura atípica, intermèdia entre la marmessoria i l'herència de confiança, les regles relatives a la caducitat d'aquesta darrera haurien de regir igualment.

⁸ ECLI:ES:TSJCAT:2008:14520 (FD 4). El FD 3.5 de la STSJC 18/2020, de 9 de juny, (ECLI:ES:TSJCAT:2020:6361) també fa referència a la distinció.

⁹ Cfr CÁMARA LAPUENTE, a EGEA I FERNÁNDEZ / FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, cit., p. 461.

¹⁰ En sentit semblant, però recollint també doctrina anterior partidària de considerar que la caducitat determina la ineffectivitat total de l'encàrrec, CÁMARA LAPUENTE, a EGEA I FERNÁNDEZ / FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, cit., p. 462.

4. Resolució JUS/1562/2023, de 5 de maig de 2023 (DOGC núm. 8915, de 15.5.2023). Divisió d'un element privatiu en propietat horitzontal: és suficient la majoria simple de propietaris i de quotes

4.1.Introducció

L'any 1964 es va constituir el règim de propietat horitzontal sobre un edifici, resultant-ne quatre elements privatis. Dos d'aquests elements privatis comprenen tretze habitatges cadascun. Els habitatges tenen independència funcional i s'hi accedeix per mitjà d'elements comuns, com ara l'escala i el replà. Consten descrits així al Registre de la Propietat, tot i que en un sol full registral, i també al Cadastre, igualment amb una única referència.

L'any 2022 hi havia tres titulars: A, amb entitats que representaven el 37,85 % de les quotes; B, amb entitats que representaven el 33,40 %, i C, amb entitats que representaven el 28,75 %. C va atorgar escriptura de divisió material de l'entitat que li corresponia, per tal de generar tretze elements privatis independents. L'escriptura de divisió incorporava la certificació de l'acord de la junta autoritzant la divisió, però en resulta que B no va assistir-hi (tot i que es feia constar que havia votat a favor) i que, encara que hi hagués assistit, no hauria pogut votar, atès que tenia deutes vers la comunitat i, de fet, en la mateixa junta es va acordar procedir a requerir-li el pagament.

La registradora de la propietat va suspendre la inscripció per tres motius, dels quals només se'n recorre un, relatiu a què la divisió de l'element privatiu comporta una modificació del títol constitutiu per al qual la llei exigeix una majoria qualificada de quatre cinques parts (art. 553-26.2.a CCC).

La notària que havia autoritzat l'escriptura va recórrer, en considerar que és suficient la majoria simple. Diversos dels arguments del recurs són recollits per la DGDEJM en resoldre, tot i que el sentit de la decisió acaba essent la confirmació de la nota, però per no haver-se assolit la majoria simple necessària.

4.2.L'essència del règim de propietat horitzontal actual i les majories necessàries per tal d'adaptar-hi les comunitats preexistents a la normativa en vigor

El recurs fa una descripció de la distribució de l'edifici, de les titularitats i de la documentació que es va aportar al Registre de la Propietat. Discrepa de la registradora quant a la necessitat de majoria qualificada per a inscriure la divisió de l'element privatiu i basa la seva argumentació, en primer lloc, en la disposició transitòria 6.1 i 2 de la Llei 5/2006, de 10 de maig, i en la disposició final única, apartat 2, de la Llei 5/2015, de 13 de maig, per tal de concloure que l'edifici de què es tracta està subjecte a la normativa actualment vigent, que passa per damunt de tot pacte, àdhuc si està inscrit, que contradigui una modificació essencial del règim de propietat horitzontal. Això condueix la notària recurrent a fer palesa l'erosió del principi d'unanimitat i la generalització del règim de la majoria simple, i també a un raonament basat en el que anomena l'essència del règim de propietat horitzontal, que es troba en la independència funcional dels espais físics que s'atribueixin a diferents propietaris (art. 553-2.1 CCC), de manera que entén que «en la normativa vigent, seria del tot irregular constituir una «entitat» integrada per tretze habitatges susceptibles cadascun d'independència funcional i que utilitzen elements comuns fins i tot per comunicar-se interiorment» (relació de fets III). D'això en conclou que els propietaris d'aquests habitatges amb independència funcional tenen dret a exigir que les unitats adquireixin independència també jurídica. D'altra banda, argumenta que l'art. 553-10 del CCC permet que als estatuts s'estableixi que els propietaris puguin dur a terme divisions i segregacions sense

necessitat d'acord de la junta, de la qual cosa en dedueix un criteri favorable a aquestes operacions i al caràcter dispositiu de la normativa al respecte. També esmenta que l'art. 553-26 del CCC no inclou les divisions entre els actes que requereixen una majoria qualificada i que l'art. 553-25 del CC és ple d'actes de transcendència que, en canvi, es poden acordar per majoria simple. A més, ni tan sols cal llicència administrativa ni declaració de no necessarietat en aquests casos. La registradora, en canvi, va reiterar en el seu informe la necessitat de majoria qualificada, atès que es tracta d'un supòsit de modificació del títol constitutiu (art. 553-26.2.a CCC), no hi ha pacte al respecte als estatuts (si és que existeixen) (art. 553-10 CCC) i l'operació es tradueix registralment en l'obertura de full registral per a cada nou element privatiu, però també en una modificació de la finca matriu.

Després de fer menció als requisits per a l'alienació que preveu la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge (segurament referida a l'art. 60.2.c, que exigeix la inscripció registral), la DGDEJM confirma l'aplicabilitat del dret vigent sobre propietat horitzontal a la situació analitzada, així com la limitació del principi d'unanimitat i la voluntat legislativa de generalitzar la majoria simple de titulars i de quotes per a l'adopció d'acords (n'és mostra també el Decret llei 28/2021, de 28 de desembre). Adopta igualment l'argument emprat per la notària sobre l'essència del règim de propietat horitzontal (art. 553-2.1 CCC) i la impossibilitat de constituir avui dia una propietat horitzontal amb elements privatis integrats per unitats funcionalment independents (FD 1.5) com en el cas del recurs, que es defineix com una anomalia (FD 1.1). En aquesta línia, continua afirmant (FD 1.6):

«[...] la propietària dels tretze habitatges susceptibles d'independència funcional té el dret d'exigir que cada un dels habitatges tingui també independència jurídica i a tenir-ne la propietat exclusiva amb el coeficient independent, i amb la facultat de disposar-ne lliurement amb independència dels altres propietaris, atès que avui dia no seria possible constituir una entitat formada per tretze habitatges independents. No es pot exigir una unanimitat o una majoria qualificada, en contra de l'esperit de la Llei pel que fa a les majories previstes actualment, per poder-los dividir materialment en elements independents, tal com es fa en l'escriptura objecte de recurs, entenent que el que es planteja en l'escriptura és simplement individualitzar les tretze entitats i desvincular-les de l'entitat registral número tres de la finca [...]»

La registradora havia defensat que, segons l'art. 553-9.b del CCC, la descripció dels elements privatis ha de constar al títol constitutiu i que qualsevol modificació d'aquest exigeix majoria qualificada (art. 553-26.2.a CCC). La DGDEJM no comparteix aquesta afirmació. Entén que, a manca d'estatuts o de previsió estatutària (art. 553-10 CCC), cal un acord, però considera que no es pot requerir majoria qualificada, perquè l'art. 553-26 «estableix de manera clara i inequívoca els supòsits pels quals és necessària la unanimitat o el vot favorable de les quatre cinques parts», i «no determina que les divisions dels elements privatis que integren diversos habitatges [...] s'hagin d'adoptar per majoria qualificada» (FD 1.7). Per tant, conclou que «no hi ha hagut cap modificació del títol de constitució i que es pot prendre l'acord per majoria simple». La propietària de les tretze unitats hauria senzillament dut a terme la divisió material del departament en tretze unitats que, en conjunt, tenen el mateix coeficient i que, de fet, ja estaven determinades des de la constitució del règim, tot i que no perfectament descrites. Posa l'accent, i aquest és segurament un factor determinant de la posició adoptada, que la divisió no afecta en res els restants propietaris (FD 1.8). La solució sembla clara, però la DGDEJM es tira en certa manera enrere en l'incís final del primer fonament de dret:

«Per tant, en aquest sentit, si bé formalment som davant d'una divisió material d'un departament privatiu, que en teoria necessitaria ser adoptada per acord de les quatre cinques parts dels propietaris, en aquest cas concret preval l'element adaptador de l'acord a la normativa actual sobre propietat horitzontal i sobre habitatge, que garanteix molts més drets a qui n'és titular. És a dir, no és un acord de divisió dels que requereixen l'autorització necessària de les quatre cinques parts

dels propietaris, sinó que cal que l'acord de la junta es justifiqui per majoria, perquè és un acord d'adaptació a la normativa actual.»

En conseqüència, l'abast de la doctrina que defineix la DGDEJM en aquesta resolució segurament s'ha d'entendre limitat als casos «anòmals» i probablement anteriors a l'aprovació del llibre cinquè del CCC, en què cal adaptar la configuració jurídica del règim de propietat horitzontal a la realitat física de l'edifici i a l'esperit de la regulació actual.

En tot cas, en el supòsit concret, es desestima el recurs per un motiu diferent, i és que la certificació de l'acta de la comunitat està plena d'errades, tot i haver estat realitzada per un administrador de finques professional, fins el punt que es compta com a favorable el vot (presencial) d'un dels tres propietaris (B) quan d'altres parts del document se'n desprèn que no va assistir a la reunió. A més, fins i tot si hi hagués assistit, no hauria tingut dret de vot, atesos els deutes amb la comunitat (art- 553-24.1 CCC) que en el mateix certificat s'acorda reclamar (FD 2).

4.3. Consideracions finals

La lectura de la resolució resulta fins a cert punt alarmant fins que la DGDEJM conclou el raonament relatiu a la majoria necessària per a dividir elements privatis en un sentit contrari al que semblen donar a entendre els fonaments de dret anteriors: la majoria necessària per a dividir elements comuns és la majoria qualificada que exigeix l'art. 553-26.2.a del CCC, perquè comporta la modificació del títol constitutiu. Excepcionalment, però, en el supòsit concret la DGDEJM considera que és suficient la majoria simple, atès que es tracta d'adaptar una situació anterior al dret vigent.

Per tant, el fet que l'art. 553-26 del CCC no especifiqui tots els actes per als quals és necessària la unanimitat o la majoria qualificada, la qual cosa s'esgrimeix al FD 1.7 final per a defensar que no cal aquest tipus de majoria, no és obstacle per a concloure, como no podia ser d'altra manera, que modificar el número d'elements privatis i la seva descripció és un dels actes de modificació del títol constitutiu més evidents que es poden imaginar i que, per tant, és necessari l'acord de les quatre cinquenes parts dels propietaris que representin les quatre cinquenes parts de les quotes. De fet, un acord d'aquestes característiques comporta també una modificació de les quotes, la qual cosa podria fer dubtar de si és necessària la unanimitat (art. 553-26.1.a CCC). El fet que no s'afectin les quotes dels restants titulars podria servir per a descartar-ho i, en el dubte, probablement la interpretació hauria de ser la més procliu a l'adopció de l'acord, atesa la voluntat legislativa d'apartar-se de la regla de la unanimitat. De tota manera, en el cas objecte de la resolució, un dels copropietaris va votar en contra de l'acord, per motius que es desconeixen, però que potser responen a un interès legítim que l'ordenament hauria de tutelar.

Cal tenir en compte que la legislació catalana no inclou amb una norma anàloga a l'art. 10.3.b de la Llei 49/1960, de 21 de juliol, de propietat horitzontal, que preveu, des de 2013, una majoria (qualificada) per a l'adopció d'acords relatius a la divisió d'elements privatis, per tal que no s'exigeixi la unanimitat. La doctrina registral estatal, que se'n fa ressò, admet alternativament que consentin l'escriptura de divisió els restants propietaris o que existeixi una previsió estatutària que permeti la divisió d'elements privatis sense necessitat d'acord de la junta.¹¹

D'altra banda, la DGDEJM, com la notària recurrent, entenen que l'art. 553-2.1 del CCC pràcticament obliga a dissenyar el règim de propietat horitzontal de manera que cada unitat amb independència funcional sigui un element privatiu. A parer de qui subscriu, aquesta premissa és

¹¹ Així, RDGSJiFP 3.3.2022 (BOE núm. 71, de 24.3.2022) i RDGRN 7.5.2014 (BOE núm. 161, de 3.7.2014).

qüestionable. La norma *permet* constituir el règim de propietat horitzontal sobre edificis i immobles que tinguin les característiques que descriu, però, ni obliga a establir el règim ni, si es decideix fer-ho, imposa que tots els elements susceptibles d'independència funcional es defineixin com a elements privatis, encara que facin ús d'elements comuns com ho fan els elements privatis. Paral·lelament, l'art. 553-33 del CCC preveu que només els elements amb independència funcional poden ser elements privatis, però no determina que cadascun d'aquests ho hagi de ser. La molt diversa configuració dels aparcaments, per exemple, seria mostra del marge de l'autonomia privada en l'establiment d'un règim jurídic com la propietat horitzontal (un mateix element pot ser dissenyat com a annex, o com a element privatiu, o com a integrant d'alguna de múltiples formes de comunitat), que, insisteixo, res no obliga a constituir. L'art. 553-41 del CCC sí que estableix un llistat d'elements que sempre seran comuns; no hi ha norma equivalent pel que fa als elements privatis.

En el cas es dona la circumstància que dos dels tres propietaris tenien elements privatis integrats per tretze habitatges cadascun. Certament, amb aquesta configuració no es complirien els requisits que marca la Llei 18/2007 per a la comercialització separada dels habitatges en règim de lloguer o per a la venda, i potser es podria emprar aquest disseny per tal d'evitar els drets d'adquisició preferent dels arrendataris, tal i com assenyala la DGDEJM (FD 1.1). Però aquestes són meres especulacions, atès que no se sap a què es destinaven els diferents habitatges i, a més, potser la seva unitat respon a motius molt atencibles, com podria ser la unitat de gestió per part d'una entitat del tercer sector o, fins i tot, d'una cooperativa d'habitatge.

5. Bibliografia citada

ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques (i Mediació)», *InDret*, 2, 2016, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1226_ca.pdf; *InDret*, 1, 2018, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/03/1374-1.pdf>; *InDret*, 4, 2022 <https://indret.com/wp-content/uploads/2022/10/1742-1.pdf>; *InDret*, 2, 2023, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/04/1779.pdf>.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Comentari als articles 424-11 a 424-15», a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan / FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, v. I, Atelier, Barcelona, p. 414-467.

NOGUEROLLES PEIRÓ, Nicolás, i RAGA SASTRE, Núria, «Comentari a l'article 429-7», a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan / FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, v. I, Atelier, Barcelona, p. 942-949.

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», *InDret*, 3, 2017, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/456_cat.pdf; *InDret*, 3, 2008, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2008/07/563_ca.pdf.

Número monográfico: El «caso Pescanova». Comentario a la STS 89/2023, de 10 de febrero, por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Ramon RAGUÉS I VALLÈS, Ricardo ROBLES PLANAS, Nuria PASTOR MUÑOZ, Raquel MONTANER FERNÁNDEZ, Ivó COCA VILA y Albert ESTRADA I CUADRAS.

-

¹ La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

El «caso Pescanova»

Comentario a la STS 89/2023, de 10 de febrero

Jesús-María Silva Sánchez
Ramon Ragués i Vallès
Ricardo Robles Planas
Nuria Pastor Muñoz
Raquel Montaner Fernández
Ivó Coca Vila
Albert Estrada i Cuadras

IusCrimBCN - Universitat Pompeu Fabra

-

El hundimiento del Grupo PESCANOVA en 2013 fue uno de los mayores escándalos empresariales que se han producido en España en los últimos años. Tras un largo periplo judicial, en febrero de 2023 el Tribunal Supremo puso fin al procedimiento penal abierto para dilucidar la responsabilidad de los máximos directivos de la empresa y de sus auditores y lo hizo revocando en una parte muy importante los previos pronunciamiento de la Audiencia Nacional². En su sentencia la Sala Segunda aborda múltiples cuestiones de gran interés para el tratamiento jurídico de la criminalidad económica y empresarial. El análisis de todas ellas se acomete en este número monográfico de la Revista Crítica de Jurisprudencia Penal a cargo de varios integrantes del grupo de investigación consolidado en Derecho Penal económico-empresarial IusCrimBCN de la Universitat Pompeu Fabra.

1. El caso y sus antecedentes procesales

En su sentencia de 6 de octubre de 2020 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró probados, resumidamente, los siguientes hechos:

1. La mercantil PESCANOVA S.A. tenía como objeto la comercialización al por mayor de pescado congelado, mientras que el resto de sociedades del denominado Grupo PESCANOVA se ocupaba de la pesca, ya fuera extractiva o mediante la acuicultura. Ambas actividades se llevaban a cabo en los cinco continentes. PESCANOVA S.A. era la cabecera de un grupo de más de 151 sociedades nacionales e internacionales extendidas en 25 países, con 14.000 empleados directos. La sociedad estaba regida por un consejo de administración integrado por diez miembros y contaba, además, con un comité de auditoría y un comité de nombramientos y retribuciones, con tres miembros cada uno. El comité de auditoría «antes de formularse las cuentas anuales por el Consejo de administración debía revisarlas y dar su conformidad, vigilando el cumplimiento de los requisitos legales, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y la correcta aplicación de los

² Esta primera sentencia fue objeto de comentario por parte de Raquel MONTANER FERNÁNDEZ en un número anterior (1/2021) de la *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*: «Con controles y a lo loco: la relevancia penal de la infracción de las funciones de auditoría. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional 14/2020, de 6 de octubre (“Caso Pescanova”)».

criterios contables, encargándose igualmente de canalizar las relaciones del Consejo con el auditor externo». PESCANOVA y el Grupo consolidado estaban auditados por BDO AUDITORES S.L. desde 2002.

2. Según relata la sentencia, Manuel F.S., que fue presidente ejecutivo de PESCANOVA entre 1985 y 2013, «como consecuencia de la dificultad de seguir disfrutando de la financiación financiera que les servía de soporte para el normal funcionamiento de su actividad, al menos desde finales de 2007, ideó una serie de mecanismos que tenían por objeto aparentar una relación comercial, en realidad inexistente, que permitiera a PESCANOVA seguir obteniendo financiación bancaria y ostentar frente al resto de los socios y terceros interesados en invertir una situación económica y financiera positiva muy distinta a la publicada oficialmente». Para ello se sirvió, prosigue la resolución, «de los responsables de los departamentos de administración y financiero y de algunos empleados que trabajaban en los mismos, de la auditoría interna y de la falta de salvedad alguna por parte del responsable del auditor externo durante los ejercicios en que tal labor de financiación sobre operaciones ficticias u otros mecanismos de ocultación de las deudas financieras se llevaron a cabo». En concreto, los medios empleados fueron los siguientes:

«a) Solicitar ante las entidades bancarias (de) ingentes créditos documentarios (usualmente utilizados para operaciones de comercio exterior con empresas de ultramar desconocidas en las que cada parte utiliza una entidad bancaria para asegurar el cumplimiento de la otra parte contratante, a la que se desconoce) cuando, la realidad de los hechos es que utilizó a algunas de sus propias filiales de ultramar sin su consentimiento y sin que existiera ninguna relación comercial, con la única finalidad de autofinanciarse.

b) Servirse de sociedades creadas *ad hoc* (las denominadas sociedades instrumentales) para aparentar unas relaciones comerciales de compraventa de pescado, en realidad inexistentes, pero aptas para conseguir líneas de *factoring* o pólizas de descuento bancario, con la misma finalidad de financiarse.

c) Utilizar datos de antiguos clientes, sin su consentimiento, con objeto de aparentar frente a las entidades bancarias una fluida relación comercial, igualmente inexistente, pero apta para soportar las líneas de *factoring* o las pólizas de descuentos bancarios.

d) Ocultar sociedades filiales que deberían estar en el perímetro de consolidación (el plenario).

e) Compensar activos con pasivos y créditos con deudas (técnica del neteo), prohibida a efectos contables (...).

De este modo, prosigue la sentencia, la sociedad «se venía financiando a base de presentar a los bancos innumerables operaciones que no respondían a la realidad, ya fueran las realizadas a través de filiales de ultramar que la entidad utilizaba para justificar las peticiones de créditos documentarios; ya fueran los contratos de financiación de líneas de *factoring* o de descuento bancario utilizando como soporte operaciones ficticias que la sociedad realizaba con las sociedades instrumentales o antiguos clientes; ya fuera ocultando filiales en el perímetro de consolidación o ya fuera neteando y ocultando deuda financiera con objeto de dar una imagen positiva de la sociedad que no coincidía con su situación financiera y económica real».

3. Según se recoge en los hechos probados, mediante el conjunto de prácticas irregulares de financiación descritas, el presidente de la compañía, con la colaboración de los acusados que

prestaban sus servicios en los departamentos de administración, financiero o auditoría interna y, gracias a la falta del necesario control de la auditora, permitió la ocultación de cantidades millonarias derivadas del endeudamiento bancario de la matriz y su grupo, lo que se tradujo en la elaboración de unas cuentas anuales, documentos contables o folletos informativos con resultados positivos, colaborando así a la formulación de las cuentas anuales de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, que, tras su aprobación y depósito en el Registro Mercantil y publicadas a través de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), transmitieron unos datos que no se correspondían con la imagen fiel de la situación económica y financiera real de la sociedad y su grupo. Por citar un ejemplo, solo en el ejercicio de 2011 los resultados positivos presentados al consejo de administración por el importe de 16.164.000 € en la matriz y 50.421.000 € en el consolidado, acabarían siendo reformulados por la administración concursal tras el análisis de su contabilidad por los resultados negativos de -260.110.000€ y -292.594.000€.

4. El consejo de administración de PESCANOVA de 02/07/2012, aprobó una ampliación de capital por importe de 124.956.740 €, que supuso la emisión de 9.290.464 nuevas acciones, por un importe nominal de 55.742.784 € (13,45 € por acción), más una prima de emisión de 7,45 € por acción, lo que suponía un 32,33% de capital adicional. A tal efecto, se remitió a la CNMV el folleto de emisión constituido por el «Documento de Registro de Acciones» y la «Nota sobre Acciones», que fueron inscritos en dicha Comisión y que, bajo la responsabilidad última del presidente de la sociedad, ofrecían como información financiera fundamental la contenida en sus cuentas anuales consolidadas de los ejercicios 2009, 2010 y 2011 y en los estados financieros intermedios del primer trimestre de 2012 con los resultados ya mencionados, figurando que las cuentas habían sido auditadas favorablemente y sin salvedad, y que la sociedad emisora había cumplido todos sus compromisos financieros sin riesgo alguno de vencimiento anticipado de sus obligaciones. Los datos publicados atrajeron a importantes inversores, tanto pequeños y medianos ahorradores como sociedades dedicadas a invertir en empresas. Entre estas últimas destacan SILICON METALS HOLDING LLC., LUXEMPART S.A. y CORPORACIÓN ECONÓMICA DELTA S.A., que acabarían perdiendo respectivamente unos 23, 51 y 40 millones de euros.

5. En fecha 25/02/2013 el acusado Manuel F.S. convocó de modo informal a los principales accionistas de PESCANOVA para anunciarles que las cuentas que estaban a punto de formularse arrojaban muy buenos resultados, pero para solicitarles, asimismo, alegando supuestos problemas coyunturales de tesorería, un préstamo de 50 millones de euros para hacer frente a una obligación de pago inminente. También en otra reunión del comité de auditoría de fecha 26/02/2013 los encargados de la elaboración de las cuentas anuales, esto es, el responsable del departamento de administración, el acusado Alfredo L.U. y el auditor interno, el acusado Joaquín V.T., informaron de los buenos resultados de las cuentas anuales del ejercicio 2012 y de la existencia de tesorería, anticipando el auditor externo, el acusado Santiago S.F., también presente, que emitiría un informe favorable. Sin embargo, en el consejo de administración de 27/02/2013 uno de los socios, que había estado en la reunión de dos días antes, manifestó sus sospechas sobre la situación real de la compañía, por lo que las cuentas no llegaron a formularse y la sociedad se vio obligada a declararse en situación de precurso a fin de negociar con los acreedores. El 04/04/2013, al descubrirse que los problemas de tesorería eran mucho más graves, se decidió declarar a la empresa en concurso, además de encomendar una investigación interna a la firma KPMG. Entre tanto, los servicios administrativos de la matriz informaron a la CNMV de la situación económica, considerando que la deuda del grupo consolidado era de 3.235.000.000 €, la neta 3.056.000.000 € y la bancaria 2.362.000.000 €. Pocos días después, el 10/04/2013, los acusados Alfredo L.U. y Joaquín V.T., director del departamento de administración y auditor interno, respectivamente, acudieron a la CNMV a requerimiento de esta e informaron de que la

contabilidad de PESCANOVA estaba neteada, reconociendo que BDO lo sabía y admitiendo que existían créditos documentarios basados en operaciones ficticias.

6. En febrero de 2013 el acusado Manuel F.S. realizó desde sociedades controladas por él mismo varios préstamos a PESCANOVA por importe aproximado de 15 millones de euros para hacer frente a los citados problemas de tesorería y convencer a los restantes accionistas de que también prestaran fondos. Sin embargo, cuando la situación de crisis era ya inminente –concretamente a principios de marzo de 2013– el propio acusado ordenó a PESCANOVA devolver a varias sociedades controladas por él mismo (KIWI ESPAÑA S.A. y QUINTA DE SOBREIRO S.L.) un total de 4,4 millones de euros. Una de dichas sociedades –la citada QUINTA DE SOBREIRO– tenía abierta una cuenta en Portugal, desde donde el mes agosto siguiente se intentó transferir los citados fondos a otra cuenta de Hong Kong simulando un préstamo a favor de su esposa, M.^a Rosario A.D. Sin embargo, el banco bloqueó la operación por considerarla sospechosa y el acusado desistió finalmente de la transferencia. Asimismo, entre enero y febrero de 2013 el presidente de PESCANOVA Manuel F.S. vendió acciones de dicha empresa, que poseía a través de una sociedad de la que era administrador, por importe superior a los 27 millones de euros, evitando así sufrir una pérdida patrimonial de más de 15 millones.

7. Según la sentencia, Manuel F.S., en su condición de presidente ejecutivo de PESCANOVA, fue quien ideó los comportamientos descritos para conseguir financiación bancaria y presentar un estado positivo de las cuentas de la compañía. También firmó los documentos denominados «Notas de acciones» y «Registro de acciones» elaborados por los servicios administrativos en la ampliación de capital de julio de 2012, supervisados por BDO y remitidos a la CNMV, que reflejaban una situación financiera de la compañía con unos resultados que no se correspondían con la realidad. Por su parte, el acusado Joaquín V.T., jefe de auditoría interna, «consta acreditado que conoció y participó en su condición de auditor interno en la financiación de la matriz mediante líneas de factoring y pólizas de descuento bancario utilizando para ello créditos documentarios, las 14 sociedades instrumentales creadas a instancia de la matriz, así como antiguos o inexistentes clientes y operaciones de neteo».

El acusado Antonio T.M., en su condición de director financiero entre 1980 y julio de 2012, tenía la misión fundamental de negociar con los bancos y conseguir dinero para PESCANOVA, «firmando para ello cartas que se entregaban a los bancos en las que constaba la situación financiera de la compañía, a sabiendas de que tales documentos, –ya sea los referentes a los créditos documentarios, las facturas que generaba la Sociedad con las sociedades instrumentales o utilizando los datos de antiguos clientes, la realización de neteos o el ocultamiento de filiales en el perímetro de consolidación– no reflejaban la imagen fiel de la Sociedad, actuando a veces como representante o mandatario de PESCANOVA o sus filiales». A sus órdenes trabajaba el acusado José Manuel G.G., encargado de tesorería, que colaboró en la elaboración de documentos para conseguir financiación bancaria por los métodos descritos. Cuando Antonio T.M. se jubiló en julio de 2012 fue sustituido por el también acusado Carlos T.D., quien continuó con la actividad descrita.

A su vez, Alfredo L.U. era el director del departamento de administración, estaba encargado de la llevanza de los libros de contabilidad y era el máximo responsable de la revisión de las cuentas, con una importante responsabilidad en el proceso de elaboración de las cuentas anuales. Dicha responsabilidad se centraba en elaborar la información final de la contabilidad formulando, mediante una tabla, una propuesta de balance de situación y de cuentas de pérdidas y ganancias que se entregaba al auditor externo para su chequeo y revisión antes de que fuera presentada,

para su formulación por el consejo de administración. A las órdenes del anterior trabajaba el jefe de contabilidad, Ángel G.D., que coordinaba los departamentos contables y elaboraba los balances de sumas y saldos, siendo conocedor de los métodos descritos *supra* para financiar la sociedad, con los que colaboró mediante la preparación de facturas. También llevó a cabo neteos con el fin de disminuir la deuda bancaria.

8. Santiago S.F. era socio-auditor de la sociedad BDO Auditores, S.L., considerada como la quinta auditora en el *ranking* mundial. Las funciones de auditoría externa de PESCANOVA estaban a cargo de BDO desde el año 2002 y, a partir del año 2009, Santiago S. F. pasó a ocupar el cargo de socio-auditor responsable en las relaciones con el Grupo PESCANOVA. Según la sentencia, en casi todos los casos «en los que BDO intervino como auditora externa, teniendo acceso a todos los datos de la contabilidad de la matriz y sus filiales, avaló con sus informes, sin salvedades, cuantas operaciones llevó a cabo la matriz vulnerando las normas de la contabilidad y permitiendo dar una imagen de su situación económica y financiera muy diferente a su abultada deuda financiera real; aquiescencia que no desapareció por el hecho de que la intención real de PESCANOVA fuera distinta de la propia de los mecanismos financieros utilizados». Además de otras irregularidades que la resolución especifica de modo detallado, tampoco BDO puso ningún obstáculo a la práctica del neteo «y con ello no sólo incumplió una norma esencial en la contabilidad de la imposibilidad del neteo, sino que contribuyó, de forma decisiva, a que la contabilidad no reflejara la imagen fiel de la compañía, que era, precisamente, su principal responsabilidad».

