

Nº 43
Tercer trimestre 2025

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**



Número 43. Septiembre 2025

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

Dª Mª Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dª. Antonia Gómez Díaz-Romo

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha(exc)



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "Luis Ortega Álvarez".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Dª Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local



D. Jordi Gimeno Beviá

Prof. Derecho Procesal de la UNED

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	11
-------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, LLULL Y EL ARS MAGNA .

HISTORIA DE LA COMPUTACIÓN

D. Luis S. Moll Fernández- Fígaro.....	17
--	----

LA DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA DEL INVESTIGADO DURANTE LA INSTRUCCIÓN

Dª Laura Sánchez de Rivera García.....	75
--	----

LA INVESTIGACIÓN PENAL DIGITAL: OSINT, DIRECCIONES IP Y EL EQUILIBRIO ENTRE EFICACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Dª Lena Carazo Sánchez	135
------------------------------	-----

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS. HISTORIA RECIENTE, PRESENTE Y PROPUESTAS PARA EL FUTURO

Dª Gema María Ortega Expósito.....	213
------------------------------------	-----

LA RESOLUCIÓN BANCARIA



D. David Quiralte Miguel 271

DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO SIN MASA Y OBTENCIÓN DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO A PRÓPOSITO DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE, DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

Dª Miriam Romero Saiz.....327

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

¿PUEDEN LAS VÍCTIMAS RECURRIR REVISIONES DE CONDENA? UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA STC 105/2025, DE 29 DE ABRIL

Dª Paloma Cascales Bernabeu.....403

BASES DE PUBLICACIÓN 461



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 43

Septiembre 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



En el número 43 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a un artículo de la sección internacional y una reseña de jurisprudencia todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. Luis S. Moll Fernández- Fígares con el artículo que lleva por título “Inteligencia Artificial, Llull y el Ars Magna. Historia de la computación”. El autor incide en la idea de una IA no es de generación espontánea, en el siglo XX, sino que es el resultado de la evolución del pensamiento y de una aspiración humana de más de siete siglos de antigüedad

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a Dª Laura Sánchez de Rivera García con el artículo que lleva por título “La declaración extemporánea del investigado durante la instrucción”.

A continuación, Dª Lena Carazo Sánchez realiza un estudio brillante sobre “La investigación penal digital: OSINT, direcciones IP y el equilibrio entre eficacia y derechos fundamentales”.

Dª Gema María Ortega Expósito aborda bajo el título “La contratación pública electrónica a la luz de la normativa europea. Especial referencia a las plataformas



electrónicas. Historia reciente, presente y propuestas para el futuro” un análisis de la evolución histórica de la regulación europea de la contratación pública electrónica en la Unión Europea, haciendo alusión a la tercera y cuarta generación de directivas y proponiendo nuevas medidas a incluir en la futura normativa europea, con el objeto de reforzar y ampliar el carácter obligatorio de las formas digitales en la contratación.

A continuación, D. David Quiralte Miguel aborda un tema de máximo interés con el artículo doctrinal “La resolución bancaria” la regulación a nivel español y europeo, con énfasis en la Unión Bancaria Europea y el Mecanismo Único de Resolución (MUR).

La sección nacional se cierra con la obra de Dª Miriam Romero Saiz sobre “Dictamen jurídico sobre la tramitación del concurso sin masa y obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho a propósito de la entrada en vigor de la ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal” Un interesante artículo en el que aborda el desarrollo de un procedimiento concursal de dos personas físicas a propósito de la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.

Dª Paloma Cascales Bernabeu realiza la reseña jurisprudencial titulada “¿Pueden las víctimas recurrir revisiones de condena? Una mirada constitucional a la STC 105/2025, de 29 de abril”.

Se centra en el pronunciamiento reciente del Tribunal Constitucional que analiza el derecho de las víctimas a



recurrir revisiones de sentencias firmes, en el contexto de la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022. La reseña examina los fundamentos constitucionales de la decisión, su conexión con el artículo 24 CE, y su relevancia desde una perspectiva de género y de justicia restaurativa.

La sección internacional cuenta con el excelente trabajo de D. Adriano da Silva Ribeiro y de D. Estevão Grill Pontone que hará las delicias de los lectores sobre “Cláusulas de resolución de controversias y su aplicación en el derecho social”.

El Consejo de Redacción

Gabilex

Nº 43

Septiembre 2025



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 43

Septiembre 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, LLULL Y EL ARS MAGNA¹. HISTORIA DE LA COMPUTACIÓN

D. Luis S. Moll Fernández-Figares

Letrado de la Comunidad de Madrid

Presidente del Consejo Superior de Letrados y
Abogados de Comunidades Autónomas

Un vespre assegut de vora d' es seu llit es
disposava a escriura, en se seva llenyo corrent,
amb es pensament posat en una dona

R. Llull, Vida Coetánea

Abstract: This article focuses on how deep is the relationship between modern AI systems and the Ramon Llull's theory, developed in his work *Ars Magna*. Even more, finds how the big lines of interpretation of modern regulations of the AI in the law texts persue the reinasansse humanism, a philosophy one of whose forerunners also was the Spanish Philosopher. The text once again highlights the relevance of the author's theory of knowlegdge, claiming his figure as one of the greatest

¹ Este artículo tiene su origen en la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 25 de marzo de 2025



thinkers of the West in fields like calculus, logics or computing.

Key Words: Knowledge, logics, computing, philosophy, Humanism, AI regulation, law interpretation, evolution.

Alan Mathison Turing (Londres 1912-1954) es comúnmente aceptado como el precursor inmediato de la Inteligencia Artificial. En 1935, Turing describió una máquina de computación abstracta con memoria ilimitada, representada en forma de símbolos, que podía operar mediante un escáner móvil. Es la conocida máquina de Turing universal.

Años más tarde, en 1956, John McCarthy acuñaría el término Inteligencia Artificial.

Esto no obstante, la idea de una máquina de pensar es una aspiración humana muy anterior en el tiempo.

En el presente artículo vamos a referirnos, como antecedente de los sistemas de computación y de Inteligencia artificial, a la obra de uno de los mayores innovadores del pensamiento de todos los tiempos, el mallorquín Ramón Llull. Nos detendremos en la valoración y crítica de la misma y en como ésta ha influido e influye en los modernos sistemas de IA y su regulación.

Llull nació en Mallorca, en 1232 esto es, después de la llegada de Jaime I el Conquistador a la Isla y falleció en 1316. Era hijo de Ramón Llull e Isabel d'Erill que, parece, vinieron en la galera real, en la que acompañaban al rey los provenientes de Montpellier, en la que vino al mundo el propio Monarca, por lo que hay quien dice que los



padres de Llull eran oriundos de tal ciudad. Ramón, vivió en una familia muy acomodada y ejerció altos cargos en la corte, como el de preceptor del infante don Jaime, que luego sería el Rey Jaime II de Mallorca, consejero, senescal o mayordomo real.

En la primera etapa de su vida, nuestro autor, tuvo una formación media y una vida disoluta². Fue perseguidor del sexo femenino³, trovador, poeta romántico y cultivador de la picaresca. Es famosa la anécdota en la que entra, a caballo, en la iglesia de Santa Eulalia, según unos o de San Francisco, según otros, persiguiendo a una amada, que se había refugiado en ella y de nombre Leonor (que, por supuesto, no era su esposa)⁴.

Esta existencia distraída en Mallorca y sin, que sepamos, grandes preocupaciones, perduró hasta que, según relata él mismo en la *Vida coetánea*⁵, se le apareció Cristo crucificado, cinco noches seguidas. Cambió

² Vid. VILLALBA I VARNEDA, P: *Ramón Llull Escriptor i Philòsop de la diferència*. Servicio de publicaciones de la U. Autónoma de Barcelona, 2015. Págs. 45 y ss.

³ *Libro de la contemplación en Dios*, caps. 104,16; 143, 20;128, 13.

⁴ Se puede admirar, por ejemplo, un bonito cuadro, que ilustra esta anécdota, en el retablo barroco dedicado a Ramón Llull, de la Iglesia de San Miguel en Palma de Mallorca.

⁵ La *vida coetánea* es una supuesta autobiografía de Ramón Llull dictada, por el propio autor, a un monje de la Cartuja de Vauvert, parece que sobre el año 1311.



entonces su vida e inició una actividad frenética, con la idea fija escribir el “mejor libro del mundo”, para hacer evidente, con la razón, la verdad de la religión Cristiana y predicar, sobre todo a sarracenos, y sacarles de su error⁶.

Según la misma *Vida coetánea*, se embarcó, entonces como peregrino, hacia el santuario mariano de Rocamador y a Santiago de Compostela. Camino de regreso, se entrevistó con Raimundo de Penyafort⁷, que le envió a estudiar de nuevo a la isla. Allí pasó nueve años; en el monasterio de Randa, fue un aprendiz autodidacta⁸, consiguió un esclavo árabe, del que

⁶ *Vid. Llull Ramón: Vida Coetánea. Miniaturas del Brevúculum.* Con el estudio introductorio de Gosálbez, J.M: *Llull, revolución en el medievo*. Fundación Rosacruz, 2012, pág. 65.

⁷ Cf. *Vita Coaetanea*, 9.

⁸ Se tienen pocos datos de donde y cuáles fueron sus estudios; parece que Llull debió formarse en bibliotecas de manera libre y que, aunque estuvo vinculado a la biblioteca Cisterciense de La Real, es probable que también visitara bibliotecas más completas de otras órdenes. Jocelyn Hillgarth, en *Readers and Books in Majorca, 1229-1550*, 2 vols., Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1991, lleva a cabo un estudio sobre los inventarios de las bibliotecas mallorquinas medievales con las que pudo estar Llull relacionado. En Hillgarth, J., «La biblioteca de La Real: Fuentes posibles de Llull», en *Estudios Lulianos*, 7 (1963), pp. 5-17, el estudioso aborda de manera monográfica los fondos de la biblioteca de la Real en tiempos de Llull, para sacar a la luz, a través de sus inventarios, con qué libros pudo tener contacto Llull. Ante la presunta pobreza de volúmenes de esta biblioteca en tiempos del autor, Hillgarth considera probable que Llull visitara también otras bibliotecas mucho más dotadas



aprendió su lengua y parece que, también, la tradición filosófica aristotélica⁹.

en Mallorca, además de aquéllas de los distintos lugares en los que estuvo: citado por LÓPEZ ALCALDE, C: "El liber novus de anima rationali de Ramon Llull dentro del discurso psicológico del siglo XIII". *Revista Española de Filosofía Medieval*, 18 (2011) pág 83, nota 8.

⁹ El Ars de Ramón Llull es aristotélico, en el sentido de las proposiciones lógicas que utiliza, partiendo de las premisas divinas. Esas herramientas lógicas son aristotélicas. Llull conocería a Aristóteles con la filosofía árabe, a través del esclavo que le enseñó el idioma y, también, la filosofía aristotélica por los textos árabes, en los que la filosofía de Aristóteles estaba mediatisada por el neoplatonismo. Así, uno de los primeros libros de Llull fue la "Lógica de Al-Gazzali" escrita, probablemente, en la década de 1270, obra en verso que adapta y reinterpreta la lógica del pensador islámico Al-Ghazālī (especialmente su obra *Maqāṣid al-falāṣifah*) y del lógico medieval Pedro Hispano (Tractatus). En 1273 Llull produciría el "Llibre de la Contemplació en Déu", en el que usaría categorías aristotélicas (como sustancia, accidente, causa, etc.). En cambio, el prácticamente coetáneo de Llull, Santo Tomás de Aquino, tuvo la oportunidad de conocer Aristóteles, traducido directamente del griego. Santo Tomás utilizó, principalmente, las traducciones al latín de Guillermo de Moerbeke, que fue un erudito y traductor del griego al latín en el siglo XIII. Éste produjo versiones más fieles y técnicas que las árabes, lo que permitió a Tomás de Aquino hacer una interpretación más precisa de Aristóteles. conocía unos textos, parece a través de Italia y de Constantinopla. El de Aquino pudo, así, estudiar un Aristóteles sin esa tamización neoplatónica que recogieron los textos árabes. En todo caso señala Bordoy Fernández: "Los estudios modernos han puesto



de relieve esta imposibilidad de situar la lucha contra el averroísmo como eje central de la filosofía luliana. De hecho, como señalaron T. y J. Carreras i Artau, para poder llevar a cabo esta interpretación, Thomas Le Myésier no sólo se vio obligado a modificar el orden compositivo de los escritos de Ramon Llull, sino que incluso no dudó en introducir párrafos y explicaciones de su propia mano. Sólo a partir del año 1308 es posible hablar de una auténtica lucha contra el averroísmo latino (...) No sería difícil rastrear en los fundamentos de la filosofía luliana una amalgama de elementos procedentes de tradiciones tanto de raíz platónica como aristotélica. Este hecho, propio de otro lado de los pensadores de la época, no implica que su cosmovisión sea también el resultado de una síntesis de ambas. En efecto, el pensamiento de Ramon Llull está construido sobre una base neoagustiniana (...) Este esquema de origen agustiniano se completa, al mejor estilo neoplatónico, con una ontología basada en principios aristotélicos. En este sentido, Llull es por lo general clasificado en lo que se consideran como 'metafísicas realistas', a saber, modelos en los que la característica principal es la atribución de existencia a todo aquello que sea concebible, inclusive elementos relacionados con conceptos o actos intelectuales": BORDOY FERNÁNDEZ, A: "Ramon Llull o el heterodoxo que quiso crear una ciencia plenamente cristiana" *La albolafia. Revista de humanidades y cultura*, nº. 18, 2019, págs. 67, 68 y 69); y "no resulta difícil ver cuáles son los fundamentos de su pensamiento: un modelo tradicional de herencia agustiniana y no alterado por las innovaciones universitarias de la época (Vid. BORDOY FERNÁNDEZ, A: *Enseñar filosofía en los albores de la Universidad (1200-1240). Estudio histórico acompañado del Acceso de los filósofos a las siete artes liberales*, Madrid-Porto, Sindéresis, 2018). Según Casadesús: "La obra de Llull hay que verla desde el ambiente logicista medieval. Su obra refleja una expresión del neoplatonismo que, yendo de la identidad de lo ideal a lo real, sostiene que puede hacer una reconstrucción de la realidad mediante la determinación del movimiento de las ideas. Los



Fue, por lo demás, un viajero incansable: peregrinó a Santiago, realizó estancias en Montpellier, París, Roma, Génova, Túnez, Bugía, Argelia, Lyon, Pisa, Viena, Chipre...¹⁰ visitó a Papas, Reyes y sabios de distintas culturas. Fundó monasterios¹¹. Fue políglota, traductor del latín, mallorquín y árabe, y el primero en hablar de la idea de una Unión Europea¹².

orígenes de la lógica de Llull se encuentran en la lógica árabe, que en realidad fue el desarrollo de la lógica aristotélica. La silogística de Aristóteles supone unos principios ciertos y considera la posibilidad de encontrar todos los términos medios posibles que unan cualquier sujeto con el predicado que le conviene". CASADESÚS, R: "¿Combinación lógica o lógica combinatoria en Ramon Llull?. Una ojeada al *Ars magna*". *Ars Brevis*, 2015, pág. 52.

¹⁰ "Cuando Llull abandonó la isla de Mallorca adquirió una visión más amplia del estado de la cristiandad gracias a un contacto más directo con dos de las instituciones más características del orbe cristiano: el pontificado romano, centro eclesiástico de poder, y la Universidad de París, centro intelectual por excelencia": DOMÍNGUEZ, F., «Algunas reflexiones sobre el trasfondo geopolítico del pensamiento luliano», *El pensamiento político en la Edad Media*, coord. Pedro Roche Arnas, Madrid, Fundación Ramón Areces S.A., 2010, pág. 416.

¹¹ *Vid. LLULL RAMÓN: Vida Coetánea. Op. cit.*

¹² *Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. McGraw-Hill, 1996; TESSARI, A: "Ramon Llull: The first proto-European". *Contributions to science*, Vol. 12 No. 1 (2016).*



Como dijo MENÉNDEZ PELAYO, y se ha repetido tantas veces: "pocas biografías ofrecen más variedad y peripecias"¹³.

Para dar una dimensión de su obra, ha de destacarse que se le atribuyen más de doscientos cincuenta libros sobre temas diversos de filosofía, teología, medicina, derecho, mística, pedagogía¹⁴ etc. Llull Introdujo el álgebra¹⁵ en Europa, derivada de sus estudios de Averroes. En algunos de sus trabajos (*Artificium electionis personarum*, 1247-83 y *De arte electionis*, 1298) propuso métodos electorales que fueron recogidos, siglos más tarde, por CONDORCET¹⁶. Incluso,

¹³ MENÉNDEZ Y PELAYO, M: *Historia de los heterodoxos españoles*, t. I, Madrid, 1880, p. 514.

¹⁴ Sobre el carácter multidisciplinar de la obra de Llull vid., últimamente: BERLIN, H. Introduction: "Llull among the Disciplines", *Ehumanista/IVITRA* 8, University of California Santa Barbara Santa Barbara, CA 93106 (2015) 1-4.

¹⁵ Daniel RUIZ AGUILERA, en la charla: "Tres problemas matemáticos de Ramon Llull: ¿Gardner se equivocó con él?", dada en el Aula Miguel de Guzmán de la Facultad de Matemáticas de la UCM, el 8 de noviembre de 2016, cita estas innovaciones del Ars magna de Llull: La idea de Cálculo; La idea de un "Alfabeto del Pensamiento"; La idea de un Método; La idea de Análisis Lógico; La idea de Heurística y de Deducción; La idea de Sistemas Generativos; La idea de Grafo; La idea de las Tablas; La idea de Red Conceptual; La idea de los Diagramas.

¹⁶ *Vid. verbi gratia*: BARESTEIN, J. "los escritos electorales de Ramon Llull: una nueva teoría de la votación en la segunda mitad del s. XIII". *Revista Española de Filosofía Medieval*, 20 (2013), ISNN: 1133-0902, pp. 85-99. HÄGELE G. &



en la época, fue precursor de lo que, en expresión actual, llamamos feminismo¹⁷. Revolucionó la teología, mediante la introducción de la razón¹⁸ y fue perseguido

PUKELSHEIM, F. "Llull's writings on electoral systems", *Studia Lulliana* 41 (2001) pp. 3-38. MCLEAN, I. "The Borda and Condorcet Principles: Three Medieval Applications", *Soc. Choice Welfare* 7, 1990, pp. 99-108. *Vid.*, en su obra: Llull's *De Arte Eleccionis* (1299).

¹⁷ Señala Julia Butinyá: "Llull, pues en ese mismo pasaje del *Llibre del gentil* una respuesta del sarraceno al gentil destila lo que podríamos denominar –salvando las distancias– feminismo, igualando en justicia la mujer al hombre en cuanto a felicidad sexual: *[Dix lo gentil al sarrá: Si Déus és just e en paradís dóna moltes fembres a un home just, e on pus just serà més fembres haurà ab qui jaurà per ço que sa glòria sia major; segons ço se segueix que a la fembra qui és pus justa que l'home e pus justa que altra fembra, degués Déus dar en paradís moltsòs homens qui jaguessen ab ella, per ço que hagués major glòria (p. 1133)]*" y señala, en la nota 28 que referencia este párrafo la autora: "Referencia que me proporcionó la investigadora Matilde Conde. En cuanto a Llull cabe tener en cuenta que ya muestra esta tendencia desde su primera gran obra, el *Llibre de Contemplació en Déu*, pues un argumento de la superioridad de la religión católica es que, en el matrimonio de esta ley, la mujer es considerada igual que el hombre (cap. 188, 25)": BUTINYÁ JIMÉNEZ, J: "Bernat Metge y Ramon Llull frente a los sarracenos". *Mirabilia: electronic journal of antiquity and middle ages*, 2018, n.º 26

¹⁸ Dice Casadesús: "Llull destacó por su posición en el diálogo fe-razón. En su época, los que defendían la incompatibilidad entre razón y fe argüían un doble nivel de verdad o una doble verdad, o incluso, como el Papa San Gregorio Magno, que si la fe fuese demostrable, no tendría ningún mérito creer. Por



por la Inquisición. Nicolás Eymerich, dominico, Inquisidor General de Aragón, nombrado por el Papa Gregorio XI, persiguió la obra de Llull entre 1369 y 1399, e inició un enconado enfrentamiento entre dominicos y franciscanos (se dice que Llull entró en la tercera orden franciscana, esto es como seglar, nunca fue monje). Hoy sigue abierto su proceso de canonización¹⁹.

otro lado, también los había conciliadores o compatibilistas que armonizaban la fe con la razón, como Ricardo de San Víctor, san Anselmo de Canterbury o el mismo Santo Tomás de Aquino. Pero Llull fue más lejos aún, y defendió que toda verdad de fe podía ser demostrada. (...) Llull estaba convencido no solo de que la fe era razonable sino de que era demostrable, y de que gracias a estas demostraciones podría convertir a los judíos y musulmanes con los que convivía en la Mallorca de su tiempo. Con este objetivo último escribió el *Ars magna...*": CASADESÚS, R: "¿Combinación lógica ..." *op? cit.*, pag. 44-45

¹⁹ No debía cuadrarle al dominico el racionalismo de Llull que defendía, dicho de una manera simplificada, que a través de la razón se puede llegar a Dios, sin vida piadosa y moral, sin intermediarios, misma razón por la que luego sería apreciado por los reformistas. Ahora bien, Ramón Llull, no parece que sostuviese que se puede llegar a Dios sin la gracia. Debe recordarse que él expresaba que su arte era "revelado": "Después de esto, Ramón subió a una montaña no muy alejada de su casa, con el fin de contemplar allí a Dios con un mayor sosiego. Y cuando no llevaba aún ocho días completos allí, sucedió que cierto día, mientras estaba absorto mirando el cielo, de pronto el Señor iluminó su mente, dándole la forma y manera de hacer el libro contra los errores de los infieles antes mencionados" (GOSALVEZ J.M. estudio FALGAR. T. Traducción del latín. *Vida Coetánea y Miniaturas del brevículum*. Ed. Fundación Rosacruz, 2012, pág. 81). Por lo



tanto, el Ars contenía la gracia por sí misma, pero permitía que al que no entrare en las órdenes religiosas, al que no estaba en la élite, llegar a Dios a través de la razón, y por eso también el predicar en lenguas vernáculas como el mallorquín o el árabe. Como apunta Casadesús: "Para llevar a cabo su objetivo, Llull estudió intensamente el idioma y la teología árabes. Entre 1265 y 1274 se dedica a su formación intelectual y lingüística, lo cual le llevó a escribir la Lógica de Algacel y el Libre de contemplació en Déu, donde expone –al contrario de Santo Tomás de Aquino– que todos los principales dogmas del cristianismo podían ser demostrables por razonamientos irrefutables y que la fe sería una valiosa ayuda para entender tales demostraciones. Para ello, Llull utilizó la dialéctica de San Buenaventura": CASADESÚS, R: "¿Combinación lógica *op. cit.* pág. 45. A este respecto, señala Julia Butinyá que: "En resumen, la metáfora que utiliza Llull para explicar su visión es el árbol, figura que hace referencia al árbol de la cruz según la tradición cristiana y la crítica luliana. Llull hará conjugar con la filosofía inherente a la cruz —una filosofía de amor— las explicaciones precisas para entender todo racionalmente y con ellas constituye una ciencia; para lo cual emplea igualmente, al parecer, la figura arbórea. Llull, de este modo, adecúa la cruz a todas las gentes; de ahí no se ha separado nunca, pues no sólo no lo hace ni un ápice en cuanto al mensaje cristiano sino tampoco incluso de la forma, que plasma en un árbol, que al fin y al cabo es una cruz. Es decir, la cruz cristiana es válida para todas las ideologías y a ella conforma todos los niveles, campos, ideologías, etc. Por ello el cristianismo luliano es sólido e indefectible, porque se funda en la explicación de la cruz [53 En consecuencia, aunque sea crítico, no se aleja nunca de la ortodoxia, ni en doctrina ni en fidelidad]. BUTINYÁ JIMÉNEZ, J: *Detrás de los orígenes del Humanismo: Ramón Llull*. UNED, 2006. Pág. 27.



El impacto de la obra de Llull se puede medir en muy diversos campos.

En el de la lingüística fue el forjador de una lengua, la mallorquina. El primero en usar una lengua romance para hacer ciencia, democratizando, si se puede usar esta palabra, la difusión del conocimiento, que únicamente se hacía hasta entonces, en latín, idioma que se usaba en las abadías y en las universidades y que sólo dominaban las élites intelectuales. “Todo hombre por naturaleza, desea conocer”, es la primera línea de la metafísica de Aristóteles; Ramón Llull la repitió muchas veces, sin conocer la cita del estagirita²⁰.

Desde el filosófico, Llull crea el primer artificio que representa cómo se relacionan los principios²¹ a través de los cuales conocemos²².

²⁰ Sobre Física y Teología vid. HIGUERA RUBIO, J. *Física y teología (atomismo y movimiento en el arte luliano)*. Círculo rojo, 2014.

²¹ Vid. METCALFE, D: “Pensando la máquina: Ramón Llull y la vida interior de la tecnología”, *The global catholic Review*, 1 de julio de 2028.

²² Dice Barenstein: “Teniendo a la vista los principales elementos del sistema luliano, podríamos concluir que éste supera al escolástico en diversos aspectos, entre ellos, en lo que hace a su capacidad sistematizadora –en tanto que habilita a la mente humana para funcionar como una calculadora...” BARENSTEIN, J: “Alphabetum Mundi El Ars magna de Ramon Llull como alternativa al método escolástico”, *Studium. Filosofía y Teología* 30 (2012) pag. 347.

Desde el punto de vista de la religión, fue un decidido precursor del diálogo interreligioso²³.

²³ Vid., dentro de su obra, el Libro *El gentil y los tres sabios*: "Mientras tanto, tres sabios se encontraron a la salida de una ciudad. Uno era judío, el otro cristiano y el tercero musulmán. Al verse, se saludaron, se acogieron y se acompañaron. Cada uno hablaba a los otros dos de su creencia y sus pensamientos, y hablando, hablando, llegaron al bosque por donde andaba el gentil...". Dice julia Butinyá: "Es importante, a efectos de nuestro pasaje a analizar, tener muy en cuenta que, al final de esta obra luliana, el gentil quedaba como modélico ante los tres sabios, puesto que no se pronunciaba por una creencia, en coherencia con que a lo largo de toda la obra se han mantenido en concordia y en igualdad de condición y sin superioridad de una sobre otra; por lo que, entonces, cuando ha descubierto la verdad, desecha el pronunciarse y declararla, a la vez que se lanza a ir, encendidamente, a comunicar a los otros su descubrimiento y nueva fe". BUTINYÁ JIMÉNEZ, J: "Bernat Metge y ..." op. cit. pág. 167. Vid en el mismo sentido: BUTINYÁ JIMÉNEZ, J: *Detrás de los orígenes* op. cit. Págs. 92-96 y 103: "El Llibre del gentil e dels tres savis, una de las primeras obras lulianas, es importantísimo para el pensamiento y para la literatura, como lo era para el mismo Llull. «Aquest opuscle lul-lià... és una versió popular o simplificada de l'Art» [19. Boner-Badía 1988, p. 126]. La obra, sin embargo, ha abierto muchas preguntas, por un lado, por el final, de aspecto inconcluso, y por otro por el hecho de relevarse tanto entre las obras apologeticas. Un matiz en la manera de entender el Llibre, a la luz de la fuente bíblica que estamos proponiendo, puede quizás contribuir a aclarar la razón de su importancia y aquel final inesperado.

Recordemos que en esta obra tres sabios de las tres religiones —un cristiano, un judío y un sarraceno— convencen a un



gentil, que sufría a causa del desconocimiento de la inmortalidad, de la existencia de Dios; después, cada uno quiere inclinarlo hacia su propia ley. Al final, sin embargo, se deja la solución pendiente, puesto que no se revela la elección del gentil. La ley escogida por él, además, debía ser la objetivamente cierta, dado que habían seguido un sistema — el Arte Iuliano, que les había enseñado previamente una dama, la Inteligencia— de validez universal. El silencio final, efectivamente, sorprende; aunque es congruente con el tono del libro, ya que en su transcurso «no es mostra preferència, ni tan sols simpatia, a favor d'una de les tres religions... i el gentil hi presenta dificultats a tots tres, que li són ventilades. Més d'una vegada hom hi exposa l'ardent desig de reducció de les tres creences a una, però mai no es diu a quina. Com és obvi, Llull estava del costat del savi cristia, car no debades lluità tan abrivadament en controvèrsies contra jueus i sarraïns i escriví sense treva llibres contra ells [197 Riquer; 1964: 243]. (...) Y que sencillamente Llull podía estar enseñando a los sabios de su tiempo acerca de un nuevo talante, el cual vamos a pasar a analizar (...) Así pues, se ha excluido cualquier prioridad y el aferrarse a ninguna creencia; y sobre todo se ha condenado la visceralidad como factor que impide el recto conocimiento (...) Y a continuación, se sugiere la vía del diálogo...". Y continúa: "Sí que hay que apreciar, sin embargo, que ha habido un cambio sustancial entre los sabios de las tres religiones y el sabio que habla finalmente en el anonimato, en representación de todos, puesto que aquellos interlocutores, antes resabiados, se habían manifestado primeramente bastante egoístas, aburridos y tendenciosos. Pero en el último apartado del epílogo (...) están ya muy lejos de las disensiones (...). Es un hecho que el ejemplo del gentil ha sido efectivo para ellos. Su maliciosa disputa (...), de discordia, se ha vuelto concordia; han girado sus voluntades en una misma dirección. Parece, por tanto que (...) han perdido las direcciones del gentil; son ellos en realidad quienes se han convertido. (...) Y a continuación, se sugiere la vía del diálogo inicialmente propuesta entre ellos. (...) cuando Ramon



Baste señalar que, hoy día, en los congresos internacionales sobre filosofía medieval²⁴, Llull sigue encontrándose entre los autores más citados, con Santo Tomás, San Alberto Magno o San Buenaventura. Ramón Llull era una lectura filosófica obligatoria²⁵ hasta la Ilustración²⁶. Dice el historiador de la Filosofía Karl

se dirige a esta audiencia no le preocupa tanto darles armas (apologética) como darles una lección (pedagógica); no son tanto para hacer los doctos, como para hacerlos buenos (moral). Les estaba sentando el abecedario: las bases para la renovación de la fe y del apostolado, para lo cual creía que había que cambiar, que había que ser crítico”.

²⁴ Según Ramis: “Comparar a Santo Tomás y a Ramon Llull es poner frente a frente a dos de los más grandes genios del siglo XIII”: RAMIS BARCELÓ, R. “El pensamiento jurídico *op. cit.* pág. 189. Los Congresos SIEPM de Palermo (2007) y Freising (2012) celebraron reuniones dedicadas al pensamiento de Llull. Este continuo interés por Llull reforzó la constitución de una Sección Lulliana apoyada por la Mesa de la SIEPM (Sociedad Internacional para el Estudio de la Filosofía Medieval), comisión de Filosofía Latina. Desde su fundación, esta red de investigación ha promovido la investigación académica que ha dado lugar a nuevos conocimientos sobre la obra de Llull como vehículo de preocupaciones filosóficas medievales y sobre la historia de su recepción.

²⁵ Vid. HIGUERA RUBIO, J. *En torno a Ramón Llull presencia y transmisión de su obra*. Francisco José Díaz Marcilla (coord.), José Higuera Rubio (coord.) Edições Húmus 2017

²⁶ “Ramon Llull es, hasta finales del siglo XIX y principios del XX, relegado a un lugar secundario. A esta situación contribuyeron diversos factores susceptibles de ser



Vorländer: “Una figura más llamativa que Roger Bacon es el español Ramon Llull [...], que tras una vida de aventuras mundanas se dedicó a la conversión de los árabes y quiso demostrar a estos y a sus correligionarios cristianos las verdades del cristianismo de una nueva y definitiva manera [...]. Aparte de sus escritos alquímistas y descubrimientos [...], fue particularmente célebre por su obra más importante: el *Ars Magna*”²⁷.

clasificados en externos e internos. En el primer caso figuran las complejas relaciones con la Iglesia en diferentes siglos, la creación en torno a su figura de un culto popular, la aparición de los pseudo lulismos y del lulismo alquímico, la no adaptación de su sistema al modelo tradicional o la reducción de su pensamiento al Arte. En el segundo caso, la especificidad de su lenguaje y forma de expresión, su no integración en el incipiente pero consolidado modelo universitario, el hecho de orientar sus obras a una finalidad externa a la academia o el rechazo del método escolástico figuran entre las mencionadas con más frecuencia” (BORDOY FERNÁNDEZ, A: “Ramon Llull o el heterodoxo que quiso crear una ciencia plenamente cristiana la albolafia”. *Revista de humanidades y cultura*, nº. 18, 2019 (ejemplar dedicado a: Pensamiento filosófico español (II)), pág. 60).

²⁷ Y Continúa: “Todos los conceptos posibles recogidos de Aristóteles, de la Escolástica y de la cábala se distribuyen después en las superficies de 7 círculos concéntricos, de los cuales cada uno representa un dominio particular del saber (por ejemplo A toda la Teología, B la psicología). Según se gire este círculo sobre un punto medio común se pueden producir con facilidad todas las combinaciones deseadas y demostrar también todas las verdades deseadas, incluidas las consideradas por Tomás como indemostrables (como la Trinidad y la Encarnación). El primer círculo contiene, por ejemplo 16 propiedades de Dios designadas por las letras B



En esta obra nos queremos centrar²⁸, una obra que establece un método racional²⁹ para la defensa de la Fe, de inspiración divina³⁰ y en la que se puede rastrear la

hasta Ia R; mediante Ia combinación de las mismas (BB, BC, BD, etc.) surgen 136 conceptos mas y así sucesivamente": VORLÄNDER, K., *Geschichte der Philosophie*, I, p. 272.

²⁸ Ramón Llull produjo, a lo largo de su vida, numerosas obras sobre lógica, siendo diferente la suya a las que le precedieron en el occidente medieval cristiano. Estas conforman un corpus, que evolucionó en su tiempo vital, hasta su muerte. (SEVILLA MARCOS J.M. *La lògica de Ramón Llull*: Discurso de ingreso en la Reial Academia Mallorquina d'Estudis Històrics, pronunciado el 28 de enero de 2016. MRAMEGH, 26 (2016), pág. 115. Este corpus lo constituye "El Arte de Ramon Llull" (vid. DOMÍNGUEZ REBOIRAS, F., "Erhard-Wolfram Platzeck (1903-1985). Cuarenta y cinco años de investigación luliana", *Estudios Lulianos*, 26 (1986), pp. 69-79; PLATZECK, E. W. "La combinatoria luliana. Un nuevo ensayo de exposición e interpretación de la misma a la luz de la filosofía general europea", *Revista de Filosofía*, 12 (1953), pp. 575-609, 13 (1954), pp. 125- 165; BONNER, A., *L'Art i la lògica de Ramon Llull, Manual d'ús*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2012.

²⁹ "Llull as a scientist emerges from his attempt to explain the religious fact not by the mere faith but by means of the reason". ECO, U: "The Ars Magna by Ramon Llull". *Contributions to science*, 2017, Instituto de Estudios Catalanes, Barcelvol. 12, núm. 1, pags. 47-50. <https://raco.cat/index.php/Contributions/article/view/95274/411647>

³⁰ Tras ocho días de contemplación "le llegó la inspiración divina, dándole el orden y la forma para hacer los



tradición aristotélica. El *Ars* nace como rechazo al método escolástico, en concreto, al procedimiento de disputa mediante cita de autoridades.

¿Qué es, pues, el *Ars Magna*?³¹. Consiste en un artificio, creado en dos dimensiones, compuesto por una serie de tablas y esferas³², que parte de un número de proposiciones inamovibles, de axiomas o verdades evidentes que se dan por verdaderas e inmutables y que, utilizando un sistema de combinaciones lógicas, aplicando principios y reglas determinadas, permite que se le puedan realizar preguntas³³ de todo tipo:

mencionados libros contra los errores de los infieles" (*Vita coaetanea*, III, 8.). Nace así "el Arte", un sistema lógico, que ordena los principios y las preguntas de tal modo que la razón humana, en caso de seguirlos, alcanza la verdad, tanto sobre los más elevados contenidos, como sobre las cuestiones más simples y mundanas: BORDOY FERNÁNDEZ, A: "Ramon Llull o el heterodoxo que quiso crear una ciencia plenamente cristiana", *La albolafia: revista de humanidades y cultura*. Núm. 18, 2019, pág. 63.

³¹ *Vid.* últimamente: MIRÓ I COMAS, A: "El Ars de Ramón Llull y el principio de conveniencia (segunda parte)" Cuadernos de pensamiento 36. Publicación del Seminario "Ángel González Álvarez" de la Fundación Universitaria Española. Número monográfico sobre Humanismo, técnica, y transformación digital año 2023, pags. 141 y ss.

³² Suele fecharse en 1274.

³³ Y Continúa: "Todos los conceptos posibles recogidos de Aristóteles, de la Escolástica y de la cábala se distribuyen después en las superficies de 7 círculos concéntricos, de los cuales cada uno representa un dominio particular del saber (por ejemplo A toda la Teología, B la psicología). Según se



científicas, teológicas, médicas, de derecho también etc...; de manera que el sistema devuelve una respuesta³⁴. Una “máquina³⁵ de pensar”; así la llamó BORGES, que publicó *La máquina de pensar de Raimundo Lulio*³⁶. Decía el propio Llull: “Este Arte es la

gire este círculo sobre un punto medio común se pueden producir con facilidad todas las combinaciones deseadas y demostrar también todas las verdades deseadas, incluidas las consideradas por Tomás como indemostrables (como Ia Trinidad y Ia Encarnación). El primer círculo contiene, por ejemplo 16 propiedades de Dios designadas por las letras B hasta Ia R; mediante Ia combinación de las mismas (BB, BC, BD, etc.) surgen 136 conceptos mas y así sucesivamente”: VORLÄNDER, K., *Geschichte der Philosophie*, I, p. 272.

³⁴ Según el propio Llull es “un método universal con capacidad para dar respuesta, de manera unificada, a todos y cada uno de los problemas científicos, filosóficos, teológicos y éticos de la época, pues fue “concebido para dirigirse al intelecto de cualquier persona capacitada para razonar, prescindiendo de las diferencias culturales aprendidas” LLULL, R.: “Introducción”, en *Arte breve*, Pamplona, EUNSA, 2004. Traducción de Josep Enric RUBIO ALBARRACÍN. pag. 18.

³⁵ Borges publicó “La máquina de pensar de Raimundo Lulio” en la revista *Hogar*, octubre 1937 (posteriormente incluido en el volumen *Textos Cautivos*, Alianza, Madrid, 2005).

³⁶ Borges criticó y reivindicó la máquina de Llull. Dice Eduardo Guízar: “La vindicación que hace Borges de la obra de Llull comienza al enfatizar la ambición en Llull, que es la misma que ha llevado a otros hallazgos dentro de la ciencia: “La ciencia experimental que Francis Bacon profetizó nos ha dado ahora la cibernetica, que ha permitido que los hombres pisen



respuesta a todas las preguntas, suponiendo que lo que se puede saber en general es formulable en el concepto [...]. Establecemos en este Arte un alfabeto con el que podemos llenar las figuras y para la combinación de los principios y de las reglas, con el objetivo de encontrar la verdad”³⁷.

Con independencia de la trascendencia que el sistema de pensamiento de Llull ha tenido en la evolución

la luna y cuyas computadoras son, si la frase es lícita, tardías hermanas de los ambiciosos redondeles de Lulio”. ” (OC 3: 440). Continúa Borges con la “Vindicación final”: “Como instrumento de investigación filosófica, la máquina de pensar es absurda. No lo sería, en cambio, como instrumento literario y poético” (OC 4: 323). Como máquina de pensar, el poeta hace uso de ella cuando se enfrenta a la colocación de dos palabras que unidas ofrecen un espacio intermedio: (...) Así, a pesar de que Borges empieza por llamar a veces a esta máquina infernal “máquina absurda” o “máquina ilusa” (OC 4: 322), acaba por vindicarla: “En el exordio de este artículo dije que la máquina de pensar no funciona. La he calumniado: elle ne fonctionne que trop, funciona abrumadoramente” (OC 4: 322). Al hacer funcionar la maquinaria de Llull en el contexto poético acudimos, como se ha señalado, a uno de esos actos frecuentes de Borges que es vindicar. GUÍZAR, E.: “Borges y el delirante orden de las cosas en Ramón Llull”, en *Variaciones Borges* 17 (2004), págs. 88 y ss.

³⁷ LLULL, R., *Ars Magna* (trad. del latín por W. K.) en WERNER KÜNZEL Y HEIKO CORNELIUS, EL ARS GENERALIS ULTIMA DE RAMON LLULL (Estudios sobre un origen secreto de la teoría computacional Revista Española de Filosofía Medieval, 5 (1998). Traductor: Luis Baz., original Die «Ars Generalis Ultima» des Raymundus Lullus. Studien zu einem geheimen Ursprung der Computertheorie (Berlín, 1986).



histórica, queremos llamar la atención en que, esta definición, realizada en términos rudimentarios y sencillos, responde verdaderamente, a lo que, hoy, se llaman *sistemas de inteligencia artificial*. Así, el actual Reglamento de Inteligencia Artificial, *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial)*, en su artículo 3, señala: “A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: 1) «sistema de IA»: un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe, la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales³⁸”.

En el mismo sentido, por ejemplo, el artículo 2 del Convenio Marco del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, aprobado el 17 de mayo de 2024, dispone:

³⁸ La definición de «sistema de inteligencia artificial» empleada por las instituciones europeas se alinea con la propuesta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en mayo de 2019.



“Definición de sistemas de inteligencia artificial. A efectos del presente Convenio, se entenderá por «sistema de inteligencia artificial» un sistema basado en máquinas que, para objetivos explícitos o implícitos, deduce, de la información que recibe, cómo generar resultados, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que puedan influir en entornos físicos o virtuales. Los distintos sistemas de inteligencia artificial varían en sus niveles de autonomía y capacidad de adaptación tras su despliegue”³⁹.

³⁹ *Vid.* sobre el mismo: COTINO HUESO, L. “El Convenio sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho del Consejo de Europa”, *Revista Administración & Ciudadanía, EGAP*, 2024, Vol. 19. Señala el autor: “Aunque en general el Convenio IA no se caracteriza por establecer nítidas obligaciones y derechos específicos hay varios motivos para tenerlo normativamente en cuenta. [...] Considero relevante la regulación en el Convenio IA de “principios” generales aplicables a todos los sistemas de IA. A este respecto cabe recordar que, desde hace años, entre decenas de declaraciones y documentos, se han ido visibilizando y destilando unos principios éticos esenciales de la IA. Desde Harvard se analizaron más de treinta de las principales declaraciones internacionales y corporativas de ética de la IA y se sintetizaron en privacidad, rendición de cuentas, seguridad, transparencia y explicabilidad, equidad y no discriminación, control humano, responsabilidad profesional, valores humanos y, sostenibilidad. El futuro Convenio es positivo por cuanto va más allá de las declaraciones en el ámbito del soft law y regula estos principios, si se me permite, pasa de las musas de la ética al teatro del Derecho”.



Esta idea del *Ars*, como antecedente de la IA, ya ha sido estudiada en la historia de la computación⁴⁰: "Que el Arte puede ser integrado en el horizonte teórico de la informática quiere decir que puede ser traducido al lenguaje computacional. BONNER⁴¹ apunta que el sistema de argumentación del Arte presenta alguna similitud con el método de prueba llamado de los 'tableros' ('tableaux') y con el lenguaje lógico Prolog, que está asociado a él. Para T. SALES⁴² hay diez componentes en el sistema luliano que pueden ser integrados en el mundo de los conceptos informáticos: desde la idea de 'calcular los resultados' del razonamiento lógico, ya explorada por LEIBNIZ, a la de un 'alfabeto del pensamiento', interpretada matemáticamente por George BOOLE a mediados de siglo XIX, a la de un método general, que sea heurístico y deductivo, al análisis lógico, a la noción de un sistema generativo, a la operación a través de diagramas, o a la

⁴⁰ *Vid. verbi gratia*: UCKELMAN, S. L: "Computing with Concepts, Computing with Numbers: Llull, Leibniz, and Boole" *Institute for Logic, Language, and Computation*. F. Ferreira et al. (Eds.): CiE 2010, LNCS 6158, pp. 427–437, 2010. c Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010.

⁴¹ Anthony Bonner (Nova York, 1928) es un traductor y especialista en Llull. Doctor Honoris Causa por la Universidad de las Illes Balears.

⁴² *Vid. SALES PORTA, T. Llull com a informàtic avant la lettre*. Ed. Josep Puyol Gruart, Associació Catalana d'Intel. lligència Artificial, ACIA. 2013.



teoría de los grafos que ordena las figuras triangulares⁴³ del Arte”⁴⁴.

Dice COLOMER: “Todo el mundo sabe que la informática se asienta sobre esta doble base: la idea de un cálculo lógico y su ulterior automatización. Ahora bien, ambas cosas forman parte, aunque de una manera un poco rudimentaria, del proyecto de combinatoria que constituye un elemento básico del Arte luliana. El intento de Llull pasó después a Leibniz. Su famosa *Dissertatio de arte combinatoria*, nacida del Ars magna y de sus principales comentadores, comporta un cambio de perspectiva decisivo en el enjuiciamiento del pensamiento de Llull. Leibniz⁴⁵ es el primero en darse

⁴³ Véase: WERNER KÜNZEL Y HEIKO CORNELIUS, El Ars Generalis ultima de Ramon Llull (Estudios sobre un origen secreto de la teoría computacional. Op. cit. pág. 102. TON SALES, “La informática moderna, hereva intelectual directa del pensamiento de Llull”, *Studia Lulliana* 38 (1998), pp. 51-61.

⁴⁴ Universitat de Barcelona: “Qui és Ramon Llull”. Centre de Documentació Ramon Llull. *El Arte y la informática*: <https://quisestlullus.narpan.net/es/el-arte-y-la-informatica>

⁴⁵ Vid. LEIBNITZ “*Die philosophischen Schriften*”, IV, 1875, p. 62. COLOMER, E., “De Ramon Llull a la moderna informática”, *Estudios lulianos*, XXIII, 2-3 (1979), pp. 113-135. “El gran historiador polaco de la Lógica, José María Bochenski (1902-1995, catedrático de la Universidad alemana de Friburgo) consideró a Leibniz respecto a Boole la misma relación que Platón sobre Aristóteles. De manera que Boole bebió en las fuentes del abuelo de la lógica matemática, Leibniz, y éste recibió una poderosa influencia de nuestro Ramon Llull, lo que está ampliamente documentado, pero apenas citado y repercutido” (SEVILLA MARCOS J.M. *La lógica...* op. cit. pág. 123).

cuenta de las posibilidades de futuro que aquel contenía”⁴⁶.

WERNER KÜNZEL y HEIKO CORNELIUS, a propósito de la crítica de Windelband a Llull y Bruno, señalan: “Queda por resolver si este dictamen puede hacer justicia al pensamiento de Giordano Bruno, pero por lo que se refiere al Ars Magna de Ramon Llull, Windelband se convierte, con su riguroso rechazo, lleno de desprecio, de esta «ocurrencia barroca», en la víctima de su propia obcecación. Pues nadie tan señalado como Bruno, y más tarde sobre todo Leibniz, ha reconocido la gran importancia de la concepción luliana de una máquina para la producción de enunciados y argumentos lógicos. Si ambos intentan continuar esta conjetura escolástica no es en modo alguno un «estéril andar a tientas tras un método», como dice Windelband en el mismo lugar, sino que el problema central del pensamiento lógico formal está planteado en el audaz proyecto del Ars Magna: se trata de una tesis *brisant*, según la cual se puede obtener de las figuras lógicas, con ayuda de reglas mecanizadas, la unión de determinados conceptos en enunciados verdaderos. O para expresarlo en otros términos: al querer garantizar la producción de conclusiones correctas y racionales mediante un

⁴⁶ COLOMER, E, “De Ramon Llull a la moderna informàtica”, *Estudios Lulianos*, 23 (1979), pp. 113-135. Reproducido también en: COLOMER, E. “El pensament als països catalans durant l’Edat Mitjana i el Renaixement”. Barcelona: Institut d’Estudis Catalans - Publicacions de l’Abadia de Montserrat, 1997), p. 288.



algoritmo abstracto, Llull emprende el ensayo revolucionario de hacer saltar la antes estática estructura de la lógica formal tradicional. Verdad calculable". Continúan: "Hardware es en una instalación de proceso de datos en estricto sentido todo lo que pertenece al aparato como tal, es decir sus partes constitutivas técnicas. En un texto sin embargo puede haber solo un hardware textual, si este mismo también «corporalmente» quiere funcionar como máquina lógica. Y con la tabla del alfabeto así como con el aparato de cuatro figuras posee el Ars Magna efectivamente un hardware textual completamente suficiente para los rendimientos deseados por Llull. (...)" y apuntan: "Con el Ars Magna tenemos una lógica en la forma de un programa computacional"⁴⁷.