9. A la vista de estos hechos, en su sentencia de primera instancia, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a los acusados por los delitos siguientes:

a) Al presidente ejecutivo Manuel S.F., como autor criminalmente responsable de un concurso medial de los delitos de falsedad en documento mercantil cometido por particulares, estafa agravada, falseamiento de cuentas anuales y otros documentos y falseamiento de información económica y financiera, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión y demás accesorias. Además, al mismo acusado y a su esposa M. Rosario se les condenó por un delito de alzamiento de bienes a las penas de dos y un año de prisión, respectivamente. Asimismo, se condenó penalmente a las mercantiles KIWI ESPAÑA S.A. y QUINTA DO SOBREIRO S.L.

b) A Antonio T. M., Alfredo L.U., Joaquín V.T., Ángel G.D. y Carlos T.D., como autores criminalmente responsables de un concurso medial de los delitos de falsedad en documento mercantil cometido por particulares, estafa agravada y falseamiento de cuentas anuales y otros documentos, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión.

c) A Santiago S.F., como autor responsable de un concurso medial de los delitos de falseamiento de cuentas anuales y falseamiento de información económica y financiera, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión.

d) A Alfonso P.A., como autor de un delito de falseamiento de cuentas anuales, en grado de tentativa, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y multa de seis meses.

e) A Alfonso G.C., como autor de un delito de falseamiento de cuentas anuales u otros documentos, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión.

f) A Manuel L.R., como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión.

g) A José Manuel G.G., como autor de un delito de estafa agravada, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión.

h) A PESCANOVA, como autora responsable de un concurso medial de un delito de estafa agravada y falseamiento de información económica y financiera, con la atenuante analógica de confesión, a la multa de dos años, a razón de una cuota diaria de 30 €.

i) A BDO AUDITORES S.L., como autora responsable de un delito de falseamiento de información económica y financiera, sin la concurrencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, a la multa de dos años, a razón de una cuota diaria de 30 €.

La indemnización solidaria de todas las personas físicas y jurídicas condenadas a los principales accionistas ascendió a una cifra de más de 125 millones de euros, de los que debía responder también MAPFRE, la aseguradora de BDO. Se estableció asimismo una indemnización en favor de las entidades bancarias perjudicadas, por importe superior a 39 millones de euros. Estas condenas serían recurridas en casación por los acusados y, como se expondrá en las siguientes páginas, el Tribunal Supremo estima en su sentencia buena parte de los recursos interpuestos.

2. El delito de falsedad en documento mercantil (Ivó Coca Vila)

1. Como se ha expuesto, la Audiencia Nacional había condenado a Manuel F.S., así como a varios de los participantes en las operaciones de financiación de PESCANOVA arriba descritas, como responsables de un delito (continuado) de falsedad en documento mercantil cometido por particulares (art. 390 y 392 CP). En concreto, la Audiencia entendió que la creación de contratos y facturas que simulaban la existencia de unas (en realidad, inexistentes) compraventas de pescado a fin de conseguir financiación bancaria era típica *ex art.* 390.1.2º CP. Se estaría simulando un documento en todo o en parte, induciendo a error sobre su autenticidad. Con ello, el Tribunal *a quo* no hacía sino extraer la conclusión razonable de dos premisas tan criticadas por la doctrina penal, como arraigadas en la jurisprudencia de la Sala Segunda en esta materia: (i) es documento mercantil todo aquel que consigne un acto o derecho de naturaleza mercantil⁵; (ii) la elaboración de documentos mercantiles que recogen actos jurídicos inexistentes, induciendo a

⁵ En este sentido, *vid.* por ejemplo la STS 30/2022, Penal, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2022:128), reconociendo expresamente que asume un concepto amplio: «se consideran documentos mercantiles aquellos que expresan y recogen una operación de comercio, plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil, y se extienden a toda incidencia derivada de tales actividades. Entre otros muchos, se considera que tienen este carácter los documentos requeridos o referidos en fase de contratación o asunción de obligaciones, de ejecución o consumación de relaciones, contratos u operaciones mercantiles tales como albaranes de entrega, facturas, recibos y documentos contables, cualquiera que sea el soporte o contenido (...)».

error sobre su autenticidad, es típica conforme al art. 390.1.2º CP, en tanto que simulación total de un documento⁴.

2. La sentencia aquí en comento, en particular, su Fundamento Jurídico Tercero, supone un interesante cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tratamiento penal (como forma de falsificación documental) de la elaboración de facturas falsas entre particulares. Por un lado, en la línea de lo marcado por el Pleno de la Sala Segunda en la STS 232/2022, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:965), se acoge aquí una interpretación restrictiva del concepto de documento mercantil. Por el otro, y esta es quizá la novedad principal, al equiparar el tratamiento penal de la simulación de facturas al de los pagarés de favor, *de facto* se aparta ahora el Tribunal Supremo de la consolidada tesis jurisprudencial según la cual el otorgamiento entre particulares de facturas que recogen operaciones inexistentes es constitutivo de una falsedad típica *ex art.* 390.1.2º CP. Veamos ambas cuestiones en detalle.

2.1. El concepto de documento mercantil

1. La sentencia en comento, en la línea de lo marcado por la ya referida STS 232/2022, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:965), y la posterior STS 728/2022, Penal, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3152), asume un concepto restringido de documento mercantil a los efectos del art. 390 ss. CP. Pese a ello, concluye que las facturas y los contratos de compraventa de pescado utilizados para conseguir financiación bancaria sí son documento mercantil.

2. El Tribunal Supremo advierte que la equiparación legal de los documentos mercantiles a los públicos y oficiales «acentúa la necesidad de que el documento mercantil falseado incorpore una especial intensidad lesiva de [las] funciones documentales». En definitiva, que no todo documento otorgado por un comerciante debe ser mercantil a estos efectos, sino que es preciso «reajustar el contorno aplicativo del tipo del artículo 392 CP». ¿Cuál habría de ser la *ratio* de asimilación entre documentos públicos y mercantiles? En palabras del propio Tribunal, solo deberán ser considerados mercantiles aquellos documentos «que, por el grado de confianza que generan para terceros, puedan afectar potencialmente al valor de la seguridad, en su dimensión colectiva, del tráfico jurídico-mercantil». A partir de aquí, el Alto Tribunal concluye que los contratos, presupuestos, tiques, albaranes, recibos y otros justificantes de pago que recaen sobre actos, negocios o relaciones jurídicas sin relevancia para terceros no son documentos mercantiles, por mucho que hayan sido confeccionados por empresarios o comerciantes. A título enunciativo, señala que sí serían documentos mercantiles los siguientes: (i) los que tienen el carácter legal de título-valor; (ii) los otorgados en cumplimiento de un deber mercantil; (iii) los que documentan contratos-tipo; (iv) los contratos sometidos a condiciones de forma, supervisión o intervención pública; y, finalmente, (v) aquellos documentos otorgados para defraudar a la Hacienda Pública, a las Administraciones Públicas o a las entidades bancarias o de crédito. Sentado lo anterior, concluye lacónicamente el Tribunal Supremo que los contratos presentados a distintas entidades bancarias en los que se reflejaban unas operaciones de comercio inexistentes serían documento mercantil a los efectos del art. 390 CP, pues tales facturas y/o contratos «proyectarían sus efectos sobre terceros inicialmente indeterminados».

⁴ Así, entre otras muchas, *vid.* por ejemplo la STS 232/2022, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:965): «la segunda línea [jurisprudencial], la que finalmente se ha impuesto, considera que se produce total o parcial simulación cuando el documento se crea expreso con la finalidad de acreditar un hecho o circunstancia inveraz, por inexistente, en el tráfico jurídico donde proyecta o debe proyectar la función de garantía que le es propia – *vid.* Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 26 de febrero de 1999–».

3. Pues bien, aunque el abandono del criterio extensivo seguido hasta tiempos recientes por el Tribunal Supremo es loable, la *ratio* de asimilación adoptada por el Alto Tribunal es incierta y, en consecuencia, su conceptualización del documento mercantil excesivamente amplia. Aunque el Tribunal, siguiendo la ya citada STS 232/2022, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:965), alude en un primer momento al grado de confianza que genera el documento como criterio de delimitación, tomando en cuenta el listado enunciativo de documentos y la justificación de por qué los contratos y facturas en nuestro caso sí serían mercantiles, es plausible afirmar que lo decisivo finalmente es la capacidad lesiva del documento para el patrimonio de terceros. Aunque en algunos pasajes pareciera el carácter plural e indeterminado de los destinatarios el factor decisivo, en otros parece ser la especial protección que merecen ciertos tipos de patrimonio la razón decisiva. Tomando en consideración los últimos ejemplos de documentos mercantiles enunciados por el Tribunal (v), pareciera por momentos querer trasladar aquí la muy criticada doctrina de los documentos oficiales por incorporación: el documento privado que nace con el único e inexorable motivo de ser utilizado para defraudar el patrimonio público o bancario muta en un documento mercantil. Las críticas efectuadas por la doctrina penal desde antaño contra la tesis de los documentos oficiales por destino⁵ pueden hacerse contra una determinación de la naturaleza del documento centrada en el tipo de patrimonio que se quiere afectar a través del documento mendaz.

4. En mi opinión, pues, la tesis restrictiva acogida recientemente por el Tribunal sigue siendo insuficiente. Lo es porque el Tribunal no lleva hasta sus últimas consecuencias su criterio de partida, esto es, la confianza que el ordenamiento jurídico le otorga al documento en cuestión. En la línea de lo sostenido por un importante sector de la doctrina penal, el concepto de documento mercantil debería reservarse a aquel documento que, expresando derechos o actos de naturaleza mercantil, (i) aparezca expresamente tipificado y descrito por la ley mercantil; (ii) genere una especial confianza —jurídicamente reconocida— en sus destinatarios, pareja a la que despiertan los documentos públicos u oficiales. Como he defendido en otro lugar⁶, esta especial fiabilidad objetiva ha de reconocerse a los documentos otorgados por comerciantes, básicamente, cuando la ley les otorga el carácter de títulos con valor ejecutivo, piénsese en las letras de cambio, los cheques o los pagarés; o bien cuando su otorgamiento obedece al cumplimiento de un deber específico de documentar que cumple un particular a modo de cuasi-funcionario, como sucede, por ejemplo, con los libros corporativos o las actas y certificaciones de las reuniones de órganos societarios colegiados. El resto de documentos que reflejen operaciones mercantiles o de comercio deben ser, pues, considerados documentos privados. Y ello, aunque sean utilizados para defraudar a instituciones públicas o bancarias, o a una pluralidad (indeterminada) de víctimas. Vincular la definición del concepto de documento (mercantil) al daño patrimonial pretendido supone en última instancia confundir ambos injustos: una cosa es la falsedad documental, como perturbación de las funciones atribuidas al documento que menoscaba la seguridad en el tráfico jurídico-económico; y otra distinta el patrimonio lesionado a través de la falsedad. Si nos tomamos en serio la independencia conceptual de las falsedades documentales, la clase de patrimonio afectado no puede ser lo decisivo para determinar la naturaleza privada o mercantil del documento. Las especiales necesidades de protección de ciertas clases de patrimonio están ya cubiertas por los respectivos delitos (contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social...).

⁵ COCA VILA, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, 2020, pp. 231 ss.

⁶ COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, 2020, pp. 230 ss.

2.2. Simulación de negocio jurídico y falsedad documental

1. Una vez declarada la naturaleza mercantil de las facturas y contratos confeccionados para conseguir financiación, se pregunta el Tribunal Supremo si estamos ante un hecho constitutivo de falsedad documental. Con otras palabras: ¿Es típica *ex art.* 390 y 392 CP la elaboración de facturas y contratos que aparecen suscritos por sus auténticos emisores y observan las formalidades exigibles, pero recogen operaciones mercantiles inexistentes a fin de conseguir con ellos financiación bancaria? En contra de lo que pudiera parecer, entiende el Tribunal que el problema «no estriba propiamente en determinar si algunas falsedades ideológicas encuadrables en el art. 390.1.4º, despenalizadas a partir de 1995 cuando el autor es un particular, lo son también en el art. 390.1.2º CP». El problema sería otro, heredado de la legislación anterior, a saber, si emitir una letra de favor, esto es, aquel tipo de letra creada para favorecer a una persona, pero sin responder a una auténtica operación cambiaria o a un verdadero negocio económico subyacente, constituye o no una falsedad punible. Dado que, *de facto*, las facturas y contratos elaborados por los acusados operaban como avales frente a la institución bancaria que otorgaba los créditos, esto es, como una suerte de letras de favor, el tratamiento penal de ambos hechos habría de ser el mismo.

2. Sentado lo anterior, con base en la jurisprudencia establecida en la STS 627/2016, Penal, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3457), afirma el Tribunal Supremo que el pagaré, también el no comercial, acredita el compromiso puro de abonar la cantidad que en él se refleja, pero no acredita en absoluto que sea sincera la voluntad reflejada en el documento. Por ende, «[s]i no hay voluntad de atenderlo, estaremos ante una mendacidad, pero no una falsedad punible». En definitiva, «quien emite un cheque sin intención de pagarlo por no existir fondos no incurre en falsedad», sino en un delito de estafa si hay contraprestación simultánea. A partir de aquí, concluye el Tribunal que la documentación presentada al banco en nuestro supuesto (contratos de compraventa, facturas en las líneas de descuento o *factoring*), aun no estando soportados por operaciones comerciales reales, en la medida en que expresaban una plena identidad entre sus autores formales y materiales (no había suplantación o simulación de firma), sin que se hubiera alterado tampoco ningún otro de los elementos esenciales del documento, no habían sido *falsificados*. Los documentos, «incorporaban, de modo más o menos explícito, un compromiso de pago por quien aparecía en ellos como comprador, correspondiéndose la firma de éste con la suya auténtica y actuando en nombre de sociedades que representaba efectivamente». Su finalidad no era otra «que la de ser presentados por el vendedor a negociación con entidades bancarias [...] al efecto de que éstas les adelantaran su importe, naturalmente previo el correspondiente descuento, sin que, en consecuencia, produjeran en el tráfico jurídico ningún otro efecto distinto, funcionando así, en sustancia, del mismo modo que las referidas “letras de favor”». Se trata, remata el Tribunal Supremo, de «documentos auténticos y hábiles para la finalidad proyectada», por lo que estima el recurso en relación con el delito de falsedad en documento mercantil, absolviendo a todos los condenados en primera instancia por la falsedad del art. 392 CP, en relación con el art. 390.1.2º CP.

3. La importación de la tesis de la atipicidad de las letras de favor al caso aquí en comentario es, en lo que a sus consecuencias práctica se refiere, loable. Quizá sea esta la forma menos traumática de apartarse de la tan consolidada como criticada tesis según la cual los particulares que se ponen de acuerdo para otorgar un contrato o una factura que recoge una operación inexistente incurren en una falsedad (ideológica) típica *ex art.* 390.1.2º CP. En mi opinión, sin embargo, lo que está en juego en este caso es, efectivamente, si la interpretación de los cuatro numerales del art. 390.1 CP se debe hacer tomando en consideración la voluntad legislativa de destipificar la falsedad

ideológica consistente en «faltar a la verdad en la narración de los hechos» cometida por particulares o si, por el contrario, lo único relevante es analizar el posible encaje de la modalidad falsaria en alguno de los cuatro numerales contenidos en el art. 390 CP. Puede quedar aquí a un lado la compleja cuestión de si el otorgamiento de una letra de favor supone incurrir o no en una falsedad ideológica⁷. Lo que me parece incontrovertible es que en el supuesto que nos ocupa, en la medida en que los acusados afirmaban haber acordado la compraventa y/o vendido un pescado que nunca se vendió, están faltando a la verdad en la narración de los hechos. Cosa distinta es que esta sea una falsedad punible.

4. Como he defendido en otro lugar, creo que hay muy buenas razones en favor de interpretar el art. 390.1 CP a la luz de la distinta naturaleza e intensidad de los deberes que obligan a los funcionarios públicos y lo particulares⁸. Solo los primeros deben responder penalmente cuando otorgan documentos auténticos en los que se falta a la verdad en la narración de los hechos. Esta clase de falsedad ideológica debe ser, pues, estimada impune cuando es cometida por particulares, y ello por mucho que una interpretación formalista ampliatoria del art. 390.1.2º CP permita encuadrarla como forma de simulación total de un documento. Así pues, los acusados otorgaron una serie de documentos cuyo contenido era inveraz, pues nunca se vendió pescado, ni nunca se pagó por ello, pero tales documentos eran auténticos. Esta es la razón por la que está en lo cierto el Tribunal Supremo cuando estima el recurso y absuelve a los acusados por el delito de falsedad documental. Creo que la razón última que le lleva con buen criterio a negar abiertamente la tipicidad de la confección de las letras de favor o de peloteo le debería llevar en un futuro a negar con carácter general la tipicidad de la documentación de negocios jurídicos simulados entre particulares. Por ello, la STS 89/2023, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:441), es, sin duda, un interesante punto de partida para la imprescindible revisión de la jurisprudencia relativa al tratamiento de la simulación de negocio como forma de falsedad documental.

3. El delito de estafa (Nuria Pastor Muñoz)

Como ya se ha expuesto (*supra* 1), en la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional había condenado al presidente ejecutivo, Manuel F.S., al director financiero, Antonio T.M, a su sucesor, Carlos T.D, al jefe de auditoría interna, Joaquín V.T., al director del departamento de administración, Alfonso L.U. y al jefe de contabilidad, Ángel G.D., por un concurso medial de falsedades en documento mercantil y delito continuado de estafa agravada y al jefe de tesorería José Manuel G.G., así como a PESCANOVA, por un delito de estafa agravada.

3.1. La argumentación de la Audiencia Nacional y los argumentos del recurrente

1. En lo que atañe al delito de estafa, la Audiencia Nacional basó la condena esencialmente en el argumento de que, mediante la simulación de contratos de compraventa en realidad inexistentes y su documentación en las correspondientes facturas, se habría generado un error en las entidades bancarias que acabaron por conceder crédito a PESCANOVA. En definitiva, la

⁷ La cuestión central, hasta donde alcanzo, es si la letra solo acredita el compromiso de abonar una cantidad desde una perspectiva estrictamente formal, o si, por el contrario, presupone asimismo que la obligación asumida obedezca a una deuda previa real y, por tanto, que sea sincera la voluntad de pago reflejada en el documento. La primera tesis es la asumida por el Tribunal Supremo en la sentencia en comentario.

⁸ COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, 2020, pp. 242 ss., con ulteriores referencias. Próximo, en los últimos tiempos, *vid.* SANZ MORÁN, «Los delitos de falsedad documental: reflexiones político legislativas», *InDret*, (4), 2021, pp. 271 ss.

documentación que reflejaba operaciones inexistentes, maquillando la situación de crisis de la sociedad, habría constituido un engaño bastante en el sentido del art. 248.1 CP (hoy art. 248 CP), pues, de haber tenido conocimiento de la situación real de la sociedad, los bancos no habrían querido financiar a PESCANOVA. Según la Audiencia, las compraventas con sociedades filiales en el extranjero y las compraventas con sociedades instrumentales (creadas para dichas compraventas) habrían generado la apariencia de que existían relaciones comerciales, siendo las facturas que documentaban dichas operaciones adecuadas para lograr que los bancos abrieran líneas de *factoring* o pólizas de descuento bancario. El Tribunal Supremo se ocupa en su sentencia (FJ 4º) del recurso del presidente ejecutivo Manuel F.S.

2. Dicho recurso niega la concurrencia de una estafa basándose esencialmente en los siguientes argumentos. Conforme al primero, no habría un error típico de las entidades bancarias: PESCANOVA se había visto obligada, en su situación de crisis, a vender y recomprar su propia mercancía, recurriendo a descontar las facturas en los contratos de *factoring* (compraventas con sociedades instrumentales) o recurriendo a créditos documentarios (compraventas con sus filiales en el extranjero). Ahora bien –continúa el recurso–, las entidades bancarias eran plenamente conscientes de lo que significaban las operaciones documentadas y, no obstante, querían conceder crédito a PESCANOVA porque confiaban en la solvencia de una de las entidades más importantes de España. En definitiva, las expectativas de cobro de PESCANOVA vinculadas a las operaciones documentadas en las facturas no habrían constituido la razón de la decisión de conceder crédito, sino que dicha decisión se produjo con independencia de si dichas facturas documentaban operaciones realmente existentes. Prueba de ello sería que las entidades bancarias (i) se conformaban con una mera lista de las facturas cedidas (*factoring*), sin exigir la presentación de las facturas; (ii) no comunicaban a la sociedad deudora la cesión del crédito (de PESCANOVA a la entidad bancaria); (iii) no hacían gestiones para su cobro; y iv) no anotaban en la contabilidad de la entidad bancaria la deuda de PESCANOVA (lo que permitía a la entidad bancaria superar los límites de riesgo asumidos ante el Banco de España). Así pues, entiendo que el recurso parte de que las entidades bancarias sabían qué riesgo asumían y, por ello, no puede hablarse de un acto de disposición «en error». Además, el recurso añade un segundo argumento conforme al cual el acusado no actuó ni con el propósito de engañar a las entidades bancarias ni con la intención de impagar en el futuro las obligaciones contraídas, sugiriendo que la incapacidad de cumplimiento fue sobrevenida, consecuencia del fracaso del proyecto de venta de una planta de salmón.

3.2. Los argumentos en los que el Tribunal Supremo basa la absolución

1. El Tribunal Supremo da la razón al recurrente y niega la concurrencia de un delito de estafa. En concreto, (i) admite el argumento de que las entidades bancarias confiaban en que PESCANOVA –que hasta el momento no había desatendido sus compromisos– pagaría sus deudas, no exigiendo la presentación de las facturas ni intentando el cobro de los importes a los deudores formales. La mayoría de los contratos de *factoring* eran «sin recurso», es decir, en caso de incumplimiento del deudor cedido al banco, PESCANOVA quedaba libre de toda responsabilidad –por lo que no debía anotarlos en su contabilidad, al ser la entidad bancaria la que asumía el riesgo–; pero, en muchas ocasiones, la entidad bancaria y PESCANOVA celebraban un contrato privado conforme al cual PESCANOVA asumía la responsabilidad en caso de impago por el deudor cedido. En lo que atañe a los créditos documentarios, (ii) el pago de la entidad compradora, en este caso PESCANOVA, era asegurado por una entidad bancaria española, la cual liberaba de pago a la entidad vendedora (sociedades filiales de PESCANOVA en el extranjero); la entidad extranjera ingresaba a PESCANOVA el importe liberado por el banco y PESCANOVA

devolvía el crédito a la entidad bancaria. Ahora bien, lo interesante es que lo habitual en los créditos documentarios es que las entidades bancarias solo liberen el pago una vez comprobado (vía documentos) que la mercancía existe y ha sido enviada; en el caso PESCANOVA, en cambio, dichas entidades bancarias no exigían documentación alguna, conformándose con la factura de compra comercial, sin exigir documentos que acreditaran la transacción internacional.

2. La Audiencia Nacional había considerado en su sentencia que la falta de documentación hacía más fácil engañar a las entidades bancarias sobre la existencia de una transacción internacional. En cambio, el Tribunal Supremo considera que precisamente el hecho de que las entidades bancarias se conformaran con una factura, sin exigir más documentación, indica que la decisión de las entidades bancarias era la de conceder un simple crédito a PESCANOVA –podríamos decir que la realidad de la transacción internacional no era una información relevante en el proceso de decisión del disponente–. Este extremo de la sentencia es esencial: el Tribunal Supremo pretende subrayar que determinadas informaciones –la realidad de las transacciones internacionales tras las facturas pagadas vía créditos documentarios, así como el aseguramiento del cumplimiento en los contratos de *factoring*– no eran relevantes en el proceso de decisión del banco, por lo que el engaño sobre ellas no puede considerarse típico. Y el Tribunal Supremo precisa que ello no implica separarse de la jurisprudencia de la última década que, en la interpretación del tipo de estafa, se ha alejado de la exigencia de deberes de autoprotección de la víctima –o los ha reducido a mínimos–. En efecto, la exclusión de la tipicidad en este caso no se basa en el argumento –propio de la jurisprudencia anterior– conforme al cual el engaño podría haber sido neutralizado por una víctima (disponente) que actuara de manera diligente, cumpliendo sus deberes de autoprotección –comprobación de la identidad de quien retira dinero de una cuenta, comprobación de que, tras una letra de cambio, hay una operación real, etc.–, sino que aquí la exclusión de la tipicidad se basa en que la inveracidad recaería sobre informaciones irrelevantes en la interacción PESCANOVA-entidades bancarias, informaciones no constitutivas de la base del proceso de decisión de las entidades bancarias. Así, concluye el Tribunal Supremo, no habría causalidad: el acto de disposición de las entidades bancarias no fue causado por un engaño, con lo que no se cumple un requisito esencial del delito de estafa.

3. Según el Tribunal Supremo, si se contemplan los contratos con las entidades bancarias como lo que materialmente eran, la información relevante era la voluntad de cumplimiento de Manuel S.F., voluntad que existió *ab initio* –en momentos críticos, el acusado habría incluso recurrido a su patrimonio personal para pagar sus deudas con las entidades bancarias–. Es más, dicha voluntad se mantuvo y, por tanto, no concurriría uno de esos supuestos en los que, al inicio de una relación económica, el autor es veraz al manifestar su voluntad y capacidad de cumplimiento y, en un momento posterior, sabiendo que ha perdido su capacidad de pago, continúa con dicha relación económica, afirmando entonces de manera concluyente que mantiene una capacidad que ha perdido. En el caso enjuiciado no se considera probado que, a cierta altura, el acusado se representara o debiera representarse como altamente probable la imposibilidad de atender a los pagos y, no obstante, continuara su relación con las entidades de crédito sin informarles de un empeoramiento de su capacidad de pago. De hecho, cuando se frustró la venta de la planta de salmón, algo que empeoró la situación de PESCANOVA, el 27 de febrero de 2013, solicitó un préstamo a los miembros del Consejo de Administración y, ante la negativa de estos, comunicó a la CNMV que no se habían formulado cuentas del ejercicio 2012 a la espera de determinados datos –renegociación de deuda vía procedimiento del art. 5 Ley Concursal, certeza de venta de determinados activos– y que la CNMV valorara la conveniencia de suspender la cotización de las acciones –dicha suspensión cautelar fue acordada y poco después PESCANOVA presentó concurso voluntario–. Así pues, descartada la inveracidad sobre la información relevante –la

capacidad de pago–, las decisiones de financiación de las entidades bancarias se deben ver como el fruto de la estrategia de estas últimas de otorgar a PESCANOVA préstamos a corto plazo. Por tanto, concluye el Tribunal Supremo, Manuel S.F. y los demás acusados por un delito de estafa deben ser absueltos.

3.3. Algunas reflexiones sobre la argumentación del Tribunal Supremo

1. El Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo contiene algunas consideraciones de gran interés. La sentencia basa la absolución del delito de estafa esencialmente en el argumento de la irrelevancia de la realidad de las operaciones que estaban en la base de los contratos de *factoring* y los créditos documentarios. La existencia o inexistencia de dichas operaciones habría sido irrelevante en la relación PESCANOVA-entidades de crédito, pues estas últimas solamente pretendían otorgar créditos simples a PESCANOVA, algo que se manifestaba en la actuación de las entidades –no exigir documentación sobre las facturas de los créditos cedidos, no exigir el pago al deudor de estos, no realizar comprobaciones antes de liberar el pago de los créditos documentarios, etc.–, así como en la voluntad de eludir los límites del Banco de España en concesión de créditos. En definitiva, la sentencia niega la relación de causalidad entre las eventuales inveracidades de PESCANOVA y el acto de disposición del banco. A tal efecto, la forma de los contratos no se correspondería con la realidad material del pacto entre las partes, que era el de la concesión de créditos simples. Pues bien, esta parte del fallo da pie a algunas reflexiones.

2. En primer lugar, desde el punto de vista de la coherencia de la sentencia del Tribunal Supremo con su jurisprudencia anterior, esta sentencia mantiene la concepción de la estafa defendida en los últimos años, concepción que rechaza la existencia de deberes de autoprotección (en sentido fuerte) del disponente. En efecto, en los últimos años, el Tribunal Supremo se ha alejado del planteamiento, imperante en los años 1990 y 2000, conforme al cual se consideraba que la víctima de la estafa tenía deberes de autoprotección, por lo que se valoraba como atípico el engaño neutralizable mediante el cumplimiento de tales deberes. Actualmente, la jurisprudencia afirma que los deberes de autoprotección se deben reducir a un mínimo tal que solo compete a la víctima desconfiar de las mentiras burdas. Así, por ejemplo, la STS 162/2012, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1563), afirma que no es admisible «desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales». Con esta y muchas otras resoluciones semejantes, la jurisprudencia ha abandonado, pues, la idea básica de que la víctima es responsable de sus decisiones económicas y de que no toda mentira es suficiente para «instrumentalizarla» de forma típicamente relevante; de este modo, se ha producido una vuelta a una concepción cuasi-causalista del engaño.

Así las cosas, tiene sentido –es coherente– que la sentencia objeto de comentario fundamente la absolución en la falta de causalidad, no en la existencia de deberes de autoprotección de las entidades bancarias que fueron incumplidos por estas. Para una concepción cuasi-causalista de la estafa –cualquier inveracidad que cause un engaño es, salvo en caso de las mentiras burdas, típica– tiene sentido argumentar en estos términos. Ahora bien, la teoría del delito ha asumido hace décadas la necesidad de definir un riesgo *ex ante* que sea relevante conforme al tipo correspondiente. Eso significa que, en el tipo de estafa, también debe ser posible definir *ex ante* qué inveracidades son típicas, y ello con independencia de si la idoneidad *ex ante* de la inveracidad se define como suficiente para superar la autoprotección proveniente de un disponente autorresponsable a quien se le pide el ejercicio de una autoprotección de cierta

intensidad –así la jurisprudencia de los 1990 y algunos autores, entre los que me cuento– o si, en cambio, la idoneidad *ex ante* de la inveracidad se define, como hace la jurisprudencia actual, partiendo de una víctima a la que solo se le exige una autoprotección de mínimos. Esto significa que, en el caso presente, aunque sea correcto negar la relación de causalidad, como hace el Tribunal Supremo, pues los bancos decidieron al margen de la existencia o inexistencia de las operaciones subyacentes a los contratos de factoring y a los créditos documentarios, es decir, al margen de la veracidad o inveracidad de las afirmaciones al respecto, tal argumento no basta para negar la tentativa de estafa. Esta última se puede negar solamente si se considera que las inveracidades del autor fueron inidóneas para instrumentalizar el acto de disposición de la víctima (las entidades bancarias). Ello también debería exigirse en el marco de la concepción actual de la jurisprudencia: la inveracidad –debería sostener la jurisprudencia actual– debe ser adecuada para inducir a error a una víctima a la que solo se le pide que desconfíe de las mentiras burdas. Así las cosas, procede preguntarse si en el presente caso era posible negar la tentativa de estafa. Y lo cierto es que la interpretación de los hechos por la sentencia apunta ya los argumentos para hacerlo, pues, como se desprende de ella, la información sobre la existencia de las operaciones era irrelevante para la decisión de las entidades bancarias, quienes estaban dispuestas a conceder simples créditos a PESCANOVA, siendo irrelevante la forma escogida, que era, en realidad, inadecuada, pero tenía para dichas entidades el sentido de poder eludir los límites del Banco de España.

Así, se puede decir que la interpretación de los hechos que hace el Tribunal Supremo permite afirmar que el eventual engaño recayó sobre informaciones irrelevantes para el acto de disposición. Esto da pie a una segunda reflexión. En el delito de estafa el engaño constituye una forma de instrumentalización o, por utilizar la expresión tradicional, más apegada al tenor literal, de inducir a error a otro, quien dispone sin ser consciente de las consecuencias que el acto de disposición tendrá en su propia esfera –o, en el caso de la estafa en triángulo, en la esfera en cuyo nombre actúa–. Pues bien, en un primer paso, es esencial determinar cuáles son las informaciones relevantes para el acto de disposición en la concreta interacción autor-disponente. Este es un primer nivel, distinto y previo al relativo a la intensidad del engaño. En este primer plano, hay que dejar fuera del tipo ya las informaciones que serían irrelevantes para un disponente racional. Aplicado al caso, esto significaría, llevando a sus últimas consecuencias los argumentos del Tribunal Supremo, que, una vez definidos los términos de la interacción autor-disponente, habría que preguntarse qué informaciones eran relevantes para la decisión de las entidades bancarias. Al respecto, tiene sentido aludir a la argumentación del Tribunal conforme a la cual las entidades bancarias expresaron, mediante su conducta (conformarse con la lista de facturas en los contratos de *factoring*, liberar el pago en los créditos documentarios sin exigir información alguna sobre la operación) que la información sobre las operaciones tras las facturas y créditos documentarios no era relevante para su decisión. La decisión, *prima facie* sorprendente, de optar por formas contractuales que no eran las que se correspondían con el contrato realmente celebrado –simples créditos– se debía a intereses de las entidades en poder conceder más crédito del que les estaba permitido. Así pues, en la medida en que habría «materialmente» una renuncia de los bancos a la información a la que «formalmente» tenían derecho, dicha información habría sido definida por las partes como irrelevante para esa relación económica concreta. Esto significa que para determinar la información relevante para el acto de disposición lo esencial no es la forma de la interacción, sino su verdadero contenido material.

3. Distinto es el segundo nivel, que solo se puede abordar una vez determinada la información que el disponente (aquí: las entidades bancarias) necesitaban para un acto de disposición libre. Según el Tribunal Supremo, no se debe seguir la doctrina de los deberes de autoprotección. Con

todo, sería posible seguirla y llegaríamos a la misma conclusión que el Tribunal Supremo, pues una vez decidido, en un primer nivel de análisis, que la información sobre la existencia de las operaciones era irrelevante para los bancos, ya no es necesario analizar si la inveracidad sobre dichas operaciones era engaño «bastante» o no para instrumentalizar la decisión de conceder crédito. Con todo, conviene subrayar que el modo en que la jurisprudencia ha entendido en los últimos años la posición de la víctima en el delito de estafa no es satisfactorio. Equiparar estafa y hurto no es posible en la medida en que en la estafa existe una decisión del disponente que, *prima facie*, es responsabilidad de este último; la responsabilidad por tal decisión y sus consecuencias perjudiciales solo se puede desplazar a otro, al autor que miente, cuando este último emplee un engaño de suficiente intensidad para manipular la decisión de un disponente autorresponsable.

4. Conviene añadir una tercera reflexión sobre el argumento del recurrente, aceptado por el Tribunal Supremo, conforme el cual en el caso no hubo propósito de engañar ni intención de pagar en el momento del vencimiento. Ciertamente, el tipo de estafa no exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, sino solamente de dolo. Con todo, parece claro que lo que la sentencia pretende decir es que no hubo engaño sobre el hecho interno de la propia convicción sobre la futura capacidad de cumplimiento, es decir, faltaría el denominado «dolo antecedente» de la doctrina de los negocios civiles criminalizados, terminología a mi entender confusa. En efecto, no es el dolo lo que hace surgir una conducta típica sino la inveracidad de lo que expresa objetivamente el autor; de ahí que resulte mucho más acertado hablar de engaño sobre hechos internos (así, STS 111/2006, Penal, de 30 de enero [ECLI:ES:TS:2006:511]). Sea como fuere, el Tribunal Supremo sostiene que el acusado partía de su capacidad de cumplimiento futuro y esta interpretación es perfectamente plausible. Ahora bien, sería más convincente afirmar que las circunstancias en las que el autor actuó le permitían tener la expectativa racional de ser capaz de cumplimiento en el momento del vencimiento de los créditos.

5. Para terminar, una cuarta reflexión. El caso obliga a analizar cómo opera el engaño típico en el delito de estafa en relaciones prolongadas en el tiempo. Al respecto, es perfectamente posible que una relación comience sin engaño pero que este tenga lugar en alguno de los contratos enmarcados en dicha relación –por ejemplo, cuando el autor aparenta seguir siendo capaz de cumplimiento cuando ha perdido tal capacidad–.

4. Los delitos de falsedad de cuentas (art. 290 CP) y de información económico-financiera (art. 282 bis CP) (Nuria Pastor Muñoz)

En su quinto fundamento, la sentencia del Tribunal Supremo aborda el caso desde la perspectiva del delito de falseamiento del art. 290 CP y de la estafa de crédito e inversión del art. 282 bis CP, para dar respuesta a la afirmación, contenida en algunos recursos, conforme a la cual las cuentas de PESCANOVA no contenían datos falsos.

4.1. La argumentación del Tribunal Supremo sobre la concurrencia del delito del art. 290 CP

1. En lo que atañe al delito del art. 290 CP, tras hacer referencia a la discusión doctrinal sobre la naturaleza de este tipo, el Tribunal Supremo se remite a su jurisprudencia anterior, en la que el tipo del art. 290 CP es interpretado como injusto de falsedades ideológicas expresamente tipificadas, y aborda dos aspectos de los hechos probados. Por una parte, los «neteos»,

consistentes en compensar activos y pasivos; por otra, la exclusión de determinadas sociedades filiales deficitarias del grupo antes de acabar el año y su reincorporación al inicio del año siguiente. En lo que atañe a los «neteos», el Tribunal Supremo rechaza el argumento del recurrente conforme al cual estos, pese a no ser admitidos por la normativa contable, no alteran la imagen fiel de la sociedad, pues el resultado final de las operaciones se hacía constar igualmente. Según el Tribunal Supremo, (i) es relevante que los activos y pasivos consten como tales en las cuentas pues, en el caso de los activos, es importante conocer su naturaleza y la probabilidad de su realización. Además, (ii) en lo que atañe a los contratos de *factoring*, el Tribunal Supremo considera que estos se deberían haber contabilizado, pues, pese a ser formalmente «sin recurso» –de manera que PESCANOVA, cesionaria del crédito, no era, conforme al contrato, responsable subsidiaria en caso de incumplimiento del deudor–, el entendimiento de PESCANOVA con las entidades bancarias era que PESCANOVA se haría cargo del pago del importe, como efectivamente ocurría –al respecto, la sentencia se remite al FJ relativo a la estafa, en el que considera que los contratos de *factoring* eran, en realidad, simples créditos (*supra* 3) –, de manera que la obligación realmente asumida por PESCANOVA se debería haber contabilizado como pasivo relevante para formarse una imagen de la situación económica de la sociedad. En lo que atañe a la exclusión de sociedades filiales deficitarias antes de terminar el año y su reincorporación al siguiente, con el fin de evitar tener que reflejar sus datos en el balance consolidado, (iii) el Tribunal Supremo rechaza el argumento del recurrente conforme al cual las sociedades excluidas tenían un activo superior al pasivo, por considerar dicho argumento no corroborado.

2. Por lo demás, en el Fundamento Jurídico Quincuagésimo Séptimo, la sentencia aborda el problema de si puede considerarse responsable de un delito del art. 290 CP al representante de NOVAPESCA, G.C., quien en su recurso considera que los contratos de cesión de deuda entre NOVAPESCA y PESCANOVA no constituyen documentos idóneos para la comisión de dicho delito y que él actuó en nombre de NOVAPESCA, la veracidad de cuyas cuentas no ha sido cuestionada, no de PESCANOVA, en cuya formulación de cuentas no intervino el acusado. Por lo demás, tampoco habría intervenido en la confección de los documentos de venta de las sociedades filiales EFRIPEL y NOVAMAN. El Tribunal Supremo considera que el recurrente, en efecto, no puede ser considerado autor del delito de falseamiento de las cuentas de PESCANOVA (art. 290 CP), pero sí cooperador necesario en la medida en que aportó el soporte documental necesario para la comisión del falseamiento, con conocimiento del plan existente, contribuyendo a las cuentas que distorsionaban la verdadera situación económica de la sociedad. En concreto, contribuyó desde su posición en NOVAPESCA TRADING: (i) a la cesión de deudas de PESCANOVA con las sociedades instrumentales, deudas que no se correspondían con créditos reales ni pretendían ser cobrados; y (ii) a que determinadas filiales abandonaran el perímetro de consolidación.

4.2. La argumentación del Tribunal Supremo sobre la concurrencia del delito del art. 282 bis CP

Por otra parte, el Tribunal Supremo aborda –en el Fundamento Jurídico Quinto– la cuestión de si en el caso concurre un delito del art. 282 bis CP, que define como delito falsario dirigido a captar inversores o depositantes en términos estructuralmente paralelos al injusto del art. 290 CP. El Tribunal Supremo entiende que Manuel F.S. incorporó dolosamente a las cuentas anuales y a la documentación económico-financiera que debía ser publicada datos que no reflejaban la verdadera situación económica de la sociedad, sabiendo que una parte importante de la financiación recibida de las entidades bancarias no aparecía en las cuentas ni en el folleto de

emisión. Dicha conducta la habría cometido con la finalidad de captar a inversores que confiaran en esa información desfigurada. Al respecto, las falsedades del art. 290 CP se encontrarían en una relación de concurso medial respecto al delito del art. 282 bis CP.

4.3. Algunas reflexiones sobre el caso en lo que atañe al delito de falseamiento del art. 290 CP

1. La interpretación del art. 290 CP que hace el Tribunal Supremo da pie a una primera reflexión. Como indica el Tribunal, se ha discutido intensamente sobre cuál es el injusto del art. 290 CP. Al respecto, no sorprende que el Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia consolidada, conciba dicho tipo como un injusto de falsedades. Ciertamente, el Tribunal afirma que el falseamiento debe ser idóneo para perjudicar a la sociedad, los socios o terceros, pero no atribuye a este elemento típico un contenido propio que deba ser objeto de prueba, sino que deduce su concurrencia de la mera constatación del falseamiento que impide conocer la verdadera situación jurídica o económica de la sociedad. Así, el Tribunal afirma que «los datos económicos que PESCANOVA incluía en su contabilidad, y trasladaba después a las cuentas anuales, no reflejaban la imagen real de la sociedad, resultando así idóneos para causar perjuicios a terceros». Desde la perspectiva de quienes consideramos que el art. 290 CP no recoge unas meras falsedades específicamente tipificadas, porque el legislador ha añadido un requisito de capacidad del falseamiento para perjudicar, sería necesario un análisis diferenciado de los dos elementos del tipo, a saber, el falseamiento y la capacidad de este para perjudicar, teniendo en cuenta que el modo en que un falseamiento puede perjudicar es desorientando a los destinatarios del documento en su toma de decisiones patrimoniales. Así las cosas, aunque lo habitual de unas cuentas anuales alteradas será su capacidad de desorientar a sus destinatarios –socios que se plantean abandonar la entidad o invertir más, terceros inversores potenciales, entidades bancarias que ponderan otorgar o no crédito a la sociedad, la Agencia Tributaria, que tiene pretensiones de cobro en función del contenido de las cuentas, etc.–, es preciso explicitar y justificar dicha capacidad lesiva del documento.

2. Y esto conduce necesariamente a una segunda reflexión: la exigencia de la constatación de la idoneidad para perjudicar del falseamiento obliga a ser distintivos y precisar qué clase de desorientación es relevante para las decisiones de los socios, la sociedad y los terceros. Con otras palabras, se suele afirmar que el falseamiento ha de alterar la imagen fiel de la sociedad, por lo que no sería típico un falseamiento de bagatela. Ahora bien, ¿es típicamente relevante cualquier alteración de las cuentas que implique alejarse de las normas contables y, con ello, una desviación respecto a la situación económica que dichas cuentas deberían plasmar? Este problema se plantea en el caso PESCANOVA a propósito de los denominados «neteos». Al respecto, conviene diferenciar dos situaciones. Si los «neteos» consisten en la compensación de activos y pasivos, siendo los primeros activos muy seguros o plenamente garantizados, parecería que lo único que se oculta es la existencia de algunas operaciones –pues solo se contabiliza, *sit venia verbo*, el resultado de la ecuación–, pero no se alteraría la imagen de la situación económica de la entidad. En cambio, si los «neteos» consisten en compensar pasivos y activos no seguros, sí se estaría falseando la imagen fiel de la situación económica social, pues se estaría contabilizando como seguros activos que, al no serlo, tienen un valor real menor que el nominal. Este parece ser el caso de PESCANOVA. Con todo, es importante plantearse qué ocurriría en los casos en los que la contabilidad no refleja fielmente las operaciones reales, pero, en términos globales, sí refleja la verdadera situación económica de una sociedad, como, por ejemplo, cuando el administrador hace constar en las cuentas un gasto inexistente para encubrir una desviación de fondos sociales a su patrimonio individual o al de un tercero. En definitiva, lo complejo aquí

es concretar el alcance del derecho a la información veraz que constituye la otra cara de la moneda del deber de veracidad en los documentos sociales: si tal derecho se entiende en términos de gran precisión, cualquier alteración sustancial de las cuentas sería típica –pues, aunque no alterara la imagen económica de la sociedad, no sería un reflejo fiel de su situación jurídica–; en cambio, si tal derecho se entiende en términos más genéricos como el derecho a tener una imagen general de la sociedad que se ajuste a su realidad económica, no cualquier alteración de las cuentas llegaría al umbral de la tipicidad.

3. El problema de la aplicación del art. 290 CP a la contabilización de los contratos de *factoring* «sin recurso» plantea una tercera cuestión que es de gran interés, a saber, la de si constituye falseamiento contabilizar una operación atendiendo a su forma jurídica cuando el acuerdo material de las partes no se ajusta a dicha forma. A este respecto, conviene subrayar el sentido que tienen las cuentas como fuente de información societaria: deben reflejar las obligaciones realmente asumidas por la sociedad, que no necesariamente se han documentado formalmente en el contrato. Ahora bien, esto plantea dos problemas, a saber, un problema de prueba –se debe probar que hay una simulación relativa, es decir, que la forma contractual elegida no coincide con la voluntad de las partes, que era la de celebrar simples contratos de préstamo– y el problema de que quien formula las cuentas, si tiene el deber de plasmar las obligaciones realmente asumidas y no las que constan formalmente en el contrato, genera prueba de su simulación –que, en su caso, si bien no necesariamente, podría ser constitutiva de delito–. Este segundo problema tiene que ver con posibles escenarios de autoencubrimiento, pues es posible que la simulación contractual sea constitutiva de delito –por ejemplo, un delito de alzamiento de bienes o insolvencia punible– y que, por tanto, la anotación contable del negocio real, no del simulado, implique generar prueba contra uno mismo.

4. Además, el caso plantea un cuarto aspecto de interés: parece claro que es posible cometer un delito del art. 290 CP mediante el falseamiento del balance consolidado –y de ello partiría la sentencia cuando califica de falseamiento la exclusión de determinadas sociedades filiales deficitarias del grupo antes de acabar el año y su reincorporación al inicio del año siguiente, de manera que las deudas de dichas filiales no constaban en el balance consolidado–. Ahora bien, esta afirmación no está libre de problemas, pues el balance consolidado tiene la función de dar una imagen fiel del grupo de sociedades, no de una sola sociedad, y nuestro legislador parte en el art. 297 CP de que para ser sociedad en el sentido de los delitos societarios es necesario o bien tener alguna de las formas jurídicas mencionadas expresamente en el precepto o bien una «naturaleza análoga» a la de estas, cláusula que se interpreta mayoritariamente como ostentación de personalidad jurídica –con la consiguiente exclusión de los grupos de sociedades–. Ciertamente, en la doctrina ha habido pronunciamientos a favor de entender la «análoga naturaleza» del art. 297 CP en sentido material (organización, jerarquía, representación), lo cual permitiría considerar a los grupos de sociedades «sociedad» en el sentido del art. 297 CP –con consecuencias importantes en la interpretación de los delitos societarios–; sin embargo, la exigencia de personalidad jurídica parece ser el criterio dominante. Así las cosas, nótese que podría discutirse la inclusión del balance consolidado en el ámbito de aplicación del art. 290 CP, pese a que es un documento de importantísimo valor informativo para socios, sociedades del grupo y terceros.

5. En relación con el falseamiento de balances consolidados, conviene hacer una quinta reflexión. La sentencia considera que la operación consistente en excluir las sociedades filiales deficitarias antes de acabar el año y reincorporarlas después constituye una maniobra que desemboca en que las cuentas no reflejen la situación económica y financiera verdadera de la sociedad, encontrando

en ello un punto de apoyo más para afirmar la concurrencia del delito del art. 290 CP. Esta interpretación solo se puede sostener si se parte de que la exclusión y posterior incorporación de las sociedades filiales fueron operaciones simuladas, de manera que lo que vincula a las partes es su verdadera voluntad, a saber, la de mantener a las sociedades dentro del perímetro consolidado. Así, al igual que ocurre en los casos de dos compraventas sucesivas para la elusión de impuestos, en este caso se habría recurrido a la simulación para evitar tener que incorporar a las sociedades deficitarias al balance, mostrando esta la situación económica real del grupo. Solo de este modo se entiende la afirmación de que los balances que dejaban fuera a las sociedades excluidas antes de terminar el año eran falsos pues, si no se prueba que la exclusión y posterior reincorporación eran operaciones simuladas, no será posible fundamentar la falsedad de aquellos.

6. Por último, hay un sexto aspecto merecedor de atención, a saber, la confirmación del Tribunal Supremo de la condena de G.C., representante de NOVAPESCA TRADING, como cooperador necesario de un delito del art. 290 CP. El Tribunal Supremo afirma que la contribución a la ocultación de deuda o a generar apariencia de créditos constituye una cooperación directa al delito del art. 290 CP. Las consecuencias de este planteamiento son muy importantes, pues de él se desprende que toda intervención en una simulación contractual, en la confección de facturas falsas u otros documentos falso que tengan que ser incorporados a las cuentas de una sociedad constituiría necesariamente, además, participación en el delito del art. 290 CP –presuponiendo que concurren en las cuentas los presupuestos de este tipo–. En efecto, nótese que el Tribunal Supremo parece partir esencialmente de que la elaboración de documentos sobre operaciones inexistentes que después serán incorporados a las cuentas, unida al conocimiento del plan del autor (es decir, maquillar las cuentas) implica automáticamente la adquisición de la condición de partícipe en el delito. Al respecto, conviene diferenciar grupos de casos: (i) un primer supuesto es aquel en el que quien elabora el documento que servirá de base para las cuentas falsas lo hace en connivencia con el autor del delito del art. 290 CP –de ello parece partir el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario–; un segundo caso, (ii) es aquel en el que el sujeto contribuye a un delito (ejemplo, una administración desleal) y a su cobertura documental, la cual, necesariamente, se acabará reflejando en las cuentas. La distinción, creo, es relevante, pues cuando la conducta de quien elabora el documento falso tiene un sentido autónomo, es decir, cuando su única razón de ser no es la de constituir el soporte documental de unas cuentas falsas sino, por ejemplo, la de servir para perjudicar a la sociedad (art. 252 CP), se plantea si la mera previsibilidad de la incorporación de dicho documento a las cuentas convierte a quien lo confecciona en cooperador necesario del delito del art. 290 CP. Dicho sea de paso, en estos casos se pueden generar situaciones concursales muy interesantes: así, cuando el tercero contribuya, mediante la simulación de un contrato, al fraude de acreedores cometido por el administrador, la idoneidad de dicha simulación para generar la apariencia de insolvencia dependerá de su incorporación a las cuentas, por lo que en tal caso se deberá analizar la relación concursal entre el delito del art. 290 CP y el de los arts. 257 ss. CP.

4.4. Algunas reflexiones sobre el tipo de estafa de crédito e inversores del art. 282 bis CP, así como sobre la relación entre este y el delito del art. 290 CP

1. Por último, una breve reflexión sobre los argumentos del Tribunal Supremo para afirmar la concurrencia en el caso de un delito del art. 282 bis CP. Como ya se ha indicado, el Tribunal Supremo entiende que, en la medida en que las cuentas no reflejaban la situación económica real de la sociedad (ocultación de deuda) y tampoco lo hacía la documentación económica-financiera que debía publicar PESCANOVA, como sociedad emisora de valores negociados en los mercados

de valores, Manuel F.S. respondería de un delito del art. 282 bis CP. Pues bien, en primer lugar, conviene subrayar que, si bien el art. 282 bis CP se ubica entre los delitos contra el mercado y los consumidores, su injusto debería interpretarse en términos patrimoniales, en concreto, como inveracidad capaz de desorientar a los destinatarios de la información económico-financiera de aquellas sociedades que operan en el mercado de valores. Este es el punto de partida adecuado para determinar cuándo la falsedad de la información económico-financiera es suficiente para desorientar las decisiones de los inversores. En el caso PESCANOVA, tiene sentido entender que la ocultación de la deuda implicaba una deformación sustancial de la representación que se podían formar los potenciales inversores sobre las expectativas vinculadas a su inversión. Ciertamente, cuando el acto de disposición consiste en una inversión, la «contraprestación» consiste en una determinada expectativa de ganancia, cuyo valor se debe determinar con un pronóstico racional –teniendo en cuenta la rentabilidad esperada, pero también el factor inseguridad–. La afirmación de una expectativa se basa, pues, en hechos presentes que permiten racionalmente esperar la ganancia futura y determinar su grado de certeza. Pues bien, en el caso del 282 bis CP, los hechos presentes en los que se basa la expectativa de ganancia son la situación económica y financiera de la sociedad, así como otros elementos –evolución del mercado, etc.–. Así las cosas, desfigurar la información económica-financiera es un medio para alterar el pronóstico de ganancia vinculado a la inversión, estructuralmente una tentativa de estafa que el legislador ha tipificado expresamente en el art. 282 bis CP.

2. En segundo lugar, conviene hacer referencia a la relación concursal entre el delito del art. 282 bis CP y el del art. 290 CP. Al respecto, el Tribunal Supremo aprecia un concurso medial entre el delito del art. 290 CP y el del art. 282 bis CP. Ello tiene sentido, pues el falseamiento de las cuentas era un medio necesario para la comisión del art. 282 bis CP.

5. El delito de alzamiento de bienes (Nuria Pastor Muñoz)

5.1. Los argumentos de la sentencia para apreciar un delito de alzamiento de bienes

1. En su Fundamento Jurídico Sexto, la sentencia aborda la calificación como alzamiento de bienes del siguiente episodio de los hechos probados: el 25 de febrero de 2013 Manuel F.S. concedió, a través de la sociedad SODESCO, un préstamo de 6 millones de euros a PESCANOVA –en parte desde la cuenta de SODESCO, en parte desde la cuenta de KIWI ESPAÑA y QUINTA DO SOBREIRO–. El préstamo vencía a los cinco días, el 1 de marzo de 2013 y, tras su vencimiento, el encargado de tesorería, José Manuel G.G, devolvió el préstamo mediante transferencia de los 6 millones de euros desde una cuenta de PESCANOVA a una cuenta de KIWI ESPAÑA. Manuel F.S. y su mujer, María Rosario A.D., abrieron dos cuentas en Portugal (a nombre de QUINTA DO SOBREIRO), a las que transfirieron desde la cuenta de QUINTA DO SOBREIRO en España y KIWI ESPAÑA (perteneciente a QUINTA DO SOBREIRO) parte de la devolución; después, con base en un contrato de préstamo entre QUINTA DO SOBREIRO y María Rosario A.D., esta ordenó la transferencia de 4.451.000 euros a una cuenta a su nombre en Hong Kong. La Audiencia Nacional consideró que concurría un delito de alzamiento de bienes en su modalidad de realización de actos de disposición o contracción de obligaciones por parte del responsable de un hecho delictivo (conforme a la redacción vigente en el momento de los hechos, la del antiguo art. 258 CP) para eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes de este, haciéndose total o parcialmente insolvente, y condenó como autor a Manuel F.S. y como cooperadores necesarios a su esposa, María Rosario A.D. y a las sociedades QUINTA DO SOBREIRO, S.L. y KIWI ESPAÑA, S.A.

2. El Tribunal Supremo considera que el recurrente parte de una confusión cuando afirma que Manuel F.S. ha sido condenado porque QUINTA DO SOBREIRO, sociedad propiedad de su esposa, transfirió dinero a cuentas corrientes en Portugal, no siendo tal sociedad deudora ni responsable de hecho delictivo alguno. En efecto, el Tribunal Supremo subraya que en el caso el responsable del delito a título de autor sería Manuel F.S., quien tenía pendientes dos procedimientos penales y, por tanto, él –y no la sociedad– tendría la condición de deudor. Por lo demás, el Tribunal Supremo no da crédito a la afirmación del acusado conforme a la cual su intención no era ocultar patrimonio a los inversores, sino poder utilizarlo, vistas las dificultades de la sociedad.

3. Por último, en los Fundamentos Jurídicos Vigésimo y Vigésimoprimeros la sentencia se ocupa de la responsabilidad de María Rosario A.D. Al respecto, el Tribunal examina el argumento de la recurrente según el cual concurriría un desistimiento voluntario de la tentativa, pues ella decidió dejar sin efecto las transferencias de las cuentas de Portugal a Hong Kong horas antes de que la entidad bancaria las bloqueara por considerarlas operaciones sospechosas. Según el Tribunal Supremo, no es posible apreciar un desistimiento porque el delito de alzamiento estaba, en el momento en que la acusada dejó sin efecto las transferencias, ya consumado, desde el momento en que el dinero se transfirió desde el patrimonio del deudor, Manuel, a las cuentas de las sociedades interpuestas que él administraba y de las que eran propietarios sus familiares.

5.2. Algunas reflexiones sobre la concurrencia de un delito de alzamiento de bienes en el caso

1. Los argumentos de la sentencia para afirmar un delito de alzamiento del anterior art. 258 CP, que se corresponde en gran medida con el actual art. 257.2 CP, dan pie a algunas reflexiones interesantes. La primera consideración tiene que ver con el círculo de autores del delito. Conforme al anterior art. 258 CP, solo puede ser autor el «responsable de un hecho delictivo» en su condición de deudor de la responsabilidad civil; hoy, conforme al art. 257.2 CP, el círculo de autores es mayor: el responsable de un delito o quien deba responder de este, siendo, por ello, posible incluir a cualquier sujeto civilmente responsable por el delito. En todo caso, los supuestos relevantes son aquellos en los que alguien ha intervenido en un delito –conforme al Derecho actualmente vigente no sería necesaria la condición de interviniente– que es generador de responsabilidad civil y, tras su comisión, realiza actos de disposición o contraer obligaciones para generar la propia insolvencia, eludiendo así el pago de la responsabilidad civil derivada de delito. Así las cosas, esta modalidad típica requiere, de entrada, que el autor pueda partir de su condición de responsable de un hecho delictivo que sea a su vez generador de responsabilidad civil.

2. En lo que atañe al primer elemento, la sentencia parece entender que el conocimiento de que pendían dos procedimientos penales contra él era suficiente para considerar que el autor, en el momento de realizar la transferencia de la devolución del crédito, debía partir de que era responsable de dichos delitos. Esto despierta ciertas dudas, pues la existencia de procedimientos penales no significa necesariamente que el autor deba considerarse a sí mismo responsable de los delitos de los que se le acusa. En el delito del antiguo art. 258 CP (actual art. 257.2 CP), lo necesario es que en un juicio *ex ante* el observador objetivo perciba la conducta del autor –en este caso, la alteración de las cuentas y publicación de la información económico-financiera– como penalmente prohibida (en el marco del nuevo art. 257.2 CP bastaría con que el autor se representara como delictiva su conducta o la de otro respecto a cuyo hecho él es responsable civil), de manera que si *ex ante* una conducta (falseamiento de cuentas y folletos informativos) no parece delictiva, el desplazamiento de activos no puede constituir un delito del antiguo art. 258 CP, aunque el autor sea condenado por dicha conducta (por ejemplo, en virtud del art. 282

bis CP) y, a la inversa, si *ex ante* la conducta parece delictiva, el desplazamiento de activos será constitutivo de un delito del anterior art. 258 CP (hoy art. 257.2 CP), aunque después el autor no sea condenado por aquella conducta, si bien en este último caso la condena por alzamiento consumado no será posible por falta de prueba de la condición de autor idóneo del acusado (será, a lo sumo, posible condenarle por una tentativa inidónea del delito de alzamiento). En lo que atañe al segundo elemento, parece claro que el observador objetivo (y también el autor del delito) debe representarse *ex ante* que los delitos de los que es responsable han dado lugar al nacimiento de responsabilidad civil. Esto resulta fácil de constatar en los casos en los que el autor ha cometido, por ejemplo, una estafa con efectos perjudiciales inmediatos, pero más complejo en el caso de delitos como el del art. 290 o el art. 282 bis CP. En estos últimos, es posible partir de que la conducta del autor puede dar lugar a responsabilidad civil derivada de delito, pues en algún momento los destinatarios de los documentos pueden tomar una decisión perjudicial con base en aquellos: por ejemplo, la decisión de un tercero de invertir sobre la base de la información de las cuentas. Ahora bien, aquí hay un aspecto temporal esencial: para ser autor idóneo de un delito de alzamiento dirigido a eludir la responsabilidad civil derivada de delito hay que ser deudor en el momento del alzamiento, es decir, no basta con haber llevado a cabo la conducta adecuada para generar en el futuro la condición de deudor. Esto significa que quien comete un delito del art. 290 CP o del art. 282 bis CP no es deudor de la responsabilidad civil hasta que se produzca el daño correspondiente, el cual puede aparecer en un momento posterior a la comisión del delito. La conducta de quien se insolventa antes de ser deudor no puede castigarse conforme a los arts. 257 ss. CP, salvo que sostengamos que los sujetos que deben contar con seguridad con convertirse en deudores ya son autores idóneos del delito. Aplicado al caso, esto significa que habría sido necesario fundamentar que en el momento de las transferencias a las cuentas de Portugal ya existían perjudicados por la conducta del acusado: por ejemplo, sujetos que, con base en la información económico-financiera de PESCANOVA, habían ya invertido en la sociedad.

3. La segunda reflexión tiene que ver con la conducta típica del alzamiento para eludir la responsabilidad civil derivada de delito. En concreto, se trata de examinar las órdenes de transferencia de parte de la devolución del crédito primero a las cuentas abiertas en Portugal por Manuel F.S. y su esposa, María Rosario A.D., a nombre de QUINTA DO SOBREIRO y la posterior transferencia desde dichas cuentas a una cuenta a nombre de María Rosario abierta en Hong Kong. El acto de disposición debe, para ser constitutivo de alzamiento, generar la insolvencia real o aparente. Para ello se deben cumplir necesariamente dos presupuestos: por una parte, se debe constatar que el acto de disposición –aquí las transferencias– era idóneo para generar una reducción del patrimonio del deudor en tales términos que el patrimonio restante no era suficiente para hacer frente a las deudas. Cuando estas deudas no son todavía determinadas, se debería por lo menos constatar que el patrimonio restante no es suficiente para hacer frente al monto previsible de tales deudas. Aplicado al caso, se debería demostrar que el patrimonio de Manuel F.S. tras las transferencias de parte de los 6 millones de euros era insuficiente para hacer frente a la responsabilidad civil derivada de delito. Este aspecto requiere una fundamentación expresa, pues mientras conserve la solvencia, el deudor puede disponer libremente de su patrimonio, por lo que en el caso habría sido conveniente abordar este aspecto, que no menciona el recurrente. De mayor interés es, por otra parte, el segundo presupuesto: la conducta del autor debe ser *ex ante* idónea para eludir la responsabilidad civil, generando una «insolvencia aparente o real». En el caso presente, el Tribunal Supremo entiende que el autor, mediante las transferencias, ha generado una insolvencia aparente. Ahora bien, nótese que, en los delitos de alzamiento, la generación de una insolvencia aparente requiere que la conducta del autor sea *ex ante* idónea para «ocultar» su patrimonio: se trata, valga la redundancia, de crear una apariencia,

de «engañar», transmitiendo a los acreedores una imagen mermada del patrimonio; si las operaciones no son idóneas para ocultar el patrimonio, debería excluirse la tipicidad.