En fin, concluye SEVILLA MARCOS: "Para empezar he de recurrir a lo que tenemos más a mano: el lenguaje máquina que utilizan las calculadoras, los ordenadores y los robots: el basado en el bit, con los valores de 0 ó 1, que puede equivaler al no y al sí. Sobre esta base se puede construir una lógica bivalente. Una puerta lógica de comienzo que tenga dos posibilidades: decir sí o decir no. También se puede construir una que sea trivalente, como hizo Ramon Llull: afirmación, negación y duda. Pero sigamos con la lógica bivalente que utilizó también Llull. A base del bit (con el "0" o el "1"), combinando esta unidad, según las posiciones de muchos bits se puede construir muchos lenguajes por asignación o codificación hasta llegar al lenguaje que nosotros

⁴⁷ WERNER KÜNZEL Y HEIKO CORNELIUS, "El Ars Generalis ultima de Ramon Llull (Estudios sobre un origen secreto de la teoría computacional...". *Op. cit.* págs. 96.



tenemos y realizar operaciones lógicas y matemáticas complejas y predecir lo que va a acontecer de acuerdo con lo que ha sucedido anteriormente. Todo depende del software, es decir de los programas informáticos que le hayamos introducido, y así podremos llegar al mayor número de aplicaciones que ahora manejamos: teléfonos móviles, fotografías, vídeos, televisiones, aviones, trenes de alta velocidad, satélites del espacio, etc. etc. (...) La lógica de Ramon Llull es el antecedente necesario de la de Leibniz y de la de Boole, que fue el soporte teórico de la informática actual. Sin esos tres nombres la historia sería diferente. Ramon Llull fue el primero en la historia de la Ciencia en construir un lenguaje codificado y una combinatoria para lograr un lenguaje y una matemática universal, que se utiliza con sus modificaciones, hoy en día”.

Por lo anterior Llull ha sido reconocido como el padre de la computación⁴⁸ y de la Inteligencia Artificial⁴⁹; Y Llull,

⁴⁸ Vid. WERNER KÜNZEL Y HEIKO CORNELIUS, “El Ars Generalis ultima de Ramon Llull (Estudios sobre un origen secreto de la teoría computacional...”. *Op. cit.*, págs. 89-107. Multitud de autores, en distintas disciplinas, siguen esta línea: “incluso puede ser la precursora de los videojuegos”: RODRIGO MENDIZÁBAL, I. *Máquinas de pensar: videojuegos, representaciones y simulaciones de poder*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional; Ediciones Abya Yala, Quito, 2004.

⁴⁹ SEVILLA MARCOS J.M. *La lógica...* *op. cit.* págs. 123 y 130.



como Patrón de los Ingenieros informáticos celebra su fiesta el 27 de noviembre⁵⁰.

En un ejercicio de simplificación diremos que en el *Ars Magna* se distinguían principios, como bondad, grandeza, duración, voluntad, diferencia (en género, número y especie), concordancia-contrariedad (fines diversos), principio (origen), mayor, menor, igualdad; reglas como: ¿es o no es?, ¿de qué es específicamente? (forma y materia), ¿de quién es? (pertenencia), ¿por qué es o existe? (formal), ¿para qué es o existe? (finalidad); oposiciones entre términos: oposición sustancia/accidente; simple/ compuesto necesario/ contingente abstracto/ concreto generación/ corrupción forma/ materia; compatibilidades.... De esta manera se combinan los principios con los compatibles, por ejemplo, la verdad con bondad, duración... y luego se aplican las reglas...⁵¹. La figura "T" del *Ars*, agrupa los

⁵⁰ Históricamente, ya desde muy temprano se impulsó el proceso de beatificación de Llull y posterior canonización. Ya Felipe II, así como numerosos obispos y religiosos hicieron lo posible por impulsarlo. En el siglo XVII, el obispo Despuig logró que la petición llegara a Roma. Ultimamente, en 1995, el Obispado de Mallorca impulsó la canonización del filósofo, y en 1999 se inició el expediente en la Santa Sede. Así, el obispo de Mallorca Teodor Úbeda, en diciembre de 1995 nombró al padre Gabriel Ramis postulador de la causa. En fin, en la reunión de decanos y directores de Escuelas Técnicas y Superiores de Ingeniería Informática del 23 y 24 de abril de 2001 en Córdoba (España), se decidió que el patrón de los ingenieros en Informática fuera Ramon Llull (o Ramón o Raimundo Lulio), Doctor Illuminatus.

⁵¹ "Son 4 figuras didácticas para ayudar a comprender su sistema. La primera figura, denominada también "A", consta



de nueve cámaras en un círculo con unas palabras que testimonian los nueve Principios Absolutos. En su grado máximo son atributos divinos y se corresponden con los Sephiros hebraicos, que podemos encontrar en el Antiguo Testamento así como en el Cristianismo de todos los tiempos, y a los que Ramon Llull llamó Dignidades. También aparecen en los textos musulmanes constituyendo las Hadras islámicas y, algunos de ellos, también se encuentran en Platón, cuatrocientos años antes de Jesucristo. Y todo lo que existe, la realidad, según Llull, es fruto de la actividad de las Dignidades divinas

(...)

Ahora pasemos a la segunda figura, la figura "T" del "Arte de Ramon Llull". Está formada por un círculo con nueve cámaras y tres triángulos equiláteros superpuestos. En las cámaras hay un extracto esquemático de la metafísica y de la teoría del conocimiento de Aristóteles, pero en los triángulos aparece una semejanza con una de las lógicas actuales. La que procede de la lógica de George Boole (1815- 1864) y que en un triángulo, el verde de Llull, se manifiesta en las palabras escritas, que se corresponden de alguna manera con los "comandos u operadores lógicos booleanos" de todos los lenguajes informáticos. Estos operadores podrían llamarse "lulianos", porque los anticipó Llull en el siglo XIII, seis siglos antes de Boole en el siglo XIX (...) Y, ¿cómo funcionan estos "operadores lógicos"? Ahora lo veremos. El triángulo verde de Llull lleva en su ángulo superior la palabra: 'diferencia'. En el ángulo inferior izquierdo la palabra: 'contrariedad' y en el ángulo inferior derecho: 'concordancia' (...) ya tenemos tres operadores booleanos: "o" ("or" en inglés) que es la suma lógica que procede del norteamericano Charles Sanders Peirce (1839-1914); "y" ("and" en inglés) que es el producto lógico del alemán Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), y, finalmente, el "no..." (SEVILLA MARCOS J.M. *La lógica...* op. cit. págs. 117, 118 y 119).

principios relativos, etc. La figura triangular, llamada "tercera figura", expone todas las combinaciones binarias que se forman a partir de los principios que contienen las figuras circulares no rotativas:

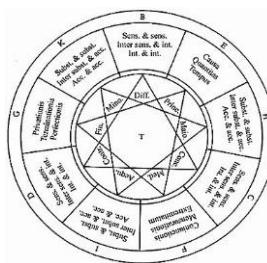


Figura T

En la figura "A", así denominada en su obra, que señala las virtudes de Dios, se recoge el primer algoritmo del *Ars*, con más de 16 millones de combinaciones⁵². Respecto de ésta, decía UMBERTO ECO, que Dios no podía reducirse a determinadas virtudes o que el

⁵² Dicen KÜNZEL Y HEIKO CORNELIUS: "La figura A ejecuta aquella función fundamental del pensamiento humano, sin la que no podríamos formular ni un único conocimiento coherente: la conexión de substancia y atributo, de sujeto y predicado, rige nuestro pensamiento porque ella, como conditio sine qua non, determina la forma lógica de nuestro entendimiento, y por eso debe ser denominada tambien con toda justicia la vía principal de nuestra razón cognoscitiva". WERNER KÜNZEL Y HEIKO CORNELIUS, "El ars generalis ultima de Ramon Llull (Estudios sobre un origen secreto de la teoría computacional" *op. cit.*, pág 96.

resultado no contemplaba todas las combinaciones. Claro, no recoge: Dios es finito, o temporal etc., pero, en fin, diremos que nada menos que como hoy día, donde los algoritmos aparecen, también, cercenados y son objeto de discriminación y sesgo.



Figura A

Este Arte era aplicable a todas las ramas del saber: la medicina, la ciencia, la moral, la teología, el derecho...

El *Ars* ha sido reconocido por introducir la razón en la demostración teológica, por la persecución de la finalidad de convencer por argumentos racionales y no por la fuerza. Llull fue pionero también, en su *Ars Magna*, en el uso de gráficos, tablas geométricas y diagramas para expresar y hacer "visualizables" las ideas.

Este sistema, por supuesto que también ha sido criticado, por ser difícil de entender⁵³, o por partir de

⁵³ "The Art is rather inaccessible. Llull was a self-educated man and his Art is idiosyncratic. With the exception of his more popular work Llull's own texts are difficult to read. The contrast with a modern text is huge and even in comparison with, for



principios que se dan por absolutos y no se discuten, como son las virtudes divinas. Además, por ser las deducciones lógicas no muy claras; se dan por evidentes (como que hay que tender a la grandeza y permanencia) de manera que, a menudo, es difícil entender si sus deducciones son verdaderamente lógicas o más bien místicas, es decir, "inspiradas", o lo que es lo mismo: sugeridas por asociación inconsciente de ideas y, en fin, por ser un método apriorístico⁵⁴.

Ahora bien, no puede caerse en la simplicidad al criticar la obra de Llull, que es mucho más profunda de lo que en apariencia pueda sospecharse y en la que subyace un pensamiento crítico. Como ponen de manifiesto, por ejemplo, KÜNZEL y HEIKO CORNELIUS: "Evidentemente en ningún caso el Ars Magna actúa como instrumento para la respuesta mecánica de todas las preguntas lógicas, como han afirmado muchos oponentes al sistema Luliano, para poder desmentir aún más fácilmente la pretensión de esta innovadora lógica. Esta máquina lógica es más bien un instrumento para la

example, Thomas Aquinas' work, Llull's Art is not easy to understand. At the time there existed nothing like it. Papers introducing the Art or aspects of it often leave the reader puzzled¹. Readers who turn to books by specialists describing the Art like (Platzeck,1962), (Bonner,2007) and (Fidora & Rubio, 2008) find themselves in a maze". KOETSIER, T (Department of Mathematics, Faculty of Science VU University Amsterdam): "The Art of Ramon Llull (1232-1350): From Theology to the Calculus". *Concept*. September 2014, pág. 1.

⁵⁴ WERNER KÜNZEL y HEIKO CORNELIUS, "El Ars Generalis Ultima de Ramon Llull (Estudios sobre un origen secreto de la teoría computacional" *op. cit.* págs 98 y 99.



producción de enunciados mediante una reflexión permanente sobre preguntas a diferenciar, un instrumento para encontrar y descubrir las cuestiones complicadas, para probar y determinar, para esbozar y conquistar nuevos espacios del pensamiento. Una lucha permanente contra lo incierto, contra la duda en el saber y en su fuerza, esta es su clara y ansiada meta: la aguda arma del entendimiento cognoscente, como la que poco después quería proporcionar GUILLERMO DE OCKHAM. (...)” [y citan a Llull: “*Y en semejante operación cognoscitiva se comprende el entendimiento como más universal y teóricamente más poderoso en comparación a aquel intelecto que no domina este arte y que deduce solo tanto discorde e imposible. El sofista no se puede sostener en presencia de semejante entendimiento, porque él mismo es experto en nuestro arte, porque él puede reconocer en reflexión crítica las conexiones originarias y naturales. El sofista por el contrario considera lo secundario e innatural ...*”] [nota 7: LLULL, R. *Ars Brevis* (trad. del latín por W. K.)];” y concluyen: “¿Quién podría aún afirmar después de esta polémica abierta contra cualquier modo de producción irregular y sin método de azarosos enunciados, que el Ars Magna es un juguete mecánico para la confusión del saber o incluso un testimonio de clara sinrazón? El espíritu de una crítica fértil del conocimiento no es un invento de los arrogantes modernos, como algunos historiadores de la filosofía nos quieren hacer creer -Este



espíritu ilumina también con su relámpago la denominada tenebrosa Edad Media”⁵⁵.

ERNST BLOCH, por su parte ya señaló: “Por lo que se refiere a este modo de ampliación del saber ha habido, como recuerda el mismo Bacon, hacia la Edad Media, por tanto muy próximo a la Tabla Redonda de Arturo, un *Ars Inveniendi*, que incluso apareció como una máquina. Fue el denominado Arte Luliano o la bota de siete leguas del concepto deductivo del silogismo técnicamente producida. En el conocimiento de tales instrumentos, no de la transformación, tuvo también interés la técnicamente poco viva Edad Media. El raro racionalista escolástico Ramon Llull había producido un aparato hacia 1300, por medio del cual debía ser descubierto y comprobado cualquier tipo de deducción (...) El Arte Luliano quería ofrecer, de este modo, una deducción para el hallazgo de lo en cada objeto categorialmente determinable, científicamente diferenciable, unificable, demostrable. Y la esperanza de Llull era, ciertamente: la maquina combinatoria del saber (...). Ella demuestra literalmente, *ad oculos*; de tal forma que el deseoso de saber la deducción racional de la determinación particular a partir de ideas, también puede ver, no sólo comprender. Todo esto es un procedimiento deductivo abreviado, fundamentado en la tópica aristotélica, (...) en todo caso se llevó a cabo la más asombrosa máquina que (...) al mismo tiempo representa en signos, círculos, tablas, en las reducciones de un tipo de reloj logarítmico lógico (...). Pascal había

⁵⁵ WERNER KÜNZEL y HEIKO CORNELIUS, “El *Ars Generalis Ultima* de Ramon Llull (Estudios sobre un origen secreto de la teoría computacional” *op. cit.* págs 98 y 99.

construido el primer calculador mecánico con radios rotatorios, hoy ha llegado a desarrollarse toda una industria del pensamiento a partir del sueño luliano”⁵⁶.

En todo caso, para hacernos cargo de su repercusión e influencia, hay que decir que, tras su muerte, surgieron muchas escuelas lulistas en Europa y que su obra perduró y se extendió, en el continente y fuera de él.

Fue, siglos después, DESCARTES quien discutió a Llull, en su *Discurso del Método*. Descartes, que no citaba nombres propios, hizo una excepción con Llull⁵⁷, es decir, que entendió la entidad del *Ars*, por lo que tuvo la necesidad de rebatirla, después de discutirlo con su amigo Isaac BEECKMAN⁵⁸.

⁵⁶ BLOCH, E., *Das Prinzip Hoffnung*, I, Frankfurt 1959, p. 760

⁵⁷ “Pero cuando las examiné advertí, con respecto a la lógica, que sus silogismos y la mayor parte de las demás instrucciones que da, mas sirven para explicar a otros las cosas ya sabidas o, incluso, para hablar sin juicio de las que se ignoran que para aprenderlas”: DESCARTES, R. *Discurso del método*. Alianza editorial 1991, pág. 82. Original *Discours de la méthode* (Leiden, 1637). Dice BORDOY FERNÁNDEZ: “El Arte de Ramon Llull es, paradójicamente, equiparable al Discours de la méthode de R. Descartes, pues es un sistema por el cual la razón aprende los procedimientos correctos para investigar la verdad” (“Ramon Llull o el heterodoxo que quiso crear una ciencia plenamente cristiana”, *La albolafia. Revista de humanidades y cultura*, nº. 18, 2019 (ejemplar dedicado a: Pensamiento filosófico español (II)), pág. 67).

⁵⁸ Vid. MORENO J. *El encuentro entre René Descartes e Isaac Beeckman (1618-1619): El tratado hidrostático*. *Theoria* 79



Athanasius KIRCHER, fue lector y comentador de Llull⁵⁹. LEIBNIZ, autor de la *Dissertatio de arte combinatoria*, se reconoció admirador de su obra⁶⁰.

(2014), pags.149-166. Vid igualmente GUY A. *Razón y Fe en Llull y Descartes*. *Studia lulliana*, ISSN 1132-130X, Vol. 32, Nº. 86, 1992, págs. 59-79. Fue Isaak Beeckman quien sugirió a Descartes que quizás su método tuviese algo en común con el de Lulio. DESCARTES, R. *Discurso del método*. Alianza editorial 1991, nota 26 (elaboradas por Risieri Frondizi, Universidad de Puerto Rico), pág. 140. BOS H. J. M., *Redefining geometrical exactness, Descartes' transformation of the early modern concept of geometrical exactness*, Springer, 2001.

⁵⁹ Vid. GODWIN, J. *Athanasius Kircher a Renaissance man and the quest for the lost knowledge*. Thames and Hudson, Londres 1979.

⁶⁰ Vid. WOLFRAM PLATZECK, E. "Gottfried Wilhelm Leibniz y Raimundo Llull". *Studia Lulliana*, 1972, vol. 16, núm. 02-03, p. 129-93, <https://raco.cat/index.php/StudiaLulliana/article/view/32671>

2. "En el fondo, pensar no es otra cosa que hacer un cálculo con la cabeza. Por tanto, podemos hacer una máquina que razoné. Cuando lo consigamos habremos hecho realidad el sueño de Llull", es una frase atribuida a Gottfried Wilhelm Leibniz (RUIZ AGUILERA, D: "Tres problemas matemáticos de Ramon Llull: ¿Gardner se equivocó con él?"

<https://agora.xtec.cat/inselcairat/wp-content/uploads/usu287/2016/11/Tres-problemas-matem%C3%A1ticos-de-Ramon-Llull-%C2%BFGardner-se-equivoc%C3%B3-con-%C3%A9l-.pdf>



Eran lulistas, Cisneros⁶¹, Felipe II⁶² y Juan de Herrera el arquitecto del Escorial y fundador de la academia de matemáticas de Madrid⁶³.

Hoy existen numerosos centros académicos y universidades que estudian a Llull, miles de estudiosos lulistas y una abundantísima investigación científica sobre él.

Aun siendo ya trascendente lo anterior debemos dar, aún, un paso más. Llull era mucho más. Es mucho más.

Este autor y su obra se encuentran en el origen del humanismo⁶⁴ renacentista, el movimiento filosófico y

⁶¹ BUTINYÁ JIMÉNEZ, J: *Detrás de...* op. cit .pág 117, nota 43.

⁶² "El rei Felipe II, impulsor de la causa Lul-liana a les sessions del concili de Trento (CA, II,447 de 1578,), aconsseguí, per mitjà del canonge Joan Lluís Vileta, catedràtic de la Universitat de Barcelona (1559), que le obres lul-lianes quedassin fora de l'Index (1563), quan aquest hi presentà un *Memoriale in Concilio* (1561; CA, II, 260-2). (...) efectivament, el 2 de març Felipe II va encarregar al teòleg Antoni Bellver, de l'Estudi General Lul-lià de Mallorca, un catalèg de les obres de Ramon Llull, i, un cop acabat, el mateix rei ordenà que el trametessin a l'incipient fons Lul-lià d'El Escorial". VILLALBA I VARNEDA P: *Ramon Llull .. Op. cit.* pag. 509.

⁶³ Vid. CARRERAS I ARTAU, J: "El Lul-lisme de Juan de Herrera, l'arquitecte de l'Escorial", *Miscel·lània Puig i Calafalch I*, Institut d'estudis catalans, Barcelona, 1947-1951, pàgs 41 y ss.

⁶⁴ *Vid. verbi gratia:* BUTINYÁ JIMÉNEZ, J: *Detrás de ... op. cit.* "Ramon Llull en el primer humanisme", en *El humanismo*



cultural que priorizó la razón sobre la fe y situó al hombre como centro del universo, y que impulsarían autores como Petrarca, Boccaccio o Erasmo de Rotterdam. Como explica Julia BUTINYÁ, en su obra *Detrás de los orígenes del humanismo. Ramon Llull:* " Se considera, a menudo, que la modernidad -aparte de algunos que la hacen retroceder al primer impulso del siglo XII o la avanzan a la revolución industrial o a la Ilustración, por ejemplo- adviene a raíz del racionalismo humanista. Pero simplemente a la luz de nuestro estudio se hace evidente que la línea que marca Llull está más a la orden del día en aspectos que hoy se terminan modernos que la del mismo humanismo. (...) Hemos visto como Metge [Bernat Metge] -que marcaría un prototipo: donde esté él hay un humanista pasa por delante los criterios clásicos, si bien dialoga al estilo de Llull, consciente de la necesidad de apertura y universalidad; al igual que hace una extensión de los principios filosóficos al plano humano, como exigencia, natural o coherencia lógica con el plano moral, cosa que también marcaba ya el pensamiento Luliano. Por lo cual está -hay que verlo o saberlo ver- detrás del humanismo. (...) es más, hay nuevas vías científicas en la actualidad, como la bioética (...) que podrían reconocer en el final del *Llibre del gentil e dels tres savis* [de Llull] un precedente, por la anteposición de la actitud moral sobre la religiosa y por instalar el diálogo al margen de ésta última (...) Por otro lado, en la época humanista, hemos visto que uno de los síntomas típicos era el anteponer, el campo moral al religioso, en el avance imparable de lo humano, que

catalán, coords. Julia Butiñá & Antonio Cortijo, eHumanista 13 (2009). "Ramón Llull: Umbrales del pensamiento humanista peninsular", eHumanista/IVITRA 9 (2016).



registra la historia; (...) y en esta actitud de preferencia por lo humano resalta Llull, de nuevo, al menos, parece plantearse esa problemática en varias ocasiones; una de ellas quizás al final del *llibre del gentil*, en que éste, al tener la luz se dirige a los hombres como interés prioritario, sin entrar en disquisiciones morales. (...) Por otro lado, cabe ahondar mucho más en el viejo paralelo, derivado de la bifurcación de los orígenes humanistas en estas dos grandes personalidades, Llull y Dante, dentro de sus respectivas literaturas alentando, incluso la posibilidad de abrir un cauce de posible contacto (...) Visto así, como cambio de actitud, desde un plano religioso y moral empezaron reformistas ortodoxos como Llull, y siguieron los primeros humanistas que no fueron rupturistas, y estos con un enfoque no exclusivamente laico, pero tampoco propiamente religioso. (...) Desde cualquier supuesto, el humanismo es continuación de la edad media cristiana de un San Agustín, pongamos por caso, o de un Llull, según añadimos, pero no del cristianismo medievalizante, motivo por el cual nos hallamos detrás de los orígenes del humanismo...”⁶⁵.

Puede, así, trazarse una línea desde Platón a San Agustín⁶⁶, pasando por Raimundo Llull hasta Nicolás de

⁶⁵ BUTINYÁ JIMÉNEZ J: *Detrás de...* op. cit., págs 169 y ss.

⁶⁶ En este sentido, sobre la influencia de San Agustín, Casadesús: “El conocimiento doctrinal del Ars Iuliano se corresponde, en muchas ocasiones, con el neoplatonismo árabe tanto referente a los atributos de Dios como a la concepción de la predestinación compatible con la justicia y misericordia divinas. Pero, por lo que se refiere a las virtudes de Dios en las figuras Iulianas, estas tienen su fundamento en



Cusa y Montaigne. Esta es la conocida como “línea Butinyá”⁶⁷, en honor a su autora.

Esto sentado, hemos de reparar en que, la línea teleológica en la que descansan los textos legales de vanguardia, en la regulación de la inteligencia artificial, no es otra que la de defender una “Inteligencia artificial ética”, así, en enero de 2020, la *Resolución del Parlamento Europeo de enero de 2020, sobre un marco de aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías relacionadas* recomienda, expresamente, que la Comisión proponga medidas legislativas para explotar las oportunidades y los beneficios de la inteligencia artificial y también para garantizar la protección de “los principios éticos” y, en este mismo sentido, la *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial de la UNESCO*, en noviembre de 2021 o, en nuestro ámbito doméstico el, aún *Proyecto de Decreto por el que se regula el uso de la inteligencia artificial en la Administración del Principado de Asturias y su sector público*⁶⁸, que predica “un marco legal para un uso ético y eficiente de la inteligencia artificial”.

Significativamente, la primera línea, del artículo 1 del *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de*

san Agustín”. CASADESÚS, R: “¿Combinación lógica ... op? cit., pág 52.

⁶⁷ BUTINYÁ JIMÉNEZ J: *Detrás de... op. cit.*

⁶⁸ (NORM 2024-90) Consejería de Presidencia, Reto Demográfico, Igualdad y Turismo (XII legislatura).

inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) señala: “Objeto: El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano”⁶⁹.

Dice LAZCOZ MORATINOS: “El concepto de IA centrada en el ser humano ha estado en el núcleo de los debates políticos sobre estas tecnologías. En el Libro Blanco sobre la IA, la Comisión⁷⁰ apoyó, firmemente, un enfoque centrado en el ser humano como elemento clave para el futuro marco regulador. Además, declaró que el objetivo de una IA fiable, ética y centrada en el ser humano sólo puede alcanzarse garantizando una

⁶⁹ En el mismo sentido, su parte expositiva: “(1) El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial (en lo sucesivo, «sistemas de IA») en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, a fin de promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano (...”).

⁷⁰ Comisión Europea, COM (2020) 65 final, p. 21.



supervisión humana adecuada de las aplicaciones de IA de alto riesgo”⁷¹.

Y, como destaca este autor, ENQVIST explica, con agudeza, que la supervisión humana desempeña un papel procedural y reactivo en el concepto «centrado en el ser humano» de la IA. Mientras que el objetivo de las aplicaciones de IA centradas en el ser humano es satisfacer, de forma proactiva —mediante el diseño— las necesidades y preferencias humanas en diferentes contextos, las medidas de supervisión humana tratan de abordar de forma reactiva los riesgos, sesgos y perjuicios de los sistemas de IA⁷².

Y continúa: “Tenemos que pensar qué valores humanos queremos preservar en nuestra interacción con la tecnología”⁷³.

⁷¹ LAZCOZ MORATINOS, G. “Más allá de la supervisión humana, ¿tenemos un reglamento centrado en el ser humano?” en: Cotino Hueso, I. y Simón Castellano, p. (Dirs.): *Tratado sobre el Reglamento de inteligencia artificial de la unión europea*. Aranzadi, 2024, pág. 698.

⁷² ENQVIST, L., “Human oversight. The EU artificial intelligence act: what, when and by whom?”, *Law, Innovation and Technology*, vol. 15, n.º 2 (2023), pp. 508-535.

⁷³ LAZCOZ MORATINOS, G. “Más allá de la supervisión ...(*op. cit.*) pág. 698. *Vid. cita: SUTTON, S. G., ARNOLD, V., Y HOLT, M., “How Much Automation Is Too Much? Keeping the Human Relevant in Knowledge Work”, Journal of Emerging Technologies in Accounting*, vol. 15, n.º 2 (2018), pp. 15-25.

En fin, como señala MORINI BIANZINO y otros⁷⁴: Los principios de IA adoptados por la OCDE en 2019⁷⁵, sirvieron durante todo este tiempo como una referencia global para guiar el resto de las recomendaciones éticas tanto de las organizaciones internacionales como de los gobiernos y, ahora se constituyen, también, como un punto de partida que ayuda a estos mismos actores a dar forma a una regulación centrada en el ser humano y los valores democráticos, para una IA confiable.

En esta línea pueden citarse numerosos textos provenientes del sector público, nacional e internacional y privado, como el primer acuerdo mundial de la UNESCO sobre la ética de la inteligencia artificial”, de 25 de noviembre de 2021; la Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449”, 22 de mayo de 2019; Comisión Europea, “Directrices Éticas para una IA fiable”, noviembre de 2019; Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación del Gobierno Federal de Brasil, “Estrategia Brasilera de Inteligencia Artificial”, año 2021; Ministerio de Ciencia y Tecnología de la República Popular China, “Principios de Gobernanza para una Nueva Generación de IA: Desarrollo Responsable de la Inteligencia Artificial”, 2017; IA-LATAM, “Marco Ético para la Inteligencia Artificial en Colombia”, Colombia, octubre de 2021, Gobierno de España, “Estrategia

⁷⁴ MORINI BIANZINO, N. y otros, “The Artificial Intelligence (AI) global regulatory landscape. Policy trends and considerations to build confidence in AI” EY, (2024).

⁷⁵ *Vid.* Los principios de la inteligencia artificial de la OCDE: OECD AI Policy Observatory <https://oecd.ai/en/ai-principles>



Nacional de Inteligencia Artificial”, noviembre de 2020, entre otros muchos.⁷⁶

Señalados *ut supra* los antecedentes Iulianos de la misma idea de una Inteligencia Artificial, en lo que hace a nuestro hilo discursivo, además, comprobamos que, hasta en la última norma que se publica sobre inteligencia artificial, en Europa, podemos rastrear una filosofía de la que también fue precursor el pensador mallorquín.

En el mismo sentido se pronuncia, por ejemplo, la reciente *Ley 2/2025, de 2 de abril, para el desarrollo e impulso de la inteligencia artificial en Galicia*, cuyo artículo 1.2, en términos parecidos a los que acabamos de indicar, predica que: “*la ley regula el régimen jurídico del uso de la inteligencia artificial por el sector público gallego en el desarrollo de su actividad y en sus relaciones con la ciudadanía, empresas, entidades y demás administraciones públicas, promoviendo la adopción de una inteligencia artificial centrada en el ser humano (...)*”. A este principio se remiten otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, así, el preámbulo del Decreto 98/2025, de 22 de julio, por el que se regula el

⁷⁶ La UBA IALAB ha realizado una investigación centrada en los principios éticos de IA que se han elaborado, tanto por distintos gobiernos nacionales como por los principales actores de la industria y por organismos internacionales. *Vid.* SÁNCHEZ CAPARRÓS M. “Principios éticos para una inteligencia artificial antropocéntrica: consensos actuales desde una perspectiva global y Regional” en Corvalán Juan G. (director). *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*. Thompson Reuters La Ley, (2023), 2^a edición.



uso de la Inteligencia Artificial en la Administración del Principado de Asturias y su sector público.

Sabemos que hoy la Inteligencia Artificial va a influir e influye en los distintos campos de las ciencias, las artes etc.⁷⁷. He tratado de incidir en que la idea de una IA no es de generación espontánea, en el siglo XX, sino que es el resultado de la evolución del pensamiento y de una aspiración humana de más de siete siglos de antigüedad. Lo he hecho con esta aproximación a un genio demasiado olvidado, reivindicando su *Ars Magna*, un sistema de base racional para el conocimiento de las múltiples ramas del saber, incluida la del Derecho, a través de su *Ars iuris*, que estudia los enunciados legales, comparando las virtudes y vicios humanos, con las virtudes Divinas, y de la que ahora no me ocuparé porque constituye otra apasionante, pero diferente, historia⁷⁸.

⁷⁷ Así lo puso de manifiesto, últimamente como voz autorizada, el presidente del Consejo General de Colegios de Ingeniería Informática de España, Fernando Suárez Lorenzo, en su conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 25 de marzo de 2025: “Convergencia de la IA en las ciencias y las artes”.

⁷⁸ Vid. igualmente, la obra del autor *Ars de iure*. Sobre la misma: LLULL R: *Arte de derecho*. Estudio preliminar de Rafael RAMIS BARCELÓ, Traducción y notas de Pedro RAMIS SERRA y RAFAEL RAMIS BARCELÓ. Dykinson, 2011.



BIBLIOGRAFÍA

BARESTEIN, J. "Alphabetum Mundi El Ars magna de Ramon Llull como alternativa al método escolástico", *Studium. Filosofía y Teología*, 30 (2012)

"Los escritos electorales de Ramon Llull: una nueva teoría de la votación en la segunda mitad del s. XIII". *Revista Española de Filosofía Medieval*, 20 (2013).

BERLIN, H. Introduction: "Llull among the Disciplines", *Ehumanista/IVITRA* 8, University of California Santa Barbara Santa Barbara, CA 93106 (2015) 1-4

BLOCH, E., *Das Prinzip Hoffnung*, I, Frankfurt 1959.

BONNER, A. "L'art lul·liana com a autoritat alternativa", en *Studia Lulliana*, 33 (1993)

"Ramon Llull I el rebuig de la tradició clàssica i patrística", en VVAA (eds.), *Homenatge a Miquel Dolç. Actes del XII Simposi de la Secció Catalana i de la Secció Balear de la SEEC, Palma de Mallorca, Conselleria d'Educació, Cultura i Esports*, 1997.

L'Art i la lògica de Ramon Llull, Manual d'ús, Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2012.

BORDOY FERNÁNDEZ, A. *Enseñar filosofía en los albores de la Universidad (1200-1240). Estudio histórico acompañado del Acceso de los filósofos a las siete artes liberales*, Madrid-Porto, Sindéresis, 2018.

“Ramon Llull o el heterodoxo que quiso crear una ciencia plenamente cristiana” *La albolafia. Revista de humanidades y cultura*, nº. 18, 2019 (ejemplar dedicado a: Pensamiento filosofico español (II)).

BORGES J.F.I.L: “La máquina de pensar de Raimundo Lulio”. *Revista Hogar*, octubre 1937 (posteriormente incluido en el volumen Textos Cautivos, Alianza, Madrid, 2005)

BOS H. J. M., *Redefining geometrical exactness, Descartes' transformation of the early modern concept of geometrical exactness*, Springer, 2001

BUTINYÁ JIMÉNEZ, J: *Detrás de los orígenes del humanismo: Ramon Llull*. Ed. UNED, 2006.

“Ramon Llull en el primer humanisme”, en *El humanismo catalán*, coords. Julia Butiñá & Antonio Cortijo, eHumanista 13 (2009)

“Ramón Llull: Umbrales del pensamiento humanista peninsular”, eHumanista/IVITRA 9 (2016)

“Bernat Metge y Ramon Llull frente a los sarracenos”. *Mirabilia: electronic journal of antiquity and middle ages*, 2018, n.º 26

CARRERAS I ARTAU, J: *Historia de la filosofía española. Filosofía cristiana de los siglos XIII al XV*, 2 vols., Madrid, Asociación Española para el Progreso de las Ciencias, 1939-1943 (reimpr. Barcelona/Girona, 2001)

“El Lul-lisme de Juan de Herrera, l’arquitecte de L’Escorial”, *Miscel·lània Puig i Calafalch I, Institut d’estudis catalans*, Barcelona, 1947-1951,



CASADESÚS, R: "¿Combinación lógica o lógica combinatoria en Ramon Llull?. Una ojeada al Ars magna". *Ars Brevis*, 2015

COLOMER, E., "De Ramon Llull a la moderna informática", *Estudios Iulianos*, XXIII, 2-3 (1979)

COMISIÓN EUROPEA, COM(2020) 65.

COSTURER I GARRIGA, J: *Disertaciones historicas del culto inmemorial del B. Raymundo Lullo Dr. Iluminado y martir, y de la inmunidad que goza su doctrina, con un apendiz de su vida*, 1700.

COTINO HUESO, L: "El Convenio sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho del Consejo de Europa", *Revista Administración & Ciudadanía, EGAP*, 2024, Vol. 19.

COTINO HUESO, L. y SIMÓN CASTELLANO, P. (Dirs.): Tratado sobre el Reglamento de inteligencia artificial de la unión europea. Aranzadi, 2024.

CUARTERO, F., 2012. "Ramon Llull, el Ars Magna y la Informática". [online] El Año de Turing: <https://blogs.elpais.com/turing/2012/10/ramon-llull-el-ars-magna-y-la-informatica.html> [Accessed 14 February 2021]

DE BOUVELLES, C.: *Vita Remundi eremita*, 1511

DE PACS I SUREDA, N: *Vita Raymundi Lulli doctoris illuminati et martyris*, 1519

DESCARTES, R. *Discurso del método*. Alianza editorial 1991



DOMÍNGUEZ REBOIRAS, F., "Erhard-Wolfram Platzeck (1903-1985). Cuarenta y cinco años de investigación luliana", *Estudios Lulianos*, 26 (1986).

"Algunas reflexiones sobre el trasfondo geopolítico del pensamiento luliano", en *El pensamiento político en la Edad Media*, (coord. ROCHE ARNAS, P.), Madrid, Fundación Ramón Areces S.A., 2010

Ramón Llull. *El mejor libro del mundo*. Arpa Alfil Ed. 2016.

ECO, U: "The Ars Magna by Ramon Llull". *Contributions to science*, 2017, Instituto de Estudios Catalanes, Barcelvol. 12, núm. 1

ENQVIST, L., "Human oversight. The EU artificial intelligence act: what, when and by whom?", *Law, Innovation and Technology*, vol. 15, n.º 2 (2023)

FORNÉS, B: *Liber apollogeticus Artis Magnae* B. Raymundi Lulli, 1476

G. & PUKELSHEIM, F. "Llull's writings on electoral systems", *Studia Lulliana* 41 (2001) pp. 3-38.

GUÍZAR, E.: "Borges y el delirante orden de las cosas en Ramón Llull", en, *Variaciones Borges* 17 (2004)

GODWIN, J. *Athanasius Kircher a Renaissance man and the quest for the lost knowledge*. Thames and Hudson, Londres 1979

GUY A. "Razón y Fe en Llull y Descartes". *Studia lulliana*, ISSN 1132-130X, Vol. 32, Nº. 86, 1992



HÄGELE G. & PUKELSHEIM, F. "Llull's writings on electoral systems", *Studia Lulliana* 41 (2001)

HIGUERA RUBIO, J. *Física y teología (atomismo y movimiento en el arte luliano)*. Círculo rojo, 2014.

En torno a Ramón Llull presencia y transmisión de su obra Francisco José Díaz Marcilla (coord.), José Higuera Rubio (coord.) Edições Húmus, 2017

KOETSIER, T. (Department of Mathematics, Faculty of Science VU University Amsterdam): "The Art of Ramon Llull (1232-1350): From Theology to the Calculus". *Concept*, September 2014

KÜNZEL, W: "El ars magna de Ramon LLull. un origen secreto de la teoría computacional moderna", *Revista Española de Filosofía Medieval*, 5 (1998)

LAZCOZ MORATINOS, G. "Más allá de la supervisión humana, ¿tenemos un reglamento centrado en el ser humano?" en: COTINO HUESO, L. Y SIMÓN CASTELLANO, P. (Dirs.): *Tratado sobre el Reglamento de inteligencia artificial de la unión europea*. Aranzadi, 2024

LEIBNITZ G. W. von: *Die philosophischen Schriften*, 1875

LE MYÉSER, T. *Breviculum*: S. XIV, ejemplar biblioteca estatal del Estado de Baden, Alemania. Manuscrito realizado por este discípulo de Llull, en el siglo XIV

LLULL, Ramón: *Arte breve*, Pamplona, EUNSA, 2004. Traducción de Josep Enric RUBIO ALBARRACÍN.

Ars de iure. Arte de derecho. Estudio preliminar de Rafael RAMIS BARCELÓ, Traducción y notas de Pedro RAMIS SERRA y Rafael Ramis Barceló. Dykinson, 2011.

Citas genéricas: *Libro de la contemplación en Dios; Libro del gentil y los tres sabios; Ars Magna; Ars Brevis; Ars generalis ultima*

LÓPEZ ALCALDE, C: "El liber novus de anima rationali de Ramon Llull dentro del discurso psicológico del siglo XIII". *Revista Española de Filosofía Medieval*, 18 (2011)

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. McGraw-Hill, 1996

MCLEAN, I. "The Borda and Condorcet Principles: Three Medieval Applications", *Soc. Choice Welfare* 7, 1990.

MENDIZÁBAL, I. *Máquinas de pensar: videojuegos, representaciones y simulaciones de poder*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional; Ediciones Abya Yala, Quito, 2004.

MENÉNDEZ Y PELAYO, M: *Historia de los heterodoxos españoles*, t. I, Madrid, 1880

METCALFE, D: "Pensando la máquina: Ramón Llull y la vida interior de la tecnología", *The global catholic Review*, 1 de julio de 2028

MIRÓ I COMAS, A: "El Ars de Ramón Llull y el principio de conveniencia (segunda parte)" *Cuadernos de pensamiento* 36. Publicación del Seminario "Ángel González Álvarez" de la Fundación Universitaria



Española . Número monográfico sobre Humanismo, técnica, y transformación digital, año 2023

MORENO J. "El encuentro entre René Descartes e Isaac Beeckman (1618-1619): El tratado hidrostático". *Theoria* 79 (2014)

MORINI BIANZINO, N. y otros, "The Artificial Intelligence (AI) global regulatory landscape. Policy trends and considerations to build confidence in AI" *EY*, (2024).

OCDE: OECD AI Policy Observatory
<https://oecd.ai/en/ai-principles>

PASCUAL, A. R.: *Vindiciae Lullianae*, 1778

PLATZECK, E. W. "La combinatoria luliana. Un nuevo ensayo de exposición e interpretación de la misma a la luz de la filosofía general europea", *Revista de Filosofía*, 12 (1953), 13 (1954)

"Gottfried Wilhelm Leibniz y Raimundo Llull". *Studia Lulliana*, 1972, VOL 16, núm. 02-03

RAMIS BARCELÓ, R. "El pensamiento jurídico de Santo Tomás y de Ramon Llull en el contexto político e institucional del siglo XIII". *Angelicum*, 90, 2013

RODRIGO MENDIZÁBAL, I. *Máquinas de pensar: videojuegos, representaciones y simulaciones de poder*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional; Ediciones Abya Yala, Quito, 2004.

ROSSI, P. *Logic and the Art of Memory, the Quest for a Universal Language*, Continuum, London-New York, 2000

RUIZ AGUILERA, D. Charla: "Tres problemas matemáticos de Ramon Llull: ¿Gardner se equivocó con él?", dada en el Aula Miguel de Guzmán de la Facultad de Matemáticas de la UCM, el 8 de noviembre de 2016

SALES PORTA, T. "La informàtica moderna, hereva intel·lectual directa del pensament de Llull", *Studia Lulliana* 38 (1998)

Llull com a informàtic avant la lettre. Ed. Josep Puyol Gruart, Associació Catalana d'Intel.ligència Artificial, ACIA. 2013

SÁNCHEZ CAPARRÓS M. "Principios éticos para una inteligencia artificial antropocéntrica: consensos actuales desde una perspectiva global y Regional" en Corvalán Juan G. (director) *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*. Thompson Reuters La Ley, (2023), 2º edición

SEVILLA MARCOS J.M. "La lógica de Ramón Llull". *Discurso de ingreso en la Reial Academia Mallorquina d'Estudis Històrics*, pronunciado el 28 de enero de 2016. MRAMEGH, 26 (2016), 115-131.

SUÁREZ LORENZO, F. "Convergencia de la IA en las ciencias y las artes", conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 25 de marzo de 2025.

SUTTON, S. G., ARNOLD, V., Y HOLT, M., "How Much Automation Is Too Much? Keeping the Human Relevant in Knowledge Work", *Journal of Emerging Technologies in Accounting*, vol. 15, n.º 2 (2018).



TESSARI, A: "Ramon Llull: The first proto-European". *Contributions to science*, Vol. 12 No. 1 (2016)

UCKELMAN, S. L: "Computing with Concepts, Computing with Numbers: Llull, Leibniz, and Boole" *Institute for Logic, Language, and Computation*. F. Ferreira et al. (Eds.): CiE 2010

VEGA ESQUERRA, A: *Ramón Llull y el secreto de la vida*. Siruela 2002

VILLALBA I VARNEDA, P: *Ramón Llull. Escriptor y filòsof de la diferència*. Servicio de publicaciones de la universidad autónoma de Barcelona, 2015

WERNER KÜNZEL Y HEIKO CORNELIUS: "El Ars generalis ultima de Ramon Llull (Estudios sobre un origen secreto de la teoria computacional". *Revista Espanola de Filosoffa Medieval*, 5 (1998). Traductor: Luis Baz., original *Die «Ars Generalis Ultima» des Raymundus Lullus. Studien zu einem geheimen Ursprung der Computertheorie* (Berlín, 1986).

W



OLFRAM PLATZECK, E. "Gottfried Wilhelm Leibniz y Raimundo Llull". *Studia Lulliana*, 1972, vol. 16, núm. 02-03

VORLÄNDER, K., *Geschichte der Philosophie*, I



LA DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA DEL INVESTIGADO DURANTE LA INSTRUCCIÓN

Dª. Laura Sánchez de Rivera García

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Resumen: El problema jurídico planteado, en este trabajo, se articula en torno a la pregunta de cuál es la consecuencia jurídica derivada de que el juez de instrucción acuerde recibir declaración al investigado una vez expirado el plazo fijado en el artículo 324 LECrim —o de las sucesivas prórrogas, de haberse acordado—.

Para ello, partiremos de un análisis de este precepto, de su regulación actual y sucesivas reformas, con particular énfasis en las consecuencias jurídicas derivadas de la expiración del marco temporal máximo fijado por la ley. Tras ello, nos adentraremos en la influencia que el transcurso de este límite temporal tiene sobre las diligencias practicadas por el instructor, para,



posteriormente, abordar la diligencia concreta de toma de declaración del investigado.

Por último, se reflexionará acerca de las distintas alternativas jurídicas que conlleva la extemporaneidad en la práctica de esta diligencia para finalizar con la conclusión alcanzada.

Palabras clave: plazo de instrucción, diligencias extemporáneas, declaración del investigado, derecho a la tutela judicial efectiva.

Abstract: The legal issue addressed in this paper revolves around the question of what legal consequence arises when the investigating judge decides to take the suspect's statement after the deadline set in Article 324 of the Spanish Criminal Procedure Act (LECrim) has expired — or after any extensions, if granted.

To address this, we begin with an analysis of this provision, its current regulation and successive reforms, with particular emphasis on the legal consequences derived from the expiration of the maximum time limit established by law. We will then explore the impact that the passing of this time limit has on the investigative actions carried out by the judge, before focusing specifically on the suspect's statement.

Finally, we will reflect on the different legal alternatives that the untimely taking of this statement entails, concluding with the final assessment reached.

Key words: pre-trial investigation period, out-of-time investigative measures, suspect's examination, right to effective judicial protection.



Sumario:

1. INTRODUCCIÓN

2. PLAZO DE INSTRUCCIÓN: REFORMAS LEGISLATIVAS Y SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL; DISPOSICIÓN TRANSITORIA DE LA LEY 2/2020

2.1 Reformas Legislativas

2.2. Cambios derivados de la reforma operada por la Ley 41/2015

2.3. Situación jurídica actual

2.4. Disposición transitoria de la Ley 2/2020

3. PLAZO DE INSTRUCCIÓN Y DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

3.1 Diligencias de investigación acordadas dentro del plazo de instrucción y recibidas con posterioridad: consecuencias jurídicas

3.2 Diligencias de investigación acordadas fuera de plazo de instrucción: consecuencias jurídicas y posición jurisprudencial

3.2.1 Diligencias instrumentales y funcionales

3.2.2 Diligencias extemporáneas



4. LA DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO COMO INHERENTE AL DERECHO DE DEFENSA: DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA DEL INVESTIGADO: SOBRESEIMIENTO O REPRODUCCIÓN DE LA DILIGENCIA EN EL PLENARIO

6. CONCLUSIONES

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Doctrina

7.2 Legislación

7.3. Jurisprudencia

7.4. Circulares de la Fiscalía General del Estado

INTRODUCCIÓN

Este trabajo no se centra, específicamente, en los plazos procesales establecidos para el desarrollo de la instrucción. Partimos de ahí, desde una perspectiva meramente instrumental, para analizar los problemas que acaecieron en la realidad procesal y que tuvieron su reflejo en la *mens legislatoris* que se proyectó en las sucesivas reformas legislativas. En este sentido, la voluntad del legislador ha sido un elemento clave en la interpretación de los efectos derivados del transcurso del límite temporal máximo de la instrucción. Por ello, los motivos expresados en los Preámbulos de las leyes, a través de las cuales se han operado las sucesivas reformas, han tenido una importancia decisiva en la adopción de los distintos criterios jurisprudenciales.

Son estos efectos los que a este trabajo interesa y, en particular, el efecto preclusivo de la expiración del plazo y su proyección sobre las diligencias acordadas con carácter extemporáneo. ¿Qué ocurre con las diligencias acordadas una vez superado el límite máximo para la finalización de la fase de instrucción? Esa es la pregunta que trata de responderse en el análisis aquí realizado.

Particularmente, se abordará la cuestión relativa a si pueden considerarse válidas aquellas diligencias de investigación que se hubieran acordado y practicado en un momento procesal en el que, en un sentido formal, la fase de instrucción ya no existe. Tal planteamiento es especialmente relevante cuando del resultado de tal diligencia puede extraerse material probatorio de contenido inculpatorio. De esta forma, resulta inevitable



que surjan las siguientes cuestiones: ¿Puede este resultado ser evaluado por el instructor para sustentar su decisión de abrir el juicio oral? ¿Es conciliable tal postura con la existencia de un límite máximo en la instrucción o, con ello, se tornaría inoperante? ¿Es posible incorporar las diligencias extemporáneas como material probatorio en el plenario?

También se incidirá en los efectos que la expiración del plazo tiene sobre determinadas diligencias, como aquéllas que se encuentren tan íntimamente conectadas entre sí que la práctica de la siguiente no pueda concebirse sino como una consecuencia de la practicada en primer lugar, en tanto que sólo pueden cobrar sentido de forma unitaria.

Finalmente, todo lo anterior nos servirá para crear el escenario idóneo que desemboque en el eje central de este trabajo: la consecuencia jurídica que se deriva de que la diligencia de toma de declaración del investigado se acuerde una vez precluida la fase instructora.

1. PLAZO DE INSTRUCCIÓN: REFORMAS LEGISLATIVAS Y SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL; DISPOSICIÓN TRANSITORIA DE LA LEY 2/2020

2.1 Reformas Legislativas

La regulación de la Instrucción ha experimentado grandes variaciones a lo largo de las últimas décadas. En un primer momento, el legislador optó por no restringir el arbitrio del órgano judicial en lo relativo al



desarrollo de las diligencias de investigación, de modo que no existiera una limitación temporal real más allá de imponerle la obligación de dar parte de las razones que impedían la conclusión del sumario, una vez transcurrido el primer mes.

Este plazo de un mes, enseguida, se reveló insuficiente para abarcar la instrucción de una causa penal y, en un intento de agilizar los procedimientos y establecer un método de fiscalización de la labor del juez de instrucción, el legislador optó por introducir en el proceso penal un límite máximo para la realización de esta fase, dejando en manos del Ministerio Fiscal —y, excepcionalmente, también en las partes— la facultad de instar su prórroga. De esta forma, el juez, de oficio, no podía prolongar la fase instructora.

No obstante, esta reforma adoleció, asimismo, de ciertas consecuencias negativas para el proceso. Así, con el fin de lograr un equilibrio entre el establecimiento de determinados límites temporales en el desarrollo de las diligencias de investigación y un cierto control sobre las facultades del órgano judicial, por un lado, y la labor del juez instructor y su competencia para dirigir el sumario, por otro —evitando los efectos perniciosos que podía conllevar el establecimiento de un límite temporal en la investigación, particularmente, en causas complejas—, tuvo lugar una nueva modificación legislativa. Con ella, se estableció un nuevo plazo máximo, si bien, no condicionado por un *dies ad quem* infranqueable, permitiendo la prórroga indefinida y, esta vez, también de oficio. De este modo, las funciones del órgano judicial no quedaban supeditadas a la actividad o inactividad del



Ministerio Fiscal o de las partes, ni se sobrecargaba a aquel con la obligación de un seguimiento exhaustivo de los plazos, en su labor de impulso.

Adentrándonos en la regulación de la duración de la instrucción, ésta se encuentra prevista en el artículo 324 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante, LECrim—. Este precepto, desde su redacción originaria, ha sido objeto de modificación en tres ocasiones, en los años 2009, 2015 y 2020.

Como se adelantaba, el artículo 324, inicialmente, establecía la obligación del órgano judicial de dar parte cada semana de las causas que hubieran impedido la conclusión de la instrucción, una vez expirado el primer mes.

El párrafo segundo se remitía a los presidentes que hubieran recibido tales partes y al Tribunal competente para que, en aras de favorecer la más pronta terminación del sumario, acordaran lo que estimaran oportuno. Por tanto, el precepto no contemplaba, en puridad, una clara función de impulso, ni se concretaban las actuaciones que resultarían pertinentes para alcanzar tal fin.

Se establecía, asimismo, la obligación de los juzgados de instrucción de facilitar a los miembros del Ministerio Fiscal cuanta información solicitaran relativa al estado del sumario, en coherencia con las funciones de

promoción de la justicia e impulso plasmadas en los artículos 3 y 4 de su Estatuto Orgánico¹.

La reforma introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre² se limitó al primer párrafo de este artículo, de modo que la obligación de dar parte recayera sobre el Letrado de la Administración de Justicia.

Posteriormente, este precepto fue modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre³ que sí llevó a cabo una reforma sustancial del artículo 324 al introducir un plazo máximo de instrucción —de seis o de dieciocho meses, con posibilidad de prórroga—, así como las consecuencias jurídicas derivadas de la expiración de este límite máximo.

La redacción vigente del precepto, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2020, de 27 de julio⁴, aunque mantiene la expresión «plazo máximo» que fija en un único período de doce meses, permite, no obstante, su prórroga indefinida, tanto de oficio como a instancia de parte. De este modo, esta delimitación temporal opera, actualmente, más como una referencia orientativa que como un límite inexorable, si bien se restringe el arbitrio

¹ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

² Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

³ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

⁴ Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



del juez de instrucción al imponer que el auto por el que se acuerde la prórroga sea motivado y en él se expongan «razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, así como las concretas diligencias que es necesario practicar y su relevancia para la investigación».

Podemos observar, por tanto, que la instrucción ha experimentado una significativa variación en lo que a su concreción temporal se refiere. El análisis de tales modificaciones será objeto de desarrollo a continuación.

2.2. Cambios derivados de la reforma operada por la Ley 41/2015

Como se ha expuesto, la LECrim, tanto en su redacción originaria como en su versión vigente tras la reforma operada por la Ley 13/2009, no establecía un plazo concreto para llevar a cabo la instrucción. Únicamente contemplaba la obligación —primero del órgano judicial y, posteriormente, del Letrado de la Administración de Justicia— de informar a las partes de las razones por las cuales no había podido concluirse el sumario, una vez transcurrido el primer mes. No obstante, la Ley no preveía consecuencia alguna en caso de traspasarse tal periodo, por lo que, *de facto*, no existía una obligación imputable al órgano judicial de finalizar la instrucción en un momento determinado. Tampoco el retardo en su tramitación suponía efecto alguno para las diligencias practicadas.

Asimismo, y tal como afirma MERCHÁN GONZÁLEZ, «*tal regulación, claramente obsoleta a la realidad, no se cumplía ni en el irreal plazo de un mes que se preveía para la terminación de la instrucción, que se entendía*

como improPIO u orientativo, ni en que se llevasen a efecto las comunicaciones previstas⁵».

Esta situación se modificó con la Ley 41/2015, cuyo Preámbulo dispone que la implantación de plazos máximos para la instrucción obedece a la necesidad de agilizar la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas. En este sentido, establece que «*para la finalización de la instrucción, se sustituye el exiguo e inoperante plazo de un mes del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por plazos máximos realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales*».

De acuerdo con la nueva redacción, la LECrim distingüía entre aquellos supuestos cuya investigación fuera previsiblemente sencilla, cuyo plazo se fijaba en seis meses, y aquellos en los que se apreciara la complejidad en la causa, extendiendo, en este caso, el plazo de instrucción a dieciocho meses. Esta delimitación temporal obedecía, tal y como dispone el Preámbulo de la Ley 41/2015, a la duración media de los plazos de duración de la instrucción «*tal y como se reflejan en los estudios estadísticos judiciales y fiscales*»; no obstante, tal concreción levantó críticas en el seno de la doctrina, al adolecer de cierta falta de coherencia con «*el tiempo máximo de duración de algunas medidas caso de las intervenciones telefónicas que pueden llegar, según los*

⁵ MERCÁN GONZÁLEZ, A.: «Análisis de la STS Sala de lo Penal n.º 455/2021 de 27 de mayo de 2021», en Diario La Ley, núm. 9933, de 15 de octubre de 2021.



casos, a un plazo de dos años, que deberán incluirse en la citada norma»⁶.

Conforme a tal regulación, la calificación de la causa correspondería, inicialmente, al Instructor⁷, determinando la ley en qué supuestos se consideraría compleja. En este sentido, señala la Fiscalía General del Estado, en la Circular 5/2015⁸, que «*la lista de circunstancias que permiten la declaración de complejidad es abierta*». Por el contrario, para CONDE FUENTES⁹ la enumeración del artículo 324 era *numerus clausus*, representando una mera orientación para el órgano judicial, que no quedaba atado por tales supuestos. Sostiene el autor que «*para apreciar dicha complejidad el legislador ha previsto una lista cerrada de supuestos en los que el juez podrá fundar su decisión*». Añade: «*Y subrayamos el verbo "podrá" porque la concurrencia de alguna de estas circunstancias no supone necesariamente que el juez deba acceder a la petición de declaración de complejidad, con la*

⁶ GONZÁLEZ MONTES, J.L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim., para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6, 2015, p. 53.

⁷ En sentido contrario se manifiesta LATORRE LATORRE, al disponer que ésta sería una interpretación al margen de la ley, aunque así lo parezca establecer la Exposición de Motivos. LATORRE LATORRE, V., «La aplicación del art. 324 LECRIM: ¿un caso de activismo judicial?», Revista jurídica de la Comunidad Valenciana, núm. 72, 2019, p. 8.

⁸ Circular 5/2015, de 13 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción.

⁹ CONDE FUENTES, J., «Los polémicos plazos de instrucción penal: tratamiento legal y jurisprudencial», en Diario La Ley, núm. 9162, de 20 de marzo de 2018.



ampliación del plazo de investigación que lleva consigo, por lo que el juez tendrá que ponderar, en base a las necesidades de agilización de la administración de justicia, la concurrencia de esas circunstancias sobrevenidas».

De otro lado, resalta GONZÁLEZ MONTES la insuficiencia de tal regulación, la cual dejaba fuera «*otros supuestos que no siempre están ligados a la complejidad del procedimiento, como por ejemplo, cuando el imputado se sitúa en ignorado paradero o fuera del alcance de las autoridades*»¹⁰. Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS precisa que no todos los supuestos previstos por la ley tenían por qué precisar de una instrucción compleja¹¹. En todo caso, la rigidez de tal enumeración podía

¹⁰ GONZÁLEZ MONTES, J.L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim., para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», op.cit., p. 52.

¹¹ «Hay otros errores en la lista cerrada de supuestos: así, la necesidad de “complicados análisis” o incluso la existencia de una “gran cantidad de víctimas” no siempre justificarían la declaración de complejidad de la instrucción. Los análisis complicados pueden hacerse a veces en poco tiempo y una acción criminal con muchas víctimas tal vez no requiera una investigación compleja». DE LA OLIVA SANTOS, DE LA OLIVA SANTOS, A., «Plazos para la instrucción: la potestad jurisdiccional, de nuevo condicionada por el Ministerio Fiscal», en Blog Por Derecho-IV Época, de 20 de abril de 2015. Disponible en internet: <https://andresdelaoliva.blogspot.com/2015/04/plazos-para-la-instruccion-la-potestad.html> [consulta de 27 de febrero de 2025].



sortearse mediante la previsión de la prórroga excepcional del apartado cuarto del precepto referido, en tanto que la ley no identificaba «*las razones que pudieran justificar esta medida excepcional*»¹².

Se preveía, asimismo, el cambio de calificación a compleja y la prórroga de los plazos a instancia del Ministerio Fiscal, con la audiencia de las partes¹³, y, extraordinariamente, a solicitud de cualquiera de las partes personadas¹⁴. Respecto a esta prórroga extraordinaria, se extrae del tenor de la ley que sólo

¹² CONDE FUENTES, J., «Los polémicos plazos de instrucción penal: tratamiento legal y jurisprudencial», op. cit.

¹³ Limitación que, para GONZÁLEZ MONTES, podía «comportar la infracción de los artículos 302 y 311 LECrim que, como es sabido, permiten a las partes personadas tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento». GONZÁLEZ MONTES, J.L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma...», op. cit., p. 54. Por su parte, BANACLOCHE PALAO critica que tal declaración quedara supeditada a la solicitud del Ministerio Fiscal. Afirma este autor que «una disposición así no resulta muy coherente con nuestro modelo de instrucción, que sigue atribuyendo la responsabilidad de la investigación al Juez, por lo que lo lógico sería que fuera él quien decidiera si necesita o no más tiempo para completarla». BANACLOCHE PALAO, J., «El artículo 324 de la LECr y la limitación de la instrucción en los procesos penales: una contribución al debate», en Diario La Ley, núm. 9617, de 21 de abril de 2020.

¹⁴ Cabe precisar, no obstante, que el tratamiento de tal precepto, en el seno de la jurisprudencia menor, no fue uniforme, de manera que algunas audiencias provinciales reconocieron la facultad de las partes para instar la prórroga de la causa, y no exclusivamente al Ministerio Fiscal [AAP de Salamanca, Sección 1.^a, núm. 27/2017 de 30 de enero. Rec. 467/2016].

podía acordarse una única vez, dejando, sin embargo, el texto legal plena libertad para determinar el nuevo marco cronológico. No obstante, alguna resolución precisa que tal plazo máximo debía ser acorde a los indicados para la instrucción en función de si la causa fuera, o no, compleja —a saber, seis o dieciocho meses—¹⁵. Cabe precisar, asimismo, que, de no hacer uso de esta facultad excepcional, las partes no podían interesar la práctica de diligencias de investigación complementarias, reservadas a aquellos supuestos en los que, solicitada la prórroga, ésta fuera denegada.

Por tanto, la ley no habilitaba al órgano judicial a dilatar la conclusión de la instrucción a su propio criterio, sino que el espacio temporal sobre el que debía constreñirse esta fase quedaba ineludiblemente fijado, de modo que «finalmente exista un límite temporal infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas hayan de

¹⁵ «Alguna resolución judicial sugiere que sea referido al máximo que corresponda según estemos ante una causa ordinaria —otros 6 meses—, o compleja —otros 18 meses—: AAP de Las Palmas, Secc. 1.^a, n.º 210/2017, de 17 de marzo». GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y los plazos de instrucción penal (art. 324 LECrim): requisitos legales y consecuencias prácticas», en RAÚL OCHOA MARCO, FRAGO AMADA, J. A., ENRIQUE ORTEGA BURGOS, ANDÚJAR URRUTIA, J., BLAS JESÚS IMBRODA ORTIZ, GARCÍA DEL BLANCO, V., CARLOS MIGUEL BAUTISTA SAMANIEGO, & TUERO SÁNCHEZ, J. A. (2020). Derecho Penal 2020 (p. 59). Tirant lo Blanch. <https://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413365930>



concluir y haya de adoptarse la decisión que proceda, bien la continuación del procedimiento ya en fase intermedia, bien el sobreseimiento de las actuaciones», tal y como dispone el Preámbulo de la Ley 41/2015.

En adición, el precepto hacía dos referencias a los efectos derivados del transcurso del plazo: por un lado, en un sentido positivo, disponía que debía ponerse fin a la instrucción, y, por otro, y desde una perspectiva negativa, se establecía que la expiración de tal período no conllevaría, necesariamente, el sobreseimiento de la causa para el investigado. Así, el artículo 324 de la LECrim indicaba que *«en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones»*, de no concurrir las circunstancias previstas por la ley para acordar el sobreseimiento, libre o provisional. El efecto del agotamiento del plazo se traducía en la conclusión de la fase instructora, bien a través del auto de conclusión del sumario, o bien mediante el dictado de alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779 LECrim, en el caso del procedimiento abreviado. En consecuencia, y tal y como afirma el Tribunal Supremo en Sentencias núm. 214/2018¹⁶, 470/2017¹⁷ y 62/2017¹⁸, no cabía —ni cabe, en tanto que tal criterio se mantiene— que el órgano judicial practicara más diligencias una vez expirado el límite legal.

¹⁶ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 214/2018, de 8 de mayo. Rec. 10311/2017.

¹⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 470/2017, de 22 de junio. Rec. 1836/2016.

¹⁸ Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo Militar, Sentencia 62/2017, de 18 de mayo. Rec. 10/2017.



En cuanto a la eficacia de las diligencias de investigación, la ley distinguía las diligencias acordadas con anterioridad al transcurso del plazo, aunque fueran recibidas con posterioridad, cuya validez declaraba expresamente, de las acordadas extemporáneamente, respecto a las cuales guardaba silencio. De este modo, la ausencia de una referencia expresa a la calificación jurídica de estas diligencias dio lugar a la adopción de diversos criterios en el seno de la doctrina, —el análisis jurisprudencial con relación a este respecto se desarrollará con más detalle en el apartado correspondiente de este trabajo—. En este sentido, podemos diferenciar entre aquellos autores que sostienen que tales diligencias extemporáneas podían incorporarse al plenario y entre aquellos autores que califican como nulas tales diligencias.

Los primeros¹⁹ sustentan su afirmación en dos fundamentos²⁰: i) que las diligencias acordadas expirado

¹⁹ Entre otros: JULIO BANACLOCHE, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, GUTIÉRREZ AZANZA, DÍAZ TORREJÓN y VALVERDE MEGÍAS.

²⁰ GUTIÉRREZ AZANZA añade otros fundamentos, como: i) que la nulidad conlleva «que se prescinda de las normas esenciales del procedimiento (y resulta discutible que el plazo de instrucción lo sea), y, además, que, por ello, se produzca indefensión»; indefensión que quedaría ligada al plenario y a la práctica de la prueba; ii) que «resulta contradictorio que una diligencia instructora no pueda tener efectos en juicio por haber sido acordada fuera de plazo, pero si es una de las partes la que aporta esa diligencia obtenida por sí misma, pueda valorarse plenamente», y iii) que la ley no impedía que pudieran solicitarse diligencias complementarias. GUTIÉRREZ AZANZA, D.A., «Algunas cuestiones pendientes acerca del



el plazo son meras diligencias de instrucción, y ii) que tales diligencias no son nulas de pleno derecho, en los términos referidos por los artículos 11 y 238 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, en tanto que no vulneran derecho fundamental alguno²¹. Los segundos, como LATORRE LATORRE, sostienen que permitir la práctica de nuevas diligencias, una vez transcurridos los plazos máximos de instrucción, supondría vulnerar el principio de legalidad al dejar inoperante el precepto 324 de la LECrim vía interpretación²². En sentido similar se pronuncian

artículo 324 de la LECrim. Especial referencia al régimen de las diligencias acordadas fuera de plazo», en La Ley Penal, núm. 154, enero-febrero de 2022.

²¹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y los plazos de instrucción penal...», op. cit. (pp. 65-66).

²² Dispone LATORRE LATORRE que la práctica de diligencias extemporáneas «vulneraría el principio de legalidad procesal, el principio de interdicción de arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas (en un plazo razonable), de modo que deben asimilarse al tratamiento de la prueba ilícita». Añade: «Por tanto, la diligencia de investigación así obtenida sería nula y carecería por si misma de capacidad probatoria si bien, a tenor de la referida sentencia, podría ser una fuente de investigación, lo que es imposible en el presente caso porque habría precluido la propia investigación y ello no facultaría a la práctica de nuevas diligencias, so pena de dejar vacío de contenido el artículo 324 de la LECrim, método que vulneraría el principio de vigencia de las normas, o podría ser reintroducido mediante otras pruebas en el plenario, pero ello no obsta a que la investigación se encontraría finiquitada una vez transcurridos los plazos máximos de instrucción». LATORRE LATORRE, V., «La aplicación del art. 324 LECRIM: ¿un caso de activismo judicial?», op. cit. pp. 12-13.

ECHANDÍA ESTEBAN y ORTEGA CALDERÓN, al afirmar que las diligencias intempestivas «*no sólo son nulas sino que además carecerán de nulo rendimiento indiciario*»²³. También se decanta por defender la nulidad de las diligencias extemporáneas DOMINGO MONFORTE. Este autor argumenta que admitir su validez supondría vulnerar los principios de legalidad y de seguridad jurídica, en tanto que el imperativo legal se establece con claridad. Sostiene que las diligencias acordadas extinguido el tiempo hábil son «*nulas, inválidas, no aptas y no debiendo tenerse, en consecuencia procesal, en consideración, por su ausencia de valor, para justificar un indicio incriminatorio*»²⁴.

2.3. Situación jurídica actual

El plazo de instrucción actualmente vigente se introduce por la Ley 2/2020. Esta reforma obedece a un intento de conciliar el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas²⁵ consagrado en el artículo 24.2 de la

²³ ECHANDÍA ESTEBAN, A. y ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción (1ª Parte): Vencimiento del plazo y diligencias admisibles», en Diario La Ley, núm. 10171, de 16 de noviembre de 2022.

²⁴ DOMINGO MONFORTE, J., «[El nuevo orden y modelo procesal de la instrucción penal a plazos](#)», Diario La Ley, núm. 9225, de 25 de junio de 2018.

²⁵ La Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2021, desvincula el contenido del artículo 324 con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, debido a que: i) tales plazos son aprobados por ley ordinaria, y no orgánica; ii) el cómputo se desarrolla al margen de la



Constitución Española²⁶ (CE) y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²⁷, con la eliminación de un plazo máximo que podía, en última instancia, conllevar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes²⁸. En este sentido, dispone el Preámbulo de la Ley que, si bien «establecer sin más un límite máximo a la duración de la instrucción se ha evidenciado pernicioso por cuanto puede conducir a la impunidad de la persecución de delitos complejos, no es menos cierto que establecer ciertos límites a la duración

atribución de la condición de investigado; iii) el artículo 324 LECrim no toma en consideración los lapsos temporales durante los que la persona investigada se haya visto sometida a la investigación de la Fiscalía o la Policía Judicial, y iv) no puede establecerse un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas con arreglo a criterios absolutos. En este sentido, dispone que «el artículo 324 LECrim aparece como un criterio orientativo, pues la apreciación de una dilación como indebida no resulta del mero transcurso de los plazos procesales, sino de las razones que subyacen a la duración misma del procedimiento».

²⁶ Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

²⁷ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

²⁸ Éste es el argumento utilizado en la cuestión de inconstitucionalidad que se plantea contra el artículo 324 LECrim por Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción número 4 de Huelva, mediante auto de 12 de enero de 2017, y resuelto por el Tribunal Constitucional —aunque sin entrar en si el establecimiento de un plazo máximo de instrucción supone o no una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva— mediante ATC, Pleno, núm. 100/2017 de 4 de julio. Rec. 363/2017.

de la instrucción supone una garantía para el derecho de los justiciables».

Esta norma elimina la distinción entre la causa ordinaria y la declarada compleja y fija un único límite cronológico de un año. Tal término es susceptible de ser prorrogado, tanto de oficio —recordemos que, conforme a la anterior regulación, no era posible que el órgano judicial acordara la prórroga si no era solicitada por el Ministerio Fiscal o, con carácter excepcional, por las demás partes— como a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes, por un plazo máximo de hasta seis meses. Se elimina, así, el establecimiento de una fecha máxima de instrucción con la anterior consecuencia de fijar un momento preclusivo específico tras el cual debía ponerse fin a esta fase procesal —y, en caso de insuficiencia probatoria, acordar el sobreseimiento libre o provisional— y se posibilita la prórroga indefinida. No obstante, y a diferencia de la regulación previa a la Ley 41/2015, es necesaria tal prórroga para impedir el fin de la instrucción. De esta forma, se limita la desatención en la tramitación de la instrucción y se posibilita la fiscalización de su duración, en tanto que la resolución que acuerde la prórroga deberá ser motivada.

Asimismo, se mantiene la declaración de validez de las diligencias acordadas en el marco temporal señalado, si bien, y como novedad, se introduce una referencia expresa a las diligencias que hubieran sido acordadas una vez precluido el mismo, disponiendo que «no serán válidas». Respecto a tal concepto de *validez* existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales que



adoptan distintos criterios, a los cuales se hará mención en el apartado correspondiente.

2.4. Disposición transitoria de la Ley 2/2020

La Disposición Transitoria de la Ley 2/2020 dispone: «*La modificación del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contenida en el artículo único será de aplicación a los procesos en tramitación a la entrada en vigor de la presente ley. A tal efecto, el día de entrada en vigor será considerado como día inicial para el cómputo de los plazos máximos de instrucción establecidos en aquél*».

De acuerdo con el tenor literal de dicha disposición, cabría plantearse si puede aplicarse la modificación prevista en esta ley, que amplía el plazo a doce meses, con respecto a términos ya finalizados sin prórroga, de manera que pudiera revivir una fase de instrucción ya concluida. No obstante, la respuesta se anticipa negativa.

Respecto a la eficacia en el tiempo de las normas procesales, tal y como sostiene el Tribunal Constitucional²⁹, «*según la doctrina prácticamente unánime, las normas procesales tienen efecto inmediato, son aplicables a todos los procesos en curso en el momento de su entrada en vigor*». En tanto que tales normas, en el ámbito penal, van dirigidas a regular la tramitación de los actos procesales y no inciden en los hechos delictivos, nada obsta para afirmar que su aplicación conforme al principio general *tempus regit actum* no supone una vulneración del principio de

²⁹ Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 63/1982, de 20 de octubre. Rec. 12/1982.

irretroactividad penal —dejando a salvo aquellas normas procesales que puedan producir efectos sustantivos—³⁰.

Pese a lo expuesto, puede surgir la duda acerca de qué debe entenderse por *procedimientos en tramitación*. En este sentido, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2021³¹, dispone que tal concepto engloba tanto aquellos procedimientos cuya instrucción esté pendiente, como «*aquellos otros en los que aquella fase ya hubiera concluido*». En lo relativo a este último supuesto, fundamenta tal afirmación en dos motivos: i) que es posible revocar el auto de conclusión del sumario y ii) que cabe acordar la práctica de diligencias complementarias.

No obstante, coincidimos con GUTIÉRREZ AZANZA³² en que sólo cabría entender como procedimiento en tramitación aquél que se encuentra aún en fase de instrucción o que ha finalizado mediante resolución no firme, de revocarse esta última. En ningún caso, la extensión de tal concepto puede alcanzar a aquellos

³⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, I., «Retroactividad, ultra-actividad y extractividad de las normas penales. La suspensión de la ejecución y la sustitución de penas de prisión de 3 y 2 años impuestas conforme al Código Penal derogado», en Diario La Ley, 1998, Ref. D-117, tomo 2.

³¹ Circular 1/2021, de 8 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³² GUTIÉRREZ AZANZA, D.A., «Algunas cuestiones pendientes acerca del artículo 324 de la LECrim. Especial referencia al régimen de las diligencias acordadas fuera de plazo», op. cit.



sumarios o diligencias preliminares cuyo plazo máximo hubiera expirado.

Tal conclusión es conforme con el propio tenor literal de la Ley 2/2020 — que declara la invalidez de las diligencias extemporáneas e impone al instructor poner fin a tal fase, una vez sobrepasado el plazo máximo— y con el «límite temporal infranqueable» que pretendía crear la Ley 41/2015. En este sentido, precisa la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia 455/2021³³, que la configuración de este plazo como preclusivo se deriva de la propia ley y de la voluntad del legislador, por lo que infringiría el principio de legalidad una interpretación que pretendiera sortear las consecuencias derivadas del transcurso del plazo máximo fijado en el artículo 324 de la LECrim. Tal plazo «no es de carácter "voluntarista", o subsanable. Es de obligado cumplimiento».

En armonía con esta resolución, la Sala Segunda³⁴ acoge la tesis adelantada al principio de este apartado al disponer que «*no podemos interpretar que la reforma de la LECRIM con la norma antes mencionada conlleva una posibilidad de que incumplido ya el plazo antiguo de los seis meses se produzca una opción "sanadora" de recuperar el plazo perdido y reabrirlo de nuevo, ya que si cuando entró en vigor la norma el plazo estaba vencido y no se había hecho constar la prórroga estamos en el supuesto al que nos hemos referido en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo*

³³ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 455/2021, de 27 de mayo, Rec. 3034/2019.

³⁴ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 803/2022, de 6 de octubre. Rec. 10119/2022.

Penal, Sentencia 455/2021 de 27 May. 2021, Rec. 3034/2019, de que no hay cabida a la subsanación de ese límite infranqueable». Añade: «La norma del nuevo y antiguo art. 324 LECRIM dice lo que dice y si el plazo ha transcurrido ya no hay posibilidad sanadora, ni con la nueva ley ni con su entrada en vigor a los procedimientos en trámite. Está vencido y no hay subsanación, por lo que no caben actuaciones posteriores "sanadoras" en el orden de validar sin prórroga lo no hecho en legal plazo».

2. PLAZO DE INSTRUCCIÓN Y DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

3.1 Diligencias de investigación acordadas dentro del plazo de instrucción y recibidas con posterioridad: consecuencias jurídicas

El transcurso del límite temporal máximo para llevar a cabo la fase de instrucción de un procedimiento penal no conlleva, exclusivamente, la obligatoriedad de poner fin a tal fase —efecto preclusivo de la expiración del plazo legal máximo—, sino que su efecto se proyecta sobre las diligencias de investigación que pudieran acordarse por el órgano judicial.

Dentro de estas diligencias, cabe hacer una mención específica a las denominadas por la doctrina y por la jurisprudencia como «diligencias rezagadas», que son aquéllas cuya práctica es acordada por el instructor de la causa vigente el plazo del artículo 324 de la LECrim, pero son recibidas con posterioridad a su expiración. Respecto a tales diligencias, tanto la Ley 41/2015 como



la Ley 2/2020 se pronuncian expresamente declarando su validez.

La doctrina sostiene, asimismo, que, de acuerdo con el tenor literal de la ley, deben incluirse comprendidas en tal previsión no sólo las diligencias que se reciban con posterioridad al transcurso del plazo de instrucción, sino también aquéllas que se practiquen una vez finalizado, siempre que se hubieran acordado antes de su expiración³⁵. En este sentido, ECHANDÍA ESTEBAN y ORTEGA CALDERÓN³⁶ diferencian entre las diligencias rezagadas propias e impropias, afirmando que, en todo caso, serán válidas, en tanto que el fundamento de tal validez descansa sobre «*la existencia de una resolución judicial en forma por la que se resuelva en sentido afirmativo sobre su práctica, valorando su pertinencia y necesidad para los fines de la instrucción*».

De forma análoga se pronuncia la Sala Segunda, en STS 48/2022³⁷, donde, tras reconocer la validez de las diligencias rezagadas, dispone:

Una última reflexión que apunta en la misma dirección, que hacemos conscientes de que no es derecho positivo, porque la traemos de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LECrim

³⁵ En este sentido, MERCÁN GONZÁLEZ, A.: «Análisis de la STS Sala de lo Penal n.º 455/2021 de 27 de mayo de 2021», op. cit.

³⁶ ECHANDÍA ESTEBAN, A. y ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción (1ª Parte): Vencimiento del plazo y diligencias admisibles», op. cit.

³⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 48/2022, de 20 de enero. Rec. 10448/2021.

de 2020, y que, en referencia a la Ley 41/2015, dice que ésta "trató de introducir en el sistema vigente algunas piezas jurídicas de corte acusatorio, como la "fijación de plazos máximos para la instrucción", o cuando, más adelante, para poner fin a las dudas e incertidumbres que llevó consigo la regulación introducida por Ley 41/2015, relativa a la expiración de los plazos máximos de instrucción, dice que "en la presente ley, la expiración del plazo eventualmente fijado por el juez lleva consigo, inequívocamente, la nulidad de todas las diligencias que se practiquen con posterioridad"; más preciso sería que dijera que se acuerden con posterioridad, porque con ese texto se olvida de las llamadas "diligencias rezagadas", pero quiere dejar patente que lo que se actúe una vez concluido el plazo de instrucción no tiene validez alguna.

3.2 Diligencias de investigación acordadas fuera de plazo de instrucción: consecuencias jurídicas y posición jurisprudencial

Dentro de las diligencias de instrucción que pueden acordarse una vez finalizado el límite máximo del plazo legal fijado, podemos diferenciar, de un lado —siguiendo a ECHANDÍA ESTEBAN y ORTEGA CALDERÓN³⁸—, entre las denominadas diligencias instrumentales y las

³⁸ ECHANDÍA ESTEBAN, A. y ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción (1^a Parte): Vencimiento del plazo y diligencias admisibles», op. cit.



diligencias funcionales y, de otro, entre las diligencias meramente extemporáneas que no guardan una estrecha relación con otra practicada previamente.

3.2.1 *Diligencias instrumentales y funcionales*

La jurisprudencia presenta una cierta flexibilidad a la hora de admitir que determinadas diligencias puedan ser acordadas con posterioridad al transcurso del plazo legal. Éstas son las denominadas diligencias instrumentales y diligencias funcionales, respecto a las cuales debe realizarse, en primer lugar, una breve distinción conceptual.

Debemos entender por diligencias instrumentales aquéllas que cobran valor en su relación con otra u otras. Se trata de diligencias que *«carecen de sustantividad o autonomía, de forma que por sí solas no pueden contribuir a los fines propios de la instrucción pues no se espera de ellas que aporten elementos indiciarios, pero que habrán de servir de soporte o medio (y en ocasiones complemento) para la práctica de otra diligencia sí acordada»*³⁹.

La jurisprudencia se refiere a ellas en diversas ocasiones⁴⁰. En este sentido, cabe destacar la STS

³⁹ ECHANDÍA ESTEBAN, A. y ORTEGA CALDERÓN, J. L., op. cit.

⁴⁰ Como ejemplo de ello: Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 738/2022, de 19 de julio. Rec. 4416/2020. En esta sentencia se hace referencia a la diligencia consistente en acordar el acceso a las fichas del DNI para facilitar una diligencia pericial ya acordada.



1046/2024⁴¹, en donde la Sala Segunda se pronuncia sobre los efectos que el transcurso del plazo de instrucción tiene sobre la diligencia de cotejo. En esta resolución, se precisa que la expiración del límite legal no supone la nulidad de tal diligencia, por un motivo principal —y uno subsidiario, al que se hará referencia más adelante—, a saber, que, al no ser propiamente una diligencia de investigación, no queda bajo el ámbito de aplicación del artículo 324 de la LECrim. La diligencia de investigación viene constituida por la grabación original, siendo el cotejo llevado a cabo por el Letrado de la Administración de Justicia un «*mecanismo de documentalización con un valor puramente instrumental para facilitar, en su caso, el acceso plenario a la información probatoria genuina*». En tanto que tal diligencia no afecta a la carga probatoria de la grabación es irrelevante el momento en el que se lleve a cabo y si, en el momento en que se acuerde, se ha alcanzado el límite cronológico previsto para la instrucción.

En cuanto a las diligencias funcionales, debe entenderse por tales aquellas diligencias que guardan una relación funcional tan estrecha entre sí que no puedan concebirse la una sin la otra. Éste es el supuesto analizado en la STS 605/2022⁴², en la que se ponen en conexión una diligencia por la que se acuerda la averiguación de la dirección IP y la numeración IMEI, para la identificación de los teléfonos asociados a una cuenta, con una

⁴¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1046/2024, de 20 de noviembre. Rec. 4607/2022

⁴² Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 605/2022, de 16 de junio. Rec. 5245/2021.



segunda diligencia, instada posteriormente, para relacionar tales series numéricas con los datos de identificación de los usuarios. En este supuesto se evidencia, tal y como destaca la Sala, la conexión entre ambas diligencias, tanto ontológica, —puesto que una actúa como presupuesto de la otra—, como temporal, por lo que la práctica de la segunda no implica una paralización injustificada del procedimiento.

No obstante, debe destacarse que la apreciación de tal funcionalidad debe utilizarse con la debida cautela, quedando relegada a supuestos excepcionales en los que tal correlación resulta patente. Y ello, para no correr el riesgo de vaciar de contenido al artículo 324 de la LECrim, puesto que siempre podría afirmarse que todas aquellas diligencias acordadas para alcanzar un mismo resultado —en el caso analizado, la identificación del autor de los hechos— pueden pertenecer a una misma cadena de interdependencia.

3.2.2 Diligencias extemporáneas

La postura mantenida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la valoración de las diligencias acordadas extemporáneamente ha experimentado variaciones en los últimos años.

Tras la reforma del artículo 324 de la LECrim, efectuada por la Ley 41/2015, fue objeto de debate, en el seno de la doctrina y de la jurisprudencia, qué efectos tenía la expiración del límite temporal fijado en tal precepto sobre las diligencias acordadas una vez finalizado el plazo de instrucción.

En este sentido, y ante el silencio de la norma respecto a tales diligencias —a diferencia de las diligencias rezagadas, con relación a las cuales sí se pronuncia de forma expresa la ley para declarar su validez—, la Sala Segunda interpretaba el, entonces vigente, artículo 324 de modo que el transcurso del plazo máximo establecido por el legislador no suponía la nulidad de la diligencia intempestiva. Asimismo, y en correlación con tal postura, desvincula tales plazos con la vulneración de derechos fundamentales.

De acuerdo con lo expuesto, la STS 368/2018 dispone: «[...] el recurrente razona sobre el plazo límite de 6 meses de la instrucción, arguyendo que se acordaron diligencias de investigación cuando ya habían transcurrido esos seis meses indicados en el artículo 324 LECrim que entró en vigor mediada la instrucción. Eso ni implica nulidad ni es equiparable a los retrasos extraordinarios que reclama la atenuante del art. 21.6 CP⁴³». Del mismo modo, en Auto 504/2019⁴⁴, el Tribunal Supremo se pronuncia expresamente respecto a la validez de las diligencias extemporáneas, separando la expiración del plazo máximo de la vulneración de derechos fundamentales. Sostiene que, al no producirse una indefensión real y efectiva del recurrente, tal diligencia no estaría viciada de nulidad.

⁴³ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 368/2018, de 18 de julio. 2018, Rec. 2087/2017

⁴⁴ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 504/2019, de 25 de abril. Rec. 4088/2018



Tal situación varía con la entrada en vigor de la Ley 2/2020 donde, a diferencia de la anterior ley de 2015, sí se prevé una referencia expresa para las diligencias extemporáneas. Recordemos que el actual apartado tercero del artículo 324 de la LECrim dispone que «no serán válidas las diligencias» acordadas tras la expiración del plazo. La Sala Segunda interpreta tal viraje legal en la STS 455/2021, previamente citada. En esta resolución, dispone: *«El legislador ha querido fijar un plazo y enmarcar en él el trámite instructor condicionando la validez de las diligencias practicadas a que se lleven a efecto en ese plazo, y siendo inválidas las ejecutadas fuera de él, salvo las denominadas diligencias rezagadas del art. 324.7 (actual art. 324.2 LECRIM)*⁴⁵*. La consecuencia de tal afirmación, y que se desarrolla en la sentencia, es la calificación de estas diligencias como nulas, afirmando que «se trata, pues, de un elemento valorativo de "singular importancia" que existe un pronunciamiento expreso del legislador en la misma línea que mantenía el sector doctrinal que apoyaba la nulidad».*

De acuerdo con lo manifestado en esta resolución, la diligencia extemporánea será nula de pleno derecho al derivarse del tenor literal de la ley⁴⁶, lo cual supone: i) que no quepa subsanación posible⁴⁷ y ii) que ello arrastre *«todas las consecuencias que dimanan de esa nulidad acordada en la sentencia recurrida, como lo es la nulidad*

⁴⁵ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 455/2021, de 27 de mayo. Rec. 3034/2019

⁴⁶ Dispone la sentencia que tal nulidad constituye una «clara «opción de política legislativa»»

⁴⁷ Dispone la sentencia que «no hay subsanación posible a una diligencia no válida ex origen».

de lo actuado y la consiguiente absolución en el caso de que se llegue a juicio oral con esta quiebra procesal en el procedimiento».

Pocos meses después —mediante STS 836/2021 de 3 de noviembre—, partiendo de nuevo de la interpretación gramatical de la ley, se varía la concepción relativa a la calificación jurídica de las diligencias intempestivas. La Sala Segunda sostiene que «*invalidez*» no implica «*nulidad*» y se separan ambos términos reservando este último para aquella actuación que suponga la vulneración de derechos fundamentales.

En este sentido, la STS 836/2021⁴⁸, si bien mantiene la concepción del efecto preclusivo de los plazos de instrucción, al disponer que el transcurso del límite temporal máximo conlleva como consecuencia el fin de la instrucción —doctrina que se mantiene actualmente—, modifica su interpretación respecto a las consecuencias que tal expiración del plazo supone para la práctica de las diligencias. Dispone la Sala Segunda: «*Lejos de este escenario de nulidad absoluta por ilicitud constitucional, la intempestividad convierte a la diligencia, como genuina fuente de prueba, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales -vid. SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre, 115/2015, de 5 de marzo-*

. Por tanto, la expulsión de la diligencia de la fase instructora vendría

⁴⁸ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 836/2021, de 3 de noviembre. Rec. 4081/2019



amparada por el artículo 242 de la LOPJ, pero no por el artículo 11 del mismo texto legal.

La consecuencia de tal calificación se proyecta sobre la posibilidad de introducción de tal diligencia extemporánea en el plenario como medio de prueba. Mientras que, conforme a la interpretación llevada a cabo por la STS 455/2021, la diligencia es radicalmente nula y, por tanto, insubsanable, la concepción de la misma como irregular permite, a juicio del Tribunal, su introducción en una fase posterior del proceso. Y ello, pese a mantener el carácter insubsanable de la diligencia, si bien, en este caso, referida a la mera irregularidad, de manera que tal efecto se predica sólo con relación a la posible valoración por el instructor. En este sentido, dispone la STS 974/2024⁴⁹: «*La invalidez de las diligencias de investigación practicadas fuera de plazo viene determinada porque, vencido el plazo, el juez de instrucción carece de competencia para seguir investigando*».

A modo de símil se expresa la Sala Segunda, a este respecto, al disponer: «*La falta de validez por incumplimiento del plazo de producción afecta a la diligencia de investigación, al vehículo informativo que quedará, valga el símil mecánico, inservible, pero no compromete la licitud constitucional de la información*

⁴⁹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 974/2024, de 6 de noviembre. Rec. 6573/2021.

contenida y su potencial utilización probatoria por otros medios en el juicio oral»⁵⁰.

Esta postura se conserva, actualmente, por el Tribunal Supremo. La doctrina jurisprudencial, por tanto, califica las diligencias acordadas una vez transcurrido el plazo de instrucción no como nulas, sino como irregulares. Ello conlleva que, si bien no cabe que sean tenidas en cuenta durante la instrucción, sí pueden ser objeto de reproducción durante la fase del juicio oral, sin quedar viciadas por las consecuencias derivadas de la práctica de una diligencia vulneradora de un derecho fundamental (ex art. 11 de la LOPJ).

En este sentido, la STS 672/2022⁵¹ establece que la consecuencia más destacada de la irregularidad de la diligencia es que «*la prohibición de utilización se convierte en relativa, circunscrita, por tanto, al momento y a los efectos fijados por la norma y sin efectos reflejos*». Añade que la extemporaneidad «afectará al potencial valor probatorio anticipado o preconstituido», pero ello no impide que «*pueda ser introducido en el acto del juicio como dato probatorio de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes*». Esta doctrina, tal y como sostiene la Sala Segunda en STS 1046/2024⁵², puede considerarse ya

⁵⁰ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 836/2021, de 3 de noviembre. Rec. 4081/2019.

⁵¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 672/2022, de 1 de julio. Rec. 5534/2020.

⁵² Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1046/2024, de 20 de noviembre. Rec. 4607/2022



asentada —por todas, SSTS 974/2024; 176/2023; 48/2022—.

Por tanto, y en síntesis, podemos concluir que el transcurso del plazo máximo de instrucción tiene los siguientes efectos —conforme a la actual postura jurisprudencial—:

a) Por un lado, supone un efecto preclusivo de la fase instructora. Si bien, y ex artículo 324 de la LECrim, la expiración del plazo no conlleva el sobreseimiento, la superación del límite legal implica que haya de ponerse fin imperativamente a esta fase procesal. Ello supone que el órgano judicial se vea compelido a dictar alguna de las resoluciones previstas en los artículos 779 y 662 de la LECrim, relativos al procedimiento abreviado y al ordinario, respectivamente.

b) El efecto respecto de las diligencias practicadas lo es de irregularidad y no de nulidad. Ello implica que, finalizado el plazo de instrucción, el órgano judicial debe tomar la decisión de continuación del procedimiento sobre la base de los indicios de los que hubiera hecho acopio antes de la expiración del término. Es decir, la consecuencia de la extemporaneidad de la diligencia conlleva la imposibilidad de su valoración por el instructor. La fundamentación de la apariencia delictiva de los hechos que se proyecta en la continuación del procedimiento no podrá descansar sobre el resultado de una diligencia acordada una vez transcurrido el plazo de instrucción. Es decir, de ser insuficiente el material probatorio del que se

disponga finalizada esta fase, deberá acordarse el sobreseimiento y archivo de la causa.

c) La irregularidad de la diligencia no impide, no obstante, que ésta pueda incorporarse a la causa en un momento posterior del proceso, pudiendo la parte interesada instar su introducción en el juicio como prueba. Precisa, la STS 974/2024⁵³: «[...] a título de ejemplo, que la aportación extemporánea de un documento impide la valoración de ese documento para decidir sobre la procedencia de la continuación del proceso conforme a lo que preceptúa el artículo 779.1.4 LECrim pero, de existir otros indicios suficientes para la prosecución del proceso, ningún obstáculo procesal había para aportar ese documento en el juicio, bien con el escrito de conclusiones bien en su trámite inicial».

4. LA DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO COMO INHERENTE AL DERECHO DE DEFENSA: DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL

Tal y como sostiene RODRÍGUEZ LAINZ⁵⁴:

⁵³ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 974/2024, de 6 de noviembre. Rec. 6573/2021.

⁵⁴ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «Reflexiones en torno al dilema jurídico de las declaraciones de investigados practicadas una vez concluido el plazo de investigación», en Diario La Ley, núm. 10351, de 19 de septiembre de 2023.



La actual redacción del art. 779.1,4^a de la LECRIM considera la declaración del investigado como la única diligencia de investigación ineludible en sede de instrucción. En base al mandato de dicho precepto, emparentando con el art. 775.1, no podría avanzarse a la fase intermedia si no es tras haberse oído en declaración a las personas investigadas sobre los hechos objeto de imputación. La misma exigencia se infiere de la necesaria declaración indagatoria tras el dictado de auto de procesamiento propio del procedimiento sumario ordinario —art. 388—.

Añade este autor: «*Como bien es sabido, el legislador no hizo sino adaptarse a la exigencia del Tribunal Constitucional de que toda persona investigada fuera oída antes del cierre de la fase de investigación*».

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en Auto 5/2019, de 29 de enero⁵⁵, —con cita de la STC 146/2012, de 5 de julio—, dispone: «*[C]omo afirma el órgano judicial proponente este Tribunal ha venido reiterando que una de las garantías contenidas en el derecho al proceso justo consiste en ser citado para adquirir la condición de imputado, conocer el hecho punible que se le atribuye, ser ilustrado de los derechos que en tal condición le asisten, especialmente el de ser asistido de letrado, declarar ante el Juez y exponer su versión exculpatoria (por todas SSTC 186/1990, 15 de noviembre de 1990, FFJJ 5, 6, 7; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 19/2000, de 31 de enero, FJ 5; 87/2001, de 4 de abril, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 4; y*

⁵⁵ Tribunal Constitucional, Pleno, Auto 5/2019, de 29 de enero. Rec. 5428/2018.

18/2005, de 1 de febrero, FJ 5». Añade esta resolución que la declaración del imputado «*a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa*», de forma acorde con la naturaleza del proceso penal acusatorio —y no inquisitivo— que otorga al acusado la condición de parte.