4. Pues bien, el caso plantea la duda de si las transferencias realizadas son (todas o algunas) idóneas para generar tal apariencia de insolvencia. Hay que prestar especial atención a las primeras transferencias, pues son las que el Tribunal Supremo entiende como decisivas para considerar consumado el delito de alzamiento: mediante estas, Manuel S.F. desplazó parte de la devolución de la deuda a dos cuentas, a nombre del acusado y a nombre de QUINTA DO SOBREIRO (abierta por su esposa) respectivamente, en Portugal. Al respecto, no es evidente que la transferencia a las cuentas de QUINTA DO SOBREIRO en Portugal implicara un desplazamiento de patrimonio fuera de la esfera del deudor, pues las transferencias se hicieron desde una cuenta de QUINTA DO SOBREIRO en España, cuyos socios eran la esposa de Manuel F.S. y sus hijos comunes, y una cuenta de KIWI ESPAÑA. Y nótese que era precisamente desde esas sociedades desde las que Manuel F.S. había hecho su préstamo a PESCANOVA. Un análisis separado requiere la transferencia (plantada pero bloqueada por el banco portugués) desde la cuenta de QUINTA DO SOBREIRO en Portugal a una cuenta que abrió María Rosario A.D. en Hong Kong, transferencia que se justificaba con base en un préstamo que le hacía Manuel F.S., en su condición de administrador de QUINTA DO SOBREIRO, a María Rosario A.D. Aquí la pregunta esencial es si el acto de «ocultación jurídica» es objetivamente idóneo para ocultar el patrimonio. Para ocultar patrimonio es necesario que este quede, *sit venia verbo*, cubierto de tal manera que no ya no se pueda identificar como patrimonio del deudor. Y en el caso surge precisamente la duda de si una transferencia rastreable a una cuenta titularidad de la esposa del acusado debería considerarse suficiente para hablar de tal ocultación –no todo intento de simulación es *ex ante* idóneo para simular–. A esto se debe añadir el examen de qué significado tenía para la esfera del acusado el desplazamiento de patrimonio de una sociedad, QUINTA DO SOBREIRO, en ese momento titularidad de su esposa e hijos, a una cuenta de su esposa. Ciertamente, se podría ver en ello un alejamiento del dinero del grupo de sociedades, pero ello es irrelevante si tenemos en cuenta que el delito de alzamiento se plantea respecto a la responsabilidad civil del acusado, no respecto a una deuda de PESCANOVA.

5. La tercera reflexión atañe a la responsabilidad de la mujer, quien es condenada como cooperadora necesaria del delito de alzamiento. Al respecto, se echa de menos una discusión sobre la distinción entre la condición de interviniente en el delito y la condición de partícipe a título lucrativo. Al respecto, se podría pensar que la apertura de las dos cuentas, en Portugal y en Hong Kong, constituiría una contribución al alzamiento del autor. La cuarta reflexión se refiere al problema de la consumación y el desistimiento. Si el delito de alzamiento se consumó con las transferencias a las cuentas en Portugal, tiene pleno sentido considerar irrelevante como desistimiento el bloqueo de la transferencia a Hong Kong por parte de la esposa del acusado. Ahora bien, si tenemos en cuenta las reflexiones anteriores, a saber, que las cuentas de Portugal se podían considerar todavía pertenecientes a la esfera del deudor, por lo que las transferencias en sí no constituirían alzamiento –a lo sumo, preparación– sí tendría sentido discutir el carácter típico de la transferencia a la cuenta de Hong Kong y, en caso de respuesta positiva, plantear la posibilidad de admitir un desistimiento –dejando aquí al margen la discusión fáctica sobre si la acusada dejó la transferencia sin efecto antes o después de que el banco bloqueara la transferencia y, con ello, hiciera imposible la ocultación del patrimonio–.

6. Para terminar, hay un aspecto de gran interés, a saber, la condena de QUINTA DO SOBREIRO S.L. y KIWI ESPAÑA como cooperadoras necesarias del delito. Al respecto, surgen dos cuestiones interesantes: la primera, si la persona jurídica puede ser considerada cooperadora necesaria de

un delito de una persona física y la segunda, si sociedades utilizadas para desplazar patrimonio del deudor pueden ser consideradas beneficiadas en el sentido del art. 31 bis CP. Esta última cuestión será objeto de análisis en el apartado 9 del presente comentario.

6. El estado de necesidad (Jesús-María Silva Sánchez)

1. El Fundamento Jurídico Décimo de la sentencia responde al motivo del recurso de casación en el que se alegaba la concurrencia en PESCANOVA de un estado de necesidad económico-empresarial. En efecto, como traducción legal de su alegación, el recurrente pretendía que se aplicara la eximente incompleta de estado de necesidad (art. 21.1 en relación con el art. 20.5º CP). El fundamento concreto de la pretensión esgrimida era el estrechamiento que sufrió el mercado del crédito como consecuencia de la crisis financiera internacional de 2007-2008 y la creciente posición deudora de la sociedad PESCANOVA. A continuación, el recurrente mantenía que, en el contexto de una fuerte reducción de las vías de financiación a largo plazo, los directivos de la compañía se habían visto obligados a recurrir a determinadas prácticas irregulares con el fin de prolongar sus líneas de financiación y, consiguientemente, a ocultar en la contabilidad la deuda financiera real de la compañía. Por tanto, la finalidad de estas conductas fue conservar el flujo de tesorería hasta que las inversiones dieran su fruto. Citando a la sentencia de instancia, «el plan delictivo se diseñó con el único fin de salvar a la Compañía y a sus 14.000 puestos de trabajo». En definitiva, la tesis del recurso es que, ante la situación de necesidad representada por la situación de deuda que comprometía la propia viabilidad de la empresa, y pretendiendo evitar un «mal inminente» –un perjuicio económico–, los directivos habían procedido a causar otro «mal» no mayor –otro perjuicio económico–. Si, sentado esto, postulaban únicamente la apreciación de la eximente incompleta, ello se debía a conocer que el Tribunal Supremo rechaza la apreciación de la eximente completa de estado de necesidad en los casos de crisis empresariales.

2. La sentencia desestima el recurso. Para ello, recurre a dos argumentos: (i) que la existencia de una situación deudora no puede entenderse como un «mal»; y (ii) que la comisión de delitos para evitarla vulnera, en todo caso, el principio de subsidiariedad que rige la eximente de estado de necesidad. El primer argumento se concreta en la afirmación de que una crisis empresarial, esto es, tener deudas, no constituye un mal «en sentido jurídico», sino que para ella es precisa una «verdadera angustia y estrechez económica, connotadas por la inmediatez o inminencia». Más aún, citando jurisprudencia anterior, la Sala exige una «situación personal de indigencia, de pobreza o extrema carencia de lo indispensable que ponga en riesgo inminente o grave su vida, su salud o su integridad física»⁹. Se diría, por tanto, que el Tribunal Supremo reduce el estado de necesidad justificante aplicable a delitos contra la propiedad o el patrimonio al «hurto famélico». Por su parte, el segundo argumento se formula indicando que la situación de necesidad –de conflicto entre bienes–, que constituye el eje de la eximente, requiere que no exista ningún medio menos gravoso –en particular, no delictivo– para la salvaguarda del bien jurídico. Pues bien, a juicio de la Sala, precisamente en casos como el que examina, no puede afirmarse que se haya cumplido la exigencia de subsidiariedad, pues existían opciones preferentes. En concreto, «el propio ordenamiento jurídico arbitra diversas clases de expedientes (muy singularmente la normativa que regula las situaciones concursales), orientada a facilitar una salida ordenada a las crisis empresariales, presidida por el propósito de componer los diversos intereses en conflicto (los de la propia empresa, sus socios, los acreedores, trabajadores, etc.) de un modo equilibrado».

⁹ STS 419/2009, Penal, de 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:2970).

3. Los dos argumentos no tienen la misma fuerza. El primero es débil. En efecto, debe considerarse, en primer lugar, que el caso no es de estado de necesidad propio, sino ajeno (auxilio necesario), pues se refiere a la persona jurídica PESCANOVA y a las personas físicas cuyo puesto de trabajo dependía de la viabilidad de la empresa. Con la tesis jurisprudencial no sería posible calificar de «mal en sentido jurídico» ningún peligro para bienes supraindividuales –de la sociedad o de la administración pública–, pues aquí no acecha angustia ninguna. Sin embargo, que cabe obrar en estado de necesidad para proteger bienes supraindividuales es algo asumido unánimemente. Cuestión distinta es la entidad de ese mal, su inminencia o su carácter de «mal provocado» por una mala gestión. Sobre todas esas materias cabe discutir. Ahora bien, que el riesgo de desaparición de una gran empresa y de pérdida de miles de puestos de trabajo es un «mal» para el Derecho es algo que no cabe negar seriamente. Precisamente porque es un mal, el Derecho mercantil, el Derecho laboral y el Derecho administrativo tratan de minimizarlo como pueden.

4. Por su parte, el segundo argumento, relativo a la subsidiaridad del estado de necesidad, se halla muy consolidado en la jurisprudencia y en la doctrina. También lo está la concreción de este principio que maneja el Tribunal Supremo. En efecto, un importante sector doctrinal se sirve de la expresión «primacía de las instituciones» para designar la preferencia que, frente al recurso justificante al estado de necesidad, tiene el seguimiento de los procedimientos institucionalizados de solución de conflictos. Este es asimismo el argumento que suele utilizar la jurisprudencia para rechazar la aplicación del estado de necesidad justificante a la realización de los tipos de delito del Derecho penal económico. A este respecto, se arguye que en los casos de «necesidad económica» o «empresarial» existen procedimientos institucionalizados para afrontar la crisis, a los que es obligado recurrir de modo prioritario. En este concepto se integran, por ejemplo, las solicitudes de aplazamiento o de fraccionamiento del pago en el ámbito tributario y los procedimientos concursales en el contexto de las situaciones de insolvencia.

5. En definitiva, todo parece indicar que hay razones para denegar la aplicación de la eximente completa de estado de necesidad justificante a los gestores de PESCANOVA. Menos claro me parece que su pretensión de salvar la compañía tenga que carecer de toda relevancia atenuante para el Derecho penal. En efecto, los motivos constituyen un factor muy relevante de asignación de sentido a las conductas humanas. Por lo tanto, el ánimo de lucro personal y el de salvar una empresa con sus puestos de trabajo dan lugar a que las conductas de estafa o de falsedad adquieran una coloración radicalmente distinta. Las situaciones de exigibilidad disminuida, que no tienen una ubicación expresa en el sistema legal español de atenuantes, deberían ser tenidas en cuenta y no excluir las posibilidades de la atenuante analógica (art. 21.7ª CP) para su consideración jurídica.

7. La responsabilidad del auditor de cuentas (Raquel Montaner Fernández)

1. Los Fundamentos Jurídicos Decimosegundo, Decimotercero y Decimocuarto de la sentencia que aquí es objeto de interés se dedican a responder al recurso planteado por el Sr. Santiago S.F., socio-auditor de BDO AUDITORES, S.L. a partir del año 2009. Este auditor de cuentas externo de PESCANOVA fue condenado por la sentencia de la Audiencia Nacional como responsable, en concepto de cooperador necesario, de un delito continuado de falsedad de cuentas anuales del art. 290 CP y de un delito de falseamiento de información económico-financiera del art. 282 bis CP, en relación de concurso medial. Tanto la sociedad matriz PESCANOVA, S.A., fundada en el año 1961 y siendo una sociedad cotizada, como otras sociedades del Grupo consolidado PESCANOVA contaban desde el año 2002 con los servicios de auditoría externa de la sociedad

BDO. Es más, la persona que actuaba como representante y responsable de BDO en los servicios de auditoría a PESCANOVA era el Sr. Santiago S. quien, como auditor principal responsable (*vid.* art. 3.6 Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas), firmó las cartas de encargo de 2009, 2010, 2011 y 2012 con el Sr. Joaquín V., jefe de auditoría interna de PESCANOVA. En el marco de este encargo de auditoría, conviene señalar que, además de a la matriz, los servicios de auditoría externa de BDO se ofrecían a numerosas filiales, de tal modo que la actividad de auditoría externa de BDO se ofrecía a 13 de las más de 150 sociedades nacionales e internacionales del Grupo PESCANOVA. Respecto de estas sociedades objeto de auditoría, se señala en la sentencia que la auditora externa tuvo «acceso a todos los datos de la contabilidad de la matriz y sus filiales». De este modo, a través de las cartas de encargo mencionadas anteriormente, el auditor externo se comprometía a auditar las cuentas anuales y consolidadas y a emitir los correspondientes informes con opinión técnica, además de, en su caso, informar sobre las debilidades significativas que detectara respecto al control interno de las sociedades (respecto a los elementos que debe incluir un informe de auditoría, *vid.* art. 5 Ley 22/2015). Por el contrario, y tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo, los servicios de auditoría externa de BDO no alcanzaban a las sociedades filiales extranjeras denominadas EFRIPREL, AMERICAN SHIPPING, ANTARTIC SEA FISHERIES, MEDOSAN y PORVENIR. En efecto, la sociedad matriz mantuvo fuera del perímetro de consolidación a estas cinco filiales extranjeras, por lo que no pudieron ser objeto de evaluación ni de revisión por parte de la auditora externa (FJ 14º).

2. Sin perjuicio de las actuaciones del resto de los intervinientes, incluso de aquellas personas cuyas funciones se desarrollaban en el marco de órganos con competencias en materia de auditoría interna en PESCANOVA –como era el comité de auditoría y el departamento de auditoría interna–, la Audiencia Nacional basó la condena del auditor de cuentas externo, el Sr. Santiago S., por el delito del art. 290 CP atendiendo a un conjunto de actuaciones infractoras (*vid.* FJ 12º SAN 14/2020, Penal, de 6 de octubre [ECLI: ES:AN:2020:2351]). A saber, y de manera resumida: la emisión de informes favorables trimestrales y semestrales sobre la gestión intermedia desde el año 2009 hasta el año 2012; la emisión de informes favorables de auditoría de las cuentas anuales y consolidadas correspondientes a los ejercicios contables de los años 2009, 2010 y 2011, sin efectuar salvedad alguna y haciendo constar que expresaban la imagen fiel de su patrimonio y de su situación financiera; la no advertencia de la falta de coherencia entre las cifras de las cuentas anuales y los créditos documentarios; la ausencia de objeción frente a las operaciones de reducción del pasivo a través del «neteo»; la concesión del visto bueno a las cuentas elaboradas en el año 2012; el aval documental de los datos contables para las ampliaciones de capital de 2009 y de 2012; la ausencia de la realización de una revisión especial respecto de las operaciones con las sociedades instrumentales; y, en relación con los contratos de *factoring* con las distintas entidades bancarias, la falta de comprobación de la realidad del sustrato de las operaciones de cesión de créditos. En concreto, según, la sentencia de la Audiencia Nacional, el auditor «hizo un control efímero de los datos de algunas remesas de facturas que su auditada remitía a los bancos, sin llevar a cabo ningún control acerca de la obligación principal asumida por PESCANOVA» (*vid.* FJ 3º).

3. En lo que se refiere al delito de falsedad en la inversión de capital del art. 282 bis CP, la Audiencia Nacional también condenó al socio-auditor como cooperador necesario. Considerando la Audiencia que un auditor de cuentas no reúne la condición de administrador de hecho o de Derecho de una sociedad emisora de valores, pero, no obstante, entendiendo que el informe de auditoría de cuentas anuales forma parte de la información a la que las sociedades emisoras de valores están obligadas a comunicar, fundamentó su responsabilidad penal como cooperador necesario. En concreto, en el FJ 13º de la sentencia, la Audiencia Nacional señala que

«no cabe duda de que toda la documentación publicada por la CNMV indicativa de la situación económica-financiera de PESCANOVA estaba avalada por quien se encontraba al frente de la auditoría externa». Ahora bien, las conductas infractoras de las que partió la sentencia de instancia para condenar al Sr. S. también por este delito del art. 282 bis CP fueron las mismas a las que anteriormente se ha hecho referencia a propósito del delito del art. 290 CP (resumidamente: no oponer salvedades a las cuentas anuales). Precisamente, esto es uno de los motivos que alega la defensa del Sr. S. en su recurso de casación.

4. Pese a la condena previa de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo, sin embargo, absuelve al auditor Santiago S., de ambos delitos y, por ende, también a BDO como persona jurídica a través de la cual aquel realizó sus actuaciones. Si bien el delito societario del art. 290 CP no prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica, esta sí se establece en el art. 288 bis CP en relación con el delito de falseamiento en la inversión de capital del art. 282 bis CP. Así las cosas, la Sala Segunda, tras referirse someramente al contenido de los nueve motivos del recurso de casación formulado por Santiago S., se centra, por un lado, en la posibilidad en general de atribuir responsabilidad penal al auditor de cuentas por las figuras delictivas aquí discutidas y, por otro y principalmente, en la exigencia de dolo para la atribución de responsabilidad penal por ambos delitos. En concreto, y a los efectos de este comentario, el razonamiento del Tribunal Supremo se estructura en los siguientes puntos.

5. De entrada, la Sala reconoce la posibilidad genérica de que los auditores de cuentas respondan como cooperadores necesarios tanto por el delito del art. 290, como por el delito del art. 282 bis CP (FJ 13º). En este sentido, y refiriéndose a algunas sentencias anteriores –como es la STS 688/2019, Penal, de 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:809), («caso Fórum Filatélico»)– sostiene que la atribución de responsabilidad penal al auditor por el delito de falsedad de las cuentas anuales requiere, primero, que las cuentas se hayan falseado de forma idónea para causar perjuicio; segundo, que se emita un informe de auditoría sin indicar que las cuentas no reflejan la realidad de la sociedad; y, tercero, que al emitir el informe de auditoría sepa el auditor que las cuentas que avala no reflejan la imagen fiel de la sociedad y que actúa en connivencia con los responsables de la sociedad. Con ello, el Tribunal Supremo considera que, si bien el incumplimiento de las normas de auditoría que determinan el ejercicio de su función y que responde a una impericia o desidia profesional conlleva responsabilidad por vía civil e incluso disciplinaria, esta clase de actuación no es suficiente para afirmar su responsabilidad penal como participe en un delito doloso como es el del art. 290 (FJ 13º). En esta medida, recuerda el Tribunal Supremo, para la posible atribución de responsabilidad penal no se trata de atender a la aportación del auditor (informe de auditoría) en términos causales respecto del perjuicio producido, sino en términos de imputación objetiva. Ahora bien, más allá de esta referencia, la sentencia del Tribunal Supremo no se detiene en analizar cuál debe ser la forma de entender estos términos de la imputación objetiva.

6. Así pues, sin tratar de delimitar cuál es el espacio de riesgo penalmente relevante de la actuación del auditor de cuentas en términos de imputación objetiva, el Tribunal Supremo dedica la mayor parte de su razonamiento al análisis de lo que se entiende como aspecto subjetivo de los ilícitos penales (*vid.* FJ 14º). Sobre la base de que tanto el delito de falsedad contable del art. 290 CP, como el delito del art. 282 bis CP solamente son punibles en su modalidad dolosa, el segundo grupo de motivos del recurso de casación de Santiago S. al que debe responder el Tribunal Supremo se estructura al hilo de la inexistencia de datos fácticos con base en los que quepa sustentar una condena por su actuación dolosa. En concreto, según afirma el recurrente Santiago S., el Tribunal sentenciador fundamentó su actuación dolosa y, de ahí, su condena, en

el hecho de que, como auditor de cuentas, y a diferencia de otros sujetos, ostentaba un «deber profesional de descubrir» que incumplió. A juicio del recurrente, esta posición como profesional o experto no es suficiente para convertirlo en responsable penal por los delitos atribuidos.

7. En lo que se refiere al primer aspecto de la argumentación del recurrente –esto es, la ausencia de suficientes datos fácticos–, a juicio del Tribunal Supremo es cierto que la redacción del relato de hechos probados en relación con la actuación del auditor externo «resulta particularmente confusa». A partir de aquí, señala algo que, a mi juicio, es muy revelador respecto a la orientación de su fundamentación. A saber, que el relato de los hechos probados «no termina de proporcionar elementos bastantes para determinar, primeramente, si, a juicio del Tribunal sentenciador, debería considerarse acreditado que, en efecto, el acusado conocía y aceptaba las mencionadas falsedades; o si lo que se declara probado es que no se apercibió de las mismas como consecuencia de una deficiente realización de su actividad profesional» (FJ 14º). Según el Tribunal Supremo, la desidia, la «relajación en el ejercicio de sus funciones», el descuido o la impericia profesional no son equivalentes al dolo exigido por estos tipos penales (FJ 14º). A partir de aquí, e incidiendo en las concretas –y, a su juicio, equívocas y no sostenidas– expresiones utilizadas en la sentencia recurrida (como, por ejemplo: «conoció»; «le pasaron desapercibidos determinados datos», «sin que conste que se percatara», etc.), considera que no ha sido posible constatar que el Sr. Santiago S. «tuviera conocimiento de las irregularidades descritas y, en connivencia con sus autores, se prestara a emitir un informe sin salvedades o a protagonizar el conjunto de las actuaciones descritas, con el propósito de contribuir eficazmente a distorsionar la imagen fiel de la compañía» (FJ 14º). Esta falta de consistencia fáctica también la utiliza la Sala Segunda para señalar que, del extenso relato de los hechos probados, no queda claro cuáles fueron las concretas actuaciones de Santiago S., en tanto que, en repetidas ocasiones, se alude indistintamente a BDO, a sus empleados o a Santiago S.

8. A partir de aquí, y en lo que se refiere a la determinación del elemento subjetivo en un procedimiento penal, señala que, «con relación a los elementos subjetivos exigibles en el marco de las diferentes figuras típicas, resulta frecuente la imposibilidad de acreditarlos a través de las denominadas pruebas directas. Es así preciso, a menudo, inferir dichos aspectos de otros –acreditados, estos sí, a través de prueba directa–, regularmente plurales y que, valorados de un modo integrado, conduzcan a la razonable inferencia de que, en efecto, el acusado actuó con conocimiento y voluntad –cuando esto es lo necesitado de prueba–, de lo que estaba realizando, con exclusión de cualquier otra alternativa igual o parecidamente válida en el plano epistemológico» (FJ 14º). En este punto, si bien el Tribunal Supremo reconoce que la función de auditoría externa se desempeñó de forma «descuidada, desatendiendo las facultades de supervisión a las que se había comprometido» y pasando «inadvertidas deficiencias relevantes», esto no equivale a la comisión de un delito doloso. Y ello porque, según la Sala Segunda, ello no evidencia «que el acusado Santiago S. tuviera conocimiento de la falsedad de las cuentas que supervisó, ni tampoco que albergara propósito de coadyuvar a la consecución de los objetivos propuestos por quienes decidieron distorsionarlas» (FJ 14º). Es más, en lo que respecta a posibles motivos que pudieran utilizarse para sustentar la dimensión volitiva de su actuación, entiende el Tribunal Supremo que no existe constancia alguna de que el Sr. Santiago S., a cambio de su actuación, percibiera alguna clase de sobreprecio en su propio beneficio y/o en el de BDO (*vid.* FJ 14º). Por tanto, el Tribunal Supremo parece sustentar su decisión respecto de la ausencia del dolo del auditor en que, con base en la ausencia de datos fácticos, ni existen indicios para afirmar el elemento cognitivo ni para sustentar el elemento volitivo.

9. A mi modo de ver, es necesario, en primer lugar, atender a la propia condición del auditor de cuentas y a cómo interactuó en el complejo proceder de una estructura organizativa como era el Grupo PESCANOVA en el momento de los hechos. Sin perjuicio de que quepa afirmar que la auditoría de las cuentas de PESCANOVA era una tarea respecto de la cual tenían competencias tanto sujetos internos de PESCANOVA como sujetos externos, la realidad es que, en el marco de sociedades cotizadas, la función del auditor de cuentas externo –en nuestro caso, un auditor con experiencia– no solamente tenía trascendencia privada para con su cliente, sino también relevancia pública. Y esto último, no solamente frente a organismos públicos reguladores, como la CNMV, sino también frente a terceros inversores. Desde esta perspectiva, la relevancia de la actuación infractora del auditor de cuentas externo no solamente podía entenderse en términos causales sino ya en términos de creación o colaboración a la creación de un riesgo típico de los delitos imputados. Asimismo, no hay que olvidar que, según los hechos probados, el auditor de cuentas tuvo «acceso a todos los datos de la contabilidad de la matriz y de sus filiales» y, además, por ejemplo, «tuvo a su disposición datos constatados contradictorios que permitían deducir la falta de coherencia de los importes de los créditos documentarios solicitados a las entidades financieras». Por tanto, podríamos decir que estamos ante un experto (con conocimientos específicos) al que se le encarga una función que consiste en la verificación de las cuentas anuales de varias sociedades de un mismo grupo en aras de dictaminar si aquéllas expresan una imagen fiel del patrimonio y que, para el correcto ejercicio de esta función, tiene acceso a la documentación necesaria que debe ser objeto de revisión.

10. El objeto de discusión de esta resolución no es, sin embargo, la tipicidad objetiva de la conducta del auditor de cuentas sino, por el contrario, la tipicidad subjetiva. En concreto, la cuestión sobre la que hay que reflexionar es si la existencia de dolo puede determinarse de forma suficiente atendiendo a la conducta realizada por un sujeto con condición de auditor de cuentas que, además, tenía acceso (disponibilidad) a la documentación necesaria para el correcto desarrollo de su función y que, por ende, podía emitir unos informes con una opinión técnica determinada o si, por contra, para la determinación del dolo es necesario que, además de lo anterior, se constate una efectiva lectura y comprensión por parte del auditor de cuentas externo de esa documentación que se le ha proporcionado y respecto de la cual ha emitido varios informes favorables. Para el Tribunal Supremo, basándose en las teorías volitivas del dolo, el hecho de admitir que se han revisado las cuentas no es suficiente para poder distinguir si el sujeto conocía y admitía las falsedades (dolo) o si, por contra, el sujeto no se apercibió de esas falsedades como consecuencia de una deficiente realización de su actividad profesional. A su juicio, la falta de claridad y precisión en el relato fáctico no permiten descartar que esa ausencia de conocimiento, en lugar de responder a una voluntad del auditor de sumarse al plan delictivo diseñado por el presidente de PESCANOVA, se debiera a su «desidia», «relajación en el ejercicio de sus funciones, descuido o impericia profesional». Por tanto, la sola infracción de las normas de auditoría no es un elemento suficiente para afirmar el tipo subjetivo.

11. Sin duda, y aunque en el margen de este comentario solamente es posible apuntar superficialmente la problemática que ello plantea, los términos de esta sentencia nos llevan a reflexionar no solamente sobre el propio concepto de dolo (en el ámbito de los delitos económicos), sino también sobre los límites del dolo eventual con la imprudencia consciente, sobre el recorrido jurisprudencial de los casos denominados de ignorancia deliberada que pueden merecer el mismo tratamiento jurídico que los supuestos de dolo¹⁰ e, incluso, sobre los supuestos de desconocimiento por indiferencia. A mi juicio, y sobre la base de los hechos probados, podría

¹⁰ Sobre ello, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 163 ss.

decirse que el auditor de cuentas se mantuvo de manera continuada (desde 2009 a 2012) en un estado de desconocimiento respecto de las cuentas anuales y otra información societaria que auditaba y ello pese a que tenía disponibilidad respecto a la información que le podría haber dado acceso a ese conocimiento e, incluso, sospechas constatadas de ciertos estados financieros irregulares (pensemos, por ejemplo, en las operaciones de «neteo»). En esta medida, cabría afirmar que el auditor de cuentas estaba en condiciones de conocer. El problema es que, tal y como señala el Tribunal Supremo, no se constató una base fáctica suficiente para fundamentar la voluntad del sujeto de mantenerse en un estado de desconocimiento o ignorancia¹¹ o, en otras palabras, para probar el conocimiento ni siquiera eventual del acusado. Debe reconocerse al Tribunal Supremo que, con esta resolución, se postula en contra de la idea de la ignorancia deliberada como sustitutivo automático del conocimiento a efectos de fundamentar una condena por delito doloso. Ello, a mi modo de ver, no solamente es coherente con la propia definición de dolo de la que parte –esto es, como conocimiento y voluntad–, sino que también supone un acto de contención frente a la flexibilización de las exigencias probatorias para considerar que un sujeto ha obrado dolosamente, incluso cuando ello tiene lugar en el ámbito de delincuencia económica¹².

8. Formas de participación y conductas neutrales (Ricardo Robles Planas)

8.1. Cooperación necesaria, complicidad y art. 65.3 CP

La sentencia examina y desestima los recursos de varios intervinientes condenados como cooperadores necesarios por la Audiencia Nacional solicitando que se calificara su aportación como de complicidad, con la consiguiente rebaja de pena en un grado. Los argumentos de los recurrentes y los razonamientos decisorios del Tribunal Supremo son, sucintamente, estos:

1. Respecto del delito de alzamiento de bienes del art. 258 CP, la recurrente, **María del Rosario A.D.** (recurso en FJ 17º ss.), considera que los actos a ella atribuidos como esenciales para la realización de los movimientos de fondos de unas cuentas a otras de la misma compañía podrían ser realizados en exclusiva y sin ningún otro apoyo por Manuel F.S., que las administraba. El Tribunal Supremo (FJ 22º) entiende, en cambio, que la actividad de la acusada no puede considerarse de menor importancia porque «conociendo la existencia de la deuda que pendía sobre el patrimonio de su esposo y en concierto con éste, se avino a que los fondos que a aquel correspondían (los que le fueron devueltos por PESCANOVA), tuvieran como destino sendas cuentas que, en efecto, su esposo administraba, pero correspondientes a sociedades de las que él no era titular (y sí ella y otros miembros de la familia). Con ese fin, abrieron en Portugal sendas cuentas bancarias, a nombre de las mencionadas sociedades, de tal modo que el dinero permanecería a disposición de la familia “para poder utilizar su patrimonio”, conforme ambos reconocieron, a la vista de los “inconvenientes derivados de la situación económica” de PESCANOVA y, en último extremo, del propio Manuel (...) [E]l plan delictivo trazado por ambos cónyuges no podía prescindir de la presencia de María del Rosario, propietaria, junto con otros miembros de su familia, de las empresas beneficiarias de los fondos (administradas por Manuel, pero de las que éste no tenía titularidad alguna). Solo de este modo, y con la decisiva

¹¹ Sin embargo, la motivación de mantenerse en esta situación de desconocimiento podría relacionarse, incluso, con su pretensión de continuar prestando sus servicios profesionales a un grupo de sociedades como era PESCANOVA.