Debe precisarse que el proceso penal no es un instrumento a través del cual las acusaciones ejercen su “derecho” a obtener una condena del responsable del hecho delictivo, en tanto que carecen de este derecho subjetivo⁵⁶, sino que engloba una serie de actuaciones tendentes a asegurar las garantías del imputado y opera como cauce para el ejercicio del *ius puniendi*. Es decir, en tanto que la creación del proceso penal no va orientada hacia la dotación de mecanismos a las acusaciones para lograr una condena, sino que, precisamente, va dirigida a salvaguardar los derechos del investigado, parece lógico pensar que las normas que integran su regulación deben siempre interpretarse en el sentido más favorecedor del derecho de defensa⁵⁷

⁵⁶ Las partes acusadoras en todo proceso penal —tanto particulares como públicas— gozan de un *ius ut procedatur*, un derecho a poner en marcha el proceso que desemboque en una respuesta razonable, razonada y fundada en Derecho (Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 190/2011, de 12 de diciembre. Rec. 1506/2007).

⁵⁷ En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ en: FERNÁNDEZ, L. «Plazo de instrucción y diligencias intempestivas: la declaración del investigado. Análisis de la STS 176/2023, de 13 de marzo», en LA LEY Penal, núm. 169, Sección



En este sentido, dispone el Tribunal Constitucional en STC 19/2000⁵⁸ que la Constitución ha establecido para el proceso penal «*un sistema complejo de garantías vinculadas entre sí en su art. 24 (TC SS 205/1989, de 11 Dic., 161/1994, de 23 May., y 277/1994, de 17 Oct.). De suerte que cada una de las fases del proceso penal - iniciación (TC S 111/1995, de 4 Jul., FJ 3); imputación judicial (TC S 135/1989, de 19 Jul., FJ 6); adopción de medidas cautelares (TC S 108/1994, de 11 Abr., FJ 3); sentencia condenatoria (TC SS 31/1981, de 28 Jul.; 229/1991, de 28 Nov., y 259/1994); derecho al recurso y a la doble instancia (TC S 190/1994, de 20 Jun., FJ 2)- se halla sometida a exigencias constitucionales específicas, destinadas a garantizar, en cada estadio del desarrollo de la pretensión punitiva e incluso antes de que el mismo proceso penal comience (TC S 109/1986, de 24 Sep., FJ 1), la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige tal pretensión».*

En concreto, y respecto a las fases iniciales del proceso, precisa esta sentencia que el derecho a ser informado de la acusación —consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución— se proyecta sobre una serie de garantías dentro de las que se encuentra que «*la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase*

Jurisprudencia aplicada a la práctica, julio-agosto de 2024. Dispone la autora que «no debemos perder de vista que el engranaje jurídico del procedimiento penal gira en torno a garantizar la presunción de inocencia del investigado en tanto en cuanto no se resuelva su situación y sus derechos fundamentales».

⁵⁸ Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 19/2000, de 31 de enero. Rec. 2806/1996

instructora (o de diligencias previas)», con el fin de «evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral». Añade que «la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim.), 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 art. 24 CE, y por ende acreedora de la sanción procesal de la «prueba prohibida» (art. 11.1 LOPJ)».

En este sentido, y tal y como sostiene FERNÁNDEZ⁵⁹, la ley dota de un carácter cardinal a la diligencia de toma de declaración del investigado, de modo que, de un lado, «será, habitualmente, la primera diligencia en ser practicada», y, de otro, se trata de «la única necesaria —en términos absolutos— para proceder a archivar el procedimiento o continuar su tramitación (art. 779.1.4^a en relación con el 775 LECrim), en especial para formular acusación una vez abierta la fase intermedia».

El Tribunal Supremo, por su parte, en Sentencia 176/2023, de 13 de marzo⁶⁰, dispone que «por la función de garantía que se asigna a esta singular diligencia, hay

⁵⁹ FERNÁNDEZ, L. «Plazo de instrucción y diligencias intempestivas: la declaración del investigado. Análisis de la STS 176/2023, de 13 de marzo», op. cit.

⁶⁰ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 176/2023, de 13 de marzo. Rec. 1455/2021.



una sólida justificación de orden constitucional que obliga a que esa declaración se realice en la fase de instrucción y, siempre que sea posible, desde el mismo momento en que se aprecien indicios de la participación criminal del investigado». Añade que «si no se actúa de esa forma hay un riesgo cierto de lesión del derecho de defensa, en cuanto no cabe una instrucción sin contradicción y realizada de espaldas o al margen del investigado, que tiene derecho no sólo a conocer la imputación, sino a intervenir en la instrucción ofreciendo su versión de descargo y solicitando, en su caso, la práctica de las diligencias oportunas».

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA DEL INVESTIGADO: SOBRESEIMIENTO O REPRODUCCIÓN DE LA DILIGENCIA EN EL PLENARIO

El problema jurídico planteado en el presente trabajo se articula en torno a la pregunta de cuál es la consecuencia jurídica derivada de que el Instructor acuerde recibir declaración al investigado, una vez expirado el plazo fijado en el artículo 324 LECrim —o de las sucesivas prórrogas, de haberse acordado—.

Por un lado, y conforme a lo expuesto previamente, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia más reciente interpreta el actual artículo 324 LECrim de modo que las diligencias cuya práctica se acuerde con posterioridad al transcurso del plazo de instrucción se consideran irregulares⁶¹. El efecto de tal calificación es que el órgano

⁶¹ Como ejemplo de ello, véase la STS 836/2021, de 3 de noviembre. Rec. 4081/2019.



instructor no puede entrar a valorar el resultado de tales diligencias, por lo que, a efectos de dictar el auto de continuación de las diligencias por el procedimiento abreviado y el posterior auto de apertura del juicio oral, se considerarán inexistentes.

Recordemos, no obstante, que el criterio jurisprudencial se ha apartado de una primera consideración en la que calificaba estas diligencias extemporáneas como nulas⁶²; en consecuencia, tal irregularidad, si bien impide apreciar al órgano instructor el resultado de las mismas para la apertura del juicio oral, no supone un obstáculo para que puedan ser incorporadas, posteriormente, al plenario mediante su reproducción.

Por otro lado, la doctrina jurisprudencial, en línea con la postura mantenida por el Tribunal Constitucional, considera que la declaración del investigado es una diligencia esencial, que no puede obviarse en el proceso, en tanto que forma parte del derecho de defensa del encausado. En este sentido, y conforme al artículo 779.1.4^a LECrim —centrándonos en el procedimiento abreviado—, no podrá dictarse el auto de continuación de las diligencias previas del procedimiento abreviado de no haberse acordado con anterioridad la declaración del investigado, la cual debe haberse practicado durante la instrucción.

Lo anteriormente expuesto nos lleva, aparentemente, a una única consecuencia, de obligado cumplimiento para el órgano judicial: dictar auto de sobreseimiento

⁶² Véase STS 455/2021, de 27 de mayo. Rec. 3034/2019.



respecto al investigado al que no se haya recibido declaración durante la instrucción. Ello se extrae del principio de legalidad —conforme a los preceptos 324 y 779 de la LECrim— y del derecho fundamental al derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta misma conclusión es la alcanzada por la Sala Segunda, en la STS 455/2021, previamente citada: «[...] *no era posible legalmente continuar las diligencias previas por los trámites del Procedimiento abreviado al no existir declaración válida del investigado en el periodo de instrucción, antes de su expiración. Por ello, conforme a lo establecido en el art. 779.4º en relación con el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debió dictarse el archivo de la causa*».

No obstante, sobre la base de que tales diligencias extemporáneas no deben considerarse nulas, sino irregulares, nos encontramos ante diversas resoluciones judiciales en las que se resuelve, pese a haberse acordado la práctica de la declaración del investigado fuera del plazo de instrucción, la continuación del procedimiento penal.

Como ejemplo de ello, la Audiencia Nacional, en Sentencia 18/2023, de 16 de octubre⁶³, dispone:

La Circular de la Fiscalía de la fiscalía general del Estado 1/2021.basándose en el ATC, Pleno, 5/2019, de 9 de enero, admite la posibilidad de su práctica extemporánea, habida cuenta que la declaración del investigado tiene esa doble de

⁶³ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Apelación, Sentencia 18/2023, de 16 de octubre. Rec. 11/2023.

condición de diligencia de investigación y garantía para el investigado. La STS 176/2023 al igual que sucede en el ATC 5/2019, el Tribunal Supremo huye de la consideración de la norma procesal que impone la previa declaración del investigado anterior al cierre de la investigación, derivando la solución a la controversia cuestionando si tal circunstancia habría afectado o no al ejercicio del derecho de defensa de aquél a quien se le tomara declaración una vez expirado el plazo de instrucción; y con más razón, en una causa distinta nacida para eludir la devastadora consecuencia de un anterior archivo decretado precisamente por dicha razón.

Añade que «*lo que prohíbe el art. 24 CE es que el inculpado llegue a no tener participación en la tramitación de las diligencias de investigación o que la acusación se fragüe a sus espaldas, sin haber tenido conocimiento alguno de ellas. Muchas dudas se ciernen sobre la declaración de investigado de forma extemporánea, mas este último extremo apuntado por el Tribunal Supremo es esencial, tal cual es que se haya producido una indefensión material del investigador y en el presente caso esto no ha sido alegado ni acreditado. Por todo ello se debe desestimar este motivo de recurso».*

La sentencia del Tribunal Supremo a la que se refiere la Audiencia Nacional es la STS 176/2023, previamente citada. En esta resolución —la que más se acerca a la disyuntiva planteada, aunque sin optar por una solución clara— se recalca el carácter esencial de la diligencia de



declaración del investigado, si bien, se precisa que puede ser una interpretación conforme a la ley su práctica, después de expirado el plazo y antes de que se dicte el auto del artículo 779.1.4 de la LECrim⁶⁴. No obstante, esta sentencia también añade: «*Es cierto que en el artículo 324 de la LECrim no se dispone expresamente que la declaración del investigado deba practicarse durante la instrucción, aunque de su literalidad se deduce que todas las diligencias de investigación deben realizarse dentro de ese plazo, bajo sanción de invalidez*».

Como puede colegirse de lo expuesto, la Sala Segunda no adopta una posición clara, sino que se limita a afirmar que la diligencia será nula siempre que se hubiera causado indefensión al investigado. No añade, no obstante, que la consecuencia jurídica no deba ser la misma con independencia de que pueda acreditarse la existencia de tal indefensión.

En sentido inverso a la postura mantenida por la Audiencia Nacional, se pronuncia la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en Auto 324/2024, de 17 de junio⁶⁵, donde —con cita, igualmente, del ATC 5/2019, la Circular 1/2021 de la FGE y la actual doctrina del Tribunal Supremo— concluye que «admitir

⁶⁴ La Sala Segunda dispone que «es cierto que el artículo 7791.4 sólo prescribe que esa declaración debe llevarse a cabo necesariamente antes de que se dicte el auto previsto en el artículo 779.1.4 LECrim, por lo que es posible que se reciba la declaración del investigado después del plazo de instrucción pero antes de que se dicte el auto referido».

⁶⁵ Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1^a, Auto núm. 324/2024, de 17 de junio. Rec. 361/2024.

dicha declaración una vez sobrepasado el lapso legal constituiría una interpretación contra legem del art. 324 LECr, que dispone que las diligencias acordadas tras la finalización del plazo de instrucción "no serán válidas". Por tanto, no cabría admitir la validez de la declaración de investigado acordada y practicada tras la expiración de este plazo». Añade que «además, constituye un contrasentido conceptual que, bajo el pretexto de que la declaración de investigado constituye una "garantía de defensa" del investigado, se realice una interpretación de la norma que le perjudique, con el fin de admitir que su declaración pueda acordarse y practicarse finalizado el plazo máximo de instrucción».

De forma similar se manifiesta la Audiencia Provincial de Salamanca⁶⁶, al disponer que la investigación del investigado es una «*diligencia que es esencial e insoslayable pues es la primera llamada para adquirir la condición procesal de investigado (art. 775 LECrim) y poder ejercer los derechos reconocidos en el artículo 118 LECR*». Por ello, añade, «*tal diligencia no se puede practicar una vez expirado el plazo de instrucción, suponiendo su práctica extemporánea la nulidad de referida diligencia*».

De lo expuesto se extrae que existen resoluciones contradictorias dentro de la jurisprudencia menor con relación a la interpretación del artículo 324 LECrim y sus consecuencias jurídicas. En cuanto a la postura del Tribunal Supremo, las resoluciones que emanan de la

⁶⁶ Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1^a, Sentencia núm. 59/2021, de 15 de octubre. Rec. 119/2021.



Sala Segunda no permiten resolver con claridad tal cuestión; por un lado, posibilita que las diligencias de investigación acordadas transcurrido el plazo de instrucción se incorporen, posteriormente, al proceso durante el plenario —lo que es utilizado como justificación para poder continuar el proceso, pese a no haberse acordado en plazo la declaración del investigado—; por otro, impone como consecuencia la no valoración de las mismas durante la fase de instrucción, mientras, simultáneamente, proscribe que pueda dictarse el auto del artículo 779.1.4^a sin haber acordado y recibido tal declaración. El Tribunal Constitucional tampoco resuelve esta cuestión.

No obstante, cabe precisar que la variación de la doctrina del Supremo lo es sólo en cuanto a la delimitación conceptual de la expresión «no serán válidas» acogida por la norma, en tanto que el efecto contemplado en la STS 455/2021 no se altera con posterioridad. El Tribunal, en esta resolución, determina que las diligencias acordadas extemporáneamente no pueden ser objeto de valoración por el instructor; éste, por tanto, debe tomar una decisión sobre la continuación del procedimiento con los elementos probatorios de los que disponga, antes de transcurrir el plazo. Ésta es la postura mantenida en otras resoluciones de fecha posterior por este Tribunal. En este sentido, dispone la STS 974/2024, previamente citada, que *«las diligencias practicadas fuera de plazo»*—entre las que cita la declaración del investigado— *«son diligencias de investigación que no debieron ser tomadas en consideración para adoptar la resolución por la que se concluyó la instrucción y se acordó continuar el procedimiento por los trámites del Procedimiento*

Abreviado». Precisa, asimismo: «*El plazo de instrucción es un término esencial y sólo las diligencias tempestivas pueden servir de fundamento al auto de prosecución del procedimiento. Lo contrario supone una violación de una norma procesal esencial que determina la nulidad del citado auto y supone también una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE*».

Por tanto, el criterio mantenido por la jurisprudencia es que las diligencias acordadas fuera del plazo legal para la instrucción no pueden ser valoradas durante esta fase, ni ser la base sobre la que se articule el posterior auto de apertura del juicio oral. La calificación de las diligencias como nulas o irregulares no alteran este efecto. Asimismo, si bien la calificación como nulas de pleno derecho no se mantiene por este Tribunal, la *ratio decidendi* que lleva al Supremo a proscribir la valoración de las diligencias practicadas fuera de plazo, sí puede ser conservada. En este sentido, dispone la STS 455/2021: «*De admitirse las diligencias fuera de plazo, y una prórroga de las mismas instada fuera del plazo legal, se produce una clara lesión del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva por contravención de las estipulaciones del art. 324 LECrim*».

6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

El presente trabajo busca dar respuesta a la problemática que orbita alrededor de las consecuencias jurídicas derivadas del acuerdo extemporáneo de la diligencia de declaración del investigado. En este



sentido, el presente trabajo se centra en la contraposición de dos realidades jurídicas: por un lado, el transcurso del plazo de instrucción —que viciaría con irregularidad las diligencias practicadas en el seno del marco de extemporaneidad— y, por otro, el carácter esencial de la declaración del investigado en instrucción, como requisito previo a la apertura del juicio oral.

La unión de las consecuencias jurídicas derivadas de la expiración del término para llevar a cabo la instrucción, con el acuerdo extemporáneo de la diligencia de declaración del investigado, nos lleva a una conclusión derivada de un razonamiento lógico, que puede reproducirse en un simple silogismo:

- Premisa mayor: las diligencias practicadas en instrucción fuera de plazo no pueden ser valoradas —es decir, se reputarán inexistentes de cara a la instrucción— por el Instructor.
- Premisa menor: la concurrencia de la diligencia de declaración del investigado es esencial para poder acordar la continuación del procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado.
- Conclusión: Si la diligencia de declaración del investigado se practica fuera de plazo, no podrá acordarse la continuación del procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado.

No obstante, la Audiencia Nacional, si bien mantiene ambas premisas, alcanza una conclusión distinta a la expuesta anteriormente. El argumento esgrimido se sustenta en el carácter cardinal de la declaración del investigado para justificar su práctica y, con ello, altera

subrepticiamente la premisa mayor. Es decir, lo que viene a afirmar este Tribunal es que, si bien las diligencias acordadas extemporáneamente no pueden ser objeto de valoración, la esencialidad de la declaración del investigado ampara que se acuerde la misma. De este modo, nos encontramos ante una conclusión imposible —en línea con la posición mantenida por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa—, en la que la diligencia no se valora y se valora al mismo tiempo, en tanto que, sin su examen, no puede acordarse la apertura de la fase intermedia y, tampoco, posteriormente, del juicio oral.

Asimismo, entendemos que no cabe amparar la práctica extemporánea de la declaración del investigado en el carácter esencial de tal diligencia, en tanto que supone interpretar en perjuicio del reo su propio derecho a la tutela judicial efectiva—. Este derecho fundamental debería concebirse de la forma más amplia posible en relación con su titular, no con la acusación. Basar en tal derecho la continuación del proceso penal, en vez de acordar el sobreseimiento, supone retorcer la argumentación con el único fin de eludir los plazos establecidos en el artículo 324 de la LEcRim. En este sentido, dispone la STS 48/2022, previamente citada: *«Se podrá estar de acuerdo, o no, con la fijación de plazos para la instrucción, pero, si se tiene en cuenta que los límites a su duración suponen una garantía para el derecho de los justiciables, como se puede leer en el Preámbulo de la Ley 2/2020 [...], no parece razonable buscar fórmulas para eludir esos plazos, cuando ello pugna con la mira puesta en esos derechos fundamentales».*



En definitiva, esta es una cuestión sobre la que se impone que se pronuncie el Tribunal Constitucional, tal y como señala la STS 176/2023, previamente citada: «*Resulta difícil imaginar un escenario en el que se lleve a cabo la declaración fuera del plazo de instrucción sin comprometer gravemente el derecho de defensa y precisamente es en clave constitucional donde ha residenciarse el análisis de esta incidencia*».

7. BIBLIOGRAFÍA.

7.1. Doctrina.

BANACLOCHE PALAO, J., «El artículo 324 de la LECr y la limitación de la instrucción en los procesos penales: una contribución al debate», en *Diario La Ley*, núm. 9617, de 21 de abril de 2020.

CONDE FUENTES, J., «Los polémicos plazos de instrucción penal: tratamiento legal y jurisprudencial», en *Diario La Ley*, núm. 9162, de 20 de marzo de 2018.

DE LA OLIVA SANTOS, DE LA OLIVA SANTOS, A., «Plazos para la instrucción: la potestad jurisdiccional, de nuevo condicionada por el Ministerio Fiscal», en *Blog Por Derecho-IV Época*, de 20 de abril de 2015. Disponible en internet: <https://andresdelaoliva.blogspot.com/2015/04/plazos-para-la-instruccion-la-potestad.html> [consulta de 27 de febrero de 2025].

DOMINGO MONFORTE, J., «El nuevo orden y modelo procesal de la instrucción penal a plazos», *Diario La Ley*, núm. 9225, de 25 de junio de 2018.

ECHANDÍA ESTEBAN, A. y ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción (1ª Parte): Vencimiento del plazo y diligencias admisibles», en *Diario La Ley*, núm. 10171, de 16 de noviembre de 2022.

FERNÁNDEZ, L. «Plazo de instrucción y diligencias intempestivas: la declaración del investigado. Análisis de la STS 176/2023, de 13 de marzo», en *LA LEY Penal*, núm. 169, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, julio-agosto de 2024.

GONZÁLEZ MONTES, J.L., «Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim., para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2015.

GUTIÉRREZ AZANZA, D.A., «Algunas cuestiones pendientes acerca del artículo 324 de la LECrim. Especial referencia al régimen de las diligencias acordadas fuera de plazo», en *La Ley Penal*, núm. 154, enero-febrero de 2022.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y los plazos de instrucción penal (art. 324 LECrim): requisitos legales y consecuencias prácticas», en RAÚL OCHOA MARCO, FRAGO AMADA, J. A., ENRIQUE ORTEGA



BURGOS, ANDÚJAR URRUTIA, J., BLAS JESÚS IMBRODA ORTIZ, GARCÍA DEL BLANCO, V., CARLOS MIGUEL BAUTISTA SAMANIEGO, & TUERO SÁNCHEZ, J. A. (2020). *Derecho Penal 2020*. Tirant lo Blanch. <https://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413365930>.

LATORRE LATORRE, V., «La aplicación del art. 324 LECRIM: ¿un caso de activismo judicial?», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 72, 2019.

MERCHÁN GONZÁLEZ, A.: «Análisis de la STS Sala de lo Penal n.º 455/2021 de 27 de mayo de 2021», en *Diario La Ley*, núm. 9933, de 15 de octubre de 2021.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «Reflexiones en torno al dilema jurídico de las declaraciones de investigados practicadas una vez concluido el plazo de investigación», en *Diario La Ley*, núm. 10351, de 19 de septiembre de 2023.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., «Retroactividad, ultra-actividad y extractividad de las normas penales. La suspensión de la ejecución y la sustitución de penas de prisión de 3 y 2 años impuestas conforme al Código Penal derogado», en *Diario La Ley*, 1998, Ref. D-117, tomo 2.



7.2 Legislación.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

7.3. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 63/1982, de 20 de octubre, Rec. 12/1982.



Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 19/2000, de 31 de enero. Rec. 2806/1996.

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 190/2011, de 12 de diciembre. Rec. 1506/2007.

Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.^a, Auto núm. 27/2017, de 30 de enero. Rec. 467/2016.

Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo Militar, Sentencia 62/2017, de 18 de mayo. Rec. 10/2017.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 470/2017, de 22 de junio. Rec. 1836/2016.

Tribunal Constitucional, Pleno, Auto núm. 100/2017, de 4 de julio. Rec. 363/2017.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 214/2018, de 8 de mayo. Rec. 10311/2017.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 368/2018, de 18 de julio. 2018. Rec. 2087/2017.

Tribunal Constitucional, Pleno, Auto 5/2019, de 29 de enero. Rec. 5428/2018.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 504/2019, de 25 de abril. Rec. 4088/2018.



Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 455/2021, de 27 de mayo. Rec. 3034/2019.

Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, Sentencia 59/2021, de 15 de octubre. Rec. 119/2021.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 836/2021, de 3 de noviembre. Rec. 4081/2019.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 48/2022 de 20 de enero. 2022, Rec. 10448/2021.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 605/2022, de 16 de junio. Rec. 5245/2021.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 672/2022, de 1 de julio. Rec. 5534/2020.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 738/2022, de 19 de julio. Rec. 4416/2020.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 803/2022, de 6 de octubre. Rec. 10119/2022.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 176/2023, de 13 de marzo. Rec. 1455/2021.



Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Apelación, Sentencia 18/2023, de 16 de octubre. Rec. 11/2023.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1^a, Auto 324/2024, de 17 de junio. Rec. 361/2024.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 974/2024, de 6 de noviembre. Rec. 6573/2021.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1046/2024, de 20 de noviembre.

7.4. Circulares de la Fiscalía General del Estado.

Circular 5/2015, de 13 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción.

Circular 1/2021, de 8 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LA INVESTIGACIÓN PENAL DIGITAL: OSINT, DIRECCIONES IP Y EL EQUILIBRIO ENTRE EFICACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

DIGITAL CRIMINAL INVESTIGATION: OSINT, IP ADDRESSES, AND THE BALANCE BETWEEN EFFECTIVENESS AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Dª. Lena Carazo Sánchez

Egresada del Doble Grado en Derecho y en Ciencia Política y Administración Pública de la Universidad de Salamanca

Resumen: La transformación digital ha cambiado profundamente la forma de entender la investigación penal, dando lugar al uso generalizado de herramientas tecnológicas como la Inteligencia de Fuentes Abiertas (OSINT) y la obtención de direcciones IP como formas de diligencias de investigación. Estas técnicas, al no requerir autorización judicial en muchos casos, han incrementado la eficiencia investigadora, pero también han generado importantes dilemas jurídicos y éticos.



Este trabajo analiza críticamente el uso de ambas herramientas en el contexto español y europeo, comparándolas con la interceptación tradicional de las comunicaciones y evidenciando el choque que se produce con ciertos derechos fundamentales. A través del estudio de la legislación, la jurisprudencia y los recientes desarrollos normativos de la Unión Europea, se evidencian las lagunas legales actuales y se proponen reformas orientadas a garantizar un equilibrio entre eficacia policial y respeto a los derechos fundamentales, especialmente la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

Palabras clave: investigación policial digital, OSINT, dirección IP, derechos fundamentales, privacidad, LECrim, interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Abstract: The digital transformation has profoundly changed the way criminal investigations are understood, leading to the widespread use of technological tools such as Open Source Intelligence (OSINT) and IP address tracing as forms of investigative proceedings. These techniques, which in many cases do not require judicial authorization, have increased investigative efficiency but have also raised significant legal and ethical dilemmas. This paper critically analyzes the use of both tools within the Spanish and European context, comparing them to the traditional interception of communications highlighting the conflict that arises with certain fundamental rights. Through the study of legislation, jurisprudence and recent regulatory developments in the European Union, current legal gaps are identified, and



reforms are proposed to ensure a balance between police effectiveness and respect for fundamental rights, particularly privacy and the confidentiality of communications.

Keywords: digital criminal investigation, OSINT, IP address, fundamental rights, privacy, LECrim, interception of telephone and telematic communications.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN

II. MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO DE LA INVESTIGACIÓN POLICIAL DIGITAL

1. CONCEPTO DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS Y CONCRECIÓN DE LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.

2. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

III. INVESTIGACIÓN POLICIAL DIGITAL

1. INTELIGENCIA DE FUENTES ABIERTAS U “OPEN SOURCE INTELLIGENCE” (OSINT).

A) Concepto del OSINT y su relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

B) Derechos fundamentales afectados



2. LAS DIRECCIONES IP

- A) Concepto de direcciones IP y encuadre normativo.
- B) Derechos fundamentales afectados y problemas de aplicación

IV. AVANCES LEGISLATIVOS EUROPEOS Y SUS DESAFÍOS

1. EL REGLAMENTO E-EVIDENCE.

2. PRIVACIDAD EN LA ERA DIGITAL: ÚLTIMAS NORMAS DE LA UE.

V. CONCLUSIONES.

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La investigación policial en la era digital supone un cambio en el paradigma hasta ahora establecido. Los métodos clásicos de investigación se han quedado obsoletos en un contexto donde gran parte de la actividad humana se desarrolla en entornos digitales. Esto ha transformado no solo las relaciones personales, sino también el modo en que se cometen, investigan y persiguen los delitos. Este nuevo escenario se ve reflejado en datos recientes: a comienzos de 2025, más de 5.640 millones de personas, lo que equivale al 68,7%

de la población mundial, estaban conectadas a Internet¹. La conectividad global genera a diario inmensas cantidades de datos que recogen cada interacción de los usuarios en la red. Esto es lo que ha convertido a Internet en el principal espacio donde rastrear indicios sobre conductas delictivas y sobre los posibles autores de un delito. Es tal la importancia de la investigación policial digital, que se estima que se utilizan datos electrónicos en el 85% de las investigaciones penales en la Unión Europea². Esta cifra no solo confirma el desplazamiento del foco de la investigación hacia el ámbito digital, sino que demuestra que la tecnología no es un recurso accesorio, sino uno principal en el desarrollo de las diligencias de investigación actuales.

Esta incorporación de las nuevas tecnologías a las diligencias de investigación ha traído consigo ventajas significativas en relación con la agilidad, eficiencia y disponibilidad de información. Sin embargo, la digitalización de las investigaciones también plantea nuevos desafíos derivados de este gran volumen de datos, la complejidad de las herramientas digitales y del respeto a los principios básicos del proceso. Estos retos derivan de la capacidad para acceder y procesar

¹ Según datos de *DataReportal*, "Digital around the Word". Disponible en: <https://datareportal.com/global-digital-overview>

² Datos recabados del análisis del Consejo de la UE y del Consejo Europeo: "Mejor acceso a las pruebas electrónicas para combatir la delincuencia", (2024). Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/e-evidence/>



información en línea sin límites, y sin un control riguroso que garantice el respeto a los derechos fundamentales.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015 ha supuesto un gran avance a la hora de actualizar la legislación a la investigación digital, sin embargo, aspectos novedosos de este tipo de investigación quedan fuera de este encuadre normativo y hace que se generen importantes dilemas jurídicos y éticos en relación con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, especialmente aquellos vinculados a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos personales. En este trabajo nos vamos a centrar en dos técnicas clave de la investigación policial digital, la Inteligencia de Fuentes Abiertas (OSINT) y la identificación mediante direcciones IP. Ambas se han consolidado como herramientas cada vez más frecuentes en las diligencias policiales, por centrar su actuación en el entorno digital. En el caso de la OSINT, su relevancia se acentúa por el uso intensivo de las redes sociales, donde aproximadamente el 63,9% de la población mundial mantiene una actividad regular³, lo que convierte estas plataformas en espacios clave para la obtención de información relevante en el curso de una investigación. Por lo que el objeto central de este trabajo es analizar críticamente estas dos técnicas, evaluando su encuadre en el marco jurídico español y europeo, así como su impacto en los derechos fundamentales y

³ Siguiendo los datos de *DataReportal*, “Digital around the World”.

proponer una solución ante la actual situación regulatoria.

La relevancia de esta investigación se justifica por la creciente necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre la eficacia en la lucha contra la delincuencia y la obligación de preservar los derechos fundamentales en un entorno digital donde la recopilación masiva de datos puede suponer una intromisión desproporcionada en la vida privada tanto del investigado como de terceros no involucrados en el procedimiento.

El trabajo se estructura en torno a un análisis comparativo entre las medidas tradicionales de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas y las técnicas digitales mencionadas, prestando especial atención a la protección de los derechos fundamentales y a los riesgos del empleo de la tecnología en las técnicas de investigación actuales. Para ello, se estudiarán tanto las disposiciones legales como la jurisprudencia más relevante y las aportaciones doctrinales, así como los recientes desarrollos legislativos en el ámbito europeo.



II. MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO DE LA INVESTIGACIÓN POLICIAL DIGITAL

1. CONCEPTO DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS Y CONCRECIÓN DE LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS

Las diligencias de investigación tecnológicas se recogen por primera vez de manera sistemática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Esta reforma acoge una serie de medidas que van a restringir en mayor o menor medida los derechos fundamentales, principalmente aquellos recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española (CE)⁴.

Resulta pertinente comenzar con una aclaración del concepto de diligencias de investigación. Estas medidas se enmarcan en la fase de instrucción o fase sumarial cuya finalidad es comprobar si procede la celebración del juicio y, en su caso, esclarecer los hechos e identificar a los posibles autores del delito⁵. Dentro de esta fase, las diligencias de investigación cumplen la función de recabar la información necesaria para determinar si se

⁴ El preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015 establece que se unifica la regulación de las medidas de investigación tecnológicas limitativas de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución.

⁵ Artículo 299 LECrim.

ha cometido un hecho delictivo y quién es el presunto autor del mismo⁶. La caracterización de estas diligencias como tecnológicas es señalada por PÉREZ GIL, al mencionar que “en la actualidad la investigación o es tecnológica o no es investigación”⁷. Por lo que sería posible extender la definición general de las diligencias de investigación para incluir a las tecnológicas, ya que este concepto abarca cualquier tipo de medida tendente al esclarecimiento del hecho punible.

Dentro de estas diligencias nos vamos a centrar en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, por lo que también es relevante hacer una referencia conceptual sobre estas. Por interceptación de las comunicaciones puede entenderse, tal y como ha indicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo como: “una diligencia de investigación, acordada por la autoridad judicial en fase de instrucción, ejecutada bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente y acordada con el objeto de captar el contenido de las comunicaciones del sospechoso o de otros aspectos del iter comunicador, con el fin inmediato

⁶ ASENSIO MELLADO, J.M. y FUENTES SORIANO, O., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.^a edición, 2019, pág. 107.

⁷ PÉREZ GIL, J., “Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal español: privacidad vs. eficacia en la persecución”, en: BRIGHI, R., PALMIRANI, M. y SÁNCHEZ JORDÁN, M.E (dirs.), *Informatica giuridica e informatica forense al servizio della società della conoscenza. Scritti in onore di Cesare Maioli*. Editorial Aracne, Roma, 2018, pág. 2.



de investigar un delito, sus circunstancias y autores y con el fin último de aportar al juicio oral materiales probatorios 'bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique' ⁸.

Es decir, es una medida que, al implicar una restricción de derechos fundamentales requiere una resolución judicial motivada que autorice a la Policía Judicial a recabar información relevante para el juicio oral⁹.

No hay una distinción en la legislación entre lo que se considera comunicación telefónica y telemática. La jurisprudencia sí que aborda el concepto de intervención de una comunicación telefónica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1994, en la que especifica que se trata de una actividad de control de las comunicaciones entre particulares que implica una restricción del derecho del secreto de las comunicaciones y que debe ser ordenada por una autoridad judicial¹⁰. Respecto a la comunicación telemática, puede entenderse como la interceptación en tiempo real y sin interrupciones de las comunicaciones¹¹. En la Circular

⁸ Definición textual recogida de la STS 246/1995, de 20 de febrero.

⁹ GIMENO SENDRA, J., "La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas", *El notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid, nº. 39, (2011).

¹⁰ Véase STS 2093/1994, de 28 noviembre (núm. Rec. 1149/1993).

¹¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. 70, nº 2186, (2016), pág. 29.

2/2019 de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas¹² se menciona también esta distinción, poniendo el foco en el medio empleado para realizar la comunicación, de modo que telefónica sería aquella comunicación para la cual se emplee un teléfono y telemática cuando se utilice un sistema informático.

No obstante, aunque exista una distinción teórica entre ambos conceptos, en la práctica sus implicaciones son mínimas y ambas tienen una misma regulación, por lo que no se plantean problemas derivados de su diferenciación¹³.

Dentro de esta fase de investigación del delito, y en relación con las diligencias de investigación tecnológicas, es relevante mencionar la expansión del uso de la tecnología en la investigación. La investigación policial digital cobra mayor importancia en una era digital en la que una gran parte de la información se halla en instrumentos tecnológicos. Esto permite mayor facilidad

¹² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2019, sobre *interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas*, de 6 de marzo de 2019. Disponible en:

https://www.fiscal.es/documents/20142/12049669/Circular+2_2019%2C+de+6+de+marzo%2C+sobre+interceptaci%C3%B3n+de+comunicaciones+telef%C3%B3nicas+y+telem%C3%A1ticas.pdf/a4d45f8a-a07e-be4b-d8f6-f26c6559127c?t=1739201541483

¹³ VARONA JIMÉNEZ, A., "Aspectos relevantes de la interceptación de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal español", *Ius Inkarri*, vol. 9, nº 9, (2020), pág. 243.



en el acceso a los datos necesarios para la identificación del hecho delictivo y su autor; sin embargo, también facilita la posible afectación de derechos fundamentales¹⁴. En este contexto, abordaremos dos técnicas de investigación digital clave para las investigaciones y que generan preocupaciones sobre la privacidad y la protección de derechos: las técnicas de Inteligencia de Fuentes Abiertas (OSINT) y la obtención de direcciones IP.

Una vez aclarado el marco conceptual, es pertinente incidir en el marco normativo que regula esta materia. Este análisis permitirá comprender cómo el ordenamiento jurídico ha abordado la introducción de nuevas diligencias basadas en la tecnología y permitirá la comparación con las concretas técnicas de investigación digital abordadas en el presente trabajo. En este sentido, es clave examinar las disposiciones vigentes, la interpretación jurisprudencial y la dada por la Fiscalía, con el fin de identificar sus limitaciones y desafíos en la práctica de la defensa de los derechos fundamentales.

¹⁴ COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Limitaciones en el uso de la información y los datos personales en un proceso penal digital", FREITAS, P. M., (Coord.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, págs. 40 y 41.

2. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

En este apartado se expone la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, una forma de investigación que cuenta con un marco normativo claro y definido, en contraste con la falta de regulación específica de otras técnicas de investigación digital. A través de la regulación de estas diligencias, se establecen una serie de garantías dirigidas a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, asegurando que cualquier intervención en este ámbito se realice bajo control judicial y con los requisitos legales pertinentes. Sin embargo, en el ámbito de las técnicas de investigación digital que se verán en el siguiente apartado, la ausencia de una regulación precisa puede llegar a suponer una amenaza para los derechos.

Respecto a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, 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 constituye como la principal regulación al introducir una serie de novedades que permiten un avance legislativo para adaptar esta diligencia a la nueva realidad tecnológica presente. Además, se publica la Circular 2/2019 para ofrecer un análisis más detallado de la regulación sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas tras la reforma de la LECrim por la LO 13/2015, la cual se basa en la labor de la jurisprudencia que, durante años, ha ido



supliendo las carencias legislativas en materia de diligencias tecnológicas, presentes en la LECrim¹⁵.

La reforma a través de LO incluye cinco medidas de investigación y una serie de disposiciones comunes a ellas. En concreto, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se regula en el Capítulo V, "La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas". Este capítulo se inicia con el artículo 588 *ter* a LECrim en el que se hace referencia a los requisitos necesarios para que se pueda interceptar una comunicación. Solo se podrá autorizar una interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas cuando se esté investigando alguno de los delitos del artículo 579.1 LECrim. Los cuales son: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo. En cuanto a los delitos conexos, la Circular establece que, si el hallazgo casual está conectado con la prueba matriz, se podría aplicar la diligencia a ese hallazgo, siempre y cuando se mantenga el delito principal que motivó la autorización en un primer momento y excluye la aplicación a delitos imprudentes.

De este modo se respeta el principio de proporcionalidad al restringir el uso de esta diligencia a los supuestos más

¹⁵ ÁLVAREZ MEDIALDEA, A. F., "Cuestiones controvertidas en torno a la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Determinación del concepto de encuentro", *Revista Penal*, nº 51 (2023), pág. 10.

graves, puesto que se trata de una situación que va a limitar los derechos fundamentales del artículo 18 CE¹⁶.

La Circular especifica que el ámbito de aplicación se limita a aquellas medidas de investigación que afecten a los derechos recogidos en el artículo 18 CE, estos son: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Y, en particular, aquellas que afecten a datos relacionados con el mensaje en sí, los datos externos de la comunicación, el momento, duración y destino de la comunicación y el acceso a mensajes de texto o SMS no leídos¹⁷.

El ámbito objetivo de los supuestos mencionados anteriormente se establece en el artículo 588 *ter b*, se extiende a: la comunicación en sí misma, los datos electrónicos de tráfico o asociados, así como aquellos producidos con independencia de la existencia o no de una determinada comunicación. La Circular aclara que es el Juez quien debe llevar a cabo una delimitación concreta del alcance de la interceptación y establecer si se extiende más allá del contenido concreto de la comunicación alcanzando otros datos asociados. Esta extensión debe estar debidamente justificada conforme a los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad¹⁸.

¹⁶ LÓPEZ FERIA, A., "Nuevas tecnologías e interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 111 y 112 (2019), pág. 223.

¹⁷ Véase "Alcance de la medida" de la Circular 2/2019.

¹⁸ Véase "Ámbito objetivo" de la Circular 2/2019.



En relación al ámbito subjetivo, se debe relacionar el dispositivo investigado con su dueño, quien puede adoptar tres formas distintas: investigado, si es el usuario habitual del dispositivo objeto de la diligencia; víctima, cuando su vida o integridad puedan correr grave riesgo¹⁹ y tercero ajeno, en los casos en los que esté actuando como canal para la transmisión de la comunicación, se beneficie de la colaboración con el investigado o su dispositivo esté siendo utilizado por un tercero sin su conocimiento²⁰. Asimismo, impone el deber de colaborar con la Administración de Justicia a toda persona o entidad que tenga una vinculación con la comunicación que está siendo investigada, incluyendo a los prestadores de servicios en el artículo 588 *ter* e LECrim. La Circular clarifica que no es necesario que el terminal esté a nombre del investigado ya que lo que prima es la relación del dispositivo con el usuario y no con el titular de este. Para estos casos en los que no sea el titular será necesario una motivación más detallada de la medida²¹.

La solicitud viene regulada en el artículo 588 *ter d* y el artículo 588 *bis b* LECrim y se puede sintetizar en que debe contener: la descripción del hecho objeto de la investigación, la identidad de los afectados por la medida y de los dispositivos a investigar, las razones que la justifican, la extensión de la medida, la unidad investigadora encargada, la forma de ejecución, la

¹⁹ Artículo 588 *ter b* LECrim.

²⁰ Artículo 588 *ter c* LECrim.

²¹ Véase “Ámbito subjetivo y afectación de terceros” de la Circular 2/2019.

duración y la persona responsable de llevar a cabo la medida²².

De sobremanera, el artículo 588 *bis b* en relación con las disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones, establece que la solicitud de autorización judicial debe recoger las razones que justifiquen la medida y los indicios de criminalidad, por lo tanto, no es posible solicitar la medida para comprobar de forma general si hay o no un hecho delictivo²³. Es necesario que haya indicios serios de criminalidad y no solo suposiciones de que se estuviese cometiendo un delito, tal y como se expresa en la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril²⁴.

Para garantizar un adecuado control de la medida, se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 588 *bis g* en materia de disposiciones comunes y al artículo 588 *ter f* LECrim. Estos artículos establecen el deber de información de la Policía Judicial al Juez de Instrucción, las formalidades que debe tener la resolución judicial habilitante, la obligación de poner a disposición del Juez dos soportes digitales: uno con la transcripción y otro con las grabaciones, etc. La Circular señala que la LECrim

²² RAYÓN BALLESTEROS, M. C., "Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015", *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 52 (2019), pág. 185.

²³ ALFONSO RODRÍGUEZ, A. J., "Interceptación de comunicaciones telefónicas, seguridad(es) y garantías procesales", *Ciencia Policial*, nº 182, pág 117.

²⁴ Véase STC 49/1999, de 5 de abril.



no recoge el momento en que se debe practicar la prueba y remite a la jurisprudencia. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo 513/2010, de 2 de junio, indica que si las partes lo solicitan se deberá escuchar en el momento del juicio oral²⁵.

En cuanto a la duración de la medida, los artículos 588 *ter g* y *ter h* LECrim establecen que debe ser de máximo tres meses, prorrogables por periodos sucesivos de tres meses hasta un máximo de dieciocho meses computables desde la fecha de autorización judicial y en relación con cada investigado. En la Circular se alude al principio de proporcionalidad y establece que se deberá ir incrementando la motivación con cada prórroga y que no basta con una remisión a la autorización por el plazo inicial, tal y como se especifica en la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1995 de 11 de diciembre²⁶.

Tras la finalización de las medidas y una vez alzado el secreto de la medida, las partes tienen derecho a conocer el resultado de las investigaciones realizadas, por lo que se les debe de entregar una copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas sin incluir aquellos datos sobre la vida íntima de las personas, lo cual debe ser señalado por el Juez²⁷. De igual manera, la circular indica el derecho de terceros afectados a conocer sobre la intervención de sus comunicaciones, siempre y

²⁵ Véase STS 513/2010, de 2 de junio

²⁶ Véase STC 181/1995, de 11 de diciembre.

²⁷ BUENO DE MATA, F., BUJOSA VADELL, L. (pr.), *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, 1.^a edición, pág. 80.

cuando la notificación no resulte imposible, no requiera un esfuerzo desproporcionado o pueda perjudicar a investigaciones futuras. Posteriormente, se debería proceder a la destrucción de los registros tal y como establece el artículo 588 *bis k*.

Por último, en lo que respecta a la incorporación al proceso de datos de tráfico, cabe señalar que estos serán abordados con mayor detenimiento posteriormente. En lo que aquí incumbe, es preciso destacar el artículo 588 *ter j* LECrim que reitera que la incorporación de estos datos requiere de autorización judicial. Asimismo, el asunto de las direcciones IP será explicado en capítulos posteriores y en este sentido el artículo 588 *ter k* LECrim menciona que la Policía Judicial puede solicitar al Juez de Instrucción el requerimiento a los prestadores de servicios para que estos les faciliten los datos necesarios para la identificación del dispositivo y del sospechoso. La Circular explica que la Policía Judicial no va a necesitar autorización judicial para determinar la dirección IP si puede hacerlo valiéndose de sus propios medios. Sin embargo, será necesario autorización judicial para vincular esa dirección IP con un equipo o dispositivo concreto y con el usuario de este²⁸.

En definitiva, la reforma introducida por la LO 13/2015 y los detalles recogidos en la Circular 2/2019, buscan establecer un marco normativo que garantice la máxima protección de los derechos fundamentales de los investigados. Sin embargo, se trata de una situación

²⁸ Véase "Incorporación al proceso de datos de tráfico o identificación" de la Circular 2/2019.



delicada ya que no siempre resulta sencillo lograr un equilibrio entre la necesidad de llevar a cabo una investigación eficaz y el respeto a los derechos de los investigados. Esta fricción se ve especialmente reflejada en el uso de técnicas como la Inteligencia de Fuentes Abiertas o la obtención de direcciones IP, las cuales, a pesar de ser herramientas valiosas para el esclarecimiento de delitos, pueden afectar directamente a los derechos fundamentales de las personas implicadas por la falta de un encaje preciso en la regulación anteriormente expuesta. Esta tensión y afectación de derechos se irán mostrando a lo largo del presente trabajo, evidenciando los desafíos que presenta la aplicación de estas medidas.

III. INVESTIGACIÓN POLICIAL DIGITAL

Dentro del marco de las relaciones de la investigación policial digital con los derechos fundamentales, es pertinente analizar los dos métodos de investigación digital anteriormente señalados y cuyas implicaciones son de especial relevancia para este trabajo: el empleo de técnicas de Inteligencia de Fuentes Abiertas (OSINT) y la obtención de direcciones IP. Estas herramientas se caracterizan por la obtención de datos sin necesidad de autorización judicial, puesto que se considera que no afectan de forma significativa a los derechos fundamentales del artículo 18 CE. Sin embargo, es esta falta de autorización la que provoca una disminución de las garantías y de la protección de estos derechos, lo que plantea importantes desafíos en su salvaguarda. Ambas técnicas representan el dilema clásico entre eficacia en la investigación criminal y la protección de los derechos

fundamentales, un conflicto que se enfatiza aún más por el menor nivel de regulación que poseen frente a otros métodos de investigación.

En una sociedad marcada por lo digital, donde la mayoría de las interacciones y comunicaciones se realizan en línea, la privacidad se traslada a un entorno virtual, por lo que el acceso a datos alojados en Internet se convierte en un nuevo peligro para los derechos fundamentales. La digitalización ha transformado los conceptos de intimidad y secreto de las comunicaciones, obligando a replantear los límites de la vigilancia policial y la regulación de las principales técnicas que actúan en este entorno digital: el OSINT y las direcciones IP.

El OSINT se refiere a las técnicas de recopilación, procesamiento y correlación de información obtenida de fuentes públicas²⁹, como redes sociales, foros y otros recursos en línea.

Por otro lado, las direcciones IP son números únicos asignados a cada dispositivo conectado a una red que sirve para identificarlos³⁰. Con las técnicas OSINT, la Policía puede aprovechar la información pública

²⁹ LENOIR-GRAND PONS, R., "Análisis de riesgo, prevención y comunicación en la gestión de crisis", MOLINER GONZÁLEZ, J. A., GONZÁLEZ-RABANAL, M. C. (Dirs.), *Seguridad, control de fronteras y derechos humanos. Gestión pública de las crisis sociales*, Dykinson, Madrid, 2022, pág. 242.

³⁰ BARRIO ANDRÉS, M., *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la Red*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2017, 1^a edición, pág. 78.



disponible en diversas plataformas y correlacionarla con la dirección IP asociada a un sospechoso.

Por ello, la combinación de estas dos metodologías amplía significativamente el alcance de la investigación digital, pero también plantea desafíos críticos en materia de protección de la intimidad y otros derechos fundamentales³¹.

1. INTELIGENCIA DE FUENTES ABIERTAS U “OPEN SOURCE INTELLIGENCE” (OSINT).

A) *Concepto del OSINT y su relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.*

La Inteligencia de Fuentes Abiertas u “Open Source Intelligence” (OSINT) puede entenderse como la recolección, procesamiento y correlación de información pública obtenida a través de fuentes abiertas como las redes sociales, foros, blogs, datos comerciales, etc.³² Esta información puede utilizarse para obtener datos sobre los sujetos de una investigación. Se trata de un mecanismo muy eficiente por el bajo coste de los recursos a utilizar, además de que se vale de una gran

³¹ ORTIZ PRADILLO, J. C., “Dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización en el proceso penal”, RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (Dir.), *Diligencias de investigación tecnológica*, Cuadernos digitales de formación nº 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2018, pág. 50.

³² PASTOR-GALINDO, J., NESPOLI, P., MÁRMOL, F. G., PÉREZ, G. M, “The not yet exploited goldmine of OSINT: Opportunities, open challenges and future trends”, *IEEE access*, vol. 8 (2020), pág. 10282.

cantidad de información actualizada que ofrecen estas fuentes abiertas. Sin embargo, este amplio abanico de datos puede convertirse en un problema a la hora de discernir entre aquellos que son relevantes de los que no³³.

Dentro de OSINT pueden encontrarse distintas variantes en función de la fuente de la que provenga la información, tales como: SIGINT, si proviene de señales de satélites públicos, HUMINT, si procede de entrevistas u observación directa, IMINT, si se utilizan imágenes de espacios públicos o SOCMINT, si procede de redes sociales³⁴.

El marco legal aplicable a OSINT teniendo en cuenta que se trata de una medida de investigación tecnológica y que puede aplicarse a aquella información derivada de una diligencia de investigación, es la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁵. Sin embargo, a tenor de lo explicado con anterioridad sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se puede

³³ ROJO TORRES, J. D., "OsiNET desarrollo de una herramienta de integración OSINT", *Alcalibe: Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica*, nº 23 (2023), págs. 182 y 183.

³⁴ BUENO DE MATA, F., "Técnicas de ciberinteligencia aplicables a la investigación de delitos de odio en redes abiertas: reflexiones críticas", en AGUILAR CÁRCELES, M. M., SOTO CASTRO, J. E., VINAGRE GONZÁLEZ, A. M., (Dirs.), *Delitos de odio. Un abordaje multidisciplinar*, J.B. Bosch, Barcelona, 2023, pág. 62.

³⁵ BUENO DE MATA, F., *Investigación y prueba de delitos de odio en redes sociales técnicas OSINT e inteligencia policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 1^a Edición, pág. 124.



concluir que el OSINT no es propiamente una diligencia de este tipo, puesto que no requiere una intervención de un medio de comunicación, sino que la investigación se realiza a través de fuentes públicas accesibles para cualquier persona³⁶. Es decir, la interceptación accede directamente a comunicaciones privadas (llamadas, correos, mensajes, etc.) lo que proporciona una información más directa y confidencial por no ser posible el acceso del público general a ella, mientras que OSINT permite obtener datos de manera pasiva, aprovechando la huella digital pública del investigado.

Por lo tanto, pese a tener el mismo objetivo de obtener información sobre los hechos y personas investigadas, la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas y el OSINT utilizan medios diferentes que hacen que su regulación varíe sustancialmente.

Según la LECrim, la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas necesita de autorización judicial por entenderse que afecta a derechos fundamentales³⁷. Sin embargo, la propia ley contempla una serie de medidas de investigación que no precisan de dicha autorización judicial al no vulnerar, en principio, estos derechos fundamentales. Entre estas medidas, se encuentra la investigación a través de OSINT³⁸, que,

³⁶ TORO-ALVAREZ M. M., BONILLA-DUITAMA M. L., PARADA JAIMES W. D., "Investigación del Cibercrimen y de los Delitos Informáticos Utilizando Inteligencia de Fuentes Abiertas de Información (OSINT)", *Researchgate*, (2018), pág. 4.

³⁷ Artículo 588 bis a LECrim.

³⁸ MARTÍNEZ GALINDO, G., "Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los principios penales", *Revista*

aunque se basa en fuentes abiertas, en la práctica puede suponer una intromisión en la privacidad si no se lleva a cabo adecuadamente.

De este modo, las protecciones que la LECrim ofrece a los derechos relacionados con la interceptación de las comunicaciones no serían aplicables a la obtención de información mediante OSINT, lo que implica menores garantías, así como una posible vulneración de los derechos fundamentales, especialmente cuando la información obtenida permite reconstruir aspectos íntimos de la vida del investigado o de terceros.

B) Derechos fundamentales afectados

Pese a que las técnicas OSINT accedan solo a información pública, la gran cantidad de datos recopilados y su combinación pueden ofrecer una visión detallada sobre la vida privada de las personas. Esta práctica puede permitir reconstruir aspectos íntimos, como rutinas, relaciones personales o ideologías, lo que podría afectar de igual o mayor manera que otros medios más intrusivos como la interceptación de las comunicaciones. Esto se debe precisamente a la falta de una regulación específica y de un control judicial previo que garantice la proporcionalidad entre la investigación y la protección de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución³⁹.

Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 24-23 (2022), pág. 12.

³⁹ En el mismo sentido, MONTE, M., SÁNCHEZ. S.I., "Tensiones constitucionales entre el derecho a la intimidad y el



En relación con los derechos recogidos en el artículo 18 CE, en concreto, el apartado primero sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, se puede observar como este derecho es afectado por la investigación mediante OSINT. Aunque la información que se obtiene a través de este mecanismo es pública, el sujeto que la ha compartido no ha otorgado su consentimiento para su recopilación y análisis. Estos datos que el investigado publica no han sido difundidos con la intención de ser objeto de un examen masivo y exhaustivo que permita elaborar perfiles detallados sobre su vida personal.

Tal y como expone EDUARDO BERTONI, se puede argumentar que la información vertida en redes sociales es publicada tras la lectura y aceptación de los "términos y condiciones" de las plataformas, lo que implica que los usuarios son conscientes de que su contenido es de libre acceso y, por lo tanto, no habría expectativas de privacidad sobre ello. No obstante, esto presupone que los usuarios han comprendido lo que implica la aceptación de estos términos, lo que no siempre ocurre. Además, no todos los datos que almacenan las redes sociales son aquellos que se han compartido voluntariamente. Existen datos tales como la geolocalización, la fecha o los dispositivos utilizados que no son directamente publicados por el usuario y que, sin embargo, pueden ser analizados por mecanismos como

ciberpatrullaje en la investigación criminal. Análisis del Protocolo General para la Prevención Policial del Delito con Uso de Fuentes Digitales Abiertas", *Revista Pensamiento Penal*, (2021), pág. 8.

OSINT⁴⁰. Información como el uso de aplicaciones de terceros, interacciones con anuncios, comportamiento de clics o el tiempo de pantalla, también pueden ser recopiladas y analizadas sin que los usuarios de las aplicaciones que recogen estos datos sean conscientes de su existencia⁴¹.

Además, la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero, señala que el uso extendido de la tecnología ha provocado una mayor afectación de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal⁴². Del mismo modo, la sentencia advierte que las redes sociales pueden implicar una pérdida de control sobre la información que el usuario comparte, lo que facilita que terceros puedan utilizarla con fines distintos a los que motivaron su publicación original.

Esta sentencia incide igualmente en la posibilidad de que un usuario publique información sobre otro sin su consentimiento. Cuando se difunde un vídeo o una imagen en la que aparece el investigado, pero esta ha sido publicada por otra persona, su identidad puede quedar expuesta en Internet sin su autorización e incluso sin que él sea consciente de dicha publicación. Por tanto,

⁴⁰ BERTONI, E., "Las prácticas OSINT, ¿son amigas o enemigas de los derechos humanos?", *CELE Research*, nº 58 (2023), pág. 15.

⁴¹ HULSEN, L. TEN., "Open Sourcing Evidence from the Internet- the Protection of Privacy in Civilian Criminal Investigations Using Osint (Open-Source Intelligence)", *Amsterdam Law Forum*, vol. 12, nº 2 (2020), pág. 36.

⁴² Véase STC 27/2020, de 24 de febrero.



el empleo de técnicas OSINT sobre este tipo de datos no publicados directamente por el investigado, puede agravar más aun la vulneración de sus derechos al no haber hecho pública él mismo esa información.

Asimismo, la recopilación de datos mediante OSINT, puede afectar no solo al investigado, sino también a terceros ajenos a la investigación cuya información se haya obtenido incidentalmente, sin que exista una regulación clara sobre el procesamiento y conservación de esos datos. A diferencia de la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, en la que se debe cumplir con procedimientos detallados sobre la conservación de estos datos y su uso en el procedimiento judicial, debiéndose eliminar aspectos de la vida íntima de las personas que pudieron haber quedado reflejados en ella⁴³, la investigación a través de OSINT carece de un mecanismo de control análogo. Por lo tanto, la expansión del análisis de datos a personas no implicadas con la investigación puede vulnerar el derecho a la intimidad y a la protección de datos, lo que también entra en conflicto con el principio de proporcionalidad⁴⁴. Este principio exige que las medidas adoptadas sean adecuadas, necesarias y proporcionadas a los fines que se persiguen, evitando que se vulneren derechos fundamentales de manera injustificada.

⁴³ Artículo 588 *ter i* LECrim.

⁴⁴ BARONA VILAR, S., "Justicia con algoritmos e inteligencia artificial, ¿acuerpando garantías y derechos procesales o liquidándolos?", *Derechos y Libertades*, nº 51, Época II (2024), pág. 104.

En este sentido, el voto particular emitido por Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Marchena Gómez a la Sentencia recaída en el recurso de Casación núm. 11347/2011, destaca que los avances tecnológicos en las comunicaciones telefónicas y telemáticas deberían exigir una interpretación más estricta y actualizada del deber de motivación judicial y del principio de proporcionalidad. El Juez debería de valorar, ante la gran cantidad de información disponible, cuál es realmente necesaria para la investigación⁴⁵. Esta reflexión refuerza la idea de que la recopilación de datos mediante OSINT, al implicar la injerencia sobre información personal, debería estar acompañada de mayores garantías legales. La proporcionalidad, por tanto, exige que los datos recolectados sean imprescindibles para la investigación. Así, si para la interceptación de comunicaciones es necesario discernir la información relevante de la que no lo es, la investigación mediante OSINT debería cumplir con este mismo requisito, puesto que, aunque no se trate formalmente de una intervención de las comunicaciones, afecta en esencia al mismo contenido protegido por los derechos fundamentales.

De sobremanera, el artículo 588 ter f LECrim establece un procedimiento minucioso de control de la autenticidad e integridad de la información, aspecto que no sucede en la averiguación de datos a través de OSINT, lo cual puede conllevar problemas en cuanto a la fiabilidad de los datos obtenidos. La información de fuentes abiertas puede ser modificada, utilizando una diferente etiqueta de geolocalización, etiquetando a personas que no se

⁴⁵ Véase STS 15/2012, 20 de enero.



encuentran en la imagen o editando las fotos o vídeos con *Photoshop*, lo cual puede dar pistas falsas si no se analizan bien los recursos disponibles⁴⁶.

La ausencia de un control judicial estricto sobre el OSINT no solo permite la recopilación y uso de datos sin salvaguardias, sino que también facilita que el uso de tecnologías como la Inteligencia Artificial, sin una supervisión adecuada, pueda generar resultados sesgados que afecten la imparcialidad del proceso de investigación.

Por ello, la posibilidad de incurrir en sesgos algorítmicos⁴⁷ se constituye como un riesgo sobre los derechos. La información obtenida a partir de fuentes abiertas analizada de manera aislada puede no conllevar ninguna connotación y ser neutral, sin embargo, una vez recopilada y analizada en conjunto puede crear un perfil sesgado del investigado. Si el procesamiento de datos en OSINT se realiza utilizando Inteligencia Artificial (IA) se puede caer en las tendencias de sesgos algorítmicos, entendidos estos según FERRANTE como "sistemas cuyas predicciones benefician sistemáticamente a un grupo de individuos frente a otro, resultando así injustas

⁴⁶ HULSEN, L. TEN., Op. cit., pág. 25.

⁴⁷ BARONA VILAR, S., "El algoritmo en la prueba y en la decisión judicial: ¿instrumental o funcional?", BUSTAMANTE RÚA, M. M., HENAO OCHOA, A. DEL P., RAMÍREZ CARVAJAL, D. M. (Coords.), *La justicia en la era de la revolución tecnológica*, Institución Universitaria de Envigado, Envigado, 2023, pág. 20.

o desiguales”⁴⁸. Estos sesgos pueden proceder del proceso de entrenamiento o del diseño de la Inteligencia Artificial, en el que se utilizan datos históricos que pueden contener sesgos derivados de la sociedad, la cultura o decisiones pasadas. Por lo que, si un sistema de Inteligencia Artificial utilizado para el análisis de OSINT se entrena con datos que históricamente han reflejado discriminación, los resultados que genere el sistema pueden replicar esos sesgos⁴⁹, los cuales, a su vez, pueden influenciar la actividad del investigador y conllevar a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 14 CE, así como el derecho a un juicio con todas las garantías del artículo 24.2 CE en el que no se vea afectada la imparcialidad del Juez.

No se debe ignorar la distinción entre el concepto de dato abierto o cerrado dentro del entorno digital, tal y como menciona BUENO DE MATA⁵⁰, ya que puede afectar al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del artículo 18 CE.

Para ello, es necesario abordar el dilema de si la información obtenida a través de OSINT puede considerarse realmente pública. Algunos autores señalan que los datos compartidos en redes sociales tienen una

⁴⁸ FERRANTE, E., “Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos. ¿Por qué deberían importarnos?”, *Nueva Sociedad*, nº 294 (2021), pág. 29.

⁴⁹ MATTEO PASQUINELLI, V. J., “El Nooscopio de manifiesto. La inteligencia artificial como instrumento de extractivismo del conocimiento.”, *La Fuga*, nº 25 (2021), pág. 3.

⁵⁰ BUENO DE MATA, F., Op. cit., pág 133.



“doble naturaleza”, por una parte, se genera una sensación de privacidad para los usuarios y por otra, dicha información se encuentra en espacios públicos⁵¹. Además, existe cierta ambigüedad en la distinción entre información pública y privada, ya que dentro de cada categoría pueden incluirse datos con características de ambas. Por esta razón, mucha de la información publicada en redes no puede clasificarse estrictamente como privada, pero tampoco debería considerarse completamente pública⁵².

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *Rotaru contra Rumanía*⁵³ sostuvo que cuando los datos públicos se recogen y memorizan de manera sistemática pueden entrar dentro del ámbito de la vida privada y suponer una injerencia en los derechos. De manera similar, en el caso *Segerstedt-Wiberg contra Suecia*⁵⁴, el Tribunal afirmó que correspondía a la vida privada aquella información que siendo pública había sido recopilada y almacenada sistemáticamente.

Esto refuerza la idea de que las técnicas OSINT pueden injerir en los derechos de privacidad, en concreto, el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18

⁵¹ VRIST RØNN, K., OBELITZ SØE, S., “Is social media intelligence private? Privacy in public and the nature of social media intelligence”, *Intelligence and National Security*, vol. 34, nº 3 (2019), pág. 366.

⁵² MONTE, M., SÁNCHEZ. S.I., Op. cit., pág. 9.

⁵³ Véase caso Rotaru contra Rumanía, STEDH de 4 de mayo de 2000, Sentencia 28341/95.

⁵⁴ Véase caso Segerstedt-Wiberg contra Suecia, STEDH de 6 de junio de 2006, Sentencia 62332/00.

CE. Por lo que, la obtención y procesamiento de información a partir de fuentes abiertas debería estar sujeta a autorización judicial⁵⁵ y a un mayor control, de manera similar a lo exigido para la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

OSINT también puede entrar en conflicto con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones si se accede conversaciones mantenidas en redes sociales. Entendido este derecho por el Tribunal Constitucional como la garantía de los interlocutores a la confidencialidad de la comunicación, comprendiendo tanto la comunicación misma como el contenido y los datos externos y con independencia del carácter público o privado del medio de la transmisión⁵⁶.

Aunque las plataformas en las que se comparten los mensajes sean de acceso público, pueden contener espacios cerrados, como grupos privados que requieren invitación o aprobación para participar. Además, los mensajes vertidos en estos chats no deben analizarse en un contexto diferente al mismo, ya que pueden perder su significado original⁵⁷. En estos casos, la diferencia con una interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se reduce aún más, ya que implica una

⁵⁵ En este sentido, MILLETT, E., "Open-Source Intelligence, Armed Conflict, and the Rights to Privacy and Data Protection", *Security and Human Rights Monitor*, (2023), pág. 10.

⁵⁶ Véase STC 123/2002, de 20 de mayo.

⁵⁷ EIJKMAN, Q., WEGGEMANS, D., "Open source intelligence and privacy dilemmas Is it time to reassess state accountability?", *Security and Human Rights*, vol. 23 (2013), pág. 7.



mayor intromisión del investigador en la vida privada del investigado y supone una vuelta al dilema sobre los límites entre la información pública y privada.

En resumen, las técnicas OSINT, aunque se basan en la recopilación de información pública, pueden tener una serie de injerencias significativas sobre los derechos fundamentales. Estas presentan varios riesgos para la privacidad, como la falta de consentimiento para el uso de datos personales en investigaciones policiales, la recopilación de datos no publicados voluntariamente, la fiabilidad de los datos, los sesgos algorítmicos o el dilema entre lo público y lo privado. Todo esto subraya la necesidad de una regulación más estricta para proteger los derechos fundamentales, sin olvidar que el uso de OSINT sigue siendo una herramienta valiosa para los investigadores, que permite obtener información relevante de manera eficiente, contribuyendo a la resolución de casos complejos⁵⁸.

2. LAS DIRECCIONES IP

A) *Concepto de direcciones IP y encuadre normativo.*

Las direcciones IP conforman otra parte esencial de la investigación digital por su capacidad para identificar dispositivos y rastrear actividades en la red y lo que esto implica para los derechos fundamentales del artículo 18 CE. Estas pueden ser entendidas como el número de

⁵⁸ LANDE, D., SHNURKO-TABAKOVA, E., "OSINT as a part of cyber defense system", *Theoretical and Applied Cybersecurity*, vol. 1, nº 1 (2019), pág. 103.

identificación de un dispositivo conectado a una red. Este número es único para cada equipo y su función es la de identificar un dispositivo conectado en la red⁵⁹. Su transmisión se realiza a través del Protocolo TCP/IP, por el cual cada dispositivo se identifica con una dirección IP⁶⁰.

Dentro de la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se hace referencia a las direcciones IP en los artículos 588 *ter k* a 588 *ter m* LECrim. Como hemos visto anteriormente, la regla general que establece esta regulación es la necesidad previa de autorización judicial para la intervención de estas comunicaciones. Por lo tanto, se debe diferenciar dos conceptos para determinar el alcance de esta norma: datos de tráfico y datos de abonado.

En toda comunicación telemática, además del mensaje en sí, se generan una serie de datos adicionales. Entre estos datos se hallan aquellos que brindan información sobre el origen, destino y ruta del mensaje; estos son los conocidos como datos de tráfico⁶¹. Por otro lado, los

⁵⁹ PALOP BELLOCH, M., "Las medidas de investigación tecnológica", *Justicia: Revista de derecho procesal*, nº 2 (2017), pág. 467.

⁶⁰ LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *Victimización sexual y nuevas tecnologías: desafíos probatorios*, Dykinson, Madrid, 2021, 1^a edición, pág. 66.

⁶¹ CALVO LOPEZ, D., "Capacidades de actuación del ministerio fiscal y la policía judicial tras la reforma procesal operada por la ley orgánica 13/2015: en especial la obtención de direcciones IP y numeraciones IMEI e IMSI (los apartados k) a



datos de abonado son la información almacenada por los proveedores de servicios con el objetivo de garantizar la prestación, facturación y cumplimiento de las condiciones contractuales⁶². Estos datos pueden incluir el nombre, dirección, número de teléfono, correo electrónico y otros elementos identificativos del usuario.

Ambos conceptos son definidos en el Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa de Budapest del 23 de noviembre de 2001. Por datos de tráfico entiende "todos los datos relativos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático, generados por este último en tanto que elemento de la cadena de comunicación, y que indique el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño, duración o tipo de servicio subyacente" y, por datos de abonado "toda información, en forma de datos informáticos o de cualquier otra forma, que posea un proveedor de servicios y esté relacionada con los abonados a dichos servicios, excluidos los datos sobre el tráfico o sobre el contenido, y que permita determinar: a) El tipo de servicio de comunicaciones utilizado, las disposiciones técnicas adoptadas al respecto y el periodo de servicio; b) la identidad, la dirección postal o geográfica y el número de teléfono del abonado, así como cualquier otro número de acceso o información sobre facturación y pago que se encuentre disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de prestación de servicios; c) cualquier otra

m) del art. 588 ter de la LECRIM)", *Jornadas de Especialistas celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid*, 16 y 17 febrero de 2017, pág. 7.

⁶² CALVO LÓPEZ, D., Id.

información relativa al lugar en que se encuentren los equipos de comunicaciones, disponible sobre la base de un contrato o de un acuerdo de servicios”⁶³.

Los datos de tráfico, como se pudo comprobar en el análisis de la legislación sobre la interceptación, forman parte del contenido del mensaje según la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por ello, para su obtención y análisis debe mediar una autorización judicial.

Esto se refleja en el artículo 588 *ter b* LEcRim al extender el ámbito objetivo de aplicación al “contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación”.

Sin embargo, la normativa no hace referencia a los datos de abonado, por lo que estos podrían ser obtenidos sin necesidad de autorización judicial al amparo del artículo 588 *ter m* LEcRim, que permite a la Policía Judicial obtener los datos identificativos directamente de los prestadores de servicios.

Este artículo también les permite obtener la dirección IP de una comunicación cuando se trata de un dato público de la Red. De este modo, no solo se puede obtener el número de dirección IP sin mayor información, sino que también es posible vincular este número a un usuario a través de los datos disponibles públicamente, tal y como indica el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) “en muchos casos existe la posibilidad

⁶³ Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa de Budapest, 23 de noviembre de 2001.



de relacionar la dirección IP del usuario con otros datos de carácter personal, de acceso público o no, que permitan identificarlo”⁶⁴.

Es precisamente esto lo que puede conllevar problemas a la hora de respetar los derechos fundamentales y lo que será abordado a continuación.

B) Derechos fundamentales afectados y problemas de aplicación

La jurisprudencia hasta ahora ha sido clara en lo que respecta a las injerencias en los derechos fundamentales del secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad por parte de la obtención de direcciones IP sin autorización judicial. El Tribunal Supremo considera que la Policía se limita a obtener una información que el usuario ha introducido en la red y, por tanto, se admite su adquisición sin autorización⁶⁵.

De este modo, volvemos al debate sobre si cierta información introducida en la red se hace con el conocimiento y consentimiento del usuario. La obtención de una dirección IP por la Policía Judicial, utilizando sus propios medios y valiéndose de la información pública en la red para rastrear una actividad delictiva o vincular un dispositivo con dicha actividad, podría vulnerar el ámbito de privacidad del usuario y suponer una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar,

⁶⁴ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Informe 327/2003”, (2003). Disponible en:

<https://www.aepd.es/documento/2003-0327.pdf>

⁶⁵ Véase STS 1932/2008, de 9 de mayo.

protégido por el artículo 18 CE. Si tomamos en cuenta que el usuario promedio no es consciente de lo que es una dirección IP ni de las implicaciones que esta conlleva⁶⁶, suponer que ha dado su consentimiento para que esa información sobre su actividad en la red se haga pública no sería del todo acertado. El argumento de que ha precedido un consentimiento para que esa información sea pública pasa por alto el hecho de que la mayoría de las personas no dedica el tiempo necesario para leer y entender las políticas de los proveedores de servicios⁶⁷.

Esta idea es tomada en cuenta por la Corte Suprema de los Estados Unidos. La Corte evalúa el tipo de tecnología utilizada en la investigación y si es razonable suponer que un ciudadano ha comprendido el alcance de su privacidad con respecto a esta, para así determinar si se ha violado su derecho a la intimidad o no, y si es

⁶⁶ En la misma línea, un estudio en el marco de la 35^a Conferencia Internacional de Ciencias del Sistema de Hawái demuestra que hay una asimetría de información entre los usuarios y los proveedores de servicios en línea. FRIEDMAN B., FELTEN E., y HOWE, D.C, "Informed Consent in the Mozilla Browser: Implementing Value-Sensitive Design", *Proceedings of the 35th Hawaii International Conference on System Sciences*, vol. 8 (2002), pág. 1.

⁶⁷ BASHIR, M., HAYES, C., LAMBERT, A. D., KESAN, J. P., "Online privacy and informed consent: The dilemma of information asymmetry" *Proceedings of the Association for Information Science and Technology*, vol. 52, nº 1 (2015), pág. 2.



necesario obtener una autorización judicial para usar esa tecnología en la investigación⁶⁸.

La falta de comprensión de los usuarios sobre la naturaleza de sus datos en línea pone en evidencia una laguna importante en la protección de la privacidad y la intimidad personal. Es crucial que las autoridades, incluidos los proveedores de servicios, consideren esta falta de conocimiento al utilizar información como las direcciones IP para investigaciones. La privacidad de los usuarios no debe verse comprometida solo porque se haya aceptado un acuerdo sin leer las condiciones.

La obtención de la dirección IP sin autorización judicial basada en el artículo 588 *ter m* LECrim también presenta problemas sobre su implicación sobre los derechos fundamentales. Dado que la dirección IP es la misma tanto si la policía no la obtiene por sus propios medios y requiere de autorización judicial⁶⁹ como si la adquiere directamente de los prestadores de servicios sin autorización judicial, no queda clara la distinción entre ambos supuestos. A pesar de que la injerencia sobre la privacidad del usuario es la misma, la protección de su derecho a la intimidad varía según el caso⁷⁰.

⁶⁸ ORTIZ PRADILLO, J. C., "La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación", *Estudios de Progreso, Fundación Alternativas*, nº 72 (2013), pág. 19.

⁶⁹ Artículo 588 *ter k* LECrim

⁷⁰ RICHARD GONZÁLEZ, M., "Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica.

En relación con los datos de abonado, estos no están considerados dentro del ámbito de protección de los derechos fundamentales, lo que permite su obtención sin autorización judicial. No obstante, su obtención y análisis conjunto puede resultar también peligroso para el derecho a la intimidad personal. Estos datos, que incluyen información detallada sobre los servicios utilizados, la identidad del abonado, e incluso los números de acceso y detalles de facturación, permiten crear perfiles sumamente detallados de los usuarios⁷¹. Este perfil, que podría revelar aspectos privados de la vida de una persona, se construye sin su conocimiento explícito ni su consentimiento informado.

En una línea similar, los jueces PERALTA GUTIÉRREZ y AGUIRRE ALLENDE al analizar la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto al acceso a los datos de abonado durante la instrucción penal, llegan a la conclusión de que la facultad de recabar sin autorización judicial datos tales como la identidad de un abonado contradicen al Derecho de la Unión⁷². En la Sentencia *Tele2 Sverige AB contra Post- och telestyrelsen y Secretary of State for the Home*

Presupuestos para su autorización”, *Diario La Ley*, nº 8808 (2016), pág. 6.

⁷¹ DAMJAN, M., “The protection of privacy of the IP address in Slovenia”, *Law, Identity and Values*, vol. 2 (2023), pág 28.

⁷² PERALTA GUTIÉRREZ, A., AGUIRRE ALLENDE, P., “El TJUE y el acceso a los datos de abonado en el seno de la instrucción penal”, *Diario la Ley*, nº 9420 (2019), pág. 7.



*Department contra Tom Watson y otros*⁷³, el Tribunal de Justicia declaró que es necesario un control previo por un órgano jurisdiccional para el acceso y uso de estos datos. Por tanto, dado que estos datos pueden influir directamente en la privacidad, su tratamiento debería ser equiparado al de los datos de tráfico y estar sujetos a la misma regulación y control judicial o bien constar de manera explícita y clara en la información que consienten los usuarios de los prestadores de servicios.

A pesar de que las direcciones IP son una herramienta clave para rastrear actividades en línea, su utilización plantea importantes cuestiones sobre la privacidad y los derechos fundamentales de los usuarios. La obtención de esta información sin el debido proceso puede comprometer la integridad del procedimiento judicial, afectando a los derechos de defensa de los imputados. Por lo tanto, es crucial examinar cómo estos problemas pueden influir en el desarrollo y la legitimidad de los procedimientos judiciales.

Por otro lado, en relación con la identificación del usuario tras la dirección IP, surge un dilema que merece un análisis detallado. Las direcciones IP presentan una serie de problemas de aplicación que pueden afectar, en última instancia, a los derechos tanto de los investigados como de terceras personas. Dichos problemas suelen originarse a partir de la anonimización de las direcciones

⁷³ STJUE *Tele2 Sverige AB contra post-och telestyrelsen y Secretary of State for the Home Department contra Tom Watson y otros*. ECLI: ECLI:EU:C: 2016:970

IP, ya sea mediante programas informáticos o el uso de dispositivos públicos.

Cuando se trata de identificar a la persona asociada a una IP, independientemente de que se cuente con autorización judicial para ello o se utilicen medios propios de la policía que no requieran dicha autorización, surgen dudas sobre la posibilidad y exactitud de dicha identificación.

Uno de los principales inconvenientes radica en el uso de redes públicas para la comisión de actos delictivos. Se entiende por redes públicas aquellas que permiten el acceso a Internet a un gran número de personas, todas bajo la misma dirección IP proporcionada por el proveedor de servicios⁷⁴. En tales casos, la relación entre una dirección IP y un usuario concreto de esa red pública se complica, lo que podría llevar a la identificación errónea de una persona como presunta autora de un delito, afectando así derechos fundamentales, como el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. Este problema también puede presentarse en el uso de redes privadas, donde una persona contrata una conexión a Internet, la cual puede ser utilizada posteriormente por otra para cometer un delito sin el conocimiento de quien la contrató y cuyo nombre aparece vinculado a la dirección IP.

⁷⁴ LLOPIS NADAL, P., "Direcciones IP y presunto anonimato. Tras la identidad del usuario infractor de derechos de propiedad intelectual en Internet", *InDret Revista para el análisis del derecho*, nº 4 (2018), pág. 30.



De igual manera, este escenario puede darse en redes locales (*intranet*) utilizadas por empleados de empresas, universidades u organismos públicos⁷⁵. En estos tres casos, es evidente la dificultad para identificar al usuario específico que, bajo esa dirección IP, pudo haber presuntamente cometido un acto delictivo, lo que puede vulnerar derechos como el de la tutela judicial efectiva.

Otro problema adicional proviene de la instalación de troyanos, el uso de proxis o técnicas de anonimización, como la navegación a través de la red TOR (The Onion Router). TOR o “el enrutador cebolla” en español, es un servicio que permite enmascarar las direcciones IP de sus usuarios, utilizando una red de repetidores administrados por voluntarios en todo el mundo⁷⁶. Por ello, cuando la policía identifica una dirección IP que ha utilizado este servicio, no es capaz de determinar quién es el autor del acto, lo que puede poner en riesgo las libertades y derechos de personas inocentes.

Este tipo de situaciones no se limitan únicamente a servicios como TOR; existen una gran cantidad de mecanismos que pueden ser utilizados para evitar la vinculación de una IP a una persona, como las Redes Privadas Virtuales (en inglés, Virtual Private Network, VPN), que permiten establecer una localización diferente a la real del usuario, o las IP “tipo NAT” (Network Address

⁷⁵ LLOPIS NADAL, P., Ibíd., págs 31 y 32.

⁷⁶ MACKEY, A., “Unreliable Informants: IP Addresses, Digital Tips and Police Raids How Police and Courts are Misusing Unreliable IP Address Information and What They Can Do to Better Verify Electronic Tips”, *Electronic frontier foundation*, (2016), pág 11.

Translation), que permiten que varias redes se conecten a Internet bajo una misma dirección IP, actuando como una red intermedia que impide identificar a un usuario determinado⁷⁷.

Otro mecanismo similar utilizado para evitar la vinculación directa de una dirección IP con un usuario es el uso de proxis. Los proxis actúan como intermediarios entre el dispositivo de un usuario y la red de Internet, lo que permite ocultar la dirección IP real del usuario⁷⁸. Cuando un usuario se conecta a Internet a través de un proxy, la dirección IP que se muestra a los servidores o sitios web es la del servidor proxy, no la del dispositivo del usuario. Este proceso de enmascaramiento dificulta la identificación del usuario real y, por lo tanto, puede complicar la labor de las autoridades encargadas de investigar actos delictivos cometidos en línea.

Por lo tanto, es crucial que tanto la Policía Judicial como los tribunales comprendan las formas en que las personas se conectan a Internet y la posibilidad de que el usuario vinculado a una IP no sea el que haya realizado las acciones objeto de la investigación.

En conclusión, aunque las direcciones IP son herramientas esenciales en la investigación digital, su obtención y uso sin autorización judicial plantean serios desafíos en términos de protección de derechos

⁷⁷ CALVO LÓPEZ, D., Op. Cit., pág. 13.

⁷⁸ ARAVIND, T. N., MUKUNDH, A., VIJAYAKUMAR, R., "Tracing Ip Addresses Behind Vpn/Proxy Servers", *International Conference on Networking and Communications (ICNWC)*, (2023), pág. 1.



fundamentales. La complejidad del consentimiento concedido a los proveedores de servicios, la incertidumbre en la protección de la privacidad y la posible injerencia sobre la intimidad de los datos de abonado, junto con la creciente utilización de técnicas de anonimización, dificulta la identificación precisa del usuario responsable. Esto puede derivar en vulneraciones del derecho a la intimidad, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva. Por ello, es fundamental que se adopten medidas que aseguren la protección efectiva de la privacidad, sin comprometer la eficacia en la lucha contra el delito.

IV. AVANCES LEGISLATIVOS EUROPEOS Y SUS DESAFÍOS

La transformación digital ha revolucionado las dinámicas de investigación penal, introduciendo herramientas como el OSINT y el rastreo de direcciones IP que, si bien potencian la eficacia de las autoridades, plantean desafíos sin precedentes para los derechos fundamentales en el ámbito europeo. En este contexto, la Unión Europea ha desarrollado un marco legislativo, encabezado por el Reglamento *E-Evidence* y el paquete normativo sobre privacidad digital, que busca armonizar la cooperación judicial e intenta responder a los retos actuales.

1. EL REGLAMENTO *E-EVIDENCE*.

Ante el crecimiento de las investigaciones a través de la red, la UE aprobó el Reglamento 2023/1543 de 12 de julio, sobre las órdenes europeas de producción y de conservación a efectos de prueba electrónica en

procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de los procesos penales, también conocido como Reglamento *E-Evidence* que será aplicable a partir del 18 de agosto de 2026. Este reglamento prevé la creación de una Orden Europea de Producción, que permitirá que una autoridad judicial de un Estado miembro obtenga pruebas electrónicas directamente de un proveedor de servicios en otro Estado miembro, quien estará obligado a responder en un plazo de 10 días, y en un máximo de 8 horas en casos de emergencia, y de una Orden Europea de Conservación, por la que una autoridad judicial de un Estado miembro podría solicitar a un proveedor de servicios en otro Estado miembro que conserve datos específicos, en vista de una solicitud posterior de los mismos⁷⁹.

Por lo que, en términos generales, el Reglamento establecería un mecanismo que permitiría a los jueces de un Estado miembro solicitar a los proveedores de servicios radicados en otra jurisdicción, aquellos datos electrónicos que fuesen necesarios para una investigación⁸⁰. Su finalidad principal es fomentar la cooperación en materia de investigación a nivel

⁷⁹ COMISIÓN EUROPEA, "E-evidence - cross-border access to electronic evidence".

Disponible en:

https://commission.europa.eu/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/types-judicial-cooperation/evidence-cross-border-access-electronic-evidence_en

⁸⁰ CUADRADO SALINAS, C., "La Directiva Europea y las Órdenes de Producción y Conservación de pruebas electrónicas en los procesos penales. ¿Nuevas perspectivas?", *IUS ET SCIENTIA*, vol. 9, nº 2 (2023), pág. 119.



internacional y agilizar los procedimientos para evitar perjudicar una investigación por la volatilidad de los datos alojados en la red⁸¹.

Si bien su objetivo declarado es facilitar la lucha contra la delincuencia en la era digital, su aplicación en relación con técnicas de investigación digital como el OSINT y la obtención de direcciones IP plantea importantes consideraciones en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales. En concreto, en el supuesto de unos datos de IP alojados en un servidor fuera del lugar en el que se realiza la investigación.

La orden para la solicitud de datos permite obtener y conservar pruebas electrónicas independientemente del lugar donde se encuentren los datos de los proveedores de servicios. Según el Reglamento, se considera proveedores de servicios a aquellas personas físicas o jurídicas que presten servicios como los de comunicaciones electrónicas, servicios de nombre de dominio de internet y de direcciones IP u otros servicios de la sociedad de la información⁸², por lo que afecta directamente a la obtención de direcciones IP.

El Reglamento se fundamenta en el principio de confianza mutua entre Estados miembros, permitiendo que una autoridad judicial pida directamente a las plataformas digitales de otro Estado miembro del Reglamento. Así, por ejemplo, una fiscalía

⁸¹ MURIEL DIÉGUEZ, J. A., "Los datos como prueba electrónica en el Reglamento E-Evidence", *Diario la Ley*, nº 94 (2025), pág. 2.

⁸² Véase artículo 3 Reglamento 2023/1543.

alemana podría solicitar datos a Telefónica España. En consecuencia, el representante de esa plataforma es quien recibe esa orden judicial y va a ser el encargado de escoger los datos a proporcionar, de este modo, se le da el poder de tratar con datos personales clave para una investigación a una empresa privada, lo que puede afectar la protección de los derechos de los ciudadanos⁸³.

En los Considerandos iniciales, este Reglamento pone de manifiesto la importancia de respetar los derechos fundamentales en el ámbito digital, especialmente el derecho a la vida privada y la protección de los datos personales, tal como establecen los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁴. Sin embargo, al dejar en manos de los Estados miembros la responsabilidad de aplicar las salvaguardias necesarias, se corre el riesgo de que existan desequilibrios en la protección de datos, especialmente cuando algunos Estados no cuenten con una regulación nacional adecuada a las nuevas técnicas de investigación digital.

En España, como se ha mencionado anteriormente, la LO 13/2015 intentó establecer un marco único para las diligencias de investigación tecnológicas, pero la falta de una ley específica para la investigación policial digital a través de OSINT o la obtención de direcciones IP puede generar inseguridad jurídica y menor protección de los derechos fundamentales en comparación con técnicas

⁸³ VILÀ CUÑAT, A., "E-evidence: ¿una evidencia?", *Revista Sistema Penal Crítico*, vol. 4 (2023), pág. 4.

⁸⁴ Véase Considerando 13 Reglamento 2023/1543.



más reguladas como la interceptación de comunicaciones. Esta situación se agrava si otros Estados miembros tampoco cuentan con una normativa nacional adecuada para regular estas nuevas herramientas de investigación, ya que ello deja la aplicación de las salvaguardias de los derechos en manos de la interpretación y discrecionalidad de las autoridades nacionales⁸⁵, lo que puede derivar en desigualdades significativas en cuanto a la protección de la privacidad y los datos personales. Aunque el considerando 10 del Reglamento reconoce la importancia del respeto a los derechos fundamentales, la forma en que este respeto se materializa en la práctica puede variar entre Estados.

Por otro lado, el Reglamento *E-Evidence* establece la relevancia de las direcciones IP en el marco de las investigaciones policiales y subraya que estos datos deben estar plenamente protegidos, ya que pueden ser utilizados como prueba electrónica. Sin embargo, dentro de la información extraída de las direcciones IP, distingue entre los datos de tráfico y los datos de abonado⁸⁶. Para obtener los primeros, se requiere el cumplimiento de

⁸⁵ En el Considerando 15 del Reglamento 2023/1543 se subraya la responsabilidad de las autoridades de los Estados miembros de asegurar una adecuada protección de los datos personales: *"En particular, los Estados miembros deben garantizar que se apliquen las políticas y medidas adecuadas en materia de protección de datos a la transmisión de datos personales por parte de las autoridades pertinentes a los prestadores de servicios para los fines del presente Reglamento, incluidas medidas destinadas a garantizar la seguridad de los datos"*.

⁸⁶ Véase Considerando 36 Reglamento 2023/1543.

requisitos más rigurosos: su solicitud debe estar supervisada por una autoridad judicial y vinculada a la investigación de infracciones penales de especial gravedad. En cambio, para obtener los datos de abonado basta con que la orden sea emitida o validada por un fiscal competente. Este aspecto ha sido señalado por el Comité Económico Social Europeo en un Dictamen⁸⁷ en el que mencionaba que los datos de abonado deben considerarse como datos de carácter personal, por lo que la orden debería ser acordada y emitida por una autoridad judicial, en lugar de por un fiscal⁸⁸. Asimismo, el Consejo de la Abogacía Europea ha señalado el problema de esta distinción, establece que la falta de concreción sobre lo que se considera dato de abonado y dato de acceso puede generar situaciones de inseguridad jurídica y considera fundamental ampliar las garantías a los datos de abonado⁸⁹.

⁸⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal [COM(2018) 225 final — 2018/0108 (COD)] — Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales [COM(2018) 226 final — 2018/0107(COD)].

⁸⁸ Conclusión 1.7. del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo.

⁸⁹ CONSEJO DE LA ABOGACÍA EUROPEA, "Posición de CCBE sobre la propuesta de Reglamento de la Comisión sobre las Órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas



Esta diferenciación, que también se refleja en el ordenamiento jurídico español, se basa en la consideración de que los datos de abonado presentan un menor nivel de sensibilidad y, por ende, una menor afectación a los derechos fundamentales. No obstante, como se ha señalado previamente, los datos de abonado pueden contener información detallada sobre los servicios utilizados por el usuario e incluso su identidad, lo que permite la elaboración de perfiles altamente precisos sobre los investigados y, por tanto, llegar a suponer una injerencia en los derechos igual de grave que el conocimiento de otros datos como los de tráfico. Por lo que, si algunos Estados miembros consideran la obtención de ciertos datos como direcciones IP requieren de menores requisitos que otros, podría llevar a situaciones en las que los datos de un ciudadano de un Estado con mayor protección se obtengan con estándares inferiores por una autoridad de otro Estado con menor regulación.

Sumado a esto, el European Law Institute recogió una serie de recomendaciones⁹⁰ sobre la necesidad de incluir

electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal”, pág. 5 (2018). Disponible en:

<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/03/Posicionamiento-sobre-ordenes-europeas-de-entrega-y-conservacion-de-pruebas-electronicas-a-efectos-de-enjuiciamiento-penal.pdf>

⁹⁰ EUROPEAN LAW INSTITUTE. Propuesta de Regulación de la Admisibilidad Mutua de Prueba y Prueba electrónica en los procesos penales dentro de la Unión Europea. Publicada el 8 de Mayo de 2023. Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/

salvaguardias dirigidas a evitar manipulaciones y problemas de autenticidad de las pruebas electrónicas⁹¹. Esto se correlaciona con el problema ya presentado anteriormente de la fragilidad de la autenticidad de la información obtenida a través de fuentes como OSINT. La investigación mediante OSINT no tiene un mecanismo de control similar al de la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas que asegure la veracidad de los datos, lo que hace que esta información pueda ser fácilmente modificada. De sobremanera, una de las principales exigencias en la presentación de pruebas en el proceso penal es que se haya respetado la cadena de custodia, lo que asegura que la prueba no haya sufrido modificaciones, esta necesidad se acentúa en el caso de las pruebas electrónicas, debido a su forma de almacenamiento. El Reglamento *E-Evidence*, tal como está redactado, no incluye mecanismos específicos para garantizar la integridad de los datos usados como prueba electrónica, lo que resalta la necesidad de regulaciones y salvaguardias más específicas para este tipo de investigación digital a nivel europeo.

El Informe SIRIUS 2024 sobre la prueba electrónica transfronteriza en la Unión Europea ofrece una visión actualizada sobre los retos que enfrenta la aplicación del

[p_eli/Publications/ELI_Proposal_for_a_Directive_on_Mutual_Admissibility_of_Evidence_and_Electronic_Evidence_in_Criminal_Proceedings_in_the_EU.pdf](https://eli/Publications/ELI_Proposal_for_a_Directive_on_Mutual_Admissibility_of_Evidence_and_Electronic_Evidence_in_Criminal_Proceedings_in_the_EU.pdf)

⁹¹ En la Propuesta del European Law Institute, se señala que, en el contexto de las pruebas electrónicas transfronterizas, se reconocen generalmente dos grandes desafíos, siendo uno de ellos cómo la naturaleza intangible de los datos electrónicos los hace susceptibles a ser manipulados con facilidad.



Reglamento *E-Evidence* una vez entre en vigor. El Proyecto SIRIUS, creado en 2017 por la Europol, se trata de una herramienta que permite facilitar la gestión de la información digital a través de directrices estandarizadas, herramientas de investigación, repositorios de datos de los proveedores de servicios y una plataforma de comunicación para los investigadores⁹². Esta base de conocimiento permite a los investigadores identificar rápidamente qué entidades podrían poseer la información relevante para una investigación.

Este informe de 2024 destaca los desafíos a los que se enfrentan los investigadores a la hora de obtener datos necesarios⁹³. Revela, entre otros aspectos, que el volumen creciente de solicitudes, que se prevé que aumente con la entrada en vigor del Reglamento *E-Evidence*, y la rápida evolución legislativa, representan desafíos significativos para los proveedores de servicios. Se especifica que la fragmentación existente entre los Estados miembros provoca que los proveedores reciban solicitudes de distintos funcionarios y tengan que contactar con cada uno para especificar los requisitos. De este modo, se comprueba cómo el problema que

⁹² Información sobre el Proyecto SIRIUS disponible en:

<https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/europol-launches-sirius-platform-to-facilitate-online-investigations>

⁹³ EUROPOL y EUROJUST, "SIRIUS EU Electronic Evidence Situation Report 2024", *6th ANNUAL SIRIUS EU ELECTRONIC EVIDENCE SITUATION REPORT*, pág. 60. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/SIRIUS_E_Evidence_Situation_Report_2024.pdf

conlleva la confianza mutua y el dejar la gestión a las plataformas de servicio, anteriormente destacado respecto al Reglamento *E-Evidence*, se halla cada vez más presente por el incremento de solicitudes y las complicaciones que tienen las plataformas para proceder con la entrega o la conservación de datos.

Asimismo, el informe menciona cómo la divergencia regulatoria entre países puede generar problemas. Los proveedores de servicios, especialmente aquellos que operan en varios países, deben estar al tanto de las legislaciones nacionales y la falta de unidad normativa hace que el esfuerzo requerido en estas circunstancias constituya un desafío para los proveedores.

Por último, destaca un problema novedoso, pero relacionado con los problemas de la facilidad de manipular los datos en la red. El aumento del volumen de solicitudes complica la labor de detección de solicitudes fraudulentas, los proveedores pueden no ser capaces de comprobar la identidad de la autoridad solicitante y esto puede afectar a la privacidad de los involucrados. Anteriormente se había destacado la inseguridad que pueden generar los datos en internet al ser fácilmente alterados, por lo que una investigación que se fundamentase en dichos datos modificados podía conllevar a conclusiones erróneas y una condena incorrecta.

Ahora, además, se presenta un nuevo desafío: la posibilidad de solicitar datos directamente a proveedores de servicios a través de esta nueva regulación europea, basándose en la confianza mutua, sin un control



exhaustivo, puede conllevar a situaciones en las que sujetos no autorizados lleven a cabo solicitudes fraudulentas a los proveedores y estos sean incapaces de autenticar su identidad. De este modo, se estaría dando acceso a datos muy personales, incluidos los datos de abonado, que, como ya se ha expuesto, contienen información sobre la identidad y comportamientos del usuario a personas cuyas intenciones pueden no ser legítimas. Esta obtención de datos por parte de personal no autorizado supondría una gran injerencia en los derechos fundamentales, concretamente en el de la intimidad personal y familiar y el secreto de las comunicaciones.