¹² Sobre ello, RAGUÉS I VALLÈS, «Tema 6. Imputación del delito económico a personas físicas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, 2020, p. 180.

participación de María del Rosario, resultaba factible eludir los derechos de los acreedores de aquél y, al mismo tiempo, por utilizar las palabras que la sentencia recurrida atribuye a los propios acusados, “poder utilizar su patrimonio”».

2. Respecto del delito de art. 290 CP, varios condenados como cooperadores necesarios discrepan también de esa calificación.

a) El recurrente, **Antonio T.M.** (recurso en FJ 34º ss.) alega que «seguía las órdenes de sus superiores» y que su «jubilación no impidió que se continuaran ejecutando los hechos que han motivado la condena». Pero el Tribunal Supremo (FJ 36º) estima que el plan de Manuel F.S., presidente de la compañía, «no podía llevarse a término, –singularmente en una empresa de la magnitud de PESCANOVA–, sin la indispensable colaboración de sus cuadros, su personal de alta dirección y, por lo que ahora importa, su director financiero. Era éste quien (...) se encargaba de negociar con las entidades bancarias los contratos que permitían obtener a la compañía la imprescindible liquidez y quien, por lo mismo, debía proporcionarles la documentación necesaria para formalizar los contratos que la procuraban (factoring, descuentos, etc.). Pero es que, además, tal y como acaba de explicarse, fue el propio Sr. T. quien, a través de un conocido, se encargó de contactar con el Sr. F.C. para proponerle que llevara formalmente la administración de las empresas instrumentales creadas con el referido fin, explicando a éste en una comida cuáles serían sus concretas funciones y su remuneración. No puede negarse que, al menos, compartió el dominio funcional positivo del hecho, la facultad de ponerlo en marcha, con independencia de que cuando dejó la empresa como consecuencia de su jubilación, aquellos mismos comportamientos, ya impulsados con su decisiva contribución, continuaran todavía durante algún tiempo».

b) El jefe de contabilidad de PESCANOVA, **Ángel G.D.** (recurso en FJ 40º ss.), entiende que «no participaba en la confección de las cuentas anuales de PESCANOVA ni en las del grupo consolidado. Su responsabilidad se concentraba en los libros de contabilidad de PESCANOVA, sin que, afirma el recurrente, en ninguno de ellos existieran irregularidades, libros que, además, no constituyen el objeto material del delito previsto en el artículo 290 del Código Penal». El Tribunal Supremo (FJ 44º) estima que «la participación del acusado no se limitaba a incorporar a la contabilidad de la empresa la documentación recibida de las sociedades instrumentales, aun con conocimiento de su finalidad y sentido. Ciertamente que el acusado se hallaba directamente subordinado en el organigrama empresarial al Sr. L.U. Mas, con pleno conocimiento del plan trazado por la dirección de la mercantil, se sumó activamente al mismo y no desde una posición profesional más o menos irrelevante sino en su condición de jefe del departamento de contabilidad, no limitándose a recibir la documentación que le era enviada, sino participando en, al menos, una reunión encaminada a la constitución de alguna de aquellas sociedades instrumentales e impartiendo a sus administradores las instrucciones correspondientes. Su participación en el ilícito penal referido se considera relevante, indispensable para su realización, en la medida en que la misma no habría podido llevarse a término, al menos sin dificultades relevantes para proceder a su sustitución al frente de la contabilidad de la empresa, en los términos perentorios que la necesidad de liquidez imponía».

c) **Carlos T.D.** (recurso en FJ 47º ss.) se queja de la calificación de su aportación como cooperador necesario porque «carecía de “poder de decisión”, sin que pueda serle atribuido (...) el “dominio funcional del hecho”». Pero el Tribunal Supremo rechaza tal pretensión (FJ 50º) dado que «se trata de quien actuaba como apoderado de varias filiales del grupo y director financiero y consejero de la más relevante de ellas, asumiendo las funciones de director financiero del grupo

mismo cuando quien ostentaba dicho cargo cesó en él como consecuencia de su jubilación. Plenamente impuesto del plan proyectado, procedió a llevarlo a término con las decisivas contribuciones ya descritas y sin las cuáles, el tipo penal previsto en el artículo 290 del Código Penal no habría podido contravenirse en la forma en que efectivamente se realizó».

d) **Alfredo L.U.** (recurso en FJ 52º ss.) considera que su intervención en los hechos debió «ser considerada como secundaria, siendo “una persona de confianza del Presidente a quien le reportaba toda la información de su área de trabajo y de quién recibía las instrucciones y órdenes como responsable del departamento de administración”». Sin embargo, el Tribunal Supremo (FJ 54º) estima que «efectivamente el Sr. L.U. resultaba ser el director del departamento de administración de la empresa, encargado de la llevanza de la contabilidad, cargo de confianza del Presidente, y que estaba en el cabal conocimiento de los planes trazados, desempeñando, además, relevantes comportamientos ejecutivos para llevarlo a término, tal y como ha sido descrito».

e) **Alfonso G.C.** (recurso en FJ 55º ss.), también considera que su aportación debió de calificarse como de complicidad, dado que «los actos que efectuó, –argumenta–, le fueron siempre encomendados y ordenados por el Presidente de la compañía. No era él la única persona que podría haberlos efectuado. De hecho, podrían haberse realizado por el propio F.S., quien ostentaba también la condición de administrador solidario de NOVAPESCA TRADING, cuyo capital social correspondía a PESCANOVA en un 99,99%. “Por lo tanto, es fácil deducir de ello, que cualquier acto realizado por el Sr. García Calvo por orden del presidente de PESCANOVA carecía del dominio del hecho, porque eran actos encargados por quien era su jefe y administrador de las sociedades para las que las realizaba, por lo tanto, actos ni imprescindibles, ni insustituibles”». Pero el Tribunal Supremo (FJ 58º) niega que la calificación dependa de que la aportación pudiera ser sustituible: «El juicio de imputación ha de partir de la concreta ejecución del delito, en los términos en los que, en el caso, fue proyectado y fue llevado al acto. Desde luego, no se niega que ante una eventual negativa del Sr. G.C. a participar en los hechos en la forma en que le fue primero propuesto y después encomendado, este mismo delito, acaso, podría haberse cometido con la participación de otra persona o exclusivamente por un solo autor material (aunque esta hipótesis resulte, incluso en términos meramente ideales, poco concebible en el marco de una empresa de la entidad de PESCANOVA). Lo cierto es que, en el caso, el Sr. G.C. participó en la parte del proceso que le fue encomendada, con pleno conocimiento de su finalidad y sentido, compartiendo objetivo y propósito con los demás partícipes. Y lo hizo desde su privilegiada posición, no sencilla de sustituir en un tiempo y condiciones razonables, de jefe de servicio de PESCANOVA, persona de confianza de su Presidente, e incluso de administrador solidario con éste de una filial, NOVAPESCA, de la que prácticamente PESCANOVA resultaba ser titular exclusiva. Ello le permitió, en el desarrollo del proyecto previamente trazado, disimular, a través de los procedimientos ya referidos, primera y principalmente, el pasivo bancario que asediaba de forma progresivamente creciente a la empresa, y también desplazar otros pasivos, ya fuera excluyendo estratégicamente del perímetro de consolidación a ciertas filiales, ya fuera aliviando a la matriz de sus aparentes deudas con las instrumentales; todo ello, con el designio final de proyectar una imagen distorsionada de la verdadera situación económica y financiera de la empresa, con aptitud para producir perjuicios a sus socios y a terceros».

3. A primera vista, ninguna de las consideraciones anteriores del Tribunal Supremo relativa a la apreciación de cooperación necesaria en lugar de la pretendida complicidad llama especialmente la atención. Nuestro Alto Tribunal sigue en este caso su propia doctrina largamente consolidada y condensada en una sentencia anterior a la que constantemente se remite como *ratio decidendi*

de los recursos examinados: la STS 692/2021, Penal, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3363). En esta se alude a la «sentida necesidad de evitar la degradación a la secundaria participación como cómplice de quienes, sin haber tomado parte directa y personal en la realización de ningún acto ejecutivo típico (coautoría), “gobernaban el hecho” desde una posición no directa y nuclearmente ejecutiva, de tal modo que disponían de la capacidad para ponerlo en acto (dominio funcional positivo) y/o para hacerlo cesar (dominio funcional negativo)». Admitida tal necesidad –continúa esta sentencia–, no sería preciso en el marco del CP español (a diferencia del CP alemán), canalizar los casos de «dominio funcional del hecho» por la vía de la coautoría, sino que encontrarían acomodo en la cooperación necesaria «sin necesidad de “extender” el concepto de autor», reservado para quien «realiza (...) actos ejecutivos típicos (concepto restrictivo de autor)». Esto es, para el Tribunal Supremo, los cooperadores necesarios no son autores «en sentido estricto (concepto restrictivo de autor), en tanto no “realizan” el hecho, no protagonizan actos de ejecución típica, pero “serán considerados como autores”, en tanto cooperan a la ejecución del delito “con un acto sin el cual no se habría efectuado”».

4. Sin poder en el presente contexto profundizar sobre las anteriores consideraciones del Alto Tribunal, es evidente que a ellas subyace una precomprensión objetivo-formal de la autoría que choca con la valoración como igualmente graves de conductas no calificables de autoría desde un punto de vista objetivo-formal. Se trata de la eterna –*sit venia verbo*– «esquizofrenia» de la cooperación necesaria: sin «ser» autoría es castigada «como» autoría. A lo anterior se añade la discutible identificación del denominado «dominio funcional del hecho» con las aportaciones sin las cuales el delito no se habría cometido. Y, para más complicación, la consideración por (buena) parte de la doctrina (singularmente, la alemana) como de «verdadera» autoría (coautoría) tales casos de «dominio funcional del hecho», lo que de nuevo casa mal con la acogida de un criterio objetivo-formal de autoría (y no con el concepto restrictivo de autor: este también es restrictivo –aunque menos– si se acoge un concepto material en lugar de uno formal de autoría).

5. Ahora bien, lo que sí debe ser objeto de atención aquí es que una cosa es aceptar que los supuestos de «dominio funcional del hecho», entendidos como aquellos en los que los sujetos –en palabras del Tribunal Supremo– «gobiernan el hecho», deban dar lugar ya sea a «auténtica autoría» (coautoría), ya sea a «autoría asimilada» (cooperación necesaria), y otra distinta es entender como se hace en este caso que las aportaciones de los recurrentes puedan calificarse de ese modo. No se pone aquí en cuestión que en las conductas arriba referidas se trate de aportaciones penalmente relevantes (y, por tanto, merecedoras al menos del reproche de complicidad). Lo cuestionable es, más bien, si van más allá, esto es, si se trata de conductas donde está presente la nota de la «gobernanza del hecho». Es cierto que la definición legal de la cooperación necesaria permite acoger en su seno las «aportaciones sin las cuales el hecho no se habría efectuado», pero no es menos cierto que este dato por sí solo no supone «dominar funcionalmente o gobernar el hecho». Dicho con otras palabras: la hispánica figura legal de la cooperación necesaria permite albergar supuestos de auténtico dominio funcional del hecho junto a supuestos que no lo son. Respecto de estos últimos, esta figura se mostraría especialmente distorsionadora de un adecuado sistema de graduación de la responsabilidad penal. En cualquier caso, parece evidente la disonancia entre la concepción «restrictiva» de la cooperación necesaria que el Tribunal Supremo parece acoger en el plano abstracto (vinculada a la existencia de un auténtico dominio funcional o gobernanza del hecho) y su aplicación a supuestos –como los presentes– donde no es evidente, por mucho que así se califique, tal intensidad en la intervención. Desde luego, no es en modo alguno claro por qué la conducta de María del Rosario A. D. debe ser calificada de cooperación necesaria y no de mera complicidad desde el punto de vista del alzamiento de bienes, pues la apertura de las cuentas en el ámbito

familiar a las que se transfiere el dinero permite, ciertamente, utilizarlo, pero habría sido deseable detenerse en fundamentar su capital trascendencia para eludir el pago de las responsabilidades civiles. Asimismo, respecto del resto de intervenciones, hubiera sido conveniente distinguir aquellas actuaciones relevantes en relación con las operaciones de obtención de financiación, pero alejadas aún del injusto del delito del art. 290 CP, de aquellas otras que, en efecto, contribuyen de modo esencial a la verosimilitud de las cuentas anuales. Solo aquellas conductas directamente vinculadas a la generación de la documentación falsa podrían llegar a ser calificadas, a mi juicio, de cooperación necesaria.

6. Lo anterior permite llegar a un punto decisivo con respecto a la posición de la sentencia. Enunciándolo de forma abrupta: parece otorgarse poca relevancia al hecho de que el delito ha sido cometido en el seno de una estructura organizativa compleja. Implícitamente –aunque solo de ese modo– los argumentos de los recurrentes aluden a las singulares esferas de competencia de cada uno de ellos en el seno de la empresa para reclamar una adecuación de la responsabilidad penal a su concreto círculo de deberes. La complejidad del caso estriba en que, dándose por sentada la relevancia de las intervenciones, se discrepa sobre su calificación como cooperación necesaria. Expresado de modo más interesante: se está planteando si todas las conductas con relevancia penal en el caso merecen el mismo grado de reproche. Y es aquí, donde, a mi juicio, habría que haber tenido en cuenta los diversos ámbitos de competencia que en la empresa ocupaban los acusados en relación con la actuación del Presidente ejecutivo de PESCANOVA. «En relación con la actuación» significa: teniendo en cuenta que queda acreditado que «ideó una serie de mecanismos que tenían por objeto aparentar una relación comercial, en realidad inexistente, que permitiera a PESCANOVA seguir obteniendo financiación bancaria y ostentar frente al resto de los socios y terceros interesados en invertir una situación económica y financiera positiva muy distinta a la publicada oficialmente, sirviéndose para llevar cabo este mecanismo de financiación de los responsables de los departamentos de administración y financiero y de algunos empleados que trabajaban en los mismos, de la auditora interna y de la falta de salvedad alguna por parte del responsable del auditor externo durante los ejercicios en que tal labor de financiación sobre operaciones ficticias u otros mecanismos de ocultación de las deudas financieras se llevaron a cabo». En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo parece otorgar una preeminencia y protagonismo a la actuación del Presidente ejecutivo que casa mal con la equiparación penológica de las aportaciones del resto de inculpados a la «autoría» de aquel, equiparación difícil de evitar si se opta por la calificación de cooperación necesaria para los segundos. Ahora bien, el Tribunal Supremo evita finalmente esta equiparación acudiendo a la cláusula del art. 65.3 CP. Sin mayor argumentación, la considera aplicable a todos los acusados antes señalados y les aplica la rebaja de pena –facultativa– que el precepto facilita. Nótese como, de este modo, se logra una mejor adecuación de la individualización de la pena de los distintos intervinientes en función de su mayor o menor protagonismo en el injusto del hecho. Así, el art. 65.3 CP vendría a desempeñar la función de ser un correctivo en sede de determinación de la pena para evitar la equiparación penológica en los casos de cooperación necesaria e inducción a la que conduciría la aplicación de las reglas generales, pero que en casos de empresas no casaría con la realidad organizativa subyacente. Me parecen muy reveladoras de este proceder las consideraciones de la sentencia de la Audiencia Nacional (FJ 16º): «Si bien es cierto que la respuesta penal no puede ser la misma a nivel de culpabilidad y responsabilidad penal entre el presidente ejecutivo de una entidad como PESCANOVA y la de quien, desempeñando su trabajo en la entidad, se aquieta a la orden recibida y decide seguirla, lo que, en teoría permitiría la aplicación de la posibilidad de reducir la pena a los citados, lo cierto es que al ser de aplicación a

todos ellos el delito más grave y ser éste el de estafa, del que son todos autores directos no es posible la reducción de la pena contemplada en el artículo 65.3 del código penal»¹³.

7. Lo acabado de afirmar plantea la necesidad de reflexionar sobre la interpretación que el Tribunal Supremo efectúa del art. 65.3 CP en este caso y, en términos generales, en su jurisprudencia desde la introducción de esta cláusula en el año 2003. Lo cierto es que en el presente caso la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo apenas se pronuncian sobre la aplicabilidad del art. 65.3 CP a los delitos del art. 290 CP y del art. 258 CP. Al contrario, la dan por supuesta. Ello tiene que ver con una tendencia bastante consolidada en la jurisprudencia reciente del Alto Tribunal español sobre la atenuación potestativa de pena prevista en la referida cláusula para inductores y cooperadores necesarios en los delitos especiales, tendencia que puede sintetizarse como sigue: se parte de una concepción formalista de los delitos especiales en virtud de la cual estos son todos aquellos en los que el legislador restringe el círculo de sujetos para ser autor. A partir de aquí, se entiende aplicable a todos los delitos especiales la rebaja del art. 65.3 CP. Ahora bien, mientras que en los delitos de funcionarios públicos esta opera de modo prácticamente automático, en el resto de delitos con restricciones de autoría se permite su no aplicación, siempre que se «explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja derivada de la condición de tercero del partícipe» (así, por ejemplo, SSTS 891/2016, Penal, de 25 de noviembre [ECLI:ES:TS:2016:5664]; 130/2021, Penal, de 12 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:620]). En el presente caso, al no hacerse uso de la no rebaja de pena, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo obvian efectuar mayores consideraciones. Sin embargo, este proceder –en el caso y en general– merece una reflexión crítica. En aquellos delitos en los que el fundamento del injusto no radica en el quebrantamiento de deberes institucionales, sino en simples restricciones de relevancia típica (los denominados «delitos de posición»), no hay razón para atenuar la responsabilidad en los cooperadores necesarios o inductores, pues la culpabilidad de autor no estará fundamentada en su deber especial personal. Por tanto, en tales casos, el art. 65.3 CP no desempeña ningún papel relevante: simplemente recuerda que en materia de intervención en el delito es necesario adecuar la pena a cada interviniente en función de la mayor o menor importancia de su aportación, siendo únicamente dos las opciones disponibles: o la pena prevista en el tipo o la pena inferior en un grado¹⁴. Esta doctrina ha sido lúcidamente recogida por una muy reciente sentencia del Tribunal Supremo a la que hay que apoyar sin ambages: «A diferencia de los delitos especiales propios en los que la limitación del círculo de los autores se funda en la idea de los deberes institucionales significativos para la protección del bien jurídico, lo que hace que solo determinados sujetos, los que pueden cumplir esos deberes, reúnan las condiciones para poder realizar conductas de lesión –*vid.* como ejemplo paradigmático, el delito de prevaricación judicial–, en los delitos especiales impropios los razones limitativas del círculo de sujetos activos son completamente comunicables pues no responden a exigencias especiales personales vinculadas a deberes de relevancia socio-institucional sino a elementos exclusivamente descriptivos de situaciones típicas. Esta mayor “cercanía” del partícipe al autor en los delitos especiales impropios, al no existir el elemento especial personal que fundamenta la pena del autor en los delitos especiales propios, justifica, precisamente, la necesidad de valorar caso a caso si el partícipe merece igual pena que el autor» (STS 236/2023, Penal, de 30 de marzo [ECLI:ES:TS:2023:1567]).

¹³ Al decaer el delito de estafa, el Tribunal Supremo no aprecia obstáculo para hacer resurgir la rebaja de pena en la condena por los delitos de falsedad en las cuentas anuales. Como tampoco para hacerla efectiva en el delito de alzamiento de bienes, que, pese a considerarla aplicable, olvidó tenerla en cuenta la Audiencia Nacional en sede de individualización de la pena.

¹⁴ Así, ROBLES PLANAS/RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código Penal», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 87-90.

8. Como se viene afirmando, en el caso objeto de comentario, la aplicación del art. 65.3 CP tiene que ver con esa necesidad de valorar si el partícipe merece igual pena que el autor (pese a hallarnos ante delitos de posición, pues tanto el delito del art. 290 CP como el del art. 258 CP lo son). La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, aunque sin reflexionar al respecto, llegan a la conclusión de que no. Pero esa conclusión –al menos en el caso de la Audiencia Nacional de un modo más explícito– parece tener que ver con que la equiparación punitiva a la autoría que implica la calificación de cooperación necesaria no se ajustaría a la relevancia de las aportaciones individuales de sujetos que se hallan desempeñando en el marco de la empresa puestos de responsabilidad sometidos al poder de dirección del administrador que protagoniza los hechos organizando el entramado delictivo.

8.2. ¿Neutralidad del responsable de auditoría interna?

1. La cuestión de las conductas neutrales se aborda a propósito de **Joaquín V. T.**, responsable de auditoría interna de PESCANOVA (recurso en FJ 29º ss.), quien entiende que no debió ser condenado por un delito del art. 290 CP porque su función en la empresa estaba meramente subordinada a las decisiones adoptadas por su presidente y se limitaba a trasladar la información que le facilitaban, efectuando la agregación de los datos contables de las diversas sociedades para formular las cuentas del grupo en su conjunto, partiendo de la «confianza legítima que le merecían los servicios de contabilización internos de cada una de las sociedades del grupo». Pero el Tribunal Supremo (FJ 31º) confirma su condena negando que estemos ante una conducta neutral: «Joaquín V.T. (...) figuraba también en las cuentas anuales de la matriz como “personal clave de alta dirección de la empresa”. (...) Asistía, además, habitualmente a las reuniones del comité de auditoría de PESCANOVA y, a petición de su Presidente, le acompañaba también a las del Consejo de Administración, precisamente con el propósito de informar allí “de la situación económica de la sociedad”, circunstancia, nuevamente, que no concilia con la idea de que su papel funcional se correspondiese con el de un mero subordinado, ajeno a la operativa económica de la empresa. (...) Conocía que la financiación de la matriz se estaba articulando a través de los contratos de *factoring*, créditos documentarios y pólizas de descuento bancaria que tan extensamente han sido ya descritas, así como la existencia de hasta catorce sociedades instrumentales creadas con ese fin por la empresa matriz. Era igualmente consciente de las operaciones de neteo. (...) Tuvo conocimiento de la ocultación de determinadas sociedades que, de forma y en momentos estratégicos, resultaban excluidas del consolidado. A través de tales mecanismos, y a partir de su decisiva intervención en las cuentas de la empresa, contribuyó a que las mismas ofrecieran “unos resultados positivos que no se correspondían con la imagen real, financiera y económica, de la sociedad”. (...) Resulta más que evidente que su posición profesional en la empresa y las actuaciones que desplegó en el marco de ésta para la consecución de sus ilícitos fines, con referencia a las prevenciones contenidas en el artículo 290 del Código Penal, le resultan imputables a título de dolo, muy lejos de la plástica figura de la “contribución causal ciega”, a la que el ahora recurrente se refiere. (...) Es claro, además, que el ahora recurrente contribuyó con su conducta, de manera plenamente consciente de su significado y finalidad e inequívocamente ilícita, –en tanto lesiva del fin de protección de la norma–, a incrementar el riesgo de que el ilícito penal efectivamente se produjera».

2. Resulta claro que la argumentación del Tribunal Supremo va encaminada exclusivamente a corroborar el conocimiento del acusado de la situación de la empresa, por lo que la fundamentación de responsabilidad discurre de modo causal-psicologicista, en lugar de concentrarse en el quebrantamiento de los deberes que le incumbían como jefe de auditoría interna. Esta forma de fundamentar la responsabilidad, no solo dista mucho de dar una respuesta

conveniente al planteamiento de la cuestión de la neutralidad de la conducta del jefe de auditoría en el caso concreto, sino que supone un claro retroceso de la posición mantenida en otras ocasiones por el Tribunal Supremo en materia de conductas neutrales. En efecto, en este supuesto, el Tribunal Supremo afirma la responsabilidad dando por probado el conocimiento de la distorsión de la situación económica real de la empresa que se estaba llevando a cabo y la contribución a la misma mediante ciertos actos. Ahora bien, lo que está en discusión es la definición objetivo-normativa de la posición jurídica del responsable de autoría de una empresa en relación con la información económica que de ella se ofrece al Consejo de Administración, a socios y a terceros. Dicho con otras palabras: el contenido de su posición de garante. Que tales responsables tengan conocimiento de distorsiones, irregularidades, etc. e incluso que de algún modo hayan contribuido causalmente a ellas no significa que pueda afirmarse su intervención relevante en el delito. En cambio, al no perfilar o precisar el círculo de deberes propios de tales sujetos en la empresa, el Tribunal Supremo está transmitiendo el mensaje de que bastará para su responsabilidad penal el mero conocimiento. Ello supone una peligrosa vuelta a la situación previa al reconocimiento de las conductas neutrales que desde el año 2007 se ha consolidado ejemplarmente en la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal.

3. En otro orden de cosas, hubiera sido deseable una alusión a las diversas posiciones que ocupan los auditores internos y externos a la empresa. Ciertamente –como ya se ha analizado en otro apartado (*supra* 7)–, el Tribunal Supremo absuelve al auditor externo de nuevo con base en consideraciones subjetivas, esto es, negando que haya quedado acreditado que tuviera el conocimiento de las irregularidades contables y, afirmando, en cambio, un mero ejercicio descuidado o negligente de la actividad de auditoría. Al respecto conviene subrayar que, en términos generales, también el auditor externo puede contribuir al injusto de falseamiento de las cuentas anuales cometido por los administradores. Ahora bien, hay que distinguir entre los casos en los que el auditor externo cumple defectuosamente su deber de aquellos otros en los que contribuye a la verosimilitud de las cuentas. En los primeros, para responsabilizar al auditor externo como partícipe del delito, sería necesario afirmar su posición de garante con respecto a la desorientación informativa que genere la sociedad, lo que, en principio, debe ser negado dada la naturaleza cuasi-institucional (no integrado en la organización social) de sus funciones¹⁵. En los segundos, en cambio, el auditor se involucra en la falsedad de las cuentas contribuyendo a generar una apariencia de verosimilitud, por ejemplo, aconsejando a los administradores cómo confeccionarlas para no ser detectadas o prometiendo un informe favorable. Por su parte, y a diferencia del auditor externo, el auditor interno es sujeto integrado en la estructura empresarial. Precisamente por ello, su deber carece de la dimensión institucional propia de la auditoría externa. Ahora bien, en este punto se trataría de aclarar si estamos ante un órgano de asesoramiento al Consejo de Administración y a la alta dirección de la empresa, careciendo de deberes de neutralización con respecto a la información falsa que pueda llevar a adoptar a socios o terceros decisiones perjudiciales para sus intereses, o bien si el auditor interno es competente por los riesgos que surgen de la empresa y, en concreto, por los riesgos de desorientación vinculados a la inveracidad de las cuentas. Solo si se pudiera afirmar lo segundo la cuestión del conocimiento habría de ser la decisiva para afirmar su responsabilidad penal junto a la constatación del incumplimiento objetivo de su deber. Obviamente, ello tampoco obsta a que se pueda instrumentalizar su posición hasta tal punto que contribuya a los falseamientos de cuentas de modo no irrelevante o no neutral.

¹⁵ Véase, PASTOR MUÑOZ/ROBLES PLANAS, «Sobre la responsabilidad penal del auditor de cuentas por el delito de falseamiento del artículo 290 del Código penal», *Diario La Ley*, (9977), 2021, pp. 1-18.

9. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: los elementos de conexión (Ramon Ragués i Vallès)

1. Otro evidente punto de interés de la presente resolución radica en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, más concretamente, en el análisis de los llamados «elementos de conexión», es decir, aquellos requisitos cuya concurrencia permite considerar que el hecho delictivo de una persona física lo es al mismo tiempo de una persona jurídica. Esta doble pertenencia permite –si concurren otros elementos, como el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia o control– fundamentar la responsabilidad de la entidad colectiva con arreglo al Derecho español vigente. En particular, la sentencia se centra en el análisis de la exigencia legal de que el delito de la persona física se haya cometido «en beneficio directo o indirecto» de la jurídica, como dispone en el art. 31 bis CP. Esta es una de las primeras veces que, más allá de algunos pronunciamientos anteriores *obiter dictum*, la Sala Segunda se ocupa de precisar a fondo el alcance de este requisito legal.

2. En primer lugar (FJ 25º), la Sala analiza sobre este punto una alegación de la mercantil PESCANOVA S.A., que en su recurso denunció haber sido condenada en vulneración de la presunción de inocencia, al no haber dedicado la resolución de la Audiencia Nacional un solo razonamiento probatorio a argumentar por qué consideró este Tribunal que el delito por el que fue condenada la citada mercantil debía entenderse cometido en beneficio de esta. En palabras de la defensa recurrente, «la sentencia impugnada presupone, “sin prueba de cargo alguna”, la existencia de un beneficio, directo o indirecto, de la mercantil PESCANOVA, “cuando de los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento se desprende, a las claras, que PESCANOVA: (i) no experimentó ningún tipo de beneficio, ni siquiera tendencial, como consecuencia de la actuación de quienes la gestionaban y dirigían en el momento de los hechos; y (ii) al contrario, ha sufrido múltiples perjuicios directamente relacionados con estas irregulares conductas”».

En respuesta a esta alegación el Tribunal Supremo reconoce que «la sentencia que aquí se recurre resulta particularmente parca por lo que respecta a la justificación de la responsabilidad penal que declara respecto de varias personas jurídicas». Sin embargo, a juicio del propio Tribunal, la parte recurrente parte de una premisa equivocada: «la necesidad de que la persona jurídica responsable haya obtenido efectivamente alguna clase de beneficio derivado de las actuaciones ilícitas cuya responsabilidad se reclama». De nuevo, en palabras de la Sala, «lo que el artículo 31 bis del Código Penal exige, como elemento indispensable para que pueda asentarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, no es que la misma haya obtenido como consecuencia de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta un beneficio real, directo o indirecto, sino que aquellos hechos delictivos se cometieran «“en beneficio” de la misma».

En estos pasajes de la sentencia se confirma algo que la mayor parte de la doctrina, y también las resoluciones que hasta la fecha se habían pronunciado al respecto, ya sostenían en relación con este concreto elemento de conexión, a saber, que su concurrencia debe apreciarse desde una perspectiva *ex ante*, en la que no importa si efectivamente el delito cometido ha proporcionado finalmente beneficios o ha causado perjuicios a la persona jurídica, sino si tenía aptitud para proporcionárselos. La mayoría de delitos corporativos, cuando se descubren, acaban siendo una auténtica ruina para la empresa responsable, que tiene que hacer frente a sanciones, responsabilidades civiles y costas procesales, además de padecer el correspondiente daño reputacional. De tal manera que acoger una perspectiva *ex post* de este requisito llevaría a

convertir en ilusoria la responsabilidad penal corporativa: delinquir casi nunca es beneficioso para quien acaba siendo descubierto.