Finalmente, el informe concluye con una serie de recomendaciones orientadas a la futura implementación del Reglamento *E-Evidence*, destacando la necesidad de que los principales actores implicados, autoridades judiciales, cuerpos de investigación y proveedores de servicios, se preparen adecuadamente para su aplicación. Asimismo, se subraya la importancia de reforzar la cooperación y la confianza mutua entre ellos, aprovechando herramientas como la plataforma SIRIUS para facilitar una implementación coordinada del nuevo marco normativo en materia de prueba electrónica.

En definitiva, la entrada en vigor del Reglamento *E-Evidence* supondrá un avance significativo en la cooperación judicial europea para la obtención de pruebas electrónicas transfronterizas, facilitando el acceso a datos clave como las direcciones IP, incluso cuando estos se encuentren alojados fuera de las fronteras nacionales. Sin embargo, este nuevo marco

plantea importantes desafíos en materia de protección de derechos fundamentales, especialmente por la falta de armonización normativa entre los Estados miembros y la delegación de funciones sensibles en manos de proveedores privados, lo que puede generar inseguridad jurídica y riesgos para la privacidad y la integridad de los datos.

Solo mediante el refuerzo de las salvaguardias, la cooperación estrecha y mecanismos de autenticación y control, tal y como indica el informe SIRIUS 2024, se podrán evitar tanto manipulaciones como solicitudes fraudulentas, y garantizar que la eficacia en la lucha contra la delincuencia digital no suponga un retroceso en las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos europeos.

2. PRIVACIDAD EN LA ERA DIGITAL: ÚLTIMAS NORMAS DE LA UE.

En 2020, la Comisión Europea emitió una comunicación sobre una Estrategia Europea de Datos⁹⁴, en la que recalca la importancia de los datos en una realidad marcada por la transformación digital. Asimismo, se mencionaba el papel de la UE como referente a nivel mundial y la responsabilidad que tiene en relación con el

⁹⁴ Véase COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: Una Estrategia Europea de Datos en Bruselas, 19.2.2020 COM(2020) 66 final. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066>



correcto uso de los datos. Estos datos, como se ha ido mostrando a lo largo del trabajo, presentan desafíos para los derechos fundamentales, especialmente en el contexto de investigaciones basadas en OSINT o la obtención de direcciones IP. Esta comunicación toma como base el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)⁹⁵, por el cual se creaba el marco general respecto a la regulación de la protección de datos personales. No obstante, este reglamento presenta limitaciones significativas, por ejemplo, su ámbito de aplicación restringido, por el cual solo se protegen datos personales⁹⁶, excluyendo información anonimizada o pseudonimizada. Esta información anonimizada, puede reidentificarse mediante técnicas avanzadas como las técnicas OSINT, identificando al sujeto, en este caso, una persona investigada, y, por tanto, vulnerando su privacidad. Además, la información como las direcciones IP quedan fuera del alcance de esta normativa, facilitando su uso sin garantías suficientes. Ante estas carencias, la UE ha ido impulsando un paquete legislativo complementario para adaptarse a los nuevos retos digitales, con leyes como la Ley de Mercados Digitales (DMA), Ley de Servicios Digitales (DSA), Ley de

⁹⁵ 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.

⁹⁶ LÓPEZ-LAPUENTE, L., "La nueva regulación europea de los datos: cómo dar forma al futuro digital de Europa", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 61 (2023), pág. 52.

Gobernanza de Datos (DGA), Ley de Inteligencia Artificial (AI Act) o la reciente Ley de Datos (DA).

La Ley de Mercados Digitales regula a los "guardianes de acceso", esto es, las grandes plataformas como Google, para evitar prácticas anticompetitivas, pero también incluye obligaciones de transparencia en el uso de datos que podría mejorar la calidad de la información que recibe la población y, por tanto, hacer que el consentimiento sea más informado y se reduzca así uno de los problemas identificados. La Ley de Servicios Digitales exige mayor responsabilidad a las plataformas en la moderación de contenidos, lo que podría limitar el acceso indiscriminado a datos públicos para el empleo de técnicas OSINT.

Por su parte, la Ley de Gobernanza de Datos busca facilitar el intercambio de datos entre los países de la UE de forma segura, sin embargo, sigue conllevando riesgos cuando se trata de datos que, aunque no sean clasificados como "personales" bajo el RGPD, pueden derivar en vulneraciones indirectas de derechos fundamentales. La Ley de Inteligencia Artificial pretende evitar los sesgos en los sistemas de IA al evaluar los perfiles de los investigados en un delito penal⁹⁷, paso fundamental para evitar calificaciones erróneas si se usa la Inteligencia Artificial en las técnicas OSINT.

⁹⁷ EUROPEAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT, "High-level summary of the Artificial Intelligence Act", *Future of Life Institute*, (2024).



Sin embargo, al dejar la responsabilidad sobre el cumplimiento de esta ley a los proveedores de sistemas de IA, puede correr el riesgo de que estos no cumplan con las exigencias básicas. Por último, la Ley de Datos, aplicable a partir de septiembre de 2025, regula el acceso y uso de datos generados por dispositivos IoT (Internet de las Cosas), es decir, aquellos objetos que se conectan a internet y recopilan información⁹⁸. Estos dispositivos pueden generar datos como direcciones IP que pueden revelar una gran cantidad de información personal, como se ha destacado con anterioridad, por lo que la Ley de Datos pretende garantizar que los usuarios tengan el control sobre esta información, incluso cuando no se clasifique como "personal" según el RGPD, suponiendo así un avance importante en la protección de los usuarios de Internet.

En definitiva, el marco normativo europeo en materia de protección de datos está experimentando una evolución significativa para adaptarse a los retos de la era digital. Si bien el RGPD sentó las bases para la protección de datos personales, sus limitaciones, especialmente en lo relativo a datos anonimizados, han quedado en evidencia ante el avance de técnicas como el OSINT.

Por otro lado, el paquete legislativo complementario representa un esfuerzo por cerrar estas brechas, estableciendo mayores garantías en el uso de datos y

⁹⁸ Más información sobre esta ley disponible en la web oficial de la UE: Una estrategia Europea de datos: Ley de Datos. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/data-act>

reforzando los derechos individuales. Sin embargo, como hemos analizado, persisten riesgos significativos, particularmente en lo que respecta al uso de información técnicamente no personal que puede vulnerar derechos fundamentales. La efectividad de este nuevo marco dependerá en gran medida de su aplicación rigurosa, de la supervisión independiente y de la capacidad para adaptarse a los rápidos avances tecnológicos.

V. CONCLUSIONES.

La transformación digital ha supuesto un cambio radical en las formas de investigar delitos, dando lugar a un auge de las técnicas de investigación tecnológica y permitiendo a las autoridades policiales acceder a grandes cantidades de información a través de medios cada vez más sofisticados. En este contexto, dos herramientas destacan por su relevancia y, al mismo tiempo, por el vacío legal que las rodea: la Inteligencia de Fuentes Abiertas (OSINT) y la obtención de direcciones IP.

PRIMERA: Uno de los principales contrastes que revela este trabajo es la diferencia normativa existente entre las diligencias de investigación. Mientras que la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se encuentra altamente regulada y sujeta a estrictas garantías judiciales, el uso de técnicas como OSINT o la obtención de direcciones IP carecen de una regulación específica. Como se ha analizado, la interceptación de las comunicaciones requiere de una autorización judicial previa y está sujeta al principio de proporcionalidad, sin embargo, el uso del OSINT al



basarse en la recopilación de información accesible públicamente no requiere control judicial y se corre el riesgo de no discernir correctamente la información relevante para la investigación de la que no lo es, incumpliéndose así el principio de proporcionalidad. Esto genera una reducción significativa de las garantías legales, pese a que los efectos sobre la privacidad pueden ser similares o incluso mayores, dada la capacidad del OSINT de reconstruir perfiles completos e íntimos a partir de datos dispersos. Esto ocurre de igual manera respecto al secreto de las comunicaciones, ampliamente protegido para la interceptación de las comunicaciones, mientras que se enfrenta a desafíos derivados del empleo del OSINT cuando se accede a conversaciones en espacios cerrados en Internet.

SEGUNDA: Las técnicas OSINT presentan otros desafíos relacionados con el consentimiento, la sensación de privacidad de los individuos, el tratamiento de los datos o la fiabilidad de los datos obtenidos, así como el dilema entre lo que se considera información pública y privada. Igualmente, se plantea el problema de la introducción de la IA a las técnicas OSINT, que puede afectar al principio de igualdad y no discriminación y al derecho a un juicio con todas las garantías si esta Inteligencia está sesgada, cuestión que como se ha visto, preocupa a la UE y se pretende paliar con la Ley de Inteligencia Artificial.

TERCERA: En el caso de las direcciones IP, la legislación permite su obtención sin autorización judicial cuando se utilizan medios propios de la Policía o cuando se solicitan únicamente los datos de abonado. No obstante, esta distinción normativa no siempre se traduce en una

menor afectación al derecho a la intimidad, ya que el análisis conjunto de estos datos puede permitir la identificación detallada de una persona, sin que medie su consentimiento informado. Además, la identificación de una persona a través de una dirección IP no es fiable en muchos casos, debido al uso de redes públicas, dispositivos compartidos o herramientas de anonimización, lo que puede llevar a errores de atribución delictiva y comprometer el derecho a la presunción de inocencia.

CUARTA: El contraste entre la normativa de interceptaciones y el OSINT y las direcciones IP refleja una asimetría en la protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, respecto al derecho a la privacidad y a la intimidad personal y familiar: la recopilación de datos personales, aunque públicos, sin el consentimiento del individuo, puede invadir su privacidad. En segundo lugar, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, el uso de OSINT puede implicar la revelación de conversaciones privadas. Y, por último, se ven afectados otros derechos como el de la presunción de inocencia al no garantizarse mecanismos neutrales de clasificación de la información o de identificación correcta del usuario investigado.

QUINTA: A nivel europeo, esta situación se agrava. Aunque la Unión Europea ha impulsado normas como la Orden Europea de Producción, la Orden Europea de Conservación y diversos reglamentos sobre protección de datos y servicios digitales, el marco legal de la UE aún no contempla de forma específica el uso de estas diligencias de investigación tecnológicas. El reciente



Reglamento *E-Evidence* supone un paso importante hacia la armonización de estas prácticas en el entorno digital. Aunque no regula de forma directa las técnicas de investigación digital como el OSINT, sí afecta de manera significativa a la obtención de direcciones IP al permitir a las autoridades judiciales solicitar estos datos directamente a los proveedores de servicios, sin intervención de la autoridad del Estado donde estos están establecidos. Sin embargo, el hecho de dejar en manos de estos proveedores la selección y entrega de los datos, así como las diferencias nacionales en cuanto a garantías jurídicas, puede generar desigualdades en la protección de derechos fundamentales entre los distintos Estados miembros. Además, el Reglamento no establece mecanismos claros que aseguren la autenticidad y la cadena de custodia de los datos, una omisión crítica en el caso de pruebas digitales especialmente vulnerables a manipulaciones. Tampoco la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado con claridad su uso. Actualmente, son tratadas como una técnica más de investigación, sin embargo, la inseguridad jurídica generada por esta falta de regulación específica representa un riesgo, ya que permite un uso por parte de la Policía Judicial sin un pleno respeto a la intimidad personal y familiar y al secreto de las comunicaciones.

SEXTA: Por lo tanto, esta laguna legal debería ser subsanada mediante una regulación que establezca límites claros, requisitos de motivación, procedimientos de autorización y mecanismos de control para estas nuevas técnicas de investigación. Solo así se garantizará un equilibrio adecuado entre la eficacia de la acción penal y la salvaguarda de los derechos fundamentales en la era

digital. Además, resultaría necesario complementar esta regulación con un modelo reforzado de consentimiento informado digital, que contribuya a reducir la asimetría informativa existente entre usuarios y operadores digitales. Este modelo debería obligar a las plataformas a informar de manera accesible, clara y comprensible sobre qué datos se recogen, incluyendo direcciones IP, con qué fines y si pueden ser usados en investigaciones penales. Solo mediante una combinación de un control judicial efectivo y un consentimiento realmente informado se podrá consolidar un entorno digital respetuoso con los derechos fundamentales y adaptado a los desafíos del siglo XXI.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

ALFONSO RODRÍGUEZ, A. J., "Interceptación de comunicaciones telefónicas, seguridad(es) y garantías procesales", *Ciencia Policial*, nº 182, págs. 97-144. <https://doi.org/10.14201/cp.31812>

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, "Informe 327/2003", (2003). Disponible en: <https://www.aepd.es/documento/2003-0327.pdf>

ÁLVAREZ MEDIALDEA, A.F., "Cuestiones controvertidas en torno a la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Determinación del concepto de encuentro", *Revista Penal*, nº 51 (2023), págs. 9-32.
ARAVIND, T. N., MUKUNDH, A., VIJAYAKUMAR, R., "Tracing Ip Addresses Behind Vpn/Proxy Servers", *International Conference on Networking and*



Communications (ICNWC), (2023), págs. 1-10.
Disponible en: DOI:
10.1109/ICNWC57852.2023.10127335.

ASENCIO MELLADO, J.M. y FUENTES SORIANO, O., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.^a edición, 2019.

BARONA VILAR, S., "El algoritmo en la prueba y en la decisión judicial: ¿instrumental o funcional?", BUSTAMANTE RÚA, M. M., HENAO OCHOA, A. DEL P., RAMÍREZ CARVAJAL, D. M. (Coords.), *La justicia en la era de la revolución tecnológica*, Institución Universitaria de Envigado, Envigado, 2023, págs. 9-34.

BARONA VILAR, S., "Justicia con algoritmos e inteligencia artificial, ¿acuerpando garantías y derechos procesales o liquidándolos?", *Derechos y Libertades*, nº 51, Época II (2024), págs. 83-115. DOI: <https://doi.org/10.20318/dyl.2024.8584>

BARRIO ANDRÉS, M., *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la Red*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2017, 1^a edición.

BASHIR, M., HAYES, C., LAMBERT, A. D., KESAN, J. P., "Online privacy and informed consent: The dilemma of information asymmetry" *Proceedings of the Association for Information Science and Technology*, vol. 52, nº 1 (2015), págs 1-10. Disponible en: DOI10.1002/pra2.2015.145052010043.

BERTONI, E., "Las prácticas OSINT, ¿son amigas o enemigas de los derechos humanos?", *CELE Research*, nº 58 (2023), págs. 2-31. Disponible en: DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5157884>

BUENO DE MATA, F., BUJOSA VADELL, L. (pr.), *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, 1.^a edición.

BUENO DE MATA, F., "Técnicas de ciberinteligencia aplicables a la investigación de delitos de odio en redes abiertas: reflexiones críticas", en AGUILAR CÁRCELES, M. M., SOTO CASTRO, J. E., VINAGRE GONZÁLEZ, A. M., (Dir.), *Delitos de odio. Un abordaje multidisciplinar*, J.B. Bosch, Barcelona, 2023, págs. 47-67.

BUENO DE MATA, F., *Investigación y prueba de delitos de odio en redes sociales técnicas OSINT e inteligencia policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 1^a Edición.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. 70, nº 2186, (2016), págs. 7-60. Disponible en: <http://tinyurl.com/4tkv5whf>.

CALVO LÓPEZ, D., "Capacidades de actuación del ministerio fiscal y la policía judicial tras la reforma procesal operada por la ley orgánica 13/2015: en especial la obtención de direcciones IP y numeraciones IMEI e IMSI (los apartados k a m) del art. 588 ter de la



LECRIM)", *Jornadas de Especialistas celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid*, 16 y 17 febrero de 2017, págs. 1-29. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/99680/Ponencia+Calvo+L%C3%B3pez%2C+David+%282017%29.pdf/257930af-0b51-6bfb-4640-1205a04d1a74?t=1531136313090>

CASANOVA MARTÍ, R. y CERRATO GURI, E., "La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62 (2019), págs 197-232. Disponible en: DOI <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.06>

COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Limitaciones en el uso de la información y los datos personales en un proceso penal digital", FREITAS, P. M., (Coord.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, págs. 39-74.

COMISIÓN EUROPEA, "E-evidence - cross-border access to electronic evidence". Disponible en: https://commission.europa.eu/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/types-judicial-cooperation/evidence-cross-border-access-electronic-evidence_en

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: Una Estrategia Europea de Datos en Bruselas, 19.2.2020 COM (2020) 66 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52020DC0066>

lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066

CONSEJO DE LA ABOGACÍA EUROPEA, "Posición de CCBE sobre la propuesta de Reglamento de la Comisión sobre las Órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal", págs. 1-12 (2018). Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/03/Posicionamiento-sobre-ordenes-europeas-de-entrega-y-conservacion-de-pruebas-electronicas-a-efectos-de-enjuiciamiento-penal.pdf>

CUADRADO SALINAS, C., "La Directiva Europea y las Órdenes de Producción y Conservación de pruebas electrónicas en los procesos penales. ¿Nuevas perspectivas?", *IUS ET SCIENTIA*, vol. 9, nº 2 (2023), págs 117-135.

DAMJAN, M., "The protection of privacy of the IP address in Slovenia", *Law, Identity and Values*, vol. 2 (2023), págs 25-43. Disponible en: DOI: <https://doi.org/10.55073/2022.2.25-43>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal [COM(2018) 225 final — 2018/0108 (COD)] — Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de



representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales [COM(2018) 226 final — 2018/0107(COD)].

EIJKMAN, Q., WEGGEMANS, D., "Open source intelligence and privacy dilemmas Is it time to reassess state accountability?", *Security and Human Rights*, vol. 23 (2013), págs 2-11. Disponible en DOI: 10.1163/18750230-99900033.

EUROPEAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT, "High-level summary of the Artificial Intelligence Act", Future of Life Institute, (2024), Disponible en: <https://artificialintelligenceact.eu/high-level-summary/> [fecha de consulta: 02/05/2025].

EUROPEAN LAW INSTITUTE. Propuesta de Regulación de la Admisibilidad Mutua de Prueba y Prueba electrónica en los procesos penales dentro de la Unión Europea. Publicada el 8 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Proposal_for_a_Directive_on_Mutual_Admissibility_of_Evidence_and_Electronic_Evidence_in_Criminal_Proceedings_in_the_EU.pdf

EUROPOL y EUROJUST, "SIRIUS EU Electronic Evidence Situation Report 2024", 6th ANNUAL SIRIUS EU ELECTRONIC EVIDENCE SITUATION REPORT, págs 1-73. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/SIRIUS_E_Evidence_Situation_Report_2024.pdf



FERRANTE, E., "Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos. ¿Por qué deberían importarnos?", *Nueva Sociedad*, nº 294 (2021), págs. 27-37. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/inteligencia-artificial-y-sesgos-algoritmicos/>.

FRIEDMAN B., FELTEN E., y HOWE, D.C, "Informed Consent in the Mozilla Browser: Implementing Value-Sensitive Design", *Proceedings of the 35th Hawaii International Conference on System Sciences*, vol. 8 (2002), págs. 1-10. Disponible en: DOI: 10.1109/HICSS.2002.994366.

GARRIDO CARRILLO, F. J., "Insuficiencias y limitaciones de la Orden Europea de Investigación (OEI)", *Revista de Estudios Europeos*, Nº extraordinario monográfico 1 (2019), págs 206-224.

GIMENO SENDRA, J., "La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas", *El notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid, nº. 39, (2011), págs. 1-0. Disponible en: <https://legado.elnotario.es/hemeroteca/revista-39/697-la-intervencion-de-las-comunicaciones-telefonicas-y-electronicas-0-2863723191305737>

HULSEN, L TEN., "Open Sourcing Evidence from the Internet- the Protection of Privacy in Civilian Criminal Investigations Using Osint (Open-Source Intelligence)", *Amsterdam Law Forum*, vol. 12, nº 2 (2020), págs. 1-45. [Fecha de consulta: 11-03-2025] Disponible en: <https://research.ebsco.com/linkprocessor/plink?id=d233c6ed-3fd0-3893-9354-da44d304da70>



LANDE, D., SHNURKO-TABAKOVA, E., "OSINT as a part of cyber defense system", *Theoretical and Applied Cybersecurity*, vol. 1, nº 1 (2019), págs. 103-108. Disponible en: DOI: [10.20535/tacs.2664-29132019.1.169091](https://doi.org/10.20535/tacs.2664-29132019.1.169091)

LENOIR-GRAND PONS, R., "Análisis de riesgo, prevención y comunicación en la gestión de crisis", MOLINER GONZÁLEZ, J. A., GONZÁLEZ-RABANAL, M. C. (Dir.), *Seguridad, control de fronteras y derechos humanos. Gestión pública de las crisis sociales*, Dykinson, Madrid, 2022, págs. 237-256. Disponible en: DOI: [10.2307/jj.1866699.13](https://doi.org/10.2307/jj.1866699.13)

LLOPIS NADAL, P., "Direcciones IP y presunto anonimato. Tras la identidad del usuario infractor de derechos de propiedad intelectual en Internet", *InDret Revista para el análisis del derecho*, nº 4 (2018), págs. 1-41.

LÓPEZ FERIA, A., "Nuevas tecnologías e interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 111 y 112 (2019), págs. 213-245.

LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *Victimización sexual y nuevas tecnologías: desafíos probatorios*, Dykinson, Madrid, 2021, 1^a edición.

LÓPEZ-LAPUENTE, L., "La nueva regulación europea de los datos: cómo dar forma al futuro digital de Europa", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 61 (2023), págs. 50-71.

MACKEY, A., "Unreliable Informants: IP Addresses, Digital Tips and Police Raids How Police and Courts are Misusing Unreliable IP Address Information and What They Can Do to Better Verify Electronic Tips", *Electronic frontier foundation*, (2016), págs. 1-22.

MARTÍNEZ GALINDO, G., "Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los principios penales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 24-23 (2022), págs. 1-38. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-23.pdf>

MATTEO PASQUINELLI, V. J., "El Nooscopio de manifiesto. La inteligencia artificial como instrumento de extractivismo del conocimiento.", *La Fuga*, nº 25 (2021), págs. 1-20. [Fecha de consulta: 07-03-2025] Disponible en: <http://2016.lafuga.cl/el-nooscopio-de-manifiesto/1053>

MILLETT, E., "Open-Source Intelligence, Armed Conflict, and the Rights to Privacy and Data Protection", *Security and Human Rights Monitor*, (2023), págs. 1-19. Disponible en: DOI: 10.58866/HQKE7327

MONTE, M., SÁNCHEZ. S.I., "Tensiones constitucionales entre el derecho a la intimidad y el ciberpatrullaje en la investigación criminal. Análisis del Protocolo General para la Prevención Policial del Delito con Uso de Fuentes Digitales Abiertas", *Revista Pensamiento Penal*, (2021), págs. 1-15. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/doctrina89035.pdf>



MURIEL DIÉGUEZ, J. A., "Los datos como prueba electrónica en el Reglamento E-Evidence" en *Diario la Ley*, nº 94 (2025), págs. 1-10.

ORTIZ PRADILLO, J. C., "La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación", *Estudios de Progreso, Fundación Alternativas*, nº 72 (2013), págs 1-59.

ORTIZ PRADILLO, J. C., "Dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización en el proceso penal", RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (Dir.), *Diligencias de investigación tecnológica*, Cuadernos digitales de formación nº 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2018, págs. 40-77. Disponible en: DOI: <https://doi.org/10.62659/CF1800502>

PALOP BELLOCH, M., "Las medidas de investigación tecnológica", *Justicia: Revista de derecho procesal*, nº 2 (2017), págs. 443-490, pág.

PASTOR-GALINDO, J., NESPOLI, P., MÁRMOL, F. G., & PÉREZ, G. M, "The not yet exploited goldmine of OSINT: Opportunities, open challenges and future trends", *IEEE access*, vol. 8 (2020), págs. 10282-10304.

PERALTA GUTIÉRREZ, A., AGUIRRE ALLENDE, P., "El TJUE y el acceso a los datos de abonado en el seno de la instrucción penal", *Diario la Ley*, nº 9420 (2019), págs. 1-11.

PÉREZ GIL, J., "Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal español: privacidad vs. eficacia en la persecución", en: BRIGHI, R., PALMIRANI, M. y SÁNCHEZ JORDÁN, M.E (dirs.), *Informatica giuridica e informatica forense al servizio della società della conoscenza. Scritti in onore di Cesare Maioli*, Editorial Aracne, Roma, 2018.

RAYÓN BALLESTEROS, M. C., "Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015", *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 52 (2019), págs. 179-204.

RICHARD GONZÁLEZ, M., "Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización", *Diario La Ley*, nº 8808 (2016), págs. 1-16.

ROJO TORRES J. D., "OsiNET desarrollo de una herramienta de integración OSINT", *Alcalibe: Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica*, nº 23 (2023), págs. 179-215.

TORO-ALVAREZ M. M., BONILLA-DUITAMA M.L., PARADA JAIMES W.D., "Investigación del Cibercrimen y de los Delitos Informáticos Utilizando Inteligencia de Fuentes Abiertas de Información (OSINT)", *Researchgate*, (2018), págs. 1-11. DOI: 10.13140/RG.2.2.21594.59849.

VARONA JIMÉNEZ, A., "Aspectos relevantes de la interceptación de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal español", *Ius Inkarrí*, vol. 9, nº 9, (2020),



págs. 237-258.
<https://doi.org/10.31381/iusinkarri.v9n9.3687>.

VILÀ CUÑAT, A., "E-evidence: ¿una evidencia?", *Revista Sistema Penal Crítico*, vol. 4 (2023), págs. 1-14.

VRIST RØNN, K., OBELITZ SØE, S., "Is social media intelligence private? Privacy in public and the nature of social media intelligence", *Intelligence and National Security*, vol. 34, nº 3 (2019), págs 362-378. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02684527.2019.1553701>

JURISPRUDENCIA:

STS 246/1995, de 20 de febrero.

STC 181/1995, de 11 de diciembre

STC 49/1999, de 5 de abril.

STC 123/2002, de 20 de mayo

STS 1932/2008, de 9 de mayo.

STS 513/2010, de 2 de junio

STS 15/2012, 20 de enero.

STC 27/2020, de 24 de febrero.

Caso Rotaru contra Rumanía, STEDH de 4 de mayo de 2000, Sentencia 28341/95.



Caso Segerstedt-Wiberg contra Suecia, STEDH de 6 de junio de 2006, Sentencia 62332/00.

STJUE *Tele2 Sverige AB contra post-och telestyrelsen y Secretary of State for the Home Department contra Tom Watson y otros, C-20*



LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS

Historia reciente, presente y propuestas para el futuro¹

Dª. Gema María Ortega Expósito

Funcionaria del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha

Resumen: En este trabajo se aborda el estudio de la contratación pública electrónica en la Unión Europea, en

¹ Este artículo doctrinal ha sido presentado como Trabajo de Fin de Máster en el marco del Máster en Contratación Pública, impartido en la Universidad de Castilla-La Mancha, y defendido en junio de 2025, bajo la tutorización de Isaac Martín Delgado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

su historia reciente y en el presente, efectuando propuestas con vistas a la futura reforma de la normativa europea en esta disciplina. Se analizan los actuales principios jurídicos inspiradores de la contratación pública electrónica y se propone la introducción en la futura normativa de principios técnicos, esenciales en la utilización de formas electrónicas. Se efectúa un análisis de la evolución histórica de la regulación europea de la contratación pública electrónica en la Unión Europea, haciendo alusión a la tercera y cuarta generación de directivas y proponiendo nuevas medidas a incluir en la futura normativa europea, con el objeto de reforzar y ampliar el carácter obligatorio de las formas digitales en la contratación. Con el fin de materializar esos postulados jurídicos, se proponen, tras realizar un análisis sobre el panorama actual, medidas para la mejora futura de las plataformas y herramientas digitales en el procedimiento de contratación pública de la Unión Europea. Todas esas propuestas, tanto las de carácter jurídico propiamente dicho, como aquéllas con un matiz más técnico y material, contribuirán a garantizar el paso intermedio de transición de la situación actual de regulación y funcionamiento de la contratación electrónica a la efectiva y completa implementación del Espacio Europeo de Datos de la Contratación Pública.

Palabras clave: contratación electrónica, principios técnicos, tercera y cuarta generación de directivas, plataformas electrónicas, herramientas digitales.

Abstract: This paper deals with the study of electronic public procurement in the European Union, in its recent history and present, making proposals for the future



reform of European legislation in this field. The current legal principles, that inspire electronic public procurement, are analysed, and the introduction of technical principles into future legislation, essential for the use of electronic forms, is proposed. It is made an analysis of the historical evolution of European rules of electronic public procurement in the European Union, by referring to the third and fourth generations of directives and proposing new measures to be included in future European norms, with the aim of strengthening and expanding the mandatory nature of digital forms in contracting. With the purpose of materializing these legal principles, after analysing the current situation, measures are proposed for the future improvement of digital platforms and tools in the European Union's public procurement process. All these proposals, both those of a legal nature and those with a more technical and material nature, will help ensure the intermediate transition from the current regulation and functioning of e-procurement to the effective and full implementation of the European Public Procurement Data Space.

Key words: e-procurement, technical principles, third and fourth generations of directives, electronic platforms, digital tools.

Sumario:

1.- Introducción.

2.- Principios jurídicos y técnicos de la contratación pública electrónica en la Unión Europea; presente y futuro

3.- Evolución histórica de la regulación europea de la contratación pública electrónica en la Unión Europea

A) Tercera generación de directivas

B) Cuarta generación de directivas y propuestas de cara a la quinta generación

4.- Plataformas electrónicas y herramientas digitales en el procedimiento de contratación pública en la Unión Europea

5.- Conclusiones

BIBLIOGRAFÍA

1.- Introducción.

El presente estudio abordará el análisis de la contratación pública electrónica en la Unión Europea (UE), en su historia reciente y en la actualidad, efectuando propuestas con vistas a la futura reforma de la normativa europea en este campo. Se mencionarán y analizarán los principios jurídicos de la contratación pública electrónica en la UE, algunos de ellos ya consolidados en el ámbito de la teoría y de la práctica jurídicas a nivel normativo y jurisprudencial, como directrices básicas y modulantes de la actuación de los diferentes actores involucrados en el procedimiento de contratación pública, y también sus principios técnicos, como fundamentales y prioritarios en la futura reforma normativa, al adquirir las formas digitales más protagonismo que nunca en este ámbito.



Si bien es cierto que la introducción de los medios digitales en las directivas europeas sobre contratación pública ha sido relativamente reciente, remontándose a la penúltima generación de directivas, no es menos cierto que han transcurrido ya más de veinte años desde aquello, sin que la evolución de la contratación digital se haya producido al ritmo que se esperaba inicialmente. Por tal motivo, la cuarta generación de directivas en materia de contratación pública impuso el carácter obligatorio de las formas electrónicas, si bien no de forma completa, pues aún existen aspectos que reforzar, como la implementación de las formas electrónicas en todas las fases del procedimiento de contratación pública o la obligación de la estandarización de todos los modelos y documentos a presentar en esos procedimientos por parte de los licitadores, para reducir las cargas administrativas y fomentar la participación de todo tipo de operadores económicos.

A este respecto, sería deseable la exigencia del perfeccionamiento de las plataformas de contratación, tanto la europea como las domésticas de los diferentes EEMM, en el sentido de establecer obligaciones para adaptar tecnológicamente esos espacios a los ciudadanos, de manera que sea fácil, intuitivo y transparente su uso, así como el fomento de la interconexión y la interoperabilidad.

En las próximas líneas se analizará tanto la evolución histórica reciente de la contratación pública en la UE, como sus fortalezas y sus debilidades, la situación jurídica actual existente, efectuando propuestas de cara al nacimiento de la nueva generación de directivas que

den un paso más en el asentamiento más firme de la contratación electrónica. Ello será posible no solamente a través de la modificación normativa, sino mediante la implementación material de las nuevas expresiones digitales, entre ellas, la inteligencia artificial, posible mediante la inversión por parte de los poderes adjudicadores en coordinación con el sector privado y en diálogo con la ciudadanía.

2.- Principios jurídicos y técnicos de la contratación pública electrónica en la Unión Europea; presente y futuro

La contratación pública en la UE se encuentra revestida de asentadas garantías derivadas fundamentalmente de los principios generales del derecho en el ámbito de contratación, mencionados tanto en el derecho primario europeo, a saber, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), como en el derecho derivado, en este sentido, en las Directivas europeas en materia de contratación, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (en adelante, TJUE).

Los principios actuales más evidentes de la contratación pública en la Unión Europea (en adelante, UE) se recogen en los Considerandos 1, 4 y 2, respectivamente, de las Directivas 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE), 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de



concesión (en adelante, Directiva 2024/23/UE) y 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante, Directiva 2014/25/UE), que, a su vez, se remiten a los tres principios fundamentales del TFUE, a saber, libertad de mercancías, de establecimiento y de prestación de servicios, y los derivados de esos, en concreto, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Para los contratos que rebasan determinadas cuantías, se acentúan los principios de coordinación y de libre concurrencia, dado el mayor carácter transfronterizo de ese tipo de contratos.

De lo anterior se deriva que el principio fundamental de la contratación pública y, en particular, de la contratación pública electrónica en la UE sea **la libertad de acceso a las licitaciones**, no solo porque las tres libertades del TFUE (libertad de establecimiento, libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios) lo exigen, sino porque la obligatoriedad de utilización de medios electrónicos, tanto en la publicidad de los contratos como en la relación contractual entre las partes, garantiza que cualquier persona física o jurídica que reúna los requisitos exigidos pueda participar en los procedimientos de contratación, evitándose, de este modo, cualquier tipo de discriminación y fomentando la justa y libre competencia. A este respecto, la Sentencia del TJUE de 22 de abril de 2021 en el asunto C-537/19, recordaba en su apartado 42 que el objetivo perseguido

por las directivas en materia de contratos públicos es el de garantizar que en la adjudicación de esos contratos se respeten en particular *la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de dichas libertades, en particular, la igualdad de trato, la no discriminación, la proporcionalidad y la transparencia, y de garantizar que la adjudicación de los contratos públicos esté abierta a la competencia* (sentencias de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti* y otros, C-399/98, EU:C:2001:401, apartados 52 y 75, y de 27 de noviembre de 2019, *Tedeschi y Consorzio Stabile Instant Service*, C-402/18, EU:C:2019:1023, apartado 33).

La libertad de acceso a los procedimientos de contratación pública electrónica invita a garantizar los **principios de reconocimiento mutuo y libre concurrencia**, en la medida en que la exigencia de requisitos comunes en la comercialización de productos o servicios en los diferentes EEMM es una forma de garantizar también la libre circulación de mercancías en cumplimiento de la normativa comunitaria y de favorecer la participación transfronteriza de los operadores económicos. Así, por ejemplo, el Considerando 55 de la Directiva 2014/23/UE remarca la importancia de que los EEMM y poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras implementen las medidas adecuadas para fomentar el cumplimiento de las obligaciones en los campos de la legislación medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar donde se ejecuten las obras o se proporcionen los servicios, y que procedan de las normas tanto domésticas, como europeas, como de convenios colectivos que cumplan el derecho de la UE,



como de acuerdos internacionales ratificados por los EEMM.

La libre concurrencia se desarrolla en el respeto al **principio de igualdad de trato y no discriminación**, que se remarcaba como otro de los principios fundamentales de la contratación pública electrónica en la UE, en tanto que la puesta en conocimiento de los procedimientos de licitación al mismo tiempo y con toda la documentación accesible a todas las personas, todo ello gracias a las herramientas tecnológicas, genera igualdad de trato en las licitaciones y evita la discriminación o el trato injusto y privilegiado por cualquier razón, ya sea por causas de nacionalidad, ubicación u otras características.

Esta conexión entre el fomento del trato igualitario y la transparencia queda plasmado en las Directivas de contratación, a saber, en el artículo 3.1 de la Directiva 2014/23/UE, o en el Considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE, que exigen transparencia para garantizar la igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, pues ello permite a *todos los licitadores estar razonablemente informados de los criterios y modalidades que se aplicarán en la decisión relativa a la adjudicación del contrato*.

Esta complementariedad entre sendos principios ha sido reconocida también por la jurisprudencia del TJUE, en sentencias tales como las de 13 de junio de 2024 y la de 17 de junio de 2021 en los asuntos C-737/22 y C-23/20, respectivamente, en procedimientos de decisión prejudicial en relación a la interpretación de esos

principios recogidos en el apartado 1 del artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE. Sendos principios implican, según ha recordado la citada sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 17 de junio de 2021 en el asunto C-23/20, en su fundamento 61, que *todas las condiciones y la regulación del procedimiento de adjudicación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate* (se remite, a su vez, a la sentencia de 19 de diciembre de 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato — Antitrust y Coopservice, C-216/17, EU:C:2018:1034, apartado 63). En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 9 de abril de 2019 en el asunto T-182/15, en su apartado 124, alude al principio de transparencia como aquél que *tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del órgano de contratación* mediante la fijación de los requisitos y términos del procedimiento de adjudicación de manera transparente, cabal y evidente, remitiéndose, a su vez, a la sentencia de 26 de septiembre de 2014, Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-498/11, no publicada, EU:T:2014:831, apartado 119 y jurisprudencia citada; o a la sentencia de 22 de septiembre de 2011, Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-86/09, no publicada, EU:T:2011:515, apartado 63).



De lo anterior se deduce que el principio estrella de la contratación electrónica sea el **principio de publicidad y transparencia**, realizable gracias a la exigencia de que toda la información de las licitaciones y contratos quede accesible a todos los ciudadanos a través de los diarios oficiales y de plataformas de contratación adecuadas, intuitivas y seguras que eviten las barreras tecnológicas que puedan limitar la participación de posibles licitadores. Los Considerandos 52, 63 y 74, respectivamente de las Directivas 2014/24/UE, 2014/25/UE y 2014/23/UE destacan la importancia de los medios de información y comunicación electrónicos como motores de la simplificación en la publicación de los contratos, dotando a los procedimientos de contratación de eficiencia y transparencia, así como impulsores del aumento de las posibilidades de participación de los operadores económicos en los procedimientos de contratación en todo el mercado interior.

La transparencia materializada a través de los medios tecnológicos también funciona como motor de la honestidad, derivando en los **principios de integridad, prevención del fraude y lucha contra la corrupción**, pues aquella información y procedimientos que salen al descubierto, se exponen a la vista de todos y son susceptibles de control, de modo que ello fomenta la actuación conforme a las buenas prácticas y a la responsabilidad en la gestión pública. Por el contrario, lo que permanece oculto es caldo de cultivo del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. Las tecnologías de la información juegan un papel fundamental en la lucha contra las malas prácticas, mediante la habilitación

de registros auditables e instrumentos digitales que permitan evitar manipulaciones, certificar la trazabilidad y detectar anormalidades. En este sentido, el Considerando 126 de la Directiva 2014/24/UE dice que *“La trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude...”*. Asimismo, el Considerando 61 de la Directiva 2014/23/UE indica que *“A fin de combatir el fraude, el favoritismo y la corrupción e impedir los conflictos de interés, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores. Dichas medidas deben estar encaminadas, en particular, a eliminar los conflictos de intereses y otras irregularidades graves”*.

El desarrollo de las tecnologías colabora también a hacer realizables los **principios de cooperación, eficiencia y reducción de cargas administrativas**. Así, por ejemplo, la eficacia en la cooperación administrativa en el ámbito de la contratación entre EEMM mediante el intercambio de información, en cuanto a la comprobación de los motivos de exclusión y de los criterios de selección, de la aplicación de las normas de calidad y medioambientales y en la lista de operadores económicos aprobados, permitirá el desarrollo de procedimientos de adjudicación en situaciones transfronterizas (Considerando 128 de la Directiva 2014/24/UE). También el Considerando 84 de la referida Directiva hace referencia al documento europeo único de contratación (en adelante, DEUC), como modo de simplificar y reducir esas cargas administrativas en la



fase de admisión, evaluación y calificación de ofertas en el procedimiento de contratación.

Esa gestión eficiente deriva en una disminución de costes, de tiempos y de trámites burocráticos, garantizando, de esta forma, el respeto al **principio de proporcionalidad**, en la medida en que un adecuado y equilibrado uso en los medios utilizados en la contratación en relación a los fines perseguidos genera una contratación pública adecuada y justa. En este sentido, el Considerando 57 de la Directiva 2014/24/UE dice, respecto de las herramientas digitales, que *“Antes de especificar el nivel de seguridad requerido para los medios electrónicos de comunicación que vayan a utilizarse en las diversas fases del procedimiento de adjudicación, los Estados miembros y los poderes adjudicadores han de evaluar la proporcionalidad entre los requisitos destinados a garantizar una identificación correcta y fiable de los emisores de la información de que se trate y de la integridad de sus contenidos, por una parte, y, por otra, el riesgo de que surjan problemas, por ejemplo en aquellas situaciones en que los mensajes son enviados por un emisor diferente al indicado...”*. De ahí que en la contratación electrónica sea crucial también la garantía de los **principios de seguridad jurídica y confidencialidad**, que quedan salvaguardados gracias a la utilización de medios digitales, como la firma electrónica y el sellado de tiempo y cifrado para proteger la autenticidad y privacidad de la información y, a la vez, la identidad de los licitadores hasta la apertura de ofertas. Asimismo, las directivas recuerdan la obligación de confidencialidad que deben proteger en el procedimiento de contratación los poderes y entidades

adjudicadores y los operadores económicos en la prohibición de transmitir información secreta (Considerando 60 de la Directiva 2014/23/UE) o el deber de los poderes adjudicadores de considerar, en la elaboración de especificaciones técnicas, los requisitos derivados del derecho de la UE en el ámbito de la normativa sobre protección de datos (Considerando 77 de la Directiva 2014/24/UE). Asimismo, las nuevas tecnologías hacen posible el **principio de interoperabilidad**, a través de la integración de los datos contractuales en plataformas de contratación electrónicas. No obstante, las directivas europeas son cautias a este respecto, pues a modo de ejemplo, el Considerando 56 de la Directiva 2014/24/UE hace un llamamiento a la Comisión para evaluar si la experiencia en relación a la utilización de una determinada norma técnica ha sido satisfactoria y para analizar los posibles costes en lo que respecta a *la adaptación a las soluciones de transmisión electrónica existentes, incluida la infraestructura y los procesos o los programas informáticos*, antes de ver si es preciso o no garantizar o mejorar la interoperabilidad de los formatos técnicos o de las normas de procesamiento y mensajería haciendo obligatoria la utilización de esa norma concreta.

Si bien esa cautela en la regulación de los medios electrónicos es fundamental como medio de protección y seguridad respecto de los datos gestionados en el procedimiento de contratación, no es menos relevante que las exigencias digitales en la contratación pública así como el empleo por los operadores económicos de esas herramientas hacen aumentar la transparencia y, por extensión, las buenas prácticas en el respeto a las exigencias contractuales, entre ellas, las



medioambientales y sociales. El avance digital, por tanto, fomenta una contratación pública sostenible ligada a los **principios de desarrollo social, laboral y medioambiental**. A este respecto, las Directivas europeas consideran que la contratación pública desempeña un papel fundamental en la Estrategia Europa 2020, como estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (Considerandos 2, 3 y 4 de las Directivas 2014/24/UE, 2014/23/UE y 2014/25/UE). En este sentido, las directivas de contratación efectúan un llamamiento a los EEMM y a los poderes adjudicadores para que implementen las medidas pertinentes que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones en materia de Derecho medioambiental, laboral y social, derivados tanto de la normativa nacional como de la UE, así como de convenios colectivos siempre que se posibilite el cumplimiento del Derecho de la UE (Considerandos 55, 37 y 52, respectivamente, de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE).

Asimismo, el empleo de medios digitales en la contratación pública se encuentra íntimamente relacionado con los **principios de investigación e innovación**, no solamente en el sentido de introducir la tecnología más avanzada posible en las plataformas y herramientas necesarias para el desarrollo en sí del procedimiento de contratación, sino en el sentido de atraer el talento tecnológico como integrante del objeto contractual de las diferentes licitaciones. A este respecto, los Considerandos 47 y 57 de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE consideran *la investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, como los principales motores del*

crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europea 2020. Hacen un llamamiento a los poderes públicos para la realización del mejor uso estratégico posible de la contratación pública para alentar la innovación. Como dice Méndez Núñez, M.I.², si en una visión tradicional, el fin que busca la Administración a través de un contrato es la adquisición en el mercado de determinados bienes y servicios, dotar a ese contrato de carácter estratégico implica atribuirle un fin mayor: el impulso de objetivos medioambientales, sociales o de innovación. Esta visión supone un cambio de paradigma porque el contrato público deja de entenderse como simple trámite burocrático por el cual las entidades del sector público se proveen de las herramientas que precisan para ejecutar sus políticas. Aquel adquiere sustantividad, cuerpo y peso en el actuar administrativo como otra herramienta más de la que la Administración dispone para el desarrollo de sus políticas públicas.

Visto lo anterior, si bien los principios reconocidos hasta la fecha por parte de la legislación europea y por la jurisprudencia del TJUE, aplicables a la contratación pública, no han sido desdeñables, sino todo lo contrario, bastante significativos y dirigidos cada vez en mayor medida a la contratación pública electrónica estratégica, es evidente que la sociedad avanza y demanda la aplicación de nuevos principios, además de los ya reconocidos, producto fundamentalmente del avance tecnológico. En este sentido, al hilo de los principios de

² Méndez Núñez, M.I., "La Contratación pública: evolución europea de una estrategia", Revista Vasca de Administración Pública, nº 128-I, Enero-abril de 2024, pág. 245.



naturaleza social, laboral y medioambiental, así como de innovación ya referidos, las Directivas de contratación vigentes mencionan esos valores como centrales de la Estrategia Europea 2020 nacida tras la crisis provocada por la pandemia para garantizar la recuperación económica de la UE, en la línea de reformas económicas y sociales, con objetivos focalizados en la innovación, el empleo, la educación, el cambio climático o la lucha contra la pobreza.

En la actualidad, considerando que el Plan Estratégico de Horizonte Europa para el período 2025-2027 establece tres orientaciones estratégicas fundamentales para la investigación y la innovación, a saber, un futuro ecológico, digital y resiliente, la futura reforma de las directivas de contratación debería incidir en los **principios de innovación resiliente, digital y verde**, en el sentido de integración en la contratación pública de tecnologías innovadoras punteras en el ámbito climático y tecnológico. En esta búsqueda de la aplicación de políticas innovadoras dirigidas al ámbito social, ecológico, digital y medioambiental la contratación electrónica funciona como un importante motor para maximizar esos principios, en tanto que la innovación tecnológica deriva en la innovación a otros niveles, como promotora de la contratación estratégica.

Ello podría llevar a hablar, de cara al nacimiento de la quinta generación de directivas de contratación, de futuros principios técnicos de la contratación pública electrónica, si bien ligados a los principios jurídicos y éticos, que deberán ir de la mano para evitar sesgos. Se podrían mencionar los **principios de usabilidad y**

accesibilidad digital, pues el acceso libre, fácil e intuitivo de todos los usuarios a las plataformas de contratación garantiza la democratización digital y la reutilización de los datos. Asimismo, mediante el uso de certificados electrónicos reconocidos para validar la identidad y firmar documentos se garantiza **el principio de autenticación segura**, directamente ligado a los principios de seguridad jurídica y confidencialidad anteriormente mencionados. Del mismo modo, el registro adecuado de todos los documentos permite su auditoría y control, así como su consulta futura, garantizando el **principio de trazabilidad**.

En definitiva, existe un largo camino recorrido en cuanto a la conquista de principios de la contratación pública en la UE, instrumentos fundamentales en la inspiración y realización de una verdadera contratación pública estratégica, si bien la utilización relativamente reciente de los medios digitales, establecidos como obligatorios en la última generación de directivas de contratación pública vigentes, ha generado la necesidad de reconocer nuevos principios de naturaleza técnica en su forma y jurídica en su fondo, de cara a la futura reforma de la normativa europea en este ámbito, pues la implementación material de las formas electrónicas y de inteligencia digital de la contratación pública futura requieren de unas fuertes garantías.

3.- Evolución histórica de la regulación europea de la contratación pública electrónica en la Unión Europea



A) Tercera generación de directivas

El primer grupo de directivas europeas que hizo alusión a los medios electrónicos y los consideró integrantes, si bien no de un modo obligatorio, de la tramitación de los procedimientos de contratación pública en la UE fue el relativo la tercera generación de directivas europeas, conformada por las Directivas 2004/17/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (en adelante, Directiva 2004/17/CE) y la 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en adelante, Directiva 2004/18/CE).

En el Considerando 20 de la primera directiva y en el Considerando 12 de la segunda directiva se señalaba el desarrollo constante de nuevos métodos electrónicos de compra que posibilitaban el aumento de la competencia y el avance en la eficacia del sistema público de pedidos, al suponer una disminución de tiempo y dinero. Se habilitaba a las entidades adjudicadoras, si bien de manera potestativa, para utilizar esos métodos en el respeto a las normas contenidas en esa directiva y a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Asimismo, se establecía la posibilidad, en el ámbito de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición, de utilizar un catálogo electrónico como forma de participar en una licitación, en tanto se

utilizaran los medios de comunicación seleccionados por la entidad adjudicadora. Los Considerandos 21 y 13, respectivamente, de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE reconocían la rápida divulgación de los métodos electrónicos de compra, determinando la necesidad de establecer normas procedentes que posibilitaran a las entidades adjudicadoras a aprovechar el potencial que tales métodos brindaban. Se determinaba la conveniencia de definir un sistema dinámico de adquisición completamente electrónico para las compras corrientes, así como crear normas concretas para implementar el funcionamiento de ese sistema, de modo que el acceso al mismo por parte de cualquier operador económico fuera igualitario. Asimismo, los Considerandos 22 y 14 de las respectivas directivas señalaban a las subastas electrónicas como un medio en potencial auge, manifestando la necesidad de dar una definición europea a ese concepto y concretarlo a través de normas concretas que permitieran su desarrollo en el respeto a los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia. Los artículos 56 y 54 de las correspondientes directivas desarrollaban la posibilidad de utilización de las subastas electrónicas, estableciendo los procedimientos en los que podrían utilizarse, sus requisitos, el contenido del pliego de condiciones y el procedimiento a seguir.

A propósito de la garantía de los principios de igualdad y de transparencia, los Considerandos 46 y 35 de las respectivas directivas establecían la necesidad de que los medios electrónicos estuvieran en pie de igualdad con los medios convencionales de comunicación y de intercambio de información. Asimismo, se exigía que el medio tecnológico elegido fuera compatible con otros



utilizados en otros EEMM. En caso de utilización de medios electrónicos, los Considerando 47 y 38 de las citadas directivas establecían la obligación de reducción de los plazos mínimos siempre que existiera compatibilidad con las modalidades concretas de transmisión previstas a nivel europeo. Del mismo modo, en tanto que los Considerandos 48 y 37 de las respectivas directivas determinaban que los procedimientos de contratación pública requirieran un nivel supremo de seguridad y confidencialidad, establecían la obligación de que las herramientas para la recepción electrónica de ofertas, solicitudes de participación y planes y proyectos cumplieran con unas condiciones adicionales específicas. En este sentido, promovían la utilización de firmas electrónicas, preferentemente, las firmas electrónicas avanzadas. Mencionaban también los regímenes voluntarios de acreditación como marco propicio para optimizar el nivel del servicio de certificación que se concedía a esas herramientas.

Si bien la introducción de medios electrónicos en las citadas directivas constituyó un paso inicial en la progresión de la integración de las formas digitales en los procedimientos de contratación en la UE, sin embargo, su previsión en dichas normas europeas no tuvo el efecto del recurso generalizado por parte de los poderes adjudicadores a esos métodos. Como se hizo patente en el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE

SEC(2010) 1214³, a pesar de la aspiración en 2005 por parte de los ministros de la UE de que en el año 2010 como mínimo el 50% de toda la contratación pública que superara el umbral de contratación pública de la UE se efectuara mediante medios electrónicos, según la evaluación de la Comisión, menos del 5% del presupuesto total dirigido a la contratación en los EEMM punteros en la implementación de este sistema, se adjudicó a través de medios electrónicos. La efectiva puesta en práctica de la contratación pública electrónica, tanto en la mayor parte de los países a nivel individual como en la UE en su totalidad seguía siendo insuficiente, valorándose en menos del 5% del valor de la contratación pública total. Se ponía de manifiesto también en este Libro Verde la necesidad de "liderazgo" a todos los niveles de gobierno, incluido el europeo, para afianzar la transición hacia la contratación electrónica, pues si la misma se dejaba a la consideración de los poderes adjudicadores, los mismos se apegarían a las prácticas ya existentes y practicables por costumbre, esto es, al papel, en lugar de invertir y utilizar las nuevas opciones. Si bien el Libro Verde admitía la divergencia entre EEMM, regiones y sectores, manifestaba la necesidad de garantizar que esas diferencias no derivaran en impedimentos excesivos y desmedidos que obstaculizaran la contratación transfronteriza.

³ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0571:FIN:ES:PDF>, págs. 2,3, 11, 20.



B) Cuarta generación de directivas y propuestas de cara a la quinta generación

Si bien las directivas europeas de contratación de 2004 tuvieron su papel en el comienzo del impulso de la contratación electrónica, los resultados no fueron los esperados. Por ello, se produjo el nacimiento de la cuarta generación de directivas de contratación, conformada por las ya mencionadas Directivas 2014/24/UE, 2014/23/UE y 2014/25/UE, que avanza un paso más en lo que respecta al reconocimiento de las formas electrónicas, estableciendo como obligatorios tales medios en los procedimientos de contratación de la UE. En este sentido, los Considerandos 52 y 63 de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, previo reconocimiento del importante papel que los medios de información y comunicación electrónicos ocupan en la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación, establecen la obligación de considerarlos el medio habitual de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, al permitir la ampliación de las posibilidades de los operadores económicos de participar en esos procedimientos en todo el mercado interior. En consecuencia, se determina como obligatoria la comunicación mediante medios electrónicos en todo el procedimiento de contratación, incluyendo la puesta a disposición de los ciudadanos de los pliegos de contratación o la transmisión de solicitudes de participación por parte de los licitadores, dando libertad a los EEMM para ampliar el uso de medios electrónicos. Sin embargo, ello no implica la obligación por parte de los EEMM de tratar electrónicamente las ofertas, ni de

exigir la evaluación electrónica ni el tratamiento automatizado. Tampoco establece la obligación de utilizar medios electrónicos de comunicación tras la adjudicación del contrato, ni de utilizar esos medios en la comunicación interna en el seno del poder adjudicador.

En este sentido, actualmente podría ser el momento, de cara al nacimiento de la quinta generación de directivas sobre contratación pública, para plantearse la imposición obligatoria de la forma electrónica en todas las fases del procedimiento administrativo de la contratación pública, de manera que esa exigencia formal no solamente alcanzase a la fase de licitación y adjudicación del contrato y a la relación jurídica Administración Pública-operador económico, sino que ese requerimiento de utilización de medios electrónicos abarcase también las fases de preparación del contrato, a saber, recopilación de datos a través de herramientas digitales para analizar las necesidades de mercado para la identificación del objeto, los objetivos deseables y el tipo de procedimiento de adjudicación más adecuado, así como la necesidad del gasto; ejecución del contrato y posibles modificaciones, mediante el análisis y monitoreo de su desarrollo, a través de la recopilación de datos que permita la medición de la satisfacción del objeto del contrato, debiendo ser todo ello objeto de almacenamiento electrónico y de publicación para el aprendizaje de cara a futuras licitaciones; y extinción del contrato, mediante la publicación de la forma de finalización del mismo y sus circunstancias. Asimismo, establecida la obligación de comunicación electrónica entre poderes adjudicadores y operadores económicos, sería incongruente no mantener esa misma obligación en la comunicación interna entre



los profesionales públicos que conforman el poder adjudicador, de tal forma que quedara constancia plena de su labor, imprimiéndose transparencia sobre el actuar corriente de los profesionales de la contratación. A este respecto, Moreno Molina, J.A.⁴ destaca la importancia que tiene la profesionalización en el proceso de digitalización de la contratación pública, como factor determinante para la correcta aplicación, tanto de la normativa internacional sobre inteligencia artificial, como de *las regulaciones europeas y nacionales sobre contratación pública, procedimiento administrativo, régimen jurídico del sector público, transparencia, protección de datos y ciberseguridad, que regulan la utilización de medios electrónicos*.

Asimismo, la implantación completa de la contratación pública electrónica requeriría de innovación y de modernización del sector público, como ponen de manifiesto autores, como Moreno Molina, J.A.⁵ o Martín Delgado, I.⁶, quien recuerda (este último autor) que *la*

⁴ Moreno Molina, J.A., Contratación pública electrónica e IA en el Derecho de la Unión Europea, en Martín Delgado, I.; Muñoz de Morales, M.: *Inteligencia Artificial y Contratación Pública: Propuestas para una buena regulación*, en prensa.

⁵ Moreno Molina, J.A., La innovación en la contratación pública desde la Unión Europea, *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, 2020, ISBN 978-84-9890-385-0, págs. 55-57.

⁶ Martín Delgado, I., Innovación tecnológica e innovación administrativa en la administración pública, *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, 2020, ISBN 978-84-9890-385-0, págs. 22-25.

administración pública electrónica entendida como implementación de medios electrónicos en el procedimiento de contratación, no implica por sí misma innovación sustantiva porque el sector público es más lento a la hora de adoptar cambios estructurales, como consecuencia de su rigidez organizativa, su inflexibilidad estructural y su dependencia de la política; en el particular ámbito de la contratación electrónica, la implantación de la contratación electrónica debe salvar obstáculos tales como la tendencia a la burocracia, las ineficiencias en el diseño y la cultura de los principios tradicionales. Por ello, resulta interesante su propuesta sobre la determinación normativa de un concepto de contratación pública electrónica, que no establecen las directivas ni por ejemplo la legislación doméstica en el caso español, que permita su interpretación legal y su aplicación práctica y que no se reduzca únicamente a las formas electrónicas en sí, sino al concepto material de cambio de estructuras y procedimientos administrativos, y a la verdadera innovación y transformación.

Continuando con la regulación actual europea, con carácter general, los Considerandos 53 y 64 de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE imponen sobre los poderes adjudicadores la utilización, salvo en determinados casos concretos, de métodos de comunicación electrónicos que no sean discriminatorios, que estén disponibles de forma general y que sean interoperables con los productos de las TIC de uso general, sin que deban limitar el acceso de los operadores económicos al procedimiento de licitación. Los artículos 22 y 40 de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE vienen a desarrollar las normas aplicables a



las comunicaciones electrónicas, así como las salvedades al uso de estos formatos.

Los Considerandos 55 y 66 de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, ante el panorama de distintos formatos o procesos técnicos y normas de mensajería que implicaría que, por ejemplo, para formar parte en un procedimiento de contratación que posibilite o requiera la utilización de catálogos electrónicos, que conforman un formato para gestionar la información de manera común para todos los licitadores, tuviera que obligarse a éstos, ante la inexistencia de normalización, a la adaptación de sus catálogos a cada procedimiento, subraya la importancia de normalizar el formato de los catálogos electrónicos para aumentar la operatividad y, al mismo tiempo, garantizar eficacia y reducir esfuerzo a los participantes. En ese ahorro de tiempo y dinero los catálogos contribuyen, según recuerdan los Considerandos 68 y 77 de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, a aumentar la competencia y racionalizar las compras públicas.

Por consiguiente, sería deseable de cara al nacimiento de la quinta generación de directivas, la exigencia por parte de la nueva regulación de una normalización europea de los catálogos electrónicos, mediante la implantación de estructuras fijas en lo que respecta a los datos a incluir sobre el producto o servicio objeto del contrato (a saber, tipo, código, especificaciones técnicas, proveedor, precio, plazo de entrega y de garantía, etc.), así como la definición de los diferentes formatos de archivo aceptados (Excel, Xml, etc.). Ello fomentaría una mayor participación de los operadores económicos en los variados procedimientos que requerieran la utilización de

catálogos electrónicos, al evitar a los licitadores, a la hora de presentar sus proposiciones, el trabajo de tener que realizar un ejercicio de adaptación electrónica en función del formato del catálogo utilizado en cada procedimiento de contratación y, por extensión, garantizaría la interoperabilidad entre las diferentes plataformas de contratación pública.

En ese análisis sobre la necesidad o no de optimizar la operatividad de los distintos formatos técnicos o de las reglas de procesamiento y mensajería, exigiendo el uso de determinadas normas, como ya se expuso en el epígrafe de los principios, los Considerandos 56 y 67 de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE exigen que la Comisión escuche el parecer de las partes afectadas. Asimismo, en lo relativo al nivel de seguridad exigido para los medios electrónicos de comunicación, los Considerandos 57 y 68 de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE requieren una evaluación, por parte de los EEMM y poderes adjudicadores, de la proporcionalidad entre los condicionantes dirigidos a posibilitar una correcta y segura identificación de los emisores de la información y la integridad de su contenido, y el riesgo de las posibles incidencias que puedan ocurrir.

Los Considerandos 72 y 81 de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, al seguir incidiendo en la obligatoriedad general de utilizar medios de comunicación electrónicos en todos los procedimientos de contratación, entienden que éstos son especialmente adecuados para implementar las compras centralizadas, en tanto permiten reutilizar y procesar datos de modo automático y reducen los costes de información, de modo que se



establece la obligación para las centrales de compra de la utilización de medios electrónicos.

En el Capítulo II del Título II de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE se norman las *Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada*, entre las que se encuentran los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición o las centrales de compra. Si bien es cierto que la exigencia en la futura regulación de contratación pública en la UE de catálogos electrónicos europeos normalizados exigibles en el seno de acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición, o utilizados en el marco de compras centralizadas, a través de centrales de contratación, generaría simplicidad e interoperabilidad en los procedimientos de contratación, sin embargo, no debe olvidarse que existe un porcentaje amplio de contratos, que aunque tenga menor alcance que aquél al que abarca la contratación electrónica agregada, no puede menospreciarse, por lo que, se debería ir más allá mediante el establecimiento obligatorio de modelos europeos normalizados en todos los documentos de contratación pública (a saber, pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, o documentos contractuales, con parámetros normalizados compatibles) relativos a todos los contratos públicos. Ello facilitaría el acceso electrónico de todas las empresas, destacando las pequeñas y medianas, a todas las licitaciones, al mismo tiempo que permitiría la simplificación en la tramitación por parte de los poderes adjudicadores de los procedimientos de contratación pública en la UE. Como propone el equipo

de Vázquez Matilla, J.⁷, *la creación de modelos estándar de pliegos de contratación con cláusulas homogéneas y obligatorias para todos los EEMM y la implementación de un modelo unitario de bases que garantice simplicidad y coherencia normativa.*

A este respecto, ya se han establecido normativamente formularios de publicación de anuncios de contratación, siendo muestra de ello el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1780 de la Comisión de 23 de septiembre de 2019 por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 ("formularios electrónicos"). Sobre esta cuestión, el artículo 51, apartado 2 de la Directiva 2014/24/UE exige el envío a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (en adelante, OPUE), a través de medios electrónicos, de los anuncios de información previa (artículo 48), de licitación (artículo 49) y de adjudicación de contratos (artículo 50). El apartado 1 del referido artículo 51 exige que esos anuncios recojan la información según formato de formularios normalizados, y el artículo 53 requiere la disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación. Asimismo, los apartados 1 y 2 del artículo 33 de la Directiva 2014/23/UE exige que los anuncios de concesiones (artículo 31) y las adjudicaciones de concesiones (artículo 32) se ajusten al formato de formulaciones normalizados y se envíen por medios electrónicos a la OPUE. El artículo 34 exige el acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones. De otro lado, en cuanto a la Directiva

⁷ <https://www.javiervazquezmatilla.com/mejora-del-marco-normativo-europeo-de-contratacion-publica/>



2014/25/UE, el artículo 71, apartado 2, obliga al envío a la OPUE, a través de medios electrónicos, de los anuncios periódicos indicativos (artículo 67), sobre la existencia de un sistema de clasificación (artículo 68), de licitación (artículo 69) y de adjudicación de contratos (artículo 70). El apartado 1 del referido artículo 71 exige que esos anuncios recojan la información según formato de formularios normalizados, y el artículo 53 exige la disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación.

Asimismo, a los efectos de reducir la carga de los operadores económicos y evitar problemas lingüísticos y de redacción, el Considerando 86 de la Directiva 2014/24/UE menciona el formulario normalizado para las declaraciones del licitador. En este sentido, el artículo 59 establece la obligación de aceptación por parte de los poderes adjudicadores del ya referido DEUC, como declaración actualizada del licitador, documento sustitutivo de los certificados emitidos por las autoridades públicas que ratifiquen que los operadores cumplen con los requisitos requeridos.

Sobre ello, no sólo debería establecerse la obligación de aceptación de dicho documento, sino que las Administraciones Públicas deberían facilitar el mismo a los licitadores para restarles carga burocrática en la presentación de solicitudes de licitaciones. Tiene razón Vázquez Matilla, F.J.⁸, cuando dice que algunas

⁸ Vázquez Matilla, F.J., "Retos de la transformación digital en la contratación pública", *Contratación administrativa práctica*, nº 182, noviembre de 2022, editorial La Ley, págs. 6, 13.

entidades públicas únicamente se limitan a publicar en el pliego de condiciones la lista de especificaciones estereotipadas a cumplimentar en el DEUC, pero no facilitan el modelo al que debe ajustarse la declaración responsable, y cuando propone el empleo del DEUC en su versión más sencilla. Quizá es el momento para actualizar la normativa en el sentido de simplificar el modelo y ponerlo a disposición de los licitadores en cada procedimiento de contratación.

A este respecto, en el documento de las contribuciones del Observatorio de Contratación Pública a la consulta para la evaluación de las directivas de contratación pública, se propone en su punto 11 la actualización del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, por la que se aprueba el formulario normalizado del DEUC, como *una de las medidas más importantes de simplificación procedural y la reducción de cargas administrativas para el impulso de la participación de las PYMES en la contratación pública*⁹.

A propósito de la simplificación de trámites burocráticos y de la implementación de la interoperabilidad, el Considerando 87 de la Directiva 2014/24/UE establece como obligatorio el mantenimiento del sistema electrónico e-Certis que la Comisión suministra a las autoridades nacionales para que lo actualicen y cotejen, con el objeto de facilitar el intercambio de certificados y otras pruebas documentales requeridas por los poderes adjudicadores. El artículo 61 define el sistema e-Certis como depósito de certificados en línea, de modo que, con

⁹ https://www.obcp.es/sites/default/files/2025-02/INFORME_Observatorio_para_reforma_europea2025.pdf



el objetivo de posibilitar las licitaciones transfronterizas, establece la obligación de que los EEMM mantengan continuamente actualizada la información sobre certificados y otras pruebas documentales contenidas en ese sistema. Sin embargo, la obligación del uso para los EEMM de esta plataforma no se incluyó en la normativa europea vigente, pudiendo decidir actualmente cada EM cómo gestionar sus procesos de licitación pública, siendo interesante, en consecuencia, que de cara a la creación de la quinta generación de directivas se estableciera como obligatorio para los EEMM la utilización de esta plataforma electrónica.

En conclusión, si bien las propuestas expuestas líneas atrás de reforma futura de las actuales directivas de contratación pública en lo que se refiere al reforzamiento del uso de medios electrónicos y tecnologías de inteligencia artificial es un paso fundamental como elemento formal para la consecución de los objetivos de modernidad, eficiencia y acercamiento de la administración pública contractual al operador económico, no es menos cierto que tanto los entes públicos como los licitadores y la sociedad en general deben ser capaces de implementar ese cambio conjuntamente desde un punto de vista material. Sin embargo, a veces es complicado, dada la variedad de entes públicos existentes, la falta de órganos de contratación y gestores especializados y la falta de un desarrollo eficiente de herramientas digitales en las Administraciones Públicas. En el caso español, por

ejemplo, Arístegui Carreiro, J.L.¹⁰, en su artículo *La Contratación Pública Electrónica un año después de la entrada en vigor de la LCSP 2017*, señalaba como uno de los aspectos más significativos en la implantación de la contratación pública electrónica en España, la *total ausencia de modelo y falta de liderazgo técnico-político*, al tiempo que destacaba, fijándose en otros modelos europeos de contratación, la necesidad de estrategias nacionales de colaboración público-privada para la implantación de la contratación electrónica. El profesor Martín Delgado, I.¹¹, apela a *un buen uso de las TIC como fuente de legitimidad de la Administración y decidido desde liderazgos comunes y compartidos*, mediante el análisis de las tecnologías innovadoras que están siendo utilizadas en el ámbito privado y con potencial aporte de innovación en el sector público, si bien, dadas las particularidades de lo público, no se muestra partidario de implementarlas en este ámbito sin antes efectuar un lógico ejercicio de reflexión y crítica. También resulta interesante su apuesta por una *transformación global* mediante la toma en consideración del ordenamiento jurídico en su conjunto, así como a través de la implementación de un plan de

¹⁰ Arístegui Carreiro, J.L., "La Contratación Pública Electrónica un año después de la entrada en vigor de la LCSP 2017", Revista Gabilex nº extraordinario marzo 2019, pág. 24, <http://gabilex.castillalamancha.es>

¹¹ Martín Delgado, I., *Innovación tecnológica e innovación administrativa en la administración pública, Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, 2020, ISBN 978-84-9890-385-0, p. 48, 49.



innovación de la contratación pública negociado por los actores del sector.

En efecto, será necesaria una adecuada coordinación entre la futura regulación y la verdadera implementación de las exigencias normativas en el ámbito práctico, fomentando la colaboración entre todas las partes intervenientes en el procedimiento de contratación. Lo dicho lleva al abordaje del próximo epígrafe, relativo a las plataformas y herramientas digitales en los procedimientos de contratación pública electrónica en la UE.

4.- Plataformas electrónicas y herramientas digitales en el procedimiento de contratación pública en la Unión Europea

Las plataformas electrónicas son el instrumento esencial para dar efectivo cumplimiento a los mencionados principios técnicos propuestos en el epígrafe segundo de cara a la futura normativa europea de contratación pública, inherentes a la utilización de medios electrónicos (a saber, usabilidad y accesibilidad digital, autenticación segura o trazabilidad), así como para dar una mayor visibilidad al resto de principios jurídicos clásicos de la contratación pública, pues éstos adquieren mayor intensidad en dichos procedimientos cuando las formas digitales se imponen como protagonistas. De este modo, las plataformas electrónicas de contratación pública europeas se definen como herramientas digitales que permiten el acceso por parte de posibles licitadores a las convocatorias y resultados de los procedimientos de contratación pública en la UE. Su objetivo es optimizar

esos procedimientos, haciéndolos más transparentes y eficientes y fomentando la justa concurrencia.

Las principales plataformas actuales de contratación pública en la UE son: TED (Tenders Electronic Daily), e-Certis, así como las plataformas nacionales de contratación pública de cada uno de los EEMM.

El TED¹² constituye la versión online del suplemento del DOUE dedicado a la contratación pública europea. Concede acceso gratuito a oportunidades comerciales en la UE, el Espacio Económico Europeo y otros lugares, publicando cada día de lunes a viernes 3.000 anuncios de contratación pública. Los ciudadanos pueden acceder a anuncios de contratación por países, regiones, sectores de actividad, etc., encontrándose los documentos disponibles en las 24 lenguas oficiales de la UE, de modo que las personas que se registren como usuarios tengan acceso a la traducción automática de todos los anuncios. Éstas podrán adecuar los perfiles de búsqueda en función de sus preferencias, recibirán notificaciones de alerta por correo electrónico en razón de sus perfiles de búsqueda y podrán personalizar en sus sitios web las fuentes RSS (medios de difusión web que se corresponden con las siglas inglesas "Really Simple Syndication o Rich Site Summary", conformados por archivos en un determinado formato de lenguaje computacional con datos estructurados sobre el contenido del sitio web en cuestión), y los lectores RSS (softwares o canales web que permiten a los usuarios acceder de forma automatizada al contenido de las fuentes de ese sitio web en particular). En otras palabras, las fuentes RSS

¹² <https://ted.europa.eu/es/about-ted>



garantizan, por un lado, que los usuarios estén actualizados sobre el sitio web (en este caso, sobre el contenido de la plataforma electrónica TED) de manera rápida y eficiente, pues permiten la recepción de contenido actualizado de ese espacio web sin necesidad de visitarlo continuamente, siendo que el lector RSS posibilita la gestión y lectura organizada de esas actualizaciones por parte del usuario.

Los procedimientos de contratación pública en la UE que se refieran a contratos que superen los umbrales establecidos en las directivas comunitarias son objeto de publicación en el DOUE y, por ende, accesibles a través de esta plataforma; a saber, contratos públicos de obras y de concesiones a partir de los 5.538.000 euros, de servicios y suministros, a partir de 143.000 euros o de 221.000 euros, según la naturaleza del poder adjudicador, y de servicios y suministros en los sectores del agua, la energía y el transporte, a partir de 443.000 euros (Reglamento Delegado (UE) 2023/2495 de la Comisión de 15 de noviembre de 2023 que modifica la Directiva 2014/24/UE, Reglamento Delegado (UE) 2023/2497 de la Comisión de 15 de noviembre de 2023 que modifica la Directiva 2014/23/UE, Reglamento Delegado (UE) 2023/2496 de la Comisión de 15 de noviembre de 2023 que modifica la Directiva 2014/25/UE).

Dentro de cada procedimiento se publicará el anuncio de licitación y el de adjudicación del contrato, así como, otra clase de anuncios, en función del tipo de contrato, a saber, anuncios de planificación, anuncios previos de

adjudicación directa, concursos de proyectos o modificaciones de contratos¹³.

Además de la plataforma europea de contratación, a nivel doméstico se encuentran las plataformas nacionales de contratación de cada uno de los EEMM de la UE, que se constituyen como herramientas online que concentran y garantizan la gestión de los procedimientos de contratación pública en cada uno de los EEMM, permitiendo a los posibles licitadores acceder a licitaciones públicas y participar en esos procedimientos de forma transparente. A continuación, se detallan enlaces a las referidas plataformas de contratación de los diferentes EEMM o del Espacio Económico Europeo:

Austria: <https://www.bbg.gv.at>

Bélgica: <https://www.publicprocurement.be>

Bulgaria: <https://www.aop.bg>

Croacia: <https://www.javnabava.hr/>

Chipre: <https://www.eprocurement.gov.cy>

Chequia: <https://portal-vz.cz/>

Dinamarca: <https://www.udbud.dk>

Estonia: <https://www.fin.ee/>

¹³ <https://ted.europa.eu/es/simap/european-public-procurement>



Finlandia: <https://tem.fi/en/public-procurement>

Francia: <https://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique>

Alemania:

<https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Dossier/public-procurement.html>

Grecia: <https://gge.mindev.gov.gr/tomeas-dimosion-simvaseon/>

Hungría: <https://english.kozbeszerzes.hu/>

Irlanda: <https://www.etenders.gov.ie>

Italia:

https://www.acquistinretepa.it/opencms/opencms/program_eng.html

Letonia: <https://www.iub.gov.lv>

Lituania: <https://vpt.lrv.lt>

Luxemburgo: <https://marches.public.lu>

Malta: <https://www.contracts.gov.mt>

Países Bajos: <https://www.pianoo.nl>

Noruega: <https://www.doffin.no/>

Polonia: <https://www.gov.pl/web/uzp>

Portugal: <https://www.base.gov.pt>

Rumanía: <https://www.e-licitatie.ro>

Eslovaquia: <https://www.uvo.gov.sk>

Eslovenia: <https://ejn.gov.si/>

España: <https://contrataciondelestado.es>

Suecia: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/>

El ámbito de las plataformas de contratación pública a nivel de EM se complica en estados descentralizados con variedad de organismos públicos con capacidad para contratar. Así, por ejemplo, en el caso español, junto con la Plataforma de Contratación del Sector Público coexisten plataformas autonómicas y locales, suscitándose al respecto, como expone Miranzo Díaz, J.¹⁴, dos cuestiones: una, de naturaleza competencial, y otra, desde la perspectiva del mercado de prestadores de servicios de contratación electrónica privados. Respecto de la primera cuestión, concluye la existencia de un amplio margen de actuación para la creación y desarrollo de las plataformas de contratación por parte de las administraciones regionales y locales, únicamente limitado por principios y requisitos constitucionales y de normativa presupuestaria. En cuanto a la segunda cuestión, señala la conformidad del sistema jurídico

¹⁴ Miranzo Díaz, J., "El régimen jurídico de las plataformas de contratación pública en España. Especial referencia a los conflictos competenciales y a su incidencia en el derecho de la competencia", Revista catalana de Derecho Público, nº 64, junio de 2022, págs. 140, 145, 146, 153.



español concerniente a las plataformas de contratación con el derecho de la contratación pública y con el derecho de la competencia europeo, siempre que se respete el principio de neutralidad tecnológica, en tanto en cuanto las carencias de la aplicación pública puedan ser completadas con cualquier operador del sector privado, sin estar vinculado por cuestiones de interoperabilidad, pues, de lo contrario, se beneficiaría indirectamente a terceros privados.

Las plataformas de contratación pública permiten garantizar la transparencia mediante el acceso abierto a las convocatorias de los procedimientos de contratación y a sus resultados, la igualdad de oportunidades, impulsando la participación de pequeñas y medianas empresas, la digitalización, al disminuir tiempos y costes burocráticos, y la cooperación transfronteriza, al fomentar la participación de empresas extranjeras.

Sin embargo, estas plataformas no siempre conceden al usuario las herramientas necesarias para acceder a los datos sobre los contratos públicos de forma fácil e intuitiva. En el caso español, respecto de la Plataforma de Contratación Pública del Estado, Comet-Herrera, D. y Benítez Eyzaguirre, L.¹⁵, han advertido que la recopilación y búsqueda de datos en esta plataforma no fomenta suficientemente la transparencia, pues no se desarrolla mediante herramientas de visualización que

¹⁵ Comet-Herrera, D. y Benítez Eyzaguirre, L., "Las plataformas virtuales de contratación pública del Estado español y su transparencia sobre la consideración de criterios de contratación estratégica", Revista de Internet, Derecho y Política nº 40, marzo 2024 I ISSN-1699-8154, págs. 5, 9.

permitan la comprensión de los datos publicados y la realización de evaluaciones de políticas públicas para poder rendir cuentas ante la opinión pública, entre otras causas, por las dificultades para cruzar y agregar los datos publicados en la plataforma. Subrayan que, partiendo de la idea de que los procedimientos de contratación pública, por la cantidad de los grupos de interés a los que afecta y las prácticas corruptas potenciales a las que puede abarcar, se encuadran en una actividad administrativa que precisa de una mayor atención en cuanto a la transparencia e información pública. Por ello, destacan la importancia de disponer de instrumentos y herramientas digitales que faciliten la accesibilidad de la ciudadanía a esos procedimientos y a los documentos relacionados con la misma, proponiendo como medidas a implementar en la plataforma, la mejora de su navegabilidad, la disminución de la excesiva jerarquía de contenidos, agrupándolos y estructurándolos de forma más etérea, la habilitación de un canal de ayuda, la mejora de su diseño, haciéndolo más minimalista, la incorporación de un buscador simple, la habilitación de opciones de búsqueda avanzada, la utilización de un lenguaje más sencillo o la incorporación de medidas de accesibilidad universal.

Además de la simplificación de las plataformas domésticas de contratación de cada uno de los EEMM, lo deseable sería una interconexión e interoperabilidad total entre ellas, pues ante contratos que no sobrepasan determinados umbrales sobre los que no existe la obligación de publicar los diferentes actos del procedimiento de contratación en la plataforma europea de contratación, la participación transfronteriza se diluye. En este sentido, el futuro paquete de normas



europeas en materia de contratación debería ir, a mi modo de ver, en el sentido de bajar los umbrales de las diferentes tipologías de contratos a partir de los que se exige su publicación en el DOUE, permitiendo, de este modo, que un mayor número de contratos fuera más conocido para las empresas que traspasan los límites transfronterizos y para aquéllas que tienen un tamaño menor (las pymes), fomentándose en mayor medida la transparencia y la concurrencia.

Sin embargo, aun cuando se disminuyeran esos umbrales, seguiría habiendo un porcentaje de contratos que continuaría quedando fuera de la publicidad a nivel europeo. Afortunadamente, ese relativo vacío se suple actualmente con otros espacios webs e instrumentos digitales que en cierto modo garantizan la optimización de los procedimientos de contratación, permitiendo una cierta interconexión y cooperación entre los poderes adjudicadores de los diferentes EEMM, así como, asisten a los operadores económicos de distintos países. Respecto de esta última cuestión e indirectamente ligada con el ámbito de la contratación pública, resulta destacable traer a colación la Red Europea de Empresas (Enterprise Europe Network, EEN)¹⁶, red promovida por la Comisión Europea para brindar soporte a las pymes europeas para fortalecer su innovación y competitividad, no sólo a nivel nacional, sino internacional. Entre los servicios que abarca esta red, cabría mencionar la internacionalización, la innovación de productos, la protección de la propiedad intelectual, el acceso a proyectos y financiación de la UE, la búsqueda de socios

¹⁶ <https://een.ec.europa.eu/>

empresariales y tecnológicos e incluso el acceso a información sobre la normativa de la UE en materia de contratación pública.

En lo que respecta al ámbito más estricto de la contratación pública y a los efectos de garantizar simplicidad y agilidad no sólo a los poderes adjudicadores sino también a los licitadores en los procedimientos de contratación pública, el sistema e-Certis¹⁷ de la Comisión Europea, del que ya se ha hablado en epígrafes anteriores, se constituye como base de datos gratuita online que facilita a las empresas en los procedimientos de contratación la identificación de los certificados y documentos requeridos en los procedimientos de contratación en los diferentes EEMM. Esta plataforma se encuentra vinculada al DEUC, documento ya mencionado líneas atrás, facilitando su creación y gestión, siendo éste un formulario normalizado que posibilita la autodeclaración por parte de los operadores económicos de su situación financiera, capacidades técnicas y situación jurídica sin la obligación de aportar en la primera fase del procedimiento de contratación documentación que sustente esa declaración, garantizando, de esta forma, la simplificación en el acceso de los licitadores a los procesos de contratación en cualquier EM. Para el beneficio pleno de las ventajas del DEUC electrónico es precisa la integración con los servicios nacionales de contratación electrónica y las bases de datos nacionales, que posibilitará la reutilización e intercambio de datos entre distintas bases de datos, al tiempo que será más beneficioso para los operadores económicos, generando

¹⁷ <https://ec.europa.eu/tools/ecertis/#/homePage>



que la aplicación del DEUC sea más sencilla y reduzca las tasas de errores de datos¹⁸. En este sentido, tal y como recuerda Moreno Molina, J.A.¹⁹, *los intercambios de información entre administraciones públicas europeas resultan de especial importancia en lo que se refiere a la comprobación de los motivos de exclusión y de los principios de selección, y la aplicación de las normas de calidad y medioambientales*, no recogiendo la Directiva 2014/24/UE deberes concretos de intercambio de información, limitándose a la remisión en este sentido al Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) regulado por el Reglamento (UE) 1024/2012. En consecuencia, de cara a la quinta generación de directivas, además de la necesaria conexión entre el DEUC y las plataformas de contratación nacionales, sería deseable, como ya se mencionó en el epígrafe anterior, la imposición a los EEMM del uso obligatorio de e-Certis, pues ello garantizaría en mayor medida la movilidad de las empresas en el mercado interior digital europeo, posibilitando el reconocimiento mutuo de sistemas de identificación electrónica entre los EEMM, también permitiría efectuar trámites online con los poderes adjudicadores de cualquier EM de forma más sencilla, pues la identificación se verificaría mediante un sistema

¹⁸ https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement/digital-procurement/european-single-procurement-document-and-e-certis_en?prefLang=it&etrans=es

¹⁹ Moreno Molina, J.A., "Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación específica y de la Unión Europea sobre contratación pública", Revista de Administración Pública 204, septiembre-diciembre (2017), pág. 372.

reconocido en toda la UE, las pymes podrían tener acceso a servicios digitales en los diferentes EEMM sin la carga de someterse a trámites de identificación añadidos, y los sistemas de identificación electrónica de los diferentes EEMM serían más innovadores y estarían interconectados e interoperables.

Regresando a los documentos digitales, el DEUC representa un claro ejemplo de los denominados eForms²⁰ o formularios electrónicos, que constituyen herramientas fundamentales para posibilitar la modernización en la contratación pública, facilitar la gestión eficiente de las licitaciones electrónicas y potenciar aún más la transparencia. Dentro de esta categoría también se encontrarían los ya denominados catálogos electrónicos, así como los formularios electrónicos normalizados para la publicación de anuncios de licitación pública en la plataforma de contratación europea respecto de los contratos que superan determinados umbrales.

En resumidas cuentas, las plataformas digitales de contratación y los documentos electrónicos en el seno de este tipo de procedimientos constituyen fuentes de datos públicos, que no sólo favorecen el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos y a las licitaciones por parte de los operadores económicos, sino que también son elementos potenciales en la mejora de las contrataciones públicas futuras, más modernas, estratégicas e innovadoras. A este respecto, Sanmartín Mora, M.A. subraya la importancia de los datos en la

²⁰ <https://ted.europa.eu/es/simap/standard-forms-for-public-procurement>



consecución de una contratación pública estratégica²¹. Expone que *todas las decisiones tienen que basarse en datos, que los objetivos políticos y los contratos adecuados para incluir cláusulas de compra pública europea no pueden definirse sin analizar los datos que permitan tener una visión clara de las necesidades y los medios para darles respuesta. Habrá que analizar el volumen de la contratación de la entidad para cada una de las categorías de contratos en los que implementar compra pública europea, y no estamos hablando de la clasificación en tipos contractuales, obras, servicios y suministros, sino de algo más detallado, importancia de los costes laborales, nivel de subcontratación en cada rama de actividad, obligaciones de subrogación, contratos adjudicados a PYMEs o a entidades del tercer sector, etc. Es fundamental conocer las magnitudes que, desde el punto social, medioambiental, económico, etc, justifican promover unos determinados objetivos de compra pública europea y no otros en cada grupo de contratos.*

En efecto, los datos representan la materia prima de la contratación pública en la UE, tanto los contenidos en los documentos generados en los diferentes procedimientos de contratación, como en los diferentes actos administrativos publicados en las diferentes plataformas de contratación, con lo que, será necesaria una adecuada recopilación y gestión del dato, a través de herramientas digitales y jurídicas que permitan una correcta auditoría de la contratación pública y, por extensión, unos futuros

²¹ <https://www.obcp.es/opiniones/es-possible-una-compra-publica-estrategica-sin-estrategia>

procedimientos de contratación pública más eficientes. Como expresan Benítez Palma, Enrique J. y García Rodríguez, Manuel J.²², *las Administraciones Públicas son cada vez más conscientes del uso de la información para aumentar la eficiencia en sus procesos, ahorrar costes, aumentar la calidad de los servicios que prestan y para su toma de decisiones... La contratación pública genera un gran volumen de información, datos en crudo que necesitan refinarse para aportar utilidad. Es decir, datos estructurados, pero también documentos con información no estructurada (pliegos técnicos, administrativos, resoluciones de adjudicaciones, etc.). Es muy difícil de manejar ese volumen ingente de información por una persona u organismo que no tenga herramientas software especializadas.*

En consecuencia, el correcto aprovechamiento de los conjuntos de datos no resulta posible sin la implementación de herramientas electrónicas eficientes, con la integración de la inteligencia artificial, que suavicen la excesiva burocracia que el derecho público de la contratación exige. Como expresa García Martín, L.²³, *la apuesta por la e-Administración, y en consecuencia, por la digitalización de los procedimientos de contratación pública alberga trémulas luces y oscuras sombras. Pese a ello, la grave complejidad del sistema*

²² Benítez Palma, Enrique J. y García Rodríguez, Manuel J., “Tecnologías digitales para la fiscalización de la contratación pública en los Organos de Control Externo”, Revista Española de Control Externo, vol. XXV, nº 74-75 (Mayo-septiembre 2023), pág. 50.

²³ García Martín, L., “La influencia de las directivas de la Unión Europea en la contratación pública electrónica”, Revista de Estudios Europeos, nº 75, enero-junio 2020, pág. 70.



no puede ser obstáculo para adentrarnos en un haz que reporta infinidad de beneficios a las Administraciones cada vez más proactivas, donde la simplificación, eficacia, eficiencia y ahorro de costes son los pilares sobre los que se sustentan las incipientes Administraciones Públicas que resurgen fruto de una sociedad materialmente digitalizada.

En efecto, la clave del futuro de la contratación pública electrónica se encuentra en la adecuada creación, recopilación y gestión del dato mediante la eficiente implementación de medios tecnológicos de análisis, sin olvidar su adecuado análisis jurídico. Ello lleva a mencionar la reciente iniciativa de la Comisión Europea para la mejora de la transparencia, la eficiencia y la innovación en la contratación, centrada en la gestión y el intercambio de datos, mediante un espacio común, esto es, una plataforma a nivel de UE para posibilitar el acceso a datos sobre contratación pública, iniciativa denominada Espacio Europeo de Datos en la Contratación Pública (en adelante, EDCP). A este respecto, el 16 de marzo de 2023 se publicó en el DOUE la Comunicación de la Comisión Europea *Contratación pública: Un espacio de datos para mejorar el gasto público, impulsar la elaboración de políticas basadas en datos y mejorar el acceso de las pymes a las licitaciones (2023/C 98 I/01)*. Dicha iniciativa tiene como fin sacar el máximo provecho al potencial de los datos disponibles en toda la UE a través de un EDCP, uno de los primeros espacios comunes de datos de la UE en el ámbito concreto surgido de la Estrategia Europea de Datos. Este espacio implicará la creación de una plataforma europea para acceder a datos sobre contratación pública que se

encontraban diseminados a escala nacional, regional y de la UE, permitirá mejorar la calidad, disponibilidad y la exhaustividad de los datos a través de la Comisión y de los EEMM, introducir formularios electrónicos para que los compradores públicos aporten información de forma más organizada. Este cúmulo de datos, integrados con la utilización de instrumentos de análisis constituidos por modernas tecnologías, como la inteligencia artificial, darán un giro innovador a la contratación pública, otorgando información nueva y ventajosa a gran parte de destinatarios.

En este sentido, los compradores públicos de los EEMM lograrán una mejor relación calidad-precio y tendrán a su disposición más instrumentos para destinar los fondos públicos a objetivos como la economía ecológica y social, permitiendo reducir los trámites burocráticos para cumplir con los deberes de comunicación de información. Asimismo, las autoridades políticas a nivel europeo, nacional y regional dispondrán de mayor volumen de información para adelantarse al surgimiento de preferencias futuras y manejarán mejorar las crisis a través del estudio continuado de los flujos comerciales de los compradores públicos. También las empresas y, en concreto, las pymes, a través de este espacio, podrán acceder en tiempo real a procedimientos de licitación abiertos de una forma más sencilla y hacer uso de los instrumentos de análisis para acotar su participación en las más interesantes en función de sus recursos. Asimismo, la ciudadanía saldrá beneficiada, pues el acceso a los datos fomentará la transparencia y la rendición de cuentas acerca del gasto del dinero público.



Considerando que el porcentaje de contratos públicos que no superan los umbrales para que resulte obligatoria su publicación en el DOUE y, por extensión en la plataforma TED, supone un 80%, de tal manera que la forma en que se obtienen y se publican depende de las normas domésticas de cada EM, se hace necesaria la creación de un espacio común formado, tanto por los datos sobre contratos públicos que superan los umbrales comunitarios como los que no lo superan, que posibilite la reutilización de todos esos datos para optimizar el gasto y posibilitar la transparencia y los fines de las políticas públicas. Las ventajas son destacables, ya que se obtendría una mejor relación calidad-precio al preparar las licitaciones en función de los datos preexistentes, se mejoraría el provecho del gasto público mediante el análisis comparativo y el intercambio de datos, se implementaría la transformación digital, se lucharía en mayor medida contra las prácticas deshonestas, a saber, la colusión, la corrupción y el fraude, y se evitaría el despilfarro del dinero público. Se facilitaría también el acceso a las licitaciones y la justa concurrencia, se disminuiría la burocracia en el cumplimiento de las exigencias de innovación, ecológicas y sociales y habría un mejor seguimiento de la utilización de los fondos públicos europeos.

Se establecen cuatro niveles en el desarrollo del EDCP: nivel de la fuente de datos, procedentes de diferentes plataformas de contratación, a saber, del TED, de las portales de contratación pública de los EEMM y de las bases de datos públicas y privadas; nivel de integración, mediante la recopilación de los datos, su sometimiento a estándares de calidad y la traducción de esos datos a un

lenguaje común; nivel analítico, mediante la combinación de los datos a través de instrumentos analíticos que contengan tecnologías punteras, como diferentes manifestaciones de la inteligencia artificial; y nivel de cliente/interfaz de usuario, que posibilitaría el acceso por parte de futuros licitadores a la información resultante de la fase de análisis. Se plantea la necesidad de mejorar la calidad de los datos, automatizar los flujos de datos y compilar datos en todas las fases de la contratación pública.

Entiende adecuado realizar una implantación progresiva de este espacio en colaboración con los EEMM, de modo que habría una primera fase hasta el segundo trimestre de 2023 para establecer el esqueleto básico del espacio y el número mínimo de herramientas digitales para analizar los datos, y el desarrollo del sistema de gobernanza de datos; una segunda fase desde el tercer trimestre de 2023 hasta el cuarto trimestre de 2024 para ayudar a los EEMM a conectar sus respectivos portales de contratación pública con el EDCP, para continuar desplegando las herramientas digitales de análisis de datos y para integrar los datos del TED y de las plataformas nacionales para identificar preferencias recientes y futuras; y una tercera fase correspondiente a 2025 y años posteriores, para vincular el EDCP con las fuentes de datos europeas y nacionales de los EEMM, de modo que se incluyan en el espacio la mayor cantidad de datos que permita cubrir todas las fases de la contratación pública.

Concluye que el EDCP fomentará una nueva visión de los datos compartidos analizados con tecnologías punteras, como la IA, optimizando la calidad del gasto público y



salvaguardando su integridad, mejorando el acceso a las licitaciones para todo tipo de empresas, espacialmente las medianas y pequeñas y aprovechando la oportunidad de crear políticas basadas en datos.

Visto el contenido de este ambicioso proyecto, que hace claramente deseable su completa implementación para conseguir la ansiada transparencia en el ámbito de la contratación pública, la interoperabilidad entre poderes adjudicadores, la facilidad en el acceso a todas las licitaciones transfronterizas por parte de todos los operadores económicos, así como, la eficiencia en este campo mediante la efectiva implementación de la contratación pública estratégica, es evidente que no solamente el elemento jurídico es crucial para conseguirlo, sino el elemento material, esto es, la existencia y efectiva implementación de las herramientas tecnológicas punteras necesarias para conseguir la adecuada recopilación, tratamiento, análisis y utilización de los datos generados en el ámbito de la contratación pública. Ahora bien, no todos los ciudadanos, poderes adjudicadores ni operadores económicos se encuentran al mismo nivel en educación, formación tecnológica, accesibilidad e implementación de herramientas digitales, de modo que, será fundamental la inversión pública en tecnologías punteras que ayuden a hacer efectivo ese espacio europeo común e intuitivo de los procedimientos de contratación en la UE, así como la formación de todos los sectores implicados, mediante una adecuada colaboración entre sector público y privado, y ciudadanía. Asimismo, y considerando que los cambios siempre requieren de una implementación progresiva, mientras tanto será precisa

la mejora en el desarrollo de las plataformas y herramientas digitales ya existentes para posibilitar una mejor recopilación y tratamiento de los datos que puedan permitir su disponibilidad y utilización a nivel de espacio común europeo.