La Sala no acaba de pronunciarse sobre la razón de la exigencia de este elemento de conexión y al respecto señala cómo en la doctrina se han llegado a proponer varias explicaciones posibles: «En algún caso, su fundamento ha querido vincularse al propósito de restringir el conjunto de comportamientos con relación a los cuáles la persona jurídica tendría el deber de extremar sus controles internos de prevención. Se considera de este modo, que la organización no puede controlar cualquier acontecimiento que tenga lugar en el desarrollo de su actividad, entendiéndose como un razonable límite exigir únicamente que lo haga con respecto a las conductas que le son estructuralmente beneficiosas, quedando excluidas las que ningún beneficio podrían reportarle. Desde otras perspectivas, se ha venido entendiendo que la empresa tenderá a relajar sus controles con relación, precisamente, a aquellos comportamientos que pudieran reportarle beneficios, siendo precisamente ahí donde dichas prevenciones resultarán más necesarias. Y, en fin, también se han invocado consideraciones relativas a la teoría de la pena, observando que donde las conductas delictivas producidas en el seno de la organización se realizan “en beneficio o en interés” de ésta, es donde tendrá más sentido atribuirle responsabilidad penal, compensando de ese modo el enriquecimiento pretendido».

En referencia al caso concreto, señala el Tribunal Supremo que el acusado Manuel F.S. «procedió a falsear dolosamente la información económico-financiera en los documentos que la sociedad debía publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, con relación a sus recursos, actividades y negocios, opacando deliberadamente el pasivo bancario que trataba de simular por el procedimiento ya extensamente descrito, todo ello con el propósito, igualmente referido ya, de captar inversores y obtener así financiación suficiente para continuar con el desarrollo de la empresa; conducta que, sin la menor duda, se realizaba en beneficio de ésta, entendido este concepto de la forma dicha (...) Es verdad que la sentencia que ahora es objeto de impugnación pudo haber sido más explícita en su fundamentación jurídica sobre este particular. Mas no puede cuestionarse con razón, que tal beneficio para la persona jurídica fluye con naturalidad del relato de los hechos que en aquélla se declaran probados. Toda la operativa tan extensamente descrita en el *factum* de la resolución impugnada se enderezaba, precisamente, a lograr para la mercantil la financiación que ésta precisaba para mantener su actividad y a la que no podía acceder en condiciones más favorables, con el propósito de sostener la continuidad de la empresa hasta tanto las importantes inversiones realizadas comenzaran a producir los beneficios esperados».

3. La cuestión vuelve a plantearse (FJ 27º) a propósito del recurso de las sociedades QUINTA DO SOBREIRO S.L. y KIWI ESPAÑA S.A., dos de las mercantiles controladas por el acusado Manuel F.S. y su esposa M.^a Rosario A.D. Tanto estos dos acusados como las citadas mercantiles fueron condenados en primera instancia por un delito de alzamiento de bienes, como se ha descrito en el relato de hechos, al haber sido empleadas ambas compañías para extraer fondos procedentes de PESCANOVA por parte de su máximo dirigente. A juicio de la defensa recurrente, el hecho de que las sociedades hubieran sido utilizadas para descapitalizar PESCANOVA no necesariamente debía comportar que el delito en cuestión se cometiera en beneficio directo o indirecto de ambas, un punto en el que, también en este caso, la motivación de la sentencia de la Audiencia Nacional volvía a ser sumamente parca. Asimismo, según se dice en la sentencia del Tribunal Supremo, «censuran, además, las recurrentes que la responsabilidad penal que se proclama en la sentencia impugnada respecto de ambas sociedades no descansa en ninguna acción u omisión imputable a las compañías sino en la objetiva transferencia de responsabilidad que se realiza desde la nacida

en las personas físicas de su administrador y propietaria», añadiendo que en ningún momento se alude a que «las dos personas jurídicas hubiera omitido los deberes de supervisión, vigilancia o control de su actividad, silenciando cualquier referencia a sus modelos de organización». Además, señalan los recurrentes que en el vigente Código Penal no se incrimina la participación en delitos de otros, que es el papel que, a su juicio, habría correspondido a las mercantiles recurrentes.

Tras reconocer el Tribunal Supremo el interés teórico que tienen todas las cuestiones planteadas, reprocha asimismo a la sentencia de primera instancia que apenas fundamentara las razones por las que atribuye responsabilidad a estas dos sociedades. Según la Sala Segunda, «parece partir así la resolución impugnada, si es que hemos entendido correctamente sus magros razonamientos al respecto, de un entendimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas construido sobre el concepto de transferencia (...) Aquellas no responderían penalmente por la realización de ninguna clase de acción u omisión que les resultara imputable en cuanto tales, sino por consecuencia de la trasferida responsabilidad, esta sí identificable, de la persona física que actuaba en su nombre o por su cuenta, o por las cometidas por personas físicas sometidas al control de aquéllas».

El Tribunal admite que la tesis de la transferencia cuenta con partidarios en la doctrina, pero señala cómo la propia Sala, en su STS 154/2016, Penal, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:613), ya se decantó por la tesis de la responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica. Según esta idea, «ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica». En todo caso, la presente sentencia elude de modo expreso entrar en el debate –que en la citada de resolución de 2016 motivó un voto particular suscrito por siete magistrados– acerca de si la ausencia de medidas de control es algo que debe afectar a la tipicidad o a otros elementos de la teoría del delito.

4. En lo que respecta a la exigencia de que el delito de la persona física se cometa en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica para considerar responsable a esta, la Sala señala cómo «no han faltado tampoco en nuestra doctrina autores que hayan venido a poner en cuestión la conveniencia de incorporar esta última exigencia (que la actuación delictiva se haya realizado en beneficio, directo o indirecto, de la persona jurídica) para que pueda ser proclamada la responsabilidad penal de esta. Estas críticas, en síntesis, destacan que si el Derecho Penal se centra fundamentalmente en la imputación de eventos dañosos a sujetos que tenían la obligación de evitarlos, no parece fácilmente encajable en dicho sistema añadir un elemento adicional para proclamar la responsabilidad de la persona jurídica que no se basa en la idea de perjuicio, sino en la contraria de beneficio». En tal sentido se señala como países culturalmente próximos han matizado el elemento del beneficio y prefieren hablar de «en interés colectivo» (Portugal) o «por cuenta» (Francia).

5. Con todo, el Tribunal afirma que dichas observaciones permanecen en el terreno de la *lex ferenda*, pues no existe la menor duda «de que en nuestro sistema legal la responsabilidad penal de las personas jurídicas demanda como exigencia ineludible que la actuación delictiva

protagonizada por la persona física se hubiera realizado en beneficio, directo o indirecto, de aquella». Ello por cuanto «nuestro legislador penal ha resuelto que, de entre los referidos riesgos, las personas jurídicas únicamente respondan penalmente en los casos en los que dichos riesgos estén asociados a comportamientos aptos para beneficiarla, riesgos con relación a los cuales se ha entendido reforzado, particularmente exigible, su deber general de prevenirlos». Y en cuanto a la perspectiva que debe acogerse para entender que se ha actuado «en beneficio» reitera la Sala a propósito de estas dos concretas empresas, lo ya dicho respecto de las anteriores: «Resulta indispensable así que la conducta delictiva resulte beneficiosa, contemplada *ex ante* y enmarcada en el proyecto delictivo de su autor, directa o indirectamente, para la persona jurídica, con independencia de que dicho beneficio llegue o no a materializarse».

6. Volviendo al caso concreto, el Tribunal Supremo no advierte –y, desde luego, la sentencia impugnada no se entretiene en explicarlo– qué clase de beneficio podría haber comportado para las mercantiles ahora recurrentes, KIWI ESPAÑA, S.A. y QUINTA DO SOBREIRO, S.L., la conducta desplegada por Manuel F., de acuerdo con su esposa, orientada a impedir que los acreedores de PESCANOVA pudieran cobrar sus créditos. Así, la Sala advierte cómo, en realidad, las dos citadas empresas –que tenían actividad propia– fueron simplemente utilizadas para que a través de sus cuentas pasaran unas cantidades procedentes de PESCANOVA que debían acabar en otras cuentas de la esposa en Hong Kong. De este modo, fueron empleadas como «como meras “coberturas formales” con el propósito de eludir el pago de los créditos del primero, sin que se advierta que dichas mercantiles no ya obtuvieran con ello beneficio, directo o indirecto, alguno, sino tampoco que potencialmente pudieran alcanzar de ese modo ventaja o provecho de ninguna naturaleza; ventaja o provecho que, como ya se ha señalado, tampoco se describe de ningún modo ni en el relato de hechos probados de la resolución que aquí se impugna ni a lo largo tampoco de su fundamentación jurídica». Por tal motivo el Tribunal Supremo decide estimar el recurso y absolver a las dos mercantiles.

7. El problema al que se enfrenta la presente resolución respecto de estas dos sociedades es la cuestión de los denominados beneficios fugaces o transitorios, es decir, aquellos ingresos que obtienen determinadas personas jurídicas a resultas de un delito pero que no tienen como fin consolidarse en su patrimonio, sino que, por expresarlo coloquialmente, «tal como entran, salen». En estos supuestos cabe interpretar que el beneficio ha existido, por cuanto es indiscutible que en un determinado momento la compañía ha experimentado un incremento patrimonial y la ley no exige en modo alguno que este se consolide. No en vano, si el administrador de la sociedad en cuestión hubiera decidido impedir la salida de los activos habría podido hacerlo. Sin embargo, la fugacidad de la ganancia y el hecho de que la persona jurídica acusada no sea su último destinatario son dos datos que parecen entrar en contradicción con los diversos fundamentos que se han ofrecido –como el propio Tribunal expone en su sentencia– para exigir la concurrencia de este elemento.

8. La decisión de la Sala Segunda de rechazar que exista un delito en beneficio de la persona jurídica en casos de obtención de ganancias transitorias respalda algunos pronunciamientos previos en tal sentido tanto en la doctrina de las audiencias provinciales como en trabajos académicos¹⁶. Además, con dicha interpretación se refuerza la tendencia a rechazar la

¹⁶ SAP Madrid 134/2019, Sección 7ª, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:2970), en la que se niega la responsabilidad de una persona jurídica por blanqueo de capitales en un supuesto en el que fondos procedentes de delitos se ingresaban en una cuenta de la entidad y eran transferidos de modo prácticamente inmediato a China, así como RAGUÉS I VALLÈS, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, 2017, p. 147.

responsabilidad de las personas jurídicas en aquellos supuestos en los que se hace un uso meramente instrumental de tales entidades, como también se observa en pronunciamientos recientes en materia de «sociedades pantalla» o unipersonales. En todos estos casos la jurisprudencia está optando por una reducción teleológica del art. 31 bis, que en su tenor literal no establece semejantes distinciones. Se trata, seguramente, de una demostración palpable del desacierto que supuso en su momento la decisión legislativa de extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas a todas las entidades de tal naturaleza sin establecer límites que tomen en cuenta su objeto real o sus dimensiones cuantitativas.

9. Con todo, en el presente caso surgen algunas dudas sobre si realmente puede hablarse de beneficios meramente fugaces o transitorios: en primer lugar, porque, como se recoge en el relato de hechos, los fondos procedentes de PESCANOVA entraron en KIWI ESPAÑA en el mes de febrero de 2013 y no salieron de sus cuentas hasta el mes de agosto siguiente, es decir, medio año más tarde; y, en segundo término, porque, una vez que los fondos pasaron a QUINTA DE SOBREIRO S.L., cuando intentaban transferirse a Hong Kong quedaron bloqueados por la entidad bancaria en la cuenta de dicha mercantil y, como se explica en la resolución, al cabo de unos días el acusado pidió que se dejara sin efecto la transferencia. Por más que el dinero quedara en la cuenta de la sociedad contra los designios de su administrador de hecho y a merced de los acreedores ello no impide afirmar que en un sentido contable la acabó beneficiando. Sin embargo, el Tribunal Supremo no entra en estos detalles y, ante la inexistente motivación de la Audiencia sobre este punto, decide finalmente absolver.

10. Investigaciones internas y posibles vulneraciones de derechos fundamentales (Albert Estrada i Cuadras)

1. En el Fundamento Jurídico Trigésimo de la sentencia comentada la Sala Segunda examina el motivo planteado por uno de los recurrentes, consistente en objetar la admisibilidad como fuente de prueba de los correos electrónicos obtenidos en la indagación efectuada por KPMG a instancias del Consejo de Administración de PESCANOVA (27/2/2013), encargo posteriormente convalidado por la administración concursal (28/4/2013).

2. El recurrente alegó que, si bien el día 28/5/2013 otorgó su consentimiento al equipo de KPMG para que analizara los mensajes que había enviado y recibido a través de su cuenta de correo electrónico corporativa, nadie le informó de que los resultados del informe de la auditora estaban destinados a incorporarse al procedimiento penal (Diligencias Previas nº 31/2013) seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, a petición del propio Juez instructor. En efecto, cinco días antes de que el recurrente prestara su consentimiento, el 23/5/2013, el Juez dictó Auto acordando solicitar a KPMG la remisión de su informe *forensic*. El día en el que el recurrente prestó su consentimiento al registro informático no ostentaba la condición de investigado en el procedimiento penal seguido ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5. Los correos electrónicos encontrados por la auditora fueron medios de prueba decisivos para fundamentar el procesamiento penal y la posterior condena del recurrente.

3. En el Fundamento Jurídico Cuadragésimo Segundo se examina el motivo planteado por otro recurrente en el mismo sentido que el anterior, pero con una diferencia notable: en este caso el condenado no había prestado su consentimiento a KPMG para que analizara su cuenta de correo corporativo, lo que no fue impedimento para que la auditora inspeccionara sus mensajes y estos fueran posteriormente incorporados al procedimiento penal.

10.1. El problema

1. Dejando de lado el segundo recurrente (FJ 42º), poco habría que discutir respecto del primero (FJ 30º) si el registro de su cuenta de correo corporativa se hubiera efectuado con su consentimiento tras haber sido debidamente informado de las circunstancias relevantes de la actuación en lo que respecta a su posición jurídica, esto es, habiendo sido advertido de que la inspección se efectuaba en el marco de una investigación de hechos penalmente relevantes en la que el recurrente tenía o podía llegar a tener la condición de investigado en un proceso penal. El derecho fundamental a la intimidad es disponible por su titular, por lo que su renuncia auto-responsable excluye cualquier tipo de vulneración por parte del tercero frente al que se haya hecho abdicación del derecho.

Es evidente que el recurrente no prestó su consentimiento en tales condiciones. La pregunta es si la omisión de la información relativa a la existencia de un procedimiento penal en el marco del cual el Juez de instrucción había solicitado la remisión de los resultados de la pericial informática se debe considerar relevante a la hora de valorar los efectos del consentimiento otorgado por el recurrente.

2. Antes de abordar esta pregunta conviene contextualizarla en la discusión jurídico-dogmática en torno a la validez de la prueba obtenida mediante una investigación interna. Se distingue entre las investigaciones estrictamente privadas y las imputables al Estado. Respecto de las primeras existe una fuerte discusión sobre si la eficacia de las garantías constitucionales y legales reconocidas al investigado en un proceso penal público –entre ellas el derecho a conocer la existencia de un procedimiento penal dirigido contra él; derecho a no auto-incriminarse; derecho a la asistencia letrada; etc.– puede extenderse al ámbito privado. Respecto de las investigaciones imputables al Estado hay consenso en el sentido de que deben respetarse tales garantías para que las fuentes de prueba sean admisibles en sede judicial.

Obviamente, una de las cuestiones clave es con qué criterios se determina si una investigación privada (interna) es imputable al Estado. Al respecto, la teoría de la intervención en el delito puede arrojar vías de solución mediante la aplicación analógica de sus estructuras de imputación: coautoría, autoría mediata, cooperación necesaria, complicidad, etc. También se ha recurrido a la idea de fraude de ley: cuando las autoridades públicas adaptan o configuran su actuación en función de la investigación realizada por un particular, a fin de aprovechar las fuentes de prueba obtenidas por este que serían de imposible o muy difícil obtención si tuvieran que conseguirlas por su cuenta, observando todas las garantías constitucionales y legales (ejemplo: retrasar el inicio del procedimiento o la práctica de determinadas diligencias de investigación a la espera de los resultados obtenidos por los particulares), cabría hacer valer las garantías que se han pretendido eludir. La cuestión no está en absoluto resuelta a pesar de ser fundamental en este campo.

En los Fundamentos Jurídicos Trigésimo y Cuadragésimo Segundo de la sentencia comentada la Sala de lo Penal se enfrenta al problema planteado: ¿se debe considerar que KPMG actuó como un agente del Estado desde el momento en el que el Juez de Instrucción solicitó la remisión de los resultados de su informe? ¿Deberían haberse observado las garantías constitucionales y legales reconocidas al investigado en un procedimiento penal público? Concretamente, ¿era exigible una resolución judicial motivada que acordara la injerencia en la esfera de intimidad del recurrente tras un análisis individualizado de la proporcionalidad de la medida?

10.2. Luces

1. La Sala identifica el problema y recuerda que los estándares de validez de la prueba obtenida por particulares en el marco de una relación horizontal entre ciudadanos no pueden ser los mismos que los exigidos cuando las evidencias se obtienen en el marco de la relación vertical entre Estado y ciudadano. La necesidad de limitar el poder del Estado frente al ciudadano reclama un mayor nivel de exigencia. Sin embargo, antes de afrontar la cuestión relativa a si la investigación efectuada por KPMG debe considerarse imputable al Estado o considerarse una indagación estrictamente privada, el ponente aborda varias cuestiones de interés.

2. En primer lugar repasa la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional español y de la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre las posibilidades de monitorización de los trabajadores por parte de sus empleadores y la validez de la prueba obtenida con las medidas de vigilancia adoptadas (registros informáticos, sistemas de videovigilancia, monitorización de comunicaciones, etc.). Se confirma una vez más la línea adoptada por la Sala Segunda a partir de la STS 459/2018, Penal, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3386), posteriormente reiterada en la STS 328/2021, Penal (Pleno), de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2018:3386) y en la STS 56/2022, Penal, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2022:132): por regla general, los empleadores solamente pueden adoptar dichas medidas de forma legítima si previamente han advertido a sus trabajadores de forma clara y expresa sobre la posibilidad de monitorizarles, de manera que no pudieran contar con una expectativa legítima de privacidad. De otro modo, cuando la medida implique una injerencia en la intimidad del empleado o una intromisión en sus comunicaciones, solo será posible supervisarles mediante autorización judicial. La consolidación de esta doctrina es una importante noticia para un sector en el que escasea la seguridad jurídica. Sobre la base de esta doctrina se estima el motivo formulado por el trabajador que no consintió el registro de su cuenta de correo corporativo (*vid.* FJ 42º de la resolución).

En línea con esta doctrina jurisprudencial, en la sentencia se profundiza en las diferencias entre el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE), a la autonomía informática (art. 18.4 CE) y a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE). Se indica que la protección conferida por el art. 18.3 es indisponible, por lo que su restricción siempre va a requerir autorización judicial. Los derechos del segundo grupo se consideran negociables, sin necesidad de recurrir a autorización judicial cuando empresario y trabajador hayan fijado los términos de la fiscalización y los límites a la intromisión en el espacio de intimidad del trabajador. La resolución contiene un matiz especialmente importante: «Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado».

Respecto del carácter indisponible del derecho al secreto de las comunicaciones se trae a colación la STS 528/2014, Penal, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2844), de la que cabe destacar el siguiente fragmento: «Tampoco una supuesta “tácita renuncia” al derecho, como a la que alude la Audiencia al final del párrafo antes transcrito, puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha “renuncia” a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de

otra parte, porque ni aún cuando se entienda que la “renuncia- autorización” se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia». Esta resolución fue una de las primeras de la Sala de lo Penal en la que se abordó la cuestión relativa a las posibilidades de monitorización de los trabajadores por parte del empresario a través de medios invasivos de su esfera de privacidad, estableciendo un estándar muy riguroso respecto de la validez de la prueba obtenida con tales medios. Fundamentalmente se descartó la posibilidad de que el empresario se injiriera en las comunicaciones de sus trabajadores, exigiéndole autorización judicial en todo caso. La resolución causó revuelo en la comunidad jurídica, por la contundencia en la que se expresaba y por desmarcarse expresamente de los estándares seguidos en la jurisdicción social al respecto.

En la sentencia aquí comentada queda claro que el alcance de la STS 528/2014 se reduce a los supuestos de intromisión en el secreto de las comunicaciones, dejando a salvo de la exigencia de autorización judicial a todas las medidas de monitorización o inspección que afecten a los demás derechos de la intimidad (art. 18.1, 18.4 CE). Ahora bien, el mantenimiento de la doctrina fijada en aquella resolución, aunque solo sea para el ámbito del secreto de las comunicaciones, supone alejarse de la doctrina del TEDH sobre el particular. En el asunto *Barbulescu* la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo admite la monitorización privada de las comunicaciones de los trabajadores. Se permite bajo condiciones especialmente estrictas, pero sin necesidad de autorización judicial previa. Conforme a la doctrina de la STS 528/2014, ratificada en la sentencia comentada, parece que solamente sería posible mediante autorización judicial. Quizá sea buena noticia que nuestra Sala de lo Penal establezca un estándar de protección de nuestro derecho fundamental al secreto de las comunicaciones más alto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Conviene recordar que el cometido de este Tribunal es establecer los niveles de protección mínimos en sociedades democráticas. Ahora bien, a efectos prácticos, quizá sea razonable admitir la injerencia sin autorización judicial en determinados casos, como por ejemplo cuando exista un uso intensivo de un medio de comunicación, la línea ni tan siquiera vaya a nombre del trabajador y la intromisión sea el único medio para esclarecer lo ocurrido. Con el añadido, obviamente, de cumplir con los deberes de notificación previa y demás condiciones previstas en la doctrina *Barbulescu*.

3. Otra cuestión importante respecto de la que también se arroja luz en la sentencia es la relativa a los métodos de interrogatorio admisibles. Se rechaza expresamente el uso de ardides o engaños en las relaciones entre particulares con la finalidad de recabar prueba inculpativa (*vid.* art. 389 LECrim: prohibición de preguntas capciosas o sugestivas). Esta regla, extendida al ámbito privado, debería constituir un referente a la hora de determinar los métodos admisibles en una investigación privada interna, aproximando el nivel de garantías al del procedimiento penal público.

4. Hasta aquí las aportaciones al ámbito de las investigaciones internas que cabe encontrar en la sentencia antes de afrontar el problema fundamental planteado por el supuesto de hecho enjuiciado. Con todo, antes de comentar las partes más sombrías de la resolución, debe reconocerse una aportación más derivada de la solución de la cuestión decisiva. Ello requiere anticipar el fallo en este sentido: la Sala acaba admitiendo como medios de prueba válidos los correos electrónicos obtenidos por KPMG respecto del recurrente que prestó su consentimiento. Pues bien, en la medida en que los correos se obtuvieron una vez ya se había iniciado un procedimiento judicial penal, debe deducirse que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no se

opone a las investigaciones privadas internas paralelas, incluyendo las consideradas estrictamente privadas. Aunque existen buenas razones para admitir la convivencia de ambos tipos de investigación (la pública y la privada) resulta satisfactorio en términos de seguridad jurídica contar con el posicionamiento de la Sala segunda.

10.3. Sombras

1. En los razonamientos previos a resolver la cuestión sobre la calificación de la investigación efectuada por KPMG (estrictamente privada o imputable al Estado) la sentencia repasa la doctrina de la Sala sobre la regla de exclusión probatoria por vulneración de derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ). Con magistral argumentación el Tribunal se muestra partidario de abordar la trascendencia probatoria de las vulneraciones de derechos fundamentales de manera casuística, rechazando expresamente «soluciones estáticas, aplicables, como una suerte de respuestas automatizadas y protocolizadas, con independencia de las condiciones objetivas y subjetivas en las que se produce la lesión». Sin perjuicio de la necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias relevantes de cada caso concreto, el compromiso con la justicia material no debería ser óbice para el fomento de la sistematización de las soluciones dadas a cualquier problema jurídico. Abogar por el casuismo perpetúa la inseguridad jurídica existente en materia de validez probatoria a la vez que dificulta mantener la coherencia valorativa.

2. Quedan, por fin, los razonamientos efectuados en torno al carácter de la investigación privada interna llevada a cabo por KPMG: ¿estrictamente privada o imputable al Estado? Lamentablemente, la cuestión se ventila con cierta superficialidad en comparación con el resto de extremos comentados. Sin exponer ni fundamentar los criterios de imputación manejados, la Sala descarta que la auditora actuara como agente del Estado porque la decisión de llevar a cabo la investigación fue adoptada por el Consejo de Administración de PESCANOVA antes de que el Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional acordara la remisión de los resultados al juzgado para su incorporación al procedimiento judicial. Dado que en el momento los afectados no tenían la condición de investigados, descarta también que la finalidad de la investigación interna fuera aportar la prueba obtenida a un procedimiento penal, por lo que, en todo caso, la eventual vulneración de derechos cometida por el particular no conllevaría la exclusión de la prueba obtenida por este. Se añade que el Juez de Instrucción no sabía cuáles iban a ser las medidas de investigación adoptadas por KPMG.

Sucede que, si bien en el momento de acordarse la conducción de una investigación interna no existía un procedimiento penal en curso, sí que lo había en el momento en que se solicitó el consentimiento de los afectados y se procedió al análisis de sus cuentas de correo corporativo. Es evidente que, fueran cuales fueran las medidas de investigación adoptadas por la auditora, de ellas podían derivarse fuentes de prueba incriminatorias para el recurrente. Existiendo un procedimiento penal en curso directamente conectado con los hechos objeto de la pericial acordada, procede preguntarse si la decisión del Juez de requerir la remisión de los resultados de una medida de investigación privada aún no ejecutada, en lugar de acordar (y practicar) las correspondientes diligencias de investigación por vía judicial, constituye una indebida elusión de las garantías legales y constitucionales del investigado (fraude de ley).

Asimismo, cabe preguntarse cómo habría procedido el Juez de Instrucción si, en el marco de dicho procedimiento y en ausencia de un encargo de investigación previo a una empresa auditora, alguna de las acusaciones hubiera solicitado como diligencia de investigación el

análisis de los correos electrónicos corporativos de personas que ni tan siquiera tenían la condición de investigados en la causa. Independientemente de la decisión del Juez, lo que es evidente es que su respuesta debería haberse articulado mediante una resolución motivada en la que sometiera la medida invasiva de la esfera de privacidad de las personas afectadas al test de proporcionalidad. Algo que, en el caso que aquí nos ocupa, no ocurrió.

Recensiones:

Recensión a Juan Luis FUENTES OSORIO, *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, J.M. Bosch, Barcelona, 2023, 332 páginas, por Manuel GÓMEZ TOMILLO

Recensión a Fernando MIRÓ LLINARES, *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, 214 páginas, por Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO

Recensión a Cornelius PRITTWITZ, *Derecho penal y riesgo*, Marcial Pons, Madrid, 2021, 373 páginas, por José Manuel PAREDES CASTAÑÓN

Réplicas:

Réplica a la Recensión de Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ a *La construcción del sujeto peligroso. Historia, función y formas de la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 372 páginas (*InDret* 2.2023), por Dyango BONSIGNORE FOUQUET

-

InDret

3.2023

Juan Luis Fuentes Osorio, Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, J.M. Bosch, Barcelona, 2023, 332 páginas

Manuel Gómez Tomillo
Universidad de Valladolid
mgtomillo@uva.es

-

Nos ocupamos en estas líneas de la monografía firmada por Juan Luis FUENTES OSORIO, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Jaén, *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*. Estamos ante un estudio exhaustivo que toca de forma competente la práctica totalidad de los campos relevantes en la materia. Constituye, pues, una referencia imprescindible entre la selva de trabajos publicados, no siempre con fortuna, relativos a los muy diversos aspectos derivados del reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Pese a estar nominalmente dedicado al estudio de las penas imponibles a las personas jurídicas, comienza el trabajo con un amplio capítulo, el segundo, dedicado al examen del presupuesto, cual es la existencia de responsabilidad penal de tales entidades supraindividuales. En ese contexto, parte de la única construcción compatible con el principio de personalidad de las sanciones: la idea conforme a la cual la persona jurídica deben responder por su propio injusto y culpabilidad (p. 33).

En cuanto a lo injusto, lo hace girar en torno a la extendida idea del defecto de organización (pp. 34 y ss.), «siendo irrelevante si éste es consecuencia de una conducta negligente o dolosa». Asimismo, sostiene que la existencia de un programa de cumplimiento, adoptado y ejecutado eficazmente, al no haberse generado un riesgo jurídicamente relevante, determinará que «no se pueda imputar el resultado típico producido», por lo que su conducta no será típica, al no haber tal defecto organizativo (p. 37, donde parece, sin embargo, ignorar la posibilidad de un delito de simple actividad imputable a la persona jurídica). No obstante, advierte, el programa no es *per se* un elemento de la estructura de lo injusto, de forma que cabe la irresponsabilidad, aun cuando no se hubiera adoptado (y a la inversa).

En lo que concierne a la culpabilidad (pp. 39 y ss.), «se construye sobre su capacidad de decidir» (p. 40), «diferente de los sujetos que la integran», lo que «le permite elegir autónoma e intencionalmente entre opciones según sus objetivos e intereses, posicionándose, así, frente a la norma» (pp. 40-41). Pese a tan contundente afirmación, posteriormente asume que las personas jurídicas carecen de soporte cognitivo y sensitivo; son los individuos que se integran en ella los que «temen las sanciones», por lo que «las personas jurídicas no pueden ser culpables en sentido estricto» (p. 42). Llega a sostener que las personas jurídicas «realizan conductas autónomas intencionales y son agentes morales» (p. 45), de donde concluye que «el modelo de responsabilidad autónomo de las personas jurídicas se soporta sobre el mismo concepto de culpabilidad de la persona física» (p. 47).

En cuanto al sujeto de la imputación, asume que está presente «cuando el ordenamiento jurídico reconozca al ente esta personalidad, principalmente según la normativa del derecho privado...» (p. 58), lo que, en su opinión, proporciona una elevada certeza jurídica y determinaría la aplicación exclusiva del art. 129 CP a entidades carentes de personalidad jurídica, y su exclusión en el caso de personas jurídicas «inimputables».

Analiza el trabajo, asimismo, los delitos imputables a las organizaciones (pp. 63 y ss.), manifestando su posición favorable a un sistema que permita punir todo delito imputable a las personas físicas (p. 65, posición que compartimos, con independencia de que en la práctica nunca cabrá la exigencia de responsabilidad por determinados delitos, como se desprende del sistema holandés).