5.- Conclusiones

La contratación pública electrónica en la UE representa el pasado reciente, más aún el presente y en mayor medida, el futuro. Para ello será necesario fortalecer la normativa en ese sentido obligando a los EEMM, a los operadores económicos y a los ciudadanos en general al empleo de formas tecnológicas en la preparación, implementación, desarrollo y acceso a los procedimientos de contratación pública en la UE. Esta obligación debe alcanzar a todas las fases de la contratación pública, a todos los documentos a utilizar por los poderes adjudicadores y operadores económicos, así como al soporte de la publicidad activa en el ámbito de la contratación pública. Es preciso ser realista y comprender que todo proceso requiere una progresión, de modo que, aunque se hable de un futuro espacio europeo común de datos de la contratación pública como herramienta ideal para fomentar la plena transparencia respecto de la totalidad de los datos (actos administrativos, documentación administrativa y técnica, actores implicados, etc.) de los procedimientos de contratación pública en la UE, así como su adecuada gestión, utilización y análisis para la mejora de la eficiencia en este campo y la prevención de la corrupción, no obstante, su completa implementación en un futuro próximo resulta complicada, considerando las particularidades de la forma territorial y organizativa de



las administraciones públicas de los diferentes EEMM, su falta de coordinación e interconexión a nivel doméstico y sus diferentes ritmos en la utilización de las herramientas digitales, lo cual hacen difícil el siguiente paso de interoperabilidad con el resto de plataformas de los diferentes EEMM y con la plataforma europea. Habrá que dar pequeños pasos al mismo tiempo mediante el fortalecimiento de las plataformas digitales de contratación ya existentes, así como mediante el perfeccionamiento de la documentación normalizada a utilizar en los procedimientos de contratación, sin olvidar que la cooperación entre el sector público y privado y el ciudadano, junto con una adecuada formación en administración digital, son fundamentales para ir consiguiendo los objetivos de implantación de una contratación pública moderna, transparente e interconectada a nivel transfronterizo. Esos pequeños y firmes pasos, fundamentales para la consecución última de la total eficiencia, transparencia, coordinación e interoperabilidad entre todos los agentes implicados en la contratación pública, podrían integrarse en la futura normativa europea en materia de contratación pública a través de medidas concretas, ya mencionadas en los epígrafes segundo, tercero y cuarto de este trabajo, y que se sistematizan como sigue:

- Introducción de principios técnicos de la contratación pública, a saber, principios de usabilidad y accesibilidad digital, autenticación segura y trazabilidad, así como la ampliación del principio de innovación al ámbito digital y verde.
- Ampliación de la imposición obligatoria de las formas electrónicas a las fases del procedimiento

administrativo de la contratación pública relativas a la preparación, ejecución, posibles modificaciones y extinción del contrato.

- Imposición de la comunicación electrónica interna entre los profesionales públicos que conforman el poder adjudicador.
- Exigencia de catálogos electrónicos normalizados en el ámbito de acuerdos marcos, sistemas dinámicos de adquisición o compras centralizadas.
- Establecimiento obligatorio de modelos europeos normalizados en todos los documentos de contratación pública (a saber, pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas o documentos contractuales).
- Disminución de los umbrales de las diferentes tipologías de contratos públicos a partir de los que se exige su publicación en el DOUE.
- Simplificación del DEUC y su conexión con las plataformas nacionales, así como la obligación para los poderes adjudicadores de la puesta a disposición de este documento a los operadores económicos en los procedimientos de contratación pública.
- Imposición obligatoria a los EEMM de la utilización de la plataforma e-Certis.

El reflejo de estas medidas en la futura normativa europea de la contratación pública constituiría un importante paso intermedio, puesto que los cambios requieren una implementación progresiva, para conseguir un futuro espacio europeo posibilitador de una completa contratación pública electrónica moderna y transparente (mediante la incorporación de las tecnologías punteras), interconectada e integradora de



todos los posibles operadores económicos existentes en el mercado, que permita la recopilación segura y eficiente de los datos, así como su adecuado y ético aprovechamiento.

BIBLIOGRAFÍA

Trabajos doctrinales:

Arístegui Carreiro, J.L., "La Contratación Pública Electrónica un año después de la entrada en vigor de la LCSP 2017", Revista Gabilex nº extraordinario marzo 2019, págs. 21-30, <http://gabilex.castillalamancha.es>

Benítez Palma, Enrique J. y García Rodríguez, Manuel J., "Tecnologías digitales para la fiscalización de la contratación pública en los Órganos de Control Externo", Revista Española de Control Externo, vol. XXV, nº 74-75 (Mayo-septiembre 2023), págs. 46-57.

Comet-Herrera, D. y Benítez Eyzaguirre, L., "Las plataformas virtuales de contratación pública del Estado español y su transparencia sobre la consideración de criterios de contratación estratégica", Revista de Internet, Derecho y Política nº 40, marzo 2024 I ISSN-1699-8154.

García Martín, L., "La influencia de las directivas de la Unión Europea en la contratación pública electrónica", Revista de Estudios Europeos, nº 75, enero-junio 2020, págs. 56-71.

Martín Delgado, I., *Innovación tecnológica e innovación administrativa en la administración pública, Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, 2020, ISBN 978-84-9890-385-0, págs. 19-53.

Méndez Núñez, M.I., "La Contratación pública: evolución europea de una estrategia", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 128-I, Enero-abril de 2024, págs. 243-273.

Miranzo Díaz, J., "El régimen jurídico de las plataformas de contratación pública en España. Especial referencia a los conflictos competenciales y a su incidencia en el derecho de la competencia", *Revista catalana de Derecho Público*, nº 64, junio de 2022, págs. 140-157.

Moreno Molina, J.A., *Contratación pública electrónica e IA en el Derecho de la Unión Europea*, en Martín Delgado, I.; Muñoz de Morales, M.: *Inteligencia Artificial y Contratación Pública: Propuestas para una buena regulación*, en prensa.

Moreno Molina, J.A., "Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación específica y de la Unión Europea sobre contratación pública", *Revista de Administración Pública* 204, septiembre-diciembre (2017), págs. 343-373.

Moreno Molina, J.A., La innovación en la contratación pública desde la Unión Europea, *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, 2020, ISBN 978-84-9890-385-0, págs. 55-80.



Vázquez Matilla, F.J., "Retos de la transformación digital en la contratación pública", Contratación administrativa práctica, nº 182, noviembre de 2022, editorial La Ley, págs. 1-14.

Webs y documentos:

<https://ec.europa.eu/tools/ecertis/#/homePage>

<https://een.ec.europa.eu/>

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0571:FIN:ES:PDF>

<https://www.javiervazquezmatilla.com/mejora-del-marco-normativo-europeo-de-contratacion-publica/>

<https://www.obcp.es/opiniones/es-possible-una-compra-publica-estrategica-sin-estrategia>

https://www.obcp.es/sites/default/files/2025-02/INFORME_Observatorio_para_reforma_europea2025.pdf

https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement/digital-procurement/european-single-procurement-document-and-ecertis_en?prefLang=it&etrans=es

<https://ted.europa.eu/es/about-ted>



<https://ted.europa.eu/es/simap/standard-forms-for-public-procurement>



LA RESOLUCIÓN BANCARIA

D. David Quiralte Miguel

Graduado en Derecho - Universidad De Castilla La Mancha

Resumen: Este trabajo analiza la regulación de la resolución bancaria, a nivel español y europeo, con énfasis en la Unión Bancaria Europea y el Mecanismo Único de Resolución (MUR). Se aborda el procedimiento, sus herramientas y las autoridades implicadas de manera más particular. Se examinan los motivos de la normativa actual, surgida tras la crisis financiera de 2007, y la evolución regulatoria, destacando el caso del Banco Popular Español en 2017. A su vez, se comparan la resolución bancaria y el concurso de acreedores, destacando similitudes y diferencias.

Abstract: This study analyzes the regulation of bank resolution at Spanish and European levels, focusing on the European Banking Union and the Single Resolution Mechanism (SRM). It addresses the procedure, its tools, and the authorities involved in detail. The reasons behind the current regulations, stemming from the 2007 financial crisis, and the regulatory evolution are examined, highlighting the case of Banco Popular Español in 2017. Additionally, it compares bank resolution with bankruptcy proceedings, emphasizing similarities and differences.

Palabras clave: Resolución bancaria, Unión Bancaria, Mecanismo Único de Resolución, Banco Popular, concurso de acreedores.

Keywords: Bank resolution, European Banking Union, Single Resolution Mechanism, Banco Popular, bankruptcy protection.

Sumario:

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

1. MOTIVOS DE LA ACTUAL REGULACIÓN
2. LA UNIÓN BANCARIA EUROPEA
 - 2.1. EL MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISIÓN (MUS)
 - 2.2. EL MECANISMO ÚNICO DE RESOLUCIÓN (MUR)
 - 2.3. EL SISTEMA EUROPEO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS (SEGD)
 - 2.4. EL CÓDIGO NORMATIVO ÚNICO (SINGLE RULEBOOK)
3. EVOLUCIÓN REGULATORIA DE LA RESOLUCIÓN BANCARIA
4. LA RESOLUCIÓN BANCARIA
 - 4.1. CONCEPTO, AMBITO DE APLICACIÓN Y REGLAS GENERALES
 - 4.2. DIFERENCIAS CON EL RESCATE BANCARIO
 - 4.3. ENTIDADES SIGNIFICATIVAS Y MENOS SIGNIFICATIVAS



4.4. EL MUR Y LAS AUTORIDADES A NIVEL EUROPEO

4.5. AUTORIDADES EN ESPAÑA

4.6. LA DECISIÓN

4.7. EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN

4.8. EL FONDO ÚNICO DE RESOLUCIÓN (FUR)

4.9. EL FONDO DE RESOLUCIÓN NACIONAL

4.10. EL MREL

5. LA RESOLUCIÓN FRENTE AL CONCURSO DE ACREDITORES ORDINARIO

5.1. DEFINICIONES, OBJETIVOS, Y DIFERENCIAS

5.2. LA RECAPITALIZACIÓN INTERNA Y EL CRAMDOWN

5.3. PROTECCIÓN DE ACREDITORES Y ACCIONISTAS

5.4. JERARQUÍA DE ACREDITORES

6. LA RESOLUCIÓN DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A

6.1. TRAYECTORIA HISTÓRICA DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A

6.2. EL PROCESO DE RESOLUCIÓN DEL BANCO POPULAR

6.3. ROL DE LAS AUTORIDADES Y LECCIONES APRENDIDAS

6.4. FRENTES JUDICIALES Y PERSPECTIVAS DE LOS AFECTADOS

7. CONCLUSIONES

8. BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AT1: *Additional Tier 1* (Capital Adicional de Nivel 1).

BCE: Banco Central Europeo.

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

DRRB: Directiva de Resolución Bancaria.

ELA: *Emergency Liquidity Assistance* (Asistencia de Liquidez de Emergencia).

ESI: Empresas de Servicios de Inversión.

FROB: Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.

FUR: Fondo Único de Resolución.

JUR: Junta Única de Resolución.

LSI: *Less Significant Institutions* (Entidades Menos Significativas).

MREL: *Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities* (Requisito Mínimo de Fondos Propios y Pasivos Elegibles).



MUR: Mecanismo Único de Resolución.

MUS: Mecanismo Único de Supervisión.

SEGD: Sistema Europeo de Garantía de Depósitos.

SRM: *Single Resolution Mechanism* (Mecanismo Único de Resolución).

T2: *Tier 2* (Capital de Nivel 2).

TUE: Tratado de la Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

La crisis financiera global de 2007 supuso un punto de inflexión en la regulación del sector bancario, poniendo de manifiesto la necesidad de establecer mecanismos sólidos para gestionar las quiebras de entidades financieras sin poner en peligro la estabilidad del sistema económico ni cargar los costes sobre los contribuyentes.

En este contexto, la Unión Bancaria Europea y el Mecanismo Único de Resolución (MUR) han surgido como pilares fundamentales para garantizar una supervisión y resolución armonizada de las instituciones de crédito de la zona euro.

Este trabajo aborda de manera detallada el marco normativo y operativo de la resolución bancaria, centrando su análisis en el proceso, las herramientas y las autoridades involucradas, con especial atención al caso de la resolución del Banco Popular Español S.A. en 2017, un hito clave en la aplicación del MUR.

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión integral de los principios, el procedimiento y los desafíos de la resolución bancaria, destacando su importancia para preservar la estabilidad financiera y proteger tanto a depositantes como a inversores. Además, se analizan las diferencias entre los procedimientos de resolución y los procedimientos concursales ordinarios, así como sus implicaciones para accionistas y acreedores.

La metodología utilizada se basa en la investigación de fuentes bibliográficas, tales como documentos emitidos por las autoridades competentes, artículos doctrinales, manuales de estudio, legislación tanto europea como nacional, y resoluciones administrativas y judiciales relevantes. Esta metodología permite un análisis riguroso y fundamentado al combinar la teoría con la práctica.

1. MOTIVOS DE LA ACTUAL REGULACIÓN

La normativa actual en materia de supervisión y resolución tiene su origen en la crisis financiera de 2007, pues antes de esta, la supervisión macroprudencial era más laxa y en la resolución de entidades, cada país aplicaba individualmente sus propias normativas, procediendo a la liquidación ordinaria en caso de quiebra, lo que resultaba insuficiente para abordar las crisis locales y, aún más, las de alcance transnacional.

Desempeñaron un papel central los activos tóxicos y de alto riesgo, como las hipotecas subprime en Estados Unidos, que proliferaron por la falta de regulación en las actividades de inversión y crédito, que contribuyeron a inflar la burbuja inmobiliaria, factor determinante en países como España.



Tuvieron gran importancia las cajas de ahorro, de marcado carácter social, pero a su vez, vulnerables por la politización de sus consejos de administración y la asunción de riesgos excesivos, reguladas inicialmente por el Decreto 1838/1975, de 3 de julio, regulando la creación de Cajas de Ahorros y la distribución de los beneficios líquidos de estas Entidades y posteriormente por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias. La crisis forzó una reestructuración radical, promovida por el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, que fomentó fusiones entre cajas, reduciendo su número de 76 en 1986, a 15 en 2013 y a solo dos en la actualidad, Caixa Ontinyent y Caixa Pollença. El Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, permitió a las cajas transferir su negocio financiero a entidades bancarias, convirtiéndose en fundaciones con participaciones en estas nuevas entidades, y posteriormente con el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero y la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, se elevaron los requisitos de capital para garantizar su estabilidad y solvencia²⁶⁶.

Otros agentes relevantes en la crisis fueron las agencias de calificación crediticia, que otorgaron calificaciones de alta calidad a productos complejos y opacos, como las obligaciones de deuda garantizada o las permutas de incumplimiento

²⁶⁶ Cátedra de Derecho de los Mercados Financieros Universidad CEU San Pablo. (3 de noviembre de 2015). *Presentación de "La Gestión de la Crisis Bancaria Española y sus Efectos"* [Video]. YouTube. https://youtu.be/tz6lOdcqInk?si=mK6A30KKDFG_EFZr

crediticio. La falta de transparencia y la relación estrecha entre las agencias y las entidades evaluadas generaron conflictos de interés. Tras la crisis, el G-20 y el informe Larosière, del grupo de alto nivel sobre supervisión financiera en la UE, impulsaron una regulación más estricta, cristalizada en el Reglamento (CE) No 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia.

El fenómeno del *shadow banking* generó riesgos sistemáticos, pues intermediarios financieros no bancarios como fondos de inversión y *hedge funds*, fuertemente interconectados con la banca tradicional, manejaban grandes sumas de capital con baja transparencia, supervisión y regulación. A pesar de intentos regulatorios, como la Ley Dodd-Frank en Estados Unidos o el Libro Verde de la Unión Europea en 2012, el control de la banca en la sombra sigue siendo limitado²⁶⁷.

2. LA UNIÓN BANCARIA EUROPEA

El proceso para la creación de la Unión Bancaria Europea se gestó como respuesta a la fragilidad del sistema financiero europeo y la necesidad de establecer un marco sólido que no solo mitigara los efectos de futuras crisis, sino que también previniera su aparición.

²⁶⁷ Hormaeche Lazcano. M. (2017). Los avances en materia de recuperación y resolución bancaria, un nuevo marco legislativo e institucional desde el año 2015. *ConsorSeguros Revista Digital*, 6. <https://consorsegurosdigital.com/almacen/pdf/los-avances-en-materia-de-recuperacion-y-resolucion-bancaria-un-nuevo-marco-legislativo-e-institucional-desde-el-ano-2015.pdf>



2.1. EL MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISIÓN (MUS)

El MUS, se gestó en el Consejo Europeo de octubre de 2012, con el objetivo de establecer un sistema de supervisión bancaria unificado para los países de la zona del euro y aquellos Estados no pertenecientes a la eurozona que deseen adherirse mediante acuerdos específicos con el Banco Central Europeo. Se fundamenta en el artículo 127, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que otorga al BCE competencias para asumir tareas de supervisión prudencial.

El marco normativo del MUS está definido por el Reglamento (UE) nº 1024/2013, que encomienda al BCE la supervisión prudencial de las entidades de crédito, el Reglamento (UE) nº 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas, su reglamento marco y La Guía de Supervisión Bancaria del BCE, publicada en 2014, que detalla los procedimientos operativos.

Entró en vigor en noviembre de 2013, y un año después, en noviembre de 2014 y el BCE asumió sus funciones supervisoras sobre las entidades que eran de su competencia, desde entonces, el MUS supervisa más de 6.000 entidades de crédito en los 19 países de la eurozona, en colaboración con las Autoridades Nacionales Competentes, como el Banco de España.

Opera bajo principios de integridad, descentralización, independencia, coherencia y control democrático, con un enfoque en la homogeneidad de la supervisión. La independencia del BCE, garantizada por el artículo 130 del TFUE, asegura que sus decisiones no estén influenciadas por gobiernos o entidades

privadas²⁶⁸.

2.2. EL MECANISMO ÚNICO DE RESOLUCIÓN (MUR)

El MUR, en el que profundizaremos más adelante, tiene como objetivo gestionar de manera ordenada, eficiente y rápida la resolución de entidades de crédito inviables, minimizando el impacto económico y social, especialmente para los contribuyentes. Está compuesto por la Junta Única de Resolución y las Autoridades Nacionales de Resolución y se estableció mediante el Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010²⁶⁹.

2.3. EL SISTEMA EUROPEO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS (SEGD)

El SEGD, sigue estando pendiente de implementación, busca garantizar los depósitos de los ciudadanos en toda la UE, ofreciendo una protección uniforme frente a posibles quiebras bancarias. La propuesta inicial, presentada por la Comisión Europea en 2015 tras el "Informe de los Cinco Presidentes", contemplaba tres fases de implementación: reaseguro,

²⁶⁸ De Diego De Mingo, J. (2018). La regulación bancaria en el marco de la resolución de entidades de crédito en dificultades: tres casos de estudio. *Revista Universitaria Europea*, 29, 155-188. <https://www.revistarue.eu/RUE/122018.pdf>

²⁶⁹ Villarrubia González, J. (2022). *Supervisión y resolución bancaria: régimen jurídico europeo y español, (aproximación a los sistemas de garantía de depósitos)* [Tesis doctoral, Universidad de Valladolid]. E-Archivo. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/52425>



coaseguro y seguro pleno.

La resistencia de algunos Estados, que defienden la suficiencia de los fondos nacionales de garantía de depósitos (obligatorios desde la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos.), ha impedido el consenso. Con la llegada de la pandemia, el proyecto se paralizó y sigue a la espera de retomarse en nuevas negociaciones²⁷⁰.

2.4. EL CÓDIGO NORMATIVO ÚNICO (*SINGLE RULEBOOK*)

Los tres instrumentos de la Unión Bancaria Europea se sustentan en un marco normativo común conocido como *Single Rulebook*, que translada los estándares del acuerdo de Basilea III a la legislación europea. Este código normativo, consolidado a partir de 2013, incluye:

- Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, que regulan los requisitos de capital y la supervisión

²⁷⁰ Villarrubia González, J. (2022). *Supervisión y resolución bancaria...* Ob. Cit.

prudencial.

- Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010 y la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, que establecen las normas para la resolución de entidades de crédito.
- Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, que regula los fondos nacionales de garantía de depósitos y sienta las bases para el futuro SEGD²⁷¹.

²⁷¹ Urbaneja Cillán, J. (2017). El Régimen Jurídico de la Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito. La Compleja Transposición al Ordenamiento Español de la Normativa Europea. *Revista General de Derecho Europeo*, 42, 86-127. <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/j-urbaneja-publicaciones/el-regimen-juridico-de-la-reestructuracion-y.pdf>



3. EVOLUCIÓN REGULATORIA DE LA RESOLUCIÓN BANCARIA

La crisis financiera marcó un punto de inflexión en la regulación de la resolución bancaria, los procedimientos de insolvencia de entidades de crédito se regían por normativas nacionales, como la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, que se centraban en la liquidación ordinaria y resultaban inadecuadas para gestionar crisis sistémicas de manera eficiente. Se evidenció la necesidad de un marco normativo específico, ágil y orientado a minimizar el impacto sobre la estabilidad financiera y los contribuyentes, priorizando que las pérdidas recaigan en accionistas y acreedores.

Tanto el legislador europeo como el español desarrollaron un nuevo régimen de resolución bancaria, centrado en el principio de recapitalización interna (*bail-in*), que transforma pasivos en capital para absorber pérdidas, limitando el uso de fondos públicos a casos excepcionales. Este enfoque, consagrado en la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en

el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010, a nivel europeo, y en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en España, busca garantizar que ningún acreedor sufra mayores pérdidas en un proceso de resolución que las que habría enfrentado en una liquidación ordinaria (*no creditor worse off*).

La regulación de la resolución bancaria ha experimentado una transformación significativa desde principios de siglo. La Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, estableció la aplicación de la legislación del país de la sede principal a todas las operaciones de la entidad, incluso fuera de sus fronteras, garantizando un proceso unificado para proteger activos y pasivos, pero no proveía de herramientas suficientes para gestionar crisis sistémicas. En paralelo, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, regulaba los concursos de entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y aseguradoras, remitiéndose a normativa específica.

La crisis financiera reveló las limitaciones de la normativa existente, que no permitían una respuesta rápida ni coordinada. El Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, marcó un punto de partida al crear el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), con el objetivo de recapitalizar y reestructurar entidades de crédito en dificultades, un modelo basado en soluciones privadas como primera opción, seguido del uso de los Fondos de Garantía de Depósitos y, en última instancia, la intervención del FROB. Se



implementaron medidas complementarias, como el Fondo de Adquisición de Activos Financieros, avales para financiación y el aumento de la protección de depósitos de 20.000 a 100.000 euros.

El Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, reforzó la solvencia de las entidades mediante requisitos de capital más estrictos y posteriormente, la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, tramitada con urgencia para cumplir con el Memorando de Entendimiento acordado con el Eurogrupo, estableció tres fases para gestionar crisis bancarias. La actuación temprana, que se activaba ante problemas de solvencia solucionables por la entidad o con apoyo limitado del FROB, la reestructuración, que implicaba ayuda pública para entidades viables y la resolución, que se aplicaba a entidades inviables, con instrumentos como la venta de negocio, la transferencia a un banco puente o la gestión de activos a través de una sociedad específica. En este contexto, se creó la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) mediante el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, para gestionar estos activos problemáticos.

La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que transpone la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los

Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, consolidó el régimen actual. Amplió el ámbito de aplicación a empresas de servicios de inversión, priorizó la protección de depositantes, modificando incluso la Ley Concursal para otorgar preferencia a los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos, eliminó el concepto de reestructuración en favor de una fase preventiva, y distinguió claramente entre resolución y liquidación ordinaria. Fue posteriormente desarrollada por el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito y el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, alineándose con el Mecanismo Único de Resolución europeo, garantizando celeridad, protección ciudadana y estabilidad financiera.

A nivel europeo, la normativa clave comprende la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se



establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010, el Reglamento (UE) 2019/877 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 806/2014 en lo que se refiere a la capacidad de absorción de pérdidas y de recapitalización para las entidades de crédito y las empresas de inversión, y reglamentos delegados como el Reglamento Delegado (UE) 2016/1401 de la Comisión, de 23 de mayo de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los métodos y los principios de valoración de los pasivos surgidos de derivados, y el Reglamento Delegado (UE) 2016/1450 de la Comisión, de 23 de mayo de 2016, por el que se complementa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en las que se especifican los criterios relativos al método para establecer el requisito mínimo de fondos propios y pasivos admisibles. También son relevantes las directrices de la Autoridad Bancaria Europea²⁷².

4. LA RESOLUCIÓN BANCARIA

4.1. CONCEPTO, AMBITO DE APLICACIÓN Y REGLAS

²⁷² Lora González, C. (2025). *¿Qué es la resolución bancaria? Respuestas desde el Derecho Administrativo*. Editorial Tirant Lo Blanch. <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788410719453>

GENERALES

La resolución es un proceso de reestructuración de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que se hallen en situación de inviabilidad o se prevé que lo estén próximamente, sin existencia de otras soluciones.

Los objetivos de la resolución son principalmente:

- Preservar la estabilidad del sistema financiero, evitando que los efectos perjudiciales generados por las dificultades de una o varias entidades concretas, se extiendan contagiando al resto del sistema y produciendo un riesgo sistemático.
- Asegurar la no interrupción de las actividades y servicios prestados por las entidades que sean esenciales para la estabilidad financiera y la economía real.
- Minimizar los desembolsos de recursos públicos para no cargar la reestructuración al ciudadano.
- Proteger los fondos de los depositantes y las inversiones mediante el Fondo de Garantía de Depósitos y el Fondo de Garantía de Inversiones.
- Asegurar los fondos reembolsables y demás activos en riesgo de los clientes financieros.

La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, prevé el mecanismo de resolución no solo para las entidades de crédito, sino también amplía su alcance a las



empresas de servicios de inversión. Cualquier empresa, independientemente de su categoría o sector del mercado al que se dediquen, es susceptible de encontrarse en un estado de insolvencia inminente, sin embargo, mientras que en otras empresas, los afectados serán los accionistas, clientes y acreedores entre otros, en el caso de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, las consecuencias negativas pueden alcanzar al conjunto de la ciudadanía, tejido empresarial y a la economía en sentido amplio, por la importancia capital de los servicios que prestan, dado que confluye el interés privado y el interés general.

Una liquidación concursal ordinaria podría producir daños severos e irreversibles a nivel micro y macroeconómico, contagiando incluso a otras entidades. Por ello, inspirada por los principios de celeridad, eficiencia y seguridad, se creó el procedimiento de resolución bancaria.

En el sector bancario, como en cualquier otro negocio, existen varios factores que pueden llevar a la inviabilidad de una entidad. Estos factores incluyen, entre otros, la baja calidad de los activos, la morosidad, la mala administración, los problemas de liquidez, las prácticas comerciales poco acertadas, los aumentos sostenidos de costes, los problemas reputacionales y las prácticas delictivas.

La situación de inviabilidad puede proceder de diversos factores como son la deficiente administración de la entidad, políticas comerciales desacertadas, aumentos significativos de costos, perdida de reputación y confianza, responsabilidades penales, altas tasas de morosidad y más concretamente, la baja calidad de los activos y la retirada de la licencia para operar por no cumplir las condiciones exigidas por la regulación bancaria.

Existen cuatro razones principales por las que una entidad puede ser declarada inviable o de tener una alta probabilidad de serlo:

- El incumplimiento significativo y reiterado de los requisitos de solvencia u otros requisitos necesarios para mantener la autorización concedida por la autoridad de supervisión.
- Tener más pasivos que activos.
- Incapacidad para hacer frente al pago de las deudas a su fecha de vencimiento.
- Estar en una situación de necesidad de ayuda financiera pública extraordinaria.

Entre las reglas generales del proceso de resolución bancaria destaca que los accionistas de la entidad serán los primeros en soportar las pérdidas y a continuación, lo harán los tenedores de otros instrumentos de capital (AT1 y T2) y siguiendo el orden de prelación establecido, solo tras estos, soportarán pérdidas los acreedores de la entidad, entre los que los de la misma categoría crediticia serán tratados de manera equivalente, salvo disposición expresa en sentido contrario. Ningún accionista ni acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad hubiera sido liquidada en el marco de un procedimiento concursal ordinario (principio *No Creditor Worse Off*). Por último, los depósitos de los clientes cubiertos por el Fondo de Garantía de Depósitos, estarán totalmente protegidos hasta el límite de 100.000 euros por titular



y entidad²⁷³.

4.2. DIFERENCIAS CON EL RESCATE BANCARIO

En un rescate bancario realizado con dinero público (*bail-out*), la administración pública, proporciona ayuda financiera directa mediante desembolsos de fondos públicos o a través de garantías, para evitar las repercusiones negativas para la sociedad que produciría la quiebra total de la entidad bancaria. En suma, son todos los ciudadanos, incluidos los que no tienen ningún tipo de relación con la entidad, los que acaban soportando el coste del rescate vía fondos públicos.

De manera contraria, en un proceso de resolución, en principio, los accionistas y acreedores de la entidad soportan el coste (*bail-in*). Esto se logra generalmente a través de la amortización de sus posiciones acreedoras con la entidad o la conversión de las mismas en capital, evitándose el uso de dinero público. Como última ratio y sólo si fuera necesario, también se podría emplear el Fondo Único de Resolución, financiado por las entidades financieras y que abordaremos en profundidad más

²⁷³ Fernando Conledo, Pinillos Lorenzana, Á., Galeote Muñoz, P., Colao Osorio, C., Campuzano Laguillo, A. B., Meléndez Huelin, Ó., Cristobal Espin Gutierrez, Teresa Mariño Garrido, Almendros Ruiz, A., Miguel Iribarren Blanco, Bataller Grau, J., Nuria Fernández Pérez, Juan Carlos Rodríguez Maseda, Madrazo, J., Lara, R., María Luisa Sánchez Paredes, Ma Rocio Quintáns Eiras, Abel B. Veiga Copo, Gómez Bermúdez, C., ... Miguel Díez de los Ríos Flores. (2013). *Los mercados financieros*. Editorial Tirant lo Blanch.

<https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788490335925>

adelante²⁷⁴.

4.3. ENTIDADES SIGNIFICATIVAS Y MENOS SIGNIFICATIVAS

En la zona del euro, debido a la gran cantidad de entidades de crédito existentes, el Reglamento del Mecanismo Único de Supervisión (MUS) organiza a estas instituciones en tres grupos: entidades significativas, menos significativas y grupos transfronterizos, que incluyen entidades de un mismo grupo presentes en varios Estados miembros.

El MUS, conformado por el Banco Central Europeo y los Bancos Centrales Nacionales, lleva a cabo una evaluación periódica para identificar qué entidades de crédito deben clasificarse como significativas, este proceso analiza todas las entidades autorizadas en los países participantes para verificar si cumplen con los requisitos establecidos para dicha categoría.

Una entidad se considera significativa si satisface alguna de las siguientes condiciones: si sus activos totales superan los 30.000 millones de euros, si dichos activos representan más del 20% del PIB del país (salvo que no alcancen los 5.000 millones de euros), si está entre las tres principales entidades de un Estado miembro, si ha recibido o solicitado fondos del Mecanismo Europeo de Estabilidad o de la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera, o si sus activos superan los 5.000 millones de euros y la proporción de sus activos o pasivos transfronterizos en otros Estados miembros participantes supera el 20% del total.

En el caso de España, las entidades nacionales clasificadas

²⁷⁴ Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. (2023). *ABC de la Resolución Bancaria.* https://www.frob.es/wp-content/uploads/2023/07/202307-FROB_ABC_resolucion_bancaria.pdf



como significativas y supervisadas por la Junta Única de Resolución incluyen a Santander, BBVA, CaixaBank, Sabadell, Ibercaja, Unicaja, Cajamar, Bankinter, Kutxabank y Abanca. También se consideran significativas las filiales o sucursales de entidades extranjeras como Deutsche Bank, BNP Paribas, Crédit Agricole, Confédération Nationale du Crédit Mutuel, ING y Banca Mediolanum presentes en el país.

Por su parte, el FROB tiene a su cargo la supervisión de las entidades de crédito menos significativas (LSI) y de las empresas de servicios de inversión (ESI)²⁷⁵.

4.4. EL MUR Y LAS AUTORIDADES A NIVEL EUROPEO

Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010, conocido como SRMR2, instauró un marco unificado de resolución que se aplica directamente a las entidades financieras de los países que forman parte de la Unión Bancaria. Este reglamento dio origen al Mecanismo Único de Resolución (MUR), integrado por la Junta Única de Resolución (JUR) y las Autoridades Nacionales de Resolución de los Estados participantes.

La JUR, que actúa como el principal organismo decisario del MUR, en su modalidad de "Sesión Ejecutiva Extendida", reúne a los miembros con capacidad de voto, que incluyen al presidente ejecutivo y cuatro miembros permanentes, junto con

²⁷⁵ Lora Gómez, C. (2025). *¿Qué es la resolución...* Ob. Cit.

representantes de las Autoridades Nacionales de Resolución de los países donde las entidades tienen su sede principal o filiales. También participan, en calidad de observadores, un representante del Banco Central Europeo, otro de la Comisión Europea y, en ocasiones, observadores invitados, como las Autoridades de Resolución de sucursales relevantes.

Entre las responsabilidades de la JUR se encuentra la aprobación de los planes de resolución para las entidades significativas supervisadas directamente por el Banco Central Europeo, así como para las entidades con operaciones transfronterizas. Para desarrollar estos planes, se forman equipos internos de resolución (IRT), en los que colaboran representantes de la JUR y de las Autoridades Nacionales de Resolución.

La JUR también toma decisiones sobre la activación del proceso de resolución para entidades significativas, determinando los instrumentos a aplicar y la posible utilización del Fondo Único de Resolución en casos de insolvencia o inviabilidad. Cuando una entidad financiera está al borde del colapso y hay un interés público en su resolución, se define el procedimiento a seguir, especialmente en el caso de entidades menos significativas que necesiten recurrir a dicho fondo.

El MUR se complementa con las Autoridades Nacionales de Resolución, encargadas de supervisar las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no están bajo la competencia directa de la JUR. Para las entidades menos significativas y las empresas de servicios de inversión no vinculadas a grupos bancarios, la JUR garantiza que las Autoridades Nacionales mantengan estándares elevados y uniformes en los procesos de resolución, asegurando coherencia en toda la Unión Bancaria.



Por otro lado, el Reglamento establece el Fondo Único de Resolución (FUR), financiado por las contribuciones de todas las entidades de crédito de la Unión Bancaria, independientemente de su tamaño o relevancia, fondo que es administrado por la JUR²⁷⁶.

4.5. AUTORIDADES EN ESPAÑA

En el sistema español, las funciones relacionadas con la resolución de entidades financieras están distribuidas entre varias autoridades. Por un lado, existen dos organismos encargados de la resolución preventiva: el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Cada uno de ellos tiene la responsabilidad de diseñar los planes de resolución para diferentes tipos de entidades; el primero se ocupa de las instituciones menos relevantes, mientras que la segunda se centra en las empresas de servicios de inversión.

Estas instituciones colaboran además con la Junta Única de Resolución (JUR), formando parte de los equipos internos dedicados a la resolución. En estos equipos también participa el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que contribuye en la elaboración de los planes para las entidades consideradas significativas. La función ejecutiva en materia de resolución recae en el FROB, que actúa como autoridad principal en este ámbito y también como punto de contacto y coordinador a nivel internacional. Además, ejerce el voto en las sesiones ejecutivas de la JUR, representando a España.

El FROB tiene un papel clave en la implementación práctica de las decisiones adoptadas por la JUR respecto a las entidades significativas. Para aquellas instituciones que no entran dentro

²⁷⁶ Urbaneja Cillán, J. (2017). El Régimen Jurídico... Ob. Cit.

del alcance directo de la JUR, el FROB asume directamente las competencias relacionadas con su resolución, siempre enmarcado dentro del Mecanismo Único de Resolución europeo²⁷⁷.

4.6. LA DECISIÓN

La resolución de una entidad tiene lugar cuando las autoridades competentes, como el supervisor o los órganos de resolución, concluyen que la entidad no es viable o que existe una probabilidad elevada de que deje de serlo próximamente. Asimismo, deben constatar que no existen medidas de supervisión ni del sector privado que puedan restaurar su viabilidad en un plazo razonable, y que la resolución resulta indispensable para proteger el interés público, dado que un proceso de liquidación concursal no permitiría alcanzar los objetivos de la resolución de manera equivalente.

En el marco de la Unión Bancaria, corresponde al Banco Central Europeo determinar, tras consultar a la Junta Única de Resolución, si un banco considerado significativo se encuentra en situación de inviabilidad o está en riesgo de estarlo en un futuro cercano. Tras esta valoración, la JUR, trabajando en estrecha colaboración con el BCE, analiza si existen alternativas que puedan evitar la inviabilidad y examina si la resolución es necesaria para salvaguardar el interés público. Si se concluye que dicho interés existe, la JUR inicia el procedimiento de resolución y establece el esquema de resolución que el FROB será responsable de ejecutar. En caso contrario, la entidad se

²⁷⁷ Carrascosa, A. (2019). El Mecanismo Único de Resolución Bancaria. *Revista de Estabilidad Financiera - Banco de España*, 36, 7-24. https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/Informes/BoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/19/mayo/Revista_EF_3_6_Primavera.pdf



sometería al proceso de insolvencia ordinario conforme a la legislación nacional aplicable.

En cuanto a las entidades de crédito de menor relevancia, corresponde a la autoridad nacional de resolución valorar si la entidad es inviable o puede llegar a serlo en un plazo próximo, una vez constatada esta situación, la autoridad nacional evaluará si la resolución es necesaria por motivos de interés público y si se verifica la existencia de este interés, se procederá a iniciar la resolución. De lo contrario, la entidad será objeto de liquidación siguiendo los cauces del procedimiento concursal establecido en el ordenamiento jurídico nacional.

Por lo que respecta a las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, será la autoridad competente, bien el Banco de España o bien la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la encargada de determinar, previa consulta con las autoridades de resolución, si la entidad es inviable o podría serlo en un futuro. Posteriormente, el FROB, en coordinación con la autoridad competente, analizará la existencia de medidas alternativas que permitan evitar la inviabilidad y valorará si existe un interés público que justifique la resolución y en función de esta evaluación, decidirá si inicia el proceso de resolución o si, por el contrario, la entidad debe liquidarse conforme al procedimiento concursal ordinario, ejecutando en este último caso el correspondiente esquema de resolución tras consultar a la JUR²⁷⁸.

4.7. EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN

²⁷⁸ Single Resolution Board. *La Resolución: Preguntas más frecuentes.*
[https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2018_resolution_Q&A_\(ES\).pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2018_resolution_Q&A_(ES).pdf)

Una vez iniciado el proceso de resolución de una entidad, las autoridades competentes disponen de distintas herramientas diseñadas para asegurar la continuidad de las funciones esenciales que desempeña la entidad en cuestión en la economía y en el sistema financiero, tratando así de reducir al mínimo los efectos negativos derivados de su inviabilidad.

Entre estas herramientas, se contempla la posibilidad de transmitir total o parcialmente los activos, pasivos o participaciones de la entidad a otra institución, lo que permite llevar a cabo la venta del negocio como mecanismo para preservar su operatividad. Otra opción consiste en la creación de un banco puente, al que se transfieren temporalmente determinados elementos del balance, con el fin de garantizar la prestación continuada de servicios fundamentales mientras se encuentra una solución definitiva.

Asimismo, puede optarse por separar los activos problemáticos, y eventualmente algunos pasivos, traspasándolos a una sociedad especializada en su gestión, esta medida tiene como propósito facilitar la reestructuración de la entidad de origen, al tiempo que se permite la administración de dichos activos con miras a recuperar valor. Otra medida destacada es la recapitalización interna, conocida como *bail-in*, que implica, en una primera fase, la amortización de capital y, si fuera necesario, de parte de la deuda para absorber pérdidas. Posteriormente, otra porción de esa deuda puede convertirse en capital, permitiendo así la recapitalización sin recurrir a fondos públicos, de modo que la carga recaiga sobre accionistas y acreedores.

Las autoridades de resolución deben elaborar previamente un plan individualizado para cada entidad, en el que se analiza qué estrategia y qué instrumentos resultan más adecuados en función de su estructura y características concretas. Sin embargo, llegado el momento de activar la resolución, se vuelve



a evaluar la situación para determinar cuál de estas herramientas es la más pertinente. Cabe destacar que, en cualquier caso, los depósitos inferiores a 100.000 euros por persona y entidad, o su equivalente en otra moneda, están protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

Uno de los principios fundamentales de este régimen es que los costes derivados de la resolución no deben recaer sobre la ciudadanía en general, sino sobre los propios accionistas y acreedores de la entidad afectada, para ello, se establece un orden de prelación en la absorción de pérdidas, dependiendo del tipo de instrumento financiero o pasivo.

En primer lugar, deben absorber pérdidas los instrumentos de capital de máxima calidad, como los CET1, seguidos de las reservas y, una vez agotadas estas, el capital restante, lo que afecta directamente a los accionistas. A continuación, se procederá con los instrumentos híbridos (AT1) y después con otros elementos de los recursos propios de nivel dos (T2).

Si aún fuera necesario, las pérdidas se aplicarían, en el siguiente orden, al igual que en un procedimiento concursal, a la deuda subordinada, la deuda senior no preferente y los acreedores ordinarios, incluyendo en este grupo los depósitos no garantizados de empresas por encima del umbral protegido y otros créditos ordinarios. Solo en último término, y si las pérdidas no se han cubierto aún, podrían verse afectados los depósitos de pymes y personas físicas en la parte que excede de los 100.000 euros garantizados.

Quedan expresamente excluidos de soportar pérdidas aquellos acreedores protegidos por la legislación vigente,

excluidos conforme al artículo 42 de la Ley 11/2015, y blindados a toda decisión de la autoridad de resolución, según lo previsto en el artículo 43 de dicha ley. Por su parte, los depósitos garantizados continúan protegidos por el Fondo de Garantía, que se activa en caso de que una entidad no pueda hacer frente a sus obligaciones de pago, garantizando hasta el límite mencionado.

Este marco de resolución no se limita al contexto europeo, a nivel internacional, el Consejo de Estabilidad Financiera (FSB) estableció en 2011 los principios esenciales de un régimen de resolución eficaz, recogidos en el documento titulado *The Key Attributes*. Estos principios han servido de base para la configuración del modelo europeo y han inspirado legislaciones similares en distintas jurisdicciones. Así, los países del G-20, los Estados miembros de la Unión Europea y otras regiones supervisadas por el FSB, como Suiza, Hong Kong o Singapur, han adoptado mecanismos de resolución bancarios con el objetivo de prevenir futuras crisis y garantizar la estabilidad financiera global²⁷⁹.

4.8. EL FONDO ÚNICO DE RESOLUCIÓN (FUR)

El Fondo Único de Resolución (FUR) se configura como un instrumento esencial dentro del marco europeo de resolución bancaria, y está gestionado directamente por la Junta Única de Resolución. Este fondo se nutre de aportaciones económicas procedentes de entidades de crédito y determinadas sociedades de inversión, con el objetivo de dotar a la JUR de los recursos necesarios para aplicar de manera eficaz sus competencias y herramientas durante la resolución de una entidad financiera.

De acuerdo con la normativa europea en materia de resolución, en caso de que una entidad entre en dificultades, los

²⁷⁹ Lora Gómez, C. (2025). *¿Qué es la resolución...* Ob. Cit.



primeros en absorber las pérdidas deben ser sus accionistas y acreedores, solo una vez que estos han soportado pérdidas equivalentes al menos al 8 % del conjunto de pasivos y recursos propios de la entidad, se permite el recurso al FUR para cubrir necesidades adicionales. Así, se establece un mecanismo que garantiza que sean las propias entidades financieras quienes contribuyan a la estabilidad del sistema, evitando recurrir a fondos públicos.

Este fondo puede destinarse a diferentes finalidades relacionadas con la resolución de entidades, entre ellas, asegurar los activos y pasivos de una entidad tras su resolución, proporcionar financiación directa a la entidad en cuestión, a sus filiales, a un banco puente o a una sociedad de gestión de activos, o adquirir determinados activos de la entidad en resolución. También puede utilizarse para absorber pérdidas o recapitalizar una entidad, asumiendo la posición de determinados acreedores excluidos del *bail-in*, conforme a lo dispuesto en los artículos 27.5 y 18.7 del Reglamento del Mecanismo Único de Resolución (SRMR). Además, puede destinarse a compensar a accionistas y acreedores en aquellos casos en que la resolución les haya ocasionado pérdidas superiores a las que habrían soportado en un procedimiento concursal ordinario.

El objetivo fijado para este fondo era alcanzar, antes del 31 de diciembre de 2023, un volumen equivalente al 1 % del total de depósitos garantizados de todas las entidades de crédito que operan en el ámbito de la Unión Bancaria. Se estima que ese 1 % representa una cifra cercana a los 77.600 millones de euros, meta que se preveía lograr para esa fecha.

Una vez alcanzado ese umbral de financiación y a partir del 1 de enero de 2024 las entidades solo están obligadas a seguir realizando aportaciones si los recursos disponibles del FUR

descendieran por debajo del nivel establecido. Además, se ha contemplado la creación de un respaldo financiero complementario para el FUR, que duplicaría su capacidad hasta alcanzar un límite máximo de 68.000 millones de euros. En el supuesto de que se agotaran los recursos disponibles del fondo, el Mecanismo Europeo de Estabilidad prestaría el importe necesario, lo que implicaría una ampliación considerable del respaldo financiero del Mecanismo Único de Resolución²⁸⁰.

4.9. EL FONDO DE RESOLUCIÓN NACIONAL

El Fondo de Resolución Nacional, bajo la administración del FROB, constituye un instrumento financiero destinado a respaldar la aplicación de medidas de resolución. Este fondo resulta especialmente relevante para aquellas empresas de servicios de inversión con sede en España que no se integran dentro de un grupo bancario y, por tanto, no están sujetas a las obligaciones de contribución al Fondo Único de Resolución. Estas entidades están legalmente obligadas a realizar aportaciones al Fondo de Resolución Nacional, lo que permite mantener una estructura de respaldo específica para su posible resolución²⁸¹.

4.10. EL MREL

El MREL (*Minimum Requirement of Eligible Liabilities*), constituye una exigencia regulatoria de nueva generación para las entidades bancarias europeas. Su finalidad es asegurar que las entidades dispongan de recursos propios y pasivos que permitan absorber pérdidas en caso de inviabilidad, así como dotarse de capacidad suficiente para su recapitalización, de este modo, pueden continuar prestando servicios esenciales sin

²⁸⁰ Single Resolution Board. *La Resolución...* Ob. Cit.

²⁸¹ Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. (2023). *ABC de la...* Ob. Cit.



necesidad de recurrir a ayudas públicas.

En el caso de los bancos considerados significativos, es la Junta Única de Resolución, en coordinación con las autoridades nacionales competentes, quien tiene la responsabilidad de determinar este requisito. Cada año, la JUR establece y comunica el nivel correspondiente de MREL a través de los organismos nacionales de resolución, como sucede con el Banco de España en el caso de las entidades españolas.

Cuando se trata de entidades menos significativas, son directamente las autoridades nacionales de resolución quienes fijan este requerimiento. También ellas se encargan de trasladarlo a las entidades afectadas, en un proceso de revisión y comunicación anual.

Para que un proceso de resolución sea eficaz, es imprescindible que las entidades cuenten con un volumen suficiente de instrumentos de capital y pasivos capaces de absorber pérdidas y contribuir a su recapitalización, lo que no solo garantiza la viabilidad operativa tras una eventual resolución, sino que protege la estabilidad financiera del sistema en su conjunto y evita comprometer recursos públicos.

Este requisito es de aplicación general, sin excepción por razón del tamaño de la entidad, pues en todos los casos, el cálculo del MREL se realiza de manera individualizada, atendiendo a las características específicas de cada entidad, su estrategia de resolución y el nivel de riesgo que representa.

Se estructura en dos componentes básicos: uno destinado a cubrir las pérdidas que podrían surgir en el momento de la resolución, y otro orientado a recapitalizar la entidad, de manera que pueda continuar funcionando con normalidad y mantenga la

confianza del mercado. En los supuestos en que la estrategia de resolución pase por la liquidación, el cálculo del MREL se adapta, sumándose el importe necesario para absorber las pérdidas con una cuantía suficiente para hacer frente a los costes derivados de la propia liquidación.

Por último, cuando una entidad sea liquidada conforme al procedimiento concursal ordinario, el único requisito de MREL exigible será que permita absorber las pérdidas en el momento de su inviabilidad. Este importe coincidirá, en principio, con el capital regulatorio exigido a la entidad²⁸².

5. LA RESOLUCIÓN FRENTE AL CONCURSO DE ACREDITORES ORDINARIO

A diferencia del procedimiento concursal, cuya finalidad principal es obtener el máximo valor posible de los activos de una entidad insolvente para satisfacer a sus