El capítulo tercero se dedica al estudio de lo que denomina «sistema específico de consecuencias jurídicas del delito para las personas jurídicas». Comienza analizando la naturaleza jurídica de las penas que, en su construcción, resultan ser auténticas penas (especialmente, pp. 81 y ss.), si bien estaríamos ante penas sin culpabilidad (¿qué problema hay en identificar una culpabilidad de la persona jurídica, diferente de la de la persona física?). Critica, en sintonía con el criterio dominante, que las penas de las personas jurídicas sean siempre graves, proponiendo su división en graves y menos graves, según sean interdictivas (las superiores a cinco años deberían ser graves, las inferiores menos graves) o multa (donde también sería posible diferencia entre unas y otras), o, alternativamente, condicionar su gravedad a la clase y duración de la pena del delito de referencia para las personas físicas, de forma paralela a lo que dispone el art. 14 LECr (p. 86).

Tras describir las penas, divididas entre pena de multa e interdictivas, la posibilidad de adoptarlas como medidas cautelares (especialmente interesante la negativa a compensar con la potencial pena, si bien muy matizada por la posibilidad por el autor planteada de utilizar el art. 59 CP, analógicamente respecto de la pena de multa, p. 101), se aborda la prescripción de los delitos. Analiza muy bien las posibilidades en cuanto a la determinación del plazo: tomar como referencia la pena de las personas jurídicas, con diversas opciones, o la de las personas físicas, asegurando, de esa forma, igual plazo de prescripción para ambas, si bien no parece tomar posición (pp. 102-104). Sí que lo hace en relación con la prescripción de las penas, donde opta por sostener que las penas no prescriben en un plazo único, de diez años, sino que depende de su duración, prescribiendo de forma autónoma las penas de multa e interdictivas (p. 105).

En lo que a las circunstancias concierne, se manifiesta favorable a la utilización de las circunstancias agravantes genéricas del art. 22 CP a las personas jurídicas, considerando su carácter genérico, así como la ausencia de precepto que lo impida y la propia regulación del art. 66 bis CP. Rechaza que la mayor parte de las circunstancias agravantes genéricas no sean aplicables a organizaciones, incluida la alevosía, el ensañamiento, el prevalimiento del carácter público o el uso de disfraz (pp. 109-110, donde propugna que esta última circunstancia se emplee en los casos de utilización de sociedades pantalla). De igual forma, parece defender una intelección flexible de la prohibición de aplicar circunstancias atenuantes (p. 116), incluida la posibilidad de apreciar la eximente incompleta.

Por fin, en cuanto a la posible suspensión de la condena, si bien *de lege lata* parece rechazar que sea posible, *de lege ferenda* propugna su introducción, subordinada a la asunción de un programa de cumplimiento, y únicamente de forma parcial, a fin de evitar indeseables efectos de pérdida de eficacia disuasoria de la pena (pp. 120 y ss.).

El capítulo 4 estudia la finalidad de las penas de multa e interdictivas. La primera tendría finalidad disuasoria. Las segundas, además de tal finalidad disuasoria, perseguiría la inocuización de la persona jurídica, al tiempo que buscarían también la prevención general positiva, mediante la búsqueda de una cultura de cumplimiento (pp. 125 y ss., sin diferenciar entre las diversas etapas, de conminación, imposición y ejecución). Es en ese contexto en el que se introduce la cuestión de la proporcionalidad. Por una parte, en relación con la pena de multa, (pp. 130 y ss.), sin duda, una de las partes más interesantes del trabajo, donde aborda las dificultades para articular la pena de multa proporcional y por cuotas. Por otra, en lo que se refiere a las penas interdictivas (pp. 147 y ss.). En cuanto a estas últimas, partiendo de su finalidad inocuizadora, reclama que se adopten de forma no intuitiva, basada en informes administrativos especializados, subrayando la absoluta excepcionalidad de la pena de disolución (y la de prohibición definitiva de desarrollar actividades), para cuya adopción no bastaría la multirreincidencia.

El capítulo 5 se dedica a las reglas de determinación de la pena. Parte de la idea de que la asociación con la pena de la persona física es un criterio de proporcionalidad de la pena de la persona jurídica (p. 167), la cual debe tomar como referencia, no la pena en concreto asignada al individuo natural, sino la señalada en abstracto en la Ley (p. 173), si bien, en ocasiones, la extensión de la pena de multa se hace directamente por el precepto penal habilitante (la problemática específica de las penas interdictivas se trata en pp. 175-180). Se pronuncia en favor de considerar el tipo concreto aplicable, no el tipo básico (pp. 181 y ss.), considerando el límite superior (p. 185); parece aceptar, con razón, la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas por delitos meramente intentados, así como a título de partícipes en el delito (p. 189), pese a la ausencia de regulación en lo que a la determinación de la pena respecta; asume la aplicación del error de prohibición y las eximentes y semieximentes a las personas jurídicas. En este último caso, propugna, en cuanto a la multa, tomar como referencia directamente la pena que correspondería a la persona jurídica, no la de la persona física (p. 192, concretado en pp. 194 y ss.); lo que, pone de relieve, es conflictivo en el caso de las penas interdictivas (p. 93 y 208 y ss.). El enorme grado de detalle impide su consideración pormenorizada aquí, pero sí cabe señalar que se trata, sin duda, de uno de los puntos fuertes de la obra.

En las pp. 228 y ss., se aborda la fijación de la cuantía total de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica. Partiendo de que el CP no proporciona pauta alguna (sí lo hace para las personas físicas, art. 50.5 CP), opta por considerar el beneficio neto o resultado neto (p. 230), si bien teniendo en cuenta, con carácter secundario, otros aspectos patrimoniales y gastos no incluidos en los ingresos netos anuales (p. 231 y pp. 241 y ss.) y el hecho de sancionar conjuntamente a una persona física y jurídica, cuando «tengan un patrimonio compartido» (p. 238 y 244 y ss.).

Propugna una investigación de oficio sobre la situación económica de la persona jurídica, la cual no afectaría a la presunción de inocencia, pues, no se trata de encontrar pruebas relativas a la comisión de delitos, sino de determinar la capacidad del penado en el momento de dictar sentencia (p. 234). Tras observar la patente despreocupación que, en cuanto a las personas físicas, hay en la determinación de su capacidad económica, pone de relieve, con razón, lo problemática que resulta trasladar dicha situación a las personas jurídicas, singularmente considerando que la multa es la reacción central frente a delitos a ellas imputables (p. 237). Asimismo, propugna adaptar la multa al estado económico del condenado durante la ejecución, obviamente en los casos de fraccionamiento y nunca para incrementar la punición, asumiendo, incluso, la posibilidad de un indulto (pp. 252 y ss.).

El capítulo 6 se dedica a la acumulación de penas (acepta imponer varias, siempre que su naturaleza lo permita y para satisfacer las necesidades preventivo-especiales concurrentes, p. 260) y al concurso de delitos (de forma muy detallada, pp. 261 y ss.).

Por fin, el capítulo séptimo analiza el art. 129 CP. Parte de su finalidad inocuizadora o asegurativa (p. 280), y asume (acertadamente, desde mi punto de vista) la posibilidad de que entes sin personalidad jurídica, la tengan materialmente. Consecuentemente, asegura que hay diferenciar entre entes sin personalidad jurídica, pero con una estructura compleja y entes sin tal personalidad, ni complejidad. A los primeros se les sancionaría empleando el art. 31 bis y tendrían naturaleza de penas. A los segundos, con el único requisito de su peligrosidad, se les aplicaría el art. 129 CP como medidas de seguridad (p. 285).

Expuesto el contenido material de la obra, entendemos procedente efectuar algunas consideraciones críticas que no empecen una positiva valoración de la obra, de obligada consulta a quien pretenda introducirse con un mínimo de profundidad en el tema. La masa de información es enorme, por lo que nos limitaremos a exponer algunas de las principales discrepancias surgidas de la lectura.

Éstas se centran, en primer lugar, en el capítulo dedicado al análisis del presupuesto de la pena, esto es, lo injusto y la culpabilidad de las personas jurídicas. En cuanto a lo primero, no podemos compartir la muy extendida idea del defecto de organización que se asume en la obra recensionada. Como vengo insistiendo, si un programa de cumplimiento idóneo excluye la posibilidad de imputar el delito a la persona jurídica, la carga de la prueba de su inidoneidad concierne a la acusación, lo cual habría de ser acreditado en todos los casos (posición del Tribunal Supremo, la cual, desde luego, resulta muy ventajosa para la defensa). Ello, por una parte, aboca a enormes dificultades para condenar (¿qué tendría que hacer el Ministerio Fiscal? ¿pedir una entrada y registro para hacerse con el programa de cumplimiento utilizado en el momento de comisión de los hechos, seguramente diferente del vigente en el momento de la instrucción, en ocasiones, muchos años después?). Por otra, es un auténtico misil a la línea de flotación del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, cuyo fundamento procesal radica en la necesidad de facilitar la investigación de delitos cometidos en el seno de estructuras societarias complejas.

De igual forma, la conformación de la culpabilidad suscita problemas. Estimo que es indiscutible la necesidad de buscar una idea de «culpabilidad de empresa», pero entiendo que no es posible identificarla con características humanas, como la «capacidad de decidir» (que sugiere libre capacidad de opción de una organización no humana...), la actuación intencional (¿qué ocurre con las conductas imprudentes?) y, mucho menos, llegar a defender la condición de agente moral de la persona jurídica. Adicionalmente, en el cuerpo del libro, se defiende tanto la naturaleza de penas de las consecuencias jurídicas «punitivas» asociadas a las personas jurídicas, si bien sin culpabilidad, como el carácter retributivo de la pena de multa (p. 89). Todo ello, creo, supone un cuadro difícil de armonizar.

Hemos visto, asimismo, cómo FUENTES OSORIO vincula el concepto de persona jurídica del Derecho penal, a lo dispuesto por el Derecho privado, por lo que el art. 129 CP sólo se aplicaría a quien no reúna tal condición (con el matiz de las entidades sin personalidad y estructura compleja). Se trata de una solución que, entiendo, deja lagunas, en el caso de delitos cometidos en el seno de entidades carentes de personalidad jurídica, conforme a parámetros civilistas. Sancionarlas penalmente no vulneraría el principio de legalidad, si se construye un concepto de

persona jurídica autónoma del Derecho penal, atento a los fines preventivos del derecho sancionatorio que no coinciden con los del Derecho privado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que quienes actúan en su seno tienen capacidad para determinar la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, son reguladas por el ordenamiento jurídico, y pueden hacer frente al pago de una multa.

Por fin, conforme a lo ya reseñado, el autor aborda la fijación de la cuantía total de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica, para lo que opta por el criterio, matizado, del beneficio neto o resultado neto. Sin embargo, creemos que se trata de un criterio cuestionable. En la doctrina administrativista se ha puesto de relieve las dificultades de tal punto de vista: algunas empresas pueden en ejercicios concretos, o incluso durante años consecutivos, presentar pérdidas millonarias sobre la base de diversas operaciones a su alcance, sin que ello suponga su expulsión del mercado. Ello abre la puerta, incluso, a una inadmisble modulación de la extensión de la sanción por parte del propio sujeto infractor. De ahí que se haya propuesto el criterio del volumen de negocios o cifra de negocio del ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la sanción (M. IZQUIERDO CARRASCO, «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», *Anuario de Derecho administrativo sancionador* 2021, pp. 164 y ss.). No obstante, es muy de agradecer tanto el planteamiento del problema, como en general, la preocupación de la obra en considerar el Derecho administrativo sancionador; no tiene sentido ignorarlo, cuando las reacciones punitivas de éste son milimétricamente idénticas a las del Derecho penal, muy anteriores en el tiempo, amén de ser ontológicamente idénticas, conforme al criterio absolutamente dominante.

Las anteriores observaciones no empecen una muy positiva valoración del trabajo, que resulta de enorme utilidad práctica, sin renunciar a la construcción científica. Merece la pena considerarla entre las obras de consulta obligada para los especialistas en la materia.

Fernando Miró Llinares, El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, 214 páginas

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Universidad Complutense
iourbina@ucm.es

-

Cuando se me propuso recensionar este libro de Fernando Miró tuve sentimientos encontrados: por un lado, este toma la filosofía de la ciencia como base de su propuesta, y la materia me interesa desde hace años; por otro, este interés convive con la creencia de que es muy poco lo que esta disciplina puede hacer por el Derecho penal.

MIRÓ LLINARES no comparte mi opinión y, hacia la mitad de la obra afirma que la mirada de la filosofía de la ciencia «tan difícil de ser adoptada por nosotros mismos, nos puede enseñar mucho» (p. 98). Mi razón para disentir de su juicio es muy básica: la filosofía de la ciencia es una disciplina esencialmente concernida con las ciencias naturales, sólo de forma secundaria con otras disciplinas empíricas, y sin apenas espacio para el resto. Los intentos de hacer fructíferas las enseñanzas de la filosofía de la ciencia para una disciplina normativo-prescriptiva y no empírico-descriptiva pasan de forma obligada por una hercúlea labor de adaptación, necesitada de tantos pasos intermedios que, para cuando las teorías de filosofía de la ciencia llegan al Derecho penal, sucede como con la teoría de la relatividad en el relato de E. SÁBATO: ya no son las teorías de filosofía de la ciencia («Divulgación», en *Uno y el Universo*, 1968, p. 19). En lo que sigue, por razones de espacio, me ocuparé sólo de los fundamentos filosófico-científicos del libro, por una doble razón: en mi opinión son al tiempo su parte más novedosa y la menos convincente. Precisamente porque sólo ahí se va a poner el foco, resulta oportuno subrayar que la obra de MIRÓ tiene otras muchas virtudes y supone un indiscutible aporte a la siempre necesaria reflexión acerca de la evolución de nuestra disciplina. Es con esta importante cautela que se ofrecen estas reflexiones parciales sobre el libro.

MIRÓ afirma que «el enfoque inicial» de su trabajo es «el estudio del progreso de la dogmática penal desde la propia consideración de la dogmática» (p. 59). Previamente se ha definido la dogmática penal como el «saber que se ocupa de sistematizar y orientar la aplicación y creación del Derecho penal» (p. 25) y se ha concretado que con el añadido de «sistemática» se designa «aquella parte de la disciplina centrada en el desarrollo del sistema del delito» (p. 25, n. 2). El estudio de este progreso, sin embargo, se vería complicado por el hecho de que «a la dogmática penal apenas le ha interesado la metadogmática» (p. 27). Esta afirmación resulta sorprendente cuando se considera que, por razones institucionales (la estructura de la oposición a cátedra de la época), entre los años setenta y noventa del anterior siglo se publicaron en España muchos ensayos sobre el método del Derecho penal. En tanto reflexión sobre la disciplina, incluyendo la teoría jurídica del delito, estas obras suponen un discurso de segundo orden y han por tanto de ser consideradas «metadogmática» en cualquier sentido razonable de la expresión. Cuestión distinta es que MIRÓ considere que «ninguno de estos trabajos contiene en realidad una teorización explícita, sobre la base de modelo filosófico alguno, de la estructura evolutiva de la

dogmática» (p. 26, n. 4). Este sería el vacío que su obra vendría a rellenar, con el auxilio de la filosofía de la ciencia.

MIRÓ ofrece tres razones para acudir a la filosofía de la ciencia: a) en ella se ha discutido mucho «sobre la idea de progreso, en general, y sobre las comunidades científicas y de pensamiento, en particular» (p. 30); b) la dogmática penal es una actividad desarrollada por una comunidad científica y «nadie ha prestado más atención que la filosofía de la ciencia, especialmente a partir de KUHN y el desarrollo de la denominada escuela sociológica, a las comunidades científicas» (p. 31) y c) «ya ha habido quien ha acudido, quizás no del modo más acertado, a la filosofía de la ciencia, en realidad más bien al pensamiento de KUHN, para tratar de describir como revoluciones científicas algunos cambios en el sistema del Derecho penal» (p. 32). Comencemos por este último extremo.

MIRÓ localiza dos intentos previos de aplicar la teoría de las revoluciones científicas de KUHN al ámbito penal y, tras mostrar con rigor sus importantes deficiencias (pp. 44-53), concluye con acierto que en ellos a la expresión «revolución científica» se le da un uso retórico desapegado de la propuesta de KUHN: lo que realmente se quiere expresar es que algunos desarrollos de la teoría jurídica del delito han sido especialmente importantes, por sus propios méritos o por lo que suponían de ruptura con el pasado (p. 53). A pesar de su gran distancia con estas otras contribuciones, creo que MIRÓ tampoco describe y/o usa adecuadamente la teoría de KUHN.

La descripción de la teoría de KUHN se realiza en las pp. 37-42 («El modelo de cambio científico de Kuhn»), y llama la atención que se base por completo en la primera edición de *The Structure of Scientific Revolutions* (las citas aquí son todas al texto original –pp. 28, 29, 33, 34, 38 y 93 y ss.– y, según se recoge en la bibliografía, el texto del *Postscript* en la edición manejada por MIRÓ está en las pp. 268-319). Como es sabido, la obra de KUHN tiene hasta cuatro ediciones en inglés (1962, 1970, 1996 y 2012), y desde la segunda incluye un *Postscript* en el que se revisa profundamente el texto original en puntos cruciales. MIRÓ, sin embargo, no da cuenta de los cambios, y en tal medida ofrece al lector una versión de KUHN que el propio autor no defendería. Aquí me ocuparé de solo uno de los desarrollos del *Postscript*, especialmente relevante para las finalidades pretendidas por MIRÓ.

Haciéndose cargo del riguroso análisis de M. MASTERMAN («The Nature of a Paradigm», en LAKATOS/MUSGRAVE [eds.], *Criticism and the Growth of Knowledge*, 1970, pp. 59-89, 61-65), que mostró hasta 21 significados distintos del término «paradigma» en la primera edición de la obra, en el *Postscript* KUHN propone una reducción a dos sentidos: el paradigma como matriz disciplinar («toda la constelación de creencias, valores, técnicas y demás elementos compartidos por los miembros de una comunidad») y el paradigma como ejemplo de buen hacer científico en el pasado (*The Structure of Scientific Revolutions –Postscript–*, 3.^a ed., 1996, pp. 174-175 y 181-191, las citas recogidas en el texto están en la p. 175; la expresión «matriz disciplinar», en pp. 182 y ss.). MIRÓ prescinde de esta distinción y utiliza exclusivamente la primera noción. Se muestra así uno de los principales problemas del libro: el poco atrevimiento a la hora de analizar ejemplos concretos de posible buen hacer en el Derecho penal del último siglo y medio. Se ofrece una descripción de los criterios de las dinámicas del cambio teórico en la sistemática del delito (pp. 104-119), pero esta procede en un muy elevado nivel de abstracción, claramente buscado por el autor. Así, el libro incluye una matriz de ejes de la evolución sin referencias concretas que se acompaña de esta indicación: «sería un sano ejercicio de auto reflexión que fueran los seguidores (o simples conocedores) de cada posicionamiento quienes desarrollaran y discutieran el ejercicio de situar cada “escuela”» (p. 112, n. 118). El poder de convicción de la obra se habría beneficiado

mucho de una discusión de lo que pueden *prima facie* considerarse «paradigmas» en el segundo sentido (desarrollos previos ejemplares) en nuestra disciplina: eventos tales como la sustitución de la teoría psicológica por la teoría normativa de la culpabilidad por no dar cuenta la primera de ellas (entre otras cosas) de la imprudencia sin representación, o la ubicación del dolo y la imprudencia como elementos del tipo por parte del finalismo. Sin una exploración de la evolución de la dogmática buscando paradigmas (ejemplares) de progreso, el enfoque no puede considerarse leal a la propuesta de KUHN.

Después de argüir convincentemente que en el desarrollo de la dogmática sólo ha habido un paradigma, y que por lo tanto se ha tratado de «Una evolución sin revoluciones científicas» (pp. 82-89), MIRÓ afirma defensivamente: «Que no haya revoluciones científicas no significa que la denominada “ciencia penal” no evolucione. De hecho, también es posible que KUHN no tuviera razón y que el desarrollo científico se produzca por medio de otro tipo de dinámicas o que, al menos, existan otras formas de cambio distintas al cambio total revolucionario» (p. 88). Esta afirmación, y otras (p. 92), imputan a KUHN algo que nunca sostuvo: que la ciencia sólo avanza mediante revoluciones. Sea como sea, ante esta situación MIRÓ propone explorar otro modelo de cambio científico, el de Larry LAUDAN.

La teoría de LAUDAN se explica por fragmentos en tres lugares distintos. Primero se introduce la noción clave de «tradición de investigación» (pp. 97-98); luego, en un apartado titulado «El progreso científico como resolución de problemas de investigación en Larry Laudan» (pp. 137-139), se recuerda cómo para este la valoración de una tradición de investigación depende de su aptitud para resolver problemas y el progreso científico consistiría en «maximizar el rango de problemas resueltos, minimizando el de los problemas anómalos y conceptuales generados» (p. 138). En la tercera ocasión (pp. 143-144) se recupera la clasificación de problemas de LAUDAN distinguiendo entre problemas conceptuales (internos y externos) y empíricos (resueltos, no resueltos y anómalos). A fin de cuentas, sin embargo, y tras afirmar de forma que a mí me resulta algo contradictoria que lo más útil es «separarnos de esta clasificación e irnos al fondo de la misma» (p. 144), MIRÓ prescinde del aparato conceptual de LAUDAN para quedarse con la idea de que la ciencia y las teorías que la integran son «intentos de resolver problemas específicos acerca del mundo»: este debe ser el punto de partida para pensar cuáles son los problemas a cuya resolución se dedica la dogmática penal (p. 144).

No es difícil entender el interés de la teoría de LAUDAN para una disciplina como el Derecho. A diferencia de la de KUHN, está pensada para incluir disciplinas no empíricas y también no científicas, y nadie puede dudar de la existencia, desde hace siglos, de una tradición de investigación jurídica. Pero que la teoría de LAUDAN tenga esta pretensión ecuménica no significa que la pueda cumplir cabalmente sin adaptaciones, y estas son de mayor calado de lo que permite ver la descripción de MIRÓ, en la que a mi entender faltan elementos importantes.

En primer lugar, falta la idea fundamental de que la evaluación de la ciencia ha de hacerse en el nivel de la tradición de investigación (LAUDAN, *Progress and its Problems. Towards a Theory of Scientific Growth*, 1977, p. 5). Aunque LAUDAN no incluye la dogmática penal entre las tradiciones de investigación que cita, dado lo amplio de su caracterización extensiva de la noción (tantas y tan diversas que resulta cuestionable la utilidad de la noción: v., por ejemplo, la p. 78 de la obra, en la que se alude al darwinismo, la teoría cuántica, la teoría electromagnética de la luz, el empirismo y el nominalismo en filosofía, el psicoanálisis freudiano y el conductismo en psicología, el voluntarismo y el necesitarismo en teología, el utilitarismo y el intuicionismo en ética y el marxismo y el capitalismo en economía, «por nombrar sólo unas cuantas»), la

dogmática penal podría considerarse una tal tradición (y en tal caso enfoques como el/los causalista/s, el finalista y el/los funcionalista/s serían teorías dentro de ella); sin embargo, también podría considerarse que cada uno de estos planteamientos conforma una tradición de investigación, ocupando entonces el puesto de las anteriores teorías entidades de ámbito general pero menos extenso (la teoría del consentimiento en materia de dolo, o la de la imputación objetiva del resultado, por ejemplo). Elegir una u otra visión de las tradiciones de investigación como unidad de análisis puede modificar el juicio sobre si la tradición de investigación progresa o no, de forma que es un aspecto sobre el que no se puede guardar silencio. Adicionalmente, la evaluación del éxito se ve complicada por el hecho de que, siendo la teoría jurídica del delito eminentemente prescriptiva, los criterios para determinar el éxito en la resolución de problemas dependen de premisas axiológicas: ¿cómo determinar, por ejemplo, si el actual tratamiento mayoritario del error de tipo permisivo es el adecuado? ¿o hay que cambiar el foco y preguntarse si este solventa mejor el problema que la teoría estricta de la culpabilidad propugnada por la tradición de investigación finalista? En resumen, tanto la diferente caracterización de la tradición de investigación como la presencia de diferentes premisas axiológicas pueden hacer cambiar la respuesta a la existencia o no de progreso. Si se quiere operativizar la teoría de LAUDAN para el Derecho, se ha de hacer frente a ambas cuestiones.

En segundo lugar, en la exposición se omite concretar el objeto de la teoría de LAUDAN. Este es el progreso, sí, pero no de cualquier tipo. En sus propias palabras: «Me preocuparé exclusivamente de lo que llamaré “*progreso cognitivo*”, que es nada más y nada menos que *progreso con respecto a las aspiraciones intelectuales de la ciencia*. El progreso cognitivo no implica, ni resulta implicado, por el progreso material, social o espiritual» (LAUDAN, *Progress*, 1997, p. 7, cursivas en el original). Esta caracterización se opone sin embargo a la idea de MIRÓ de la oportunidad, en el caso de la dogmática, de virar hacia una idea de progreso atenta a la consecución de finalidades sociales. Sin atender a estas cuestiones, las citas de LAUDAN se quedan en una referencia a la idea de resolución de problemas, en sí misma insuficiente para guiar cualquier estudio de la actividad intelectual y su progreso. Así lo ve el propio LAUDAN, que se refiere a la frase «La ciencia es esencialmente una actividad de solución de problemas» tildándola de «anodina trivialidad, más un cliché que una filosofía de la ciencia» (*Progress*, 1977, p. 11).

En conclusión, entiendo que ni la teoría de KUHN ni la de LAUDAN son objeto de una descripción o uso adecuados en el libro de MIRÓ. Ello debería resultar problemático para quienes, como este autor, consideran que la filosofía de la ciencia tiene algo o mucho que ofrecer al estudio de la evolución y el progreso del Derecho. Es posible, sin embargo, que el problema esté en esta posición de partida, en pensar que el análisis debe o puede apoyarse en esta disciplina. En realidad, creo que ni KUHN ni LAUDAN cumplen una función sustantiva relevante en el planteamiento de MIRÓ, que podría haber sostenido sus planteamientos en la materia apelando sin más al carácter técnico antes que científico de la dogmática que defiende (en mi opinión con mucho acierto), en varios pasajes del libro. Hasta que los proponentes de la aplicación de la filosofía de la ciencia (o de parte de esta) al Derecho no afilen sus propuestas, los agnósticos sobre su utilidad estaremos justificados en nuestro escepticismo.

Cornelius Prittwitz, Derecho penal y riesgo, Marcial Pons, Madrid, 2021, 373 páginas

José Manuel Paredes Castañón
 Universidad de Oviedo
 paredesmanuel@uniovi.es

-

1. La edición original alemana del libro de Cornelius PRITTWITZ que hoy comento data del año 1993. La traducción castellana de aquella edición (un muy meritorio esfuerzo, obra de Eugenio C. SARRABAYROUSE, quien firma también la presentación preliminar que aparece al inicio del libro) se ha publicado hace poco más de un año. Ciertamente, es esta una situación anómala, pues los treinta años que han transcurrido desde la fecha de publicación de la obra, que en su momento tuvo una repercusión limitada en la doctrina penal de habla hispana, hacen que resulte obligatorio aproximarse a ella con una mirada crítica muy idiosincrática. Parece, en efecto, que carecería de sentido ponernos a discutir a estas alturas –como si se tratase de una investigación actual– todas y cada una de sus tesis. Y, por otra parte, resultaría también demasiado fácil limitarse a señalar en qué puntos la historia de las últimas tres décadas le ha dado o quitado la razón a sus análisis. Por ello, creo que el único comentario útil sobre el libro, aquí y ahora, ha de tener una naturaleza necesariamente retrospectiva, orientado principalmente al balance histórico: la pregunta, entonces, debe ser qué es lo que ha quedado de la discusión acerca del papel del Derecho penal en la «*sociedad del riesgo*» (la discusión que PRITTWITZ pretendió destacar, y dinamizar, con su libro); qué es lo que de ella sigue teniendo hoy interés y relevancia.

A este respecto, pienso que para hacer dicho balance es fundamental distinguir al menos cuatro tipos de tesis que los discursos acerca del Derecho penal del riesgo (o de la sociedad del riesgo) han venido incorporando, a veces entremezcladas, pese a su diferente naturaleza:

- tesis teórico-sociales, que pretendían describir e interpretar la evolución de las sociedades occidentales desarrolladas contemporáneas;
- tesis criminológicas, que intentaban describir los cambios acaecidos en los sistemas penales;
- tesis político-criminales, de carácter normativo, que proponían cómo debería configurarse el sistema penal para hacer frente a los nuevos desafíos; y, por fin,
- tesis dogmáticas, también de naturaleza normativa, que pretendían indicar cómo debería aplicarse la ley penal a algunos nuevos fenómenos sociales; o bien a fenómenos ya conocidos, pero percibidos ahora, desde el punto de vista político-criminal, de manera diferente, con una nueva sensibilidad.

El libro de PRITTWITZ aborda, desde luego, todos y cada uno de estos aspectos. Y lo hace, además, desde una doble perspectiva. Primero, compendiando y sintetizando un amplísimo conjunto de ideas, propuestas y tomas de posición, de sociólogos, criminólogos y penalistas; agrupándolas y ordenándolas, presentando así un cuadro que se pretende global del debate y enfatizando la novedad y la trascendencia social y política del mismo (un énfasis probablemente hoy innecesario, pero que entonces podía parecerlo). Y, luego, apuntando, al hilo de esta presentación global, sus propias inquietudes críticas acerca del panorama así descrito e interpretado; su desasosiego (este es probablemente el término que más fielmente expresa lo que el libro transmite acerca de la actitud de su autor) ante una evolución social y jurídica que se concibe como inexorable, pero en absoluto halagüeña. Desasosiego que PRITTWITZ compartía,

como es sabido, con sus colegas del Institut für Kriminalwissenschaften de la Universidad de Frankfurt (que, dos años después, en 1995, hablaban ya de «*la insostenible situación del Derecho Penal*»).

2. Observado todo ello con ojos de hoy, algunas conclusiones saltan inmediatamente a la vista. La primera tiene que ver con la teoría social de la que se partía: si volvemos ahora a revisar la discusión acerca del rol del riesgo en la sociedades desarrolladas contemporáneas, que ocupó a muchos teóricos sociales de habla alemana a partir de la segunda mitad de la década de los años 80 del pasado siglo (el libro de Ulrich BECK sobre la sociedad del riesgo es de 1986, el de Tilman EVERS y Helga NOWOTNY, de 1987, el de Niklas LUHMANN, de 1991,...), lo que contemplamos es un denodado esfuerzo por teorizar lo que se percibía entonces –y con razón– como un cambio verdaderamente epocal en el estado de ánimo colectivo de dichas sociedades. O, para ser más precisos, de sus élites, las que dictaban el pensamiento social hegemónico. Cambio que podría resumirse en el paso del optimismo económico, político, social y cultural que había sido predominante durante los «Treinta Gloriosos» (entre el fin de la guerra mundial y mediados de la década de los setenta) a una actitud mucho más ensimismada, timorata y recelosa ante el futuro, que se consolida al hilo de las múltiples crisis no resueltas en este década (crisis económica, ascenso del neoliberalismo, crisis de inseguridad ciudadana, crisis de gobernanza de las democracias, crisis de las grandes narrativas,...). En este sentido, la idea de «*sociedad del riesgo*» no era más que un intento de representación explícita de este diagnóstico histórico: habríamos cambiado de fase histórica y, por lo tanto, muchas cosas tendrían necesariamente que cambiar en la sociedad en esta nueva etapa (entre otras, el Derecho).

Personalmente, he sido siempre escéptico respecto de las interpretaciones históricas y sociológicas omnicomprensivas, pues creo que generalmente estas indican más acerca de quien las enuncia (de su filosofía de la historia y de su teoría acerca de la sociedad) que sobre las realidades que pretenden describir: de hecho, tanto la sociedad en un momento dado, como la historia de la misma a lo largo del tiempo, son siempre realidades tan complejas y diversas que hacen imposible que ninguna teoría omnicomprensiva pueda describirlas adecuadamente. Por ello, creo que también en el caso de la teoría de la sociedad del riesgo lo que verdaderamente se estaba representando no era tanto un cambio social global cuanto un cambio en la actitud y mentalidad de sus élites (económicas, políticas y culturales): crecientemente preocupadas por la “crisis de gobernanza” de los regímenes políticos democráticos, esto es, por la creciente conflictividad social; y, por ello, cada vez más atentas a la necesidad de proteger la seguridad de ciertos estados de cosas frente a la desviación social. Seguridad: tal era la nueva divisa (de las élites, insisto). Y la gestión del riesgo se convertirá en la estrategia para intentar alcanzar tan mítico objetivo. Y el discurso de la inseguridad se irá progresivamente difundiendo, a través de los medios de comunicación y de los productos de la industria cultural, al conjunto de la sociedad. (Haciéndose especial hincapié, en la estrategia de comunicación del miedo, en la parte socialmente más integrada de la ciudadanía como destinatarios. Mientras que el resto de individuos y grupos sociales siguen cumpliendo el rol de sujetos peligrosos, que hay que temer y neutralizar.)

3. Es este el contexto social en el que empezaron a desarrollarse tendencias político-criminales que, tomadas en conjunto, han sido posteriormente etiquetadas como «*expansión del Derecho penal*» (SILVA SÁNCHEZ), «*modernización del Derecho penal*» (GRACIA MARTÍN) o «*Derecho penal del riesgo*» (MENDOZA BUERGO). Unas etiquetas que o son demasiado vagas e impropias (puesto que la expansión ha sido en todo caso desigual, y qué signifique realmente «modernizar» el Derecho penal contemporáneo resulta hartamente controvertido) o, cuando no lo son, agrupan bajo una sola denominación (como la de «*Derecho penal del riesgo*») fenómenos que merecen un análisis diferenciado y bien matizado. Veámoslo:

3.1. Sobre el contexto sociopolítico de la transformación: el término «*Derecho penal del riesgo*» evoca principalmente la idea de aumento del intervencionismo estatal, a través de prohibiciones

y sanciones penales, en la vida social. En términos absolutos y estrictamente cuantitativos, los datos son contundentes: tras la oleada de despenalización que recorre los Derechos penales occidentales tras la guerra mundial, a partir de los años ochenta los códigos penales comienzan a crecer en tamaño, a incorporar cada vez más delitos. Ahora bien, si pasamos de lo puramente cuantitativo a un análisis más cualitativo, entonces es necesario señalar que el crecimiento estuvo revestido de ambivalencia desde un punto de vista político: aumentan los delitos que tienen que ver con el riesgo procedentes de extraños a la comunidad (terroristas, migrantes, «pervertidos» sexuales...), pero también de ciudadanos bien integrados (delitos contra la seguridad vial) y de grupos sociales poderosos (delitos socioeconómicos, corrupción, crímenes internacionales). (Cuestión distinta, por supuesto, es que, en virtud del efecto de la selectividad secundaria del sistema penal, no todos estos nuevos delitos se hayan estado aplicando por igual...)

3.2. Sobre el efecto social material del «*Derecho penal moderno*»: PRITTWITZ señala que, en pura teoría, el Derecho penal de la sociedad del riesgo es un Derecho dirigido de manera prioritaria a la prevención de todos los riesgos (tanto los de origen tecnológico como los de origen social); dejando, pues, en un segundo plano el tradicional objetivo retributivo, de hacer justicia –y reafirmarla– frente al sujeto socialmente desviado, reprochándole su conducta. Sin embargo, la plasmación efectiva de esta prioridad teóricamente atribuida al objetivo de la prevención de riesgos se enfrenta a importantes obstáculos, tanto de naturaleza moral como de orden práctico. Por una parte, en efecto, resulta dudoso que sea posible, sin desnaturalizar por completo la institución, convertir el Derecho penal sustantivo en un instrumento verdaderamente eficaz y eficiente de prevención de riesgos: mientras se respeten los principios de lesividad, responsabilidad por el hecho, responsabilidad subjetiva y culpabilidad (por lo que hace a la infracción), y de proporcionalidad (en relación con las sanciones), la prevención de riesgos macro-sociales a través de prohibiciones y sanciones resultará en todo caso de una eficacia relativa (porque es preciso identificar, en el seno de organizaciones sociales complejas, concretas acciones negligentes –o intencionadas– de determinados individuos, puestos de acuerdo entre sí, que ocasionen por sí mismas, de manera previsible, un daño perceptible a estados de cosas valiosos también concretamente definidos); y, además, con un coste elevado, más elevado que el de otros instrumentos de políticas públicas disponibles (pongamos: incentivos económicos, *nudges*, etc.). Ello, desde luego, no es argumento suficiente –como se ha pretendido– para sostener que el Derecho penal debe abstenerse de intervenir en el ámbito de los «nuevos riesgos» sociales y tecnológicos, o que deba hacerlo de manera más liviana o moderada que en el del Derecho penal «clásico». Sí lo es, empero, en mi opinión, para apostar porque dicha intervención persiga principalmente los objetivos (de justicia y prevención general intimidatoria) que son más propios del Derecho penal sustantivo. Reconociendo, pues, que el control global de riesgos sociales es un objetivo que excede con mucho aquello que el Derecho penal (y, en general, el Derecho de la responsabilidad) puede razonablemente conseguir (a un coste también razonable), aunque pueda contribuir a ello, indirectamente, en alguna medida.

Por otra parte, si las dificultades de eficacia y eficiencia al emplear la legislación penal sustantiva para el control de riesgos macro-sociales parecen insoslayables, la racionalización del resto del sistema penal (actuación policial, proceso, régimen de ejecución de penas) atendiendo a fines de prevención de la peligrosidad sin duda alguna resulta mucho más viable desde el punto de vista práctico: justamente, tal ha sido el objetivo declarado de muchas de las prácticas que el gerencialismo penal ha intentado introducir –con mayor o menor éxito, según los casos– en las estrategias de actuación policial, en las medidas cautelares del proceso penal (en ambos casos, otorgando preponderancia a la intervención pre-delictual frente a situaciones o personas identificadas como fuente de potenciales riesgos para la seguridad) y en las prácticas de clasificación de penados y de regulación de los beneficios penitenciarios a disfrutar por parte de estos (dando prioridad también aquí al control de la peligrosidad del penado). Todo ello, no obstante, con un coste enorme para los derechos de, respectivamente, sospechosos, acusados y

penados, lo que lo vuelve cuestionable (al menos, en sus mayores extremos) desde un punto de vista moral.

En resumidas cuentas: aun sin compartir la negativa de principio de PRITTWITZ y de sus compañeros de Frankfurt a aceptar la intervención del Derecho penal actual sobre los nuevos riesgos sociales y tecnológicos (y su ahistórica mitificación de un «Derecho penal clásico» garantista), es preciso darles la razón en su crítica a la fantasía tecnocrática, propia de la idea de «*Derecho penal del riesgo*» del control penal del riesgo total y eficaz. En cambio, soy de los que piensan que, entre una indeseable política penal no intervencionista (que sería injusta desde el punto de vista de la justicia distributiva y, además, socialmente poco sostenible, a la vista de la creciente gravedad de los riesgos que crean determinadas dinámicas sociales y económicas) y la fantasía del control penal total, cabe una estrategia intermedia, orientada primariamente a intimidar a potenciales infractores graves contra bienes jurídicos supraindividuales (bien definidos, eso sí, de manera concreta y materialista); y, cuando ello no sea posible, a hacer con ellos justicia, mediante su identificación, enjuiciamiento y condena.

3.3. Sobre el efecto psicosocial del «*Derecho penal moderno*»: Esto nos lleva al otro rasgo de la política criminal propia del Derecho penal del riesgo que PRITTWITZ destaca: su objetivo de generar sensación de seguridad, mediante la comunicación masiva, dirigida al conjunto de la sociedad, de la (pretendida) eficacia preventiva de riesgos que caracterizaría al sistema penal. Desde este punto de vista, el ideal político-criminal de Derecho penal del riesgo sería el de un conjunto de normas penales capaces (al mismo tiempo, y sin contradicciones ni desfase alguno) de cumplir el objetivo material de mantener los riesgos macro-sociales bajo control y el objetivo psicosocial de mantener a la población tranquila (a pesar del creciente número de riesgos que son percibidos), en virtud de la eficacia de aquella prevención. El problema, por supuesto, es que ni, como vimos, parece plausible ese ensueño de eficacia total preventiva de las normas penales, ni tampoco puede darse por supuesta la coherencia entre los efectos preventivos materiales y la percepción social de dichos efectos.

De hecho, podría afirmarse que la situación es más bien la contraria, la de una situación de (creciente) opacidad del sistema penal para el observador externo. Pues sí, como indican todos los estudios criminológicos, la experiencia social acerca de la desviación social, la delincuencia y el control penal son, en nuestras sociedades, experiencias fundamentalmente mediadas (no directas, sino transmitidas a través de los medios de comunicación, los productos culturales, etc.), pero también cada vez más relevantes (cada vez son temas que poseen mayor repercusión social y política), entonces parece evidente que la probabilidad de que se produzcan discrepancias –incluso discrepancias radicales– entre la realidad social de la criminalidad y del control penal y la percepción colectiva acerca de dichas realidades aumenta constantemente. En estas condiciones, el objetivo político-criminal de tranquilización colectiva (o prevención general positiva) se vuelve necesariamente problemático: pues o bien se desatiende (por entender que los miedos sociales son infundados), y entonces surge el riesgo de una crisis de confianza ciudadana en el sistema; o bien se atiende, incluso si nada justifica el miedo ciudadano al delito, en cuyo caso la actuación del sistema penal (y, sobre todo, la creación, imposición y ejecución de penas y otras medidas restrictivas de derechos) deviene fundamentalmente comunicativa y quienes soportan dichas actuaciones son instrumentalizados (de manera moralmente cuestionable) en pro de dicho fin.

Otra vez, pues, el pecado original de desmesura, tan propio de la ideología del Derecho penal del riesgo, viene a provocar una fricción notable entre pretensiones y posibilidades. Algo que podemos ver encarnado, un día sí y otro también, en la demencial huida hacia delante de muchos de nuestros legisladores, cuando se empeñan en explotar las capacidades tranquilizadoras de las reformas legislativas y de la creación de penas cada vez más duras (y la exigencia a los órganos judiciales para que las apliquen efectivamente en los casos ejemplares). El problema de fondo, por supuesto, estriba en esperar del sistema penal y del Derecho penal lo que este no puede de

ningún modo proporcionar: seguridad total y, además, sensación completa de tranquilidad; en una sociedad adicta al riesgo y atravesada por importantes tensiones y miedos.

4. En este contexto político-criminal, el papel del concepto de riesgo crece en importancia también en el plano de las categorías dogmáticas. En efecto, como PRITTWITZ pone bien de relieve, se produce, por un lado, una ampliación notable del número de casos en los que el concepto de riesgo es empleado para justificar la atribución de responsabilidad: ello ha ocurrido especialmente en el plano de la valoración objetiva de la conducta penalmente típica, ámbito en el que las ideas de riesgo y de riesgo permitido han alcanzado una importancia extraordinaria, desconocida en la teoría del delito anterior (en categorías como las de imprudencia, autoría y participación, imputación del resultado, atipicidad, omisión, etc.). Por otra parte, en ciertos casos particulares parecería que la idea de Derecho penal del riesgo impulsa una reducción del nivel de exigencia en cuanto a las condiciones necesarias para la imputación: así, cuando, al tratar la imputación objetiva del resultado en los delitos de resultado, se opera con el criterio del incremento del riesgo (en algunos casos, incluso para la determinación de la relación causal); o cuando, para calificar una conducta como dolosa, se opta por una definición puramente cognoscitiva del aspecto psíquico del dolo y se exige, además, tan solo el conocimiento del riesgo.

A la hora de valorar críticamente estas tendencias dogmáticas, creo que es preciso distinguir entre las ocasiones en las que la introducción del concepto de riesgo ayuda a ganar finura conceptual a las categorías dogmáticas (como ocurre, me parece, en el caso del desarrollo contemporáneo de la teoría del desvalor objetivo de la acción y del resultado) y aquellas otras en las que se propone es una disminución del nivel de exigencia para afirmar la imputación. Pues mientras en el primer caso creo que existe una relevante ganancia teórica (que permite un proceso de atribución de responsabilidad más matizado y ajustado), en el segundo nos encontramos ante una manifestación nueva y diferente (derivada de los reclamos securitarios del nuevo contexto político-criminal), pero no mejor, de la vieja idea de que hay que ganar eficacia reduciendo garantías (y, en este caso, contenido material en los criterios de imputación empleados). En este sentido, creo que el análisis crítico de PRITTWITZ, que coincide con el mío en este último aspecto, no acaba de diferenciar con claridad las dos situaciones, por lo que tiende a valorar (mal) todos los desarrollos dogmáticos en torno al concepto de riesgo del mismo modo, sin que exista en todos los casos una justificación suficiente para tal actitud, en mi opinión.

5. Acabo ya. Como se podrá comprobar, aun sin compartir el punto de partida de PRITTWITZ acerca de qué debería ser el Derecho penal (como he señalado, el concepto suyo –y de sus colegas de Frankfurt– de un «Derecho penal clásico» garantista me parece históricamente equivocado y, en todo caso, insostenible como propuesta político-criminal de futuro), estoy muy de acuerdo con bastantes de sus críticas a las tendencias que, ya en 1993, lúcidamente percibía que amenazaban con convertir el Derecho penal en un ente deforme. (Más deforme, diría yo: puesto que, en la práctica, el grueso del Derecho penal que se practica en los tribunales de justicia sigue siendo, ahora y siempre, el de la represión de la desviación social de los grupos sociales más pobres y marginados –ningún diagnóstico de las nuevas tendencias debería hacernos olvidar esto.) Decepcionante, sin embargo, me parece su propuesta de solución, basada en la resistencia: si el ánimo colectivo ha cambiado, la sociedad ha cambiado y la política penal ha cambiado, ello obedece en todo caso a transformaciones sociales, culturales y políticas que no tienen vuelta atrás; y ante ello, seguir añorando el «viejo y bueno Derecho penal» parece una mala estrategia. Por el contrario, es imprescindible enfrentarse decididamente a los nuevos humores sociales, a los nuevos problemas, con propuestas político-criminales también nuevas, que combinen realismo y respeto a principios y valores morales y políticos básicos. Nadie dice que esto sea fácil. No obstante, lo que sí que me parece claro es que, como PRITTWITZ supo ver ya muy bien allá por 1993, la tentación tecnocrática (encarnada en el ámbito de la política criminal por el concepto de «Derecho penal del riesgo») no va a ser la vía de salida de la presente –y preocupante– situación.

***Réplica a la Recensión de Leopoldo Puente Rodríguez
a La construcción del sujeto peligroso. Historia,
función y formas de la peligrosidad criminal,
Marcial Pons, Madrid, 2022, 372 páginas (InDret
2.2023)***

Dyango Bonsignore Fouquet
Universidad de Alicante
d.bonsignore@ua.es

-

Resulta sumamente extraña la posición del autor encargado de redactar una réplica a las observaciones efectuadas a alguno de sus trabajos. Extraña porque obliga a superar, de alguna manera, el efecto paralizante de la gratitud sincera: gratitud dirigida al colega que ha dedicado su tiempo y esfuerzo en preparar un comentario (en mi caso, el profesor Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ), pero también gratitud hacia la revista, que ha tenido a bien tanto publicar la recensión que aquí nos ocupa como ofrecerme la oportunidad de «réplica». Poner esto de manifiesto no es, entonces, una cuestión protocolaria ni ritual, sino una clave de lectura para entender que las observaciones de las líneas que siguen son una forma de aclarar algunos puntos, introducir algún matiz y, ante todo, contribuir al debate con la esperanza de que pueda resultar enriquecedor.

La propia naturaleza de la investigación que aquí discutimos requiere, como punto de partida, insistir en una cautela que el profesor PUENTE RODRÍGUEZ naturalmente señala pero que no está de más recordar. El enfoque histórico-conceptual seguido en la obra dificulta emitir cualquier pronunciamiento fuerte sobre el presente que respete los rigores del análisis científico. Esto no implica que no se pueda decir nada sobre aquello que hubiere ocurrido con el «criminal peligroso» con posterioridad al periodo cronológico examinado, sino simplemente reconocer que las sociedades no son estáticas y que no está claro cuánto de lo que somos resulta moderno o hasta qué punto «nunca fuimos modernos».

Hechas las anteriores precisiones, creo que el lector goza de suficiente contexto como para poder ocuparme, finalmente, de responder a las observaciones que se me dirigen.

I

Procediendo en orden, el primero de los «desacuerdos» que plantea el profesor PUENTE RODRÍGUEZ estriba en la posibilidad de extender hasta nuestros días el alcance de uno de los vectores analíticos del trabajo, a saber, el de la relación entre la pobreza y la atribución de peligrosidad. No se cuestiona en este punto (salvo error por mi parte) la legitimidad de estudiar, desde un punto de vista histórico, el engarce entre la criminalización de la pobreza y el gobierno de la llamada «cuestión social». Al contrario, lo que queda en tela de juicio es que este marco siga siendo útil a efectos de identificar sujetos «peligrosos» en la actualidad: «No creo que nadie hoy definiera al “carterista profesional” como un “delincuente peligroso”. Aunque este sector de la delincuencia reciba un tratamiento particularizado, no parece que esta categoría amerite

considerar a sus autores “peligrosos” y no, simplemente, “molestos”. Quisiera disentir pero coincido, aunque también *viceversa*.

Por una parte, una de las conclusiones a las que me ha conducido el estudio ha sido la observación de que el *gobierno* de la pobreza mediante instituciones crecientemente especializadas ha permitido que el ámbito penal adquiera un espacio cada vez más autónomo. Y conforme se incrementa la importancia otorgada a la perspectiva penal y penitenciaria se produce cierto desplazamiento temático. Simplificando un poco, aunque la represión de la delincuencia bagatelaria y la vagancia era una forma específica de controlar la «pobreza peligrosa», esta tarea resultó esencial en el descubrimiento (por así llamarlo) del «reincidente», una categoría de peligrosidad medida estrictamente desde indicadores penales (la reiteración delictiva). Este descubrimiento hizo posible la desvinculación analítica entre el reincidente, que no es más que quien comete nuevos delitos de manera repetida, y la cuestión social que actúa como fondo causal en muchos de estos casos (todavía hoy). Desde esta perspectiva, quedaban sentadas las bases para que la reincidencia se volviese completamente autónoma e, incluso, pudiera emanciparse conceptualmente del estigma de la peligrosidad.

Si tal ha sido el caso, tal vez haya que considerar que, en efecto, el reincidente contemporáneo no es otra cosa que un problema recurrente pero relativamente inofensivo (en términos de peligrosidad, se entiende). Ahora bien, me inquieta considerablemente que este no sea el «fin de la historia». Por un lado, me parece que la distancia entre el reincidente «molesto» y el «peligroso» no es tanta en cuanto abandonamos el espacio del delito de bagatela del carterista (como parecen corroborar incursiones en materia de «seguridad ciudadana» como durante el ciclo de reformas penales del año 2003). Por otro lado, el enfoque instrumental que he adoptado sobre la etiqueta de peligrosidad (como «técnica de gobierno», siguiendo a FOUCAULT) me sugiere que, tal vez, simplemente ya no sea necesario recurrir a mecanismos de penalidad «expresiva» para conjurar el peligro identificado en todo o parte de los colectivos depauperados y/o víctimas de la cuestión social contemporánea. Esto no hace desaparecer el problema, pero lo oculta un tanto. Con todo, otras pistas refuerzan mi escepticismo: hasta donde me llega, parece consensual la observación de que la prisión se ceba con los colectivos más desfavorecidos aún a día de hoy. Las estrategias de prevención del delito también les dedican, en ocasiones, una atención destacada, siendo particularmente interesante la conexión trazada en la actualidad entre vulnerabilidad social y riesgo de radicalización violenta. La intensa hostilidad con la que se aborda frecuentemente la cuestión migratoria, o la violencia con que se ha desarrollado también la «guerra contra las drogas» (punta de lanza de la criminalización de la pobreza) son también indicadores que sugieren un panorama poco halagüeño. Ante todo esto, coincido en que amplios sectores delincuenciales no «ameritan» los galones de la peligrosidad, pero esto solo hace más criticable su sobreexposición a los rigores penales. Al menos, los decimonónicos creyeron que se estaban protegiendo de un peligro tangible. No sé qué hacemos nosotros.

II

El segundo punto concierne, en cambio, al valor explicativo que quepa conceder al gobierno de la cuestión social en una categoría mucho más célebre de peligrosidad criminal que tiene que ver con «el psicópata, el desalmado, el depredador, el monstruo». Esto, nuevamente, no se objeta desde el punto de vista histórico, sino que el profesor PUENTE RODRÍGUEZ manifiesta más bien su «temor» a que la vinculación entre la cuestión social, la patologización (que serviría para ocultar sus efectos) y el delito no siga vigente: «No se me ocurre cuáles son los supuestos en que hoy se encubra la cuestión social mediante la patologización».

En este punto, quisiera hacer abstracción, por un instante, del concepto de peligrosidad criminal. En primer lugar, creo que la tentación de realizar el «truco de magia» por el cual el plomo de la desigualdad y la miseria se transforma en el oro de la salud física y mental, borrando cualquier rastro de la primera, sigue estando fuertemente presente. Permítaseme conjeturar que, posiblemente, cada vez más. A tal efecto, cabe recordar que conviven en nuestra época la conciencia de los efectos que la pobreza tiene sobre la salud física y mental (me parece que esto es consensual entre los estudios de salud pública), la alarma en torno a la actual crisis de salud mental y una rampante desigualdad que arrincona a cifras crecientes de la población a la falsa alternativa entre el trabajo precario, el desempleo, el estancamiento vital y tal vez, quién sabe, esas otras cosas que interesan al penalista y al criminólogo, como la economía informal y las actividades ilícitas. Siguiendo, por un momento, con la conjetura, no parece tan aventurado señalar que seguramente los tres fenómenos de largo alcance mencionados se retroalimenten entre sí, agravando sus respectivas consecuencias. También creo que, fuera del campo científico al menos, ponerle al propio malestar un «*nomen pathos*» tiene a menudo el efecto de transformar lo que *nos sucede* en lo que *me sucede*, reconduciendo problemas que, muchas veces, son colectivos, absolutamente concretos y pragmáticos, a un catálogo de carencias personales que uno ha de cambiar para *adaptarse, renovarse*. A diferencia del s. XIX, nuestra «anomalía» en tiempos de excedente de mano de obra y neoliberalismo parece ser, no ya la «degeneración», sino el «estancamiento», la incapacidad de amoldar la propia existencia a las necesidades cambiantes del sistema productivo.

Pero, ¿en qué puede resultar esto relevante para el sistema penal? Resultaría excesivo por mi parte responder tajantemente a esta pregunta, pero sí señalaré algunas pistas exploratorias. Lejos de mí la intención de plantear una relación simplista entre patología mental y delito, creo que ya no estamos en ese punto. No obstante, parece que existe una contradicción (sólo aparente) en el modo en que las instituciones penales afrontan la salud mental: por una parte, sólo una pequeña cantidad de trastornos mentales llamativamente graves tienen capital jurídico alguno en términos de responsabilidad, mientras que la inmensa mayoría de pequeñas y grandes «anomalías» carecen de la más mínima relevancia. Paralelamente, la salud mental penitenciaria es un espacio en expansión que ha trascendido desde hace tiempo el insuficiente modelo del psiquiátrico penitenciario, virando progresivamente hacia un abordaje estructural, como parece deducirse de programas como el PAIEM. La contradicción es solo aparente, por supuesto, pues la salud mental jurídico-penalmente relevante y la que interesa, en cambio, en el día a día de las prisiones, son bien distintas entre sí, pero nos da la pista de que, en ocasiones, el Código penal o la jurisprudencia no nos cuentan toda la historia. Volviendo al medio penitenciario, en el que parecen converger la vulnerabilidad socioeconómica y la vulnerabilidad psicopatológica, no parece del todo extravagante pensar que existe una relación entre ambas. Como decía, con esto no pretendo reavivar el eterno estereotipo que relaciona la enfermedad mental y el delito, sino rescatar la relación entre psicopatología (o patologización, según se quiera ver) y cuestión social. ¿Mantienen estas reflexiones una relación directa con la peligrosidad criminal, de manera que se pueda trazar una línea de continuidad directa? ¿O acaso debemos pensar que el Derecho penal sólo se ocupa de peligrosidades con causas auténticamente endógenas? De nuevo, la cosa varía si pensamos en el «imputable peligroso» legalmente proclamado, o descendemos a la marea de «imputables peligrosos» que, con otro nombre, son materia cotidiana de los esfuerzos (mayoritariamente exitosos, según parece) de control de la reincidencia.

Tras toda esta diatriba, puedo coincidir parcialmente con el profesor PUENTE RODRÍGUEZ porque, me parece, sus observaciones son consistentes con la evidencia histórica: el linaje del «psicópata, el desalmado, el depredador, el monstruo» es, hasta donde me alcanza, distinto de esas otras

formas, menos escandalosas, de peligrosidad. En mi trabajo, la patologización de la cuestión social y su asociación con el peligro es una de las ramas detectadas, pero no coincide más que parcial y transitoriamente con la otra, la del crimen sin razón, la del «monstruo moral». El punto donde mi querido colega y yo hemos podido disentir es, en realidad, otro distinto que aquí solo aparece de soslayo: si aceptamos la tesis de que, hoy por hoy, hemos conseguido restringir nuestro empleo del estigma de la peligrosidad a los casos más palmarios de individuos «anormales», cuya inclinación a la violencia y el delito es tan extravagante que es posible reconducirla con cierta seguridad a características endógenas, no alcanzo a comprender que seamos tan escrupulosos en considerar aplicables los mecanismos usuales de exención y atenuación de la responsabilidad. Diría más: a esta luz, es la obsesión contemporánea por punir *de más* a quienes consideramos suficientemente distintos como para no ser «como nosotros», pero no lo bastante como para entrar con «los otros» (los inimputables, los enfermos, etc.) lo que me resulta particularmente extraordinario.

III

Finalmente, el tercer punto de controversia tiene que ver con el abordaje que se hace del nacimiento del fenómeno terrorista (o de una forma reconociblemente moderna de terrorismo) y, concretamente, con la consideración de que el terrorismo anarquista decimonónico estuvo rodeado de un aura de peligro «exagerada». A la vista de los escarceos de los teóricos del anarquismo con la retórica encendida y la legitimación de la violencia política, pero también de las muertes efectivamente producidas entre civiles y autoridades, la visión del terrorismo anarquista como peligroso por parte de sus contemporáneos no habría tenido nada de exagerada (exagerado, en este caso, lo habría sido yo, por así decir).

A este respecto, creo que el juicio podría variar en función del tiempo y lugar estudiados, y es cierto que algunos procesos políticos violentos no examinados por la obra podrían merecer otro tipo de calificativos. Ahora bien, lo que quisiera trasladar es, más bien, que la rapidez e intensidad con la que el anarquismo fue transformado en el paradigma de amenaza internacional que se cernía sobre Occidente no se explica adecuadamente por lo que los contemporáneos sabían o podían constatar, sino por lo que temían. Pero el temor tiene una relación «abierta» con la realidad, alimentándose de estereotipias, proyectando ansiedades y coloreando con ello lo que quede de fáctico. Ahondando un poco más, no creo que uno pueda inferir demasiado de la retórica encendida de los ideólogos en un periodo histórico caracterizado, precisamente, por ciclos repetidos e intensos de violencia política en los que la prosa enardecida quedaba como una concesión a la moderación. La historia del terrorismo se narra junto con la historia de las revoluciones políticas, precisamente, para entenderlas de manera entrelazada. Por lo que hace a los «éxitos» prácticos del terrorismo, no sé si fueron suficientes como para justificar el peligro apocalíptico que llegaron a representar. No sé, más en general, si superada la histeria del atentado, el terrorismo tiene gran cosa que hacer para combatir a un Estado moderno que no se encuentre ya haciendo aguas. Las burocracias no se crearon para depender de quienes las encarnan, sino para *sobrevivirles*. En todo caso, y regresando al asunto del anarquismo del periodo, temo que su escalada violenta no pueda considerarse un indicio más que parcial en apoyo de la certeza diagnóstica de los observadores del momento, especialmente si consideramos que esta escalada se produjo, sobre todo, al calor de estallidos violentos de más amplio espectro. En tercer lugar, lo que resulta llamativo al examen histórico es que la inefable amenaza del anarquismo coexistiera sin fisuras con la memoria reciente de masacres institucionales, o con los aún recurrentes excesos de un sistema penal inmaduro y poco profesional. Si hemos de evaluar el grado de acierto de los temores de la época al trasluz de lo que el futuro traería (cosa

que no creo), parece que es el discurso de los revolucionarios y anarquistas el que ha sido más certero en sus temores.

Sea como fuere, no se trata de exonerar al terrorismo, pretérito o contemporáneo, de nada de lo que su actividad implica, sino de señalar que es un espacio especialmente propicio para la proliferación de miedos que, rápidamente, se componen los unos sobre los otros con el riesgo de abandonar todo referente real. Por acabar con este punto con dos palabras sobre la posible caducidad de la relación entre terrorismo y cuestión social a la hora de abordar el fenómeno yihadista contemporáneo, me limitaré a señalar cómo, lejos de difuminarse, este parece ser un pilar importante de las actuales estrategias de prevención de la radicalización en los caladeros de vulnerabilidad social. Desconozco el sentir académico sobre el asunto, pero el sentir político parece claro.

Llegados a este punto es preciso poner fin a esta suerte de conversación compartida reiterando nuevamente mi profundo agradecimiento. Discutir con los colegas es siempre una ocasión grata y una de las mayores recompensas de la actividad académica. Hacerlo con un interlocutor de la talla del profesor Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ y en un foro tan cualificado como el de la Revista *InDret* es un auténtico privilegio. Porque esta conversación hubiera podido discurrir perfectamente en otros ámbitos más confidenciales o espontáneos, qué duda cabe, pero no hubiera podido servir a ningún otro propósito que no fuera el de la amistosa controversia. Es mi sincera esperanza que por medio de estas ideas, esbozadas y entrelazadas con las del profesor PUENTE RODRÍGUEZ, hayamos podido ofrecer una discusión sugerente, provechosa y, quién sabe, incluso vicariamente gozosa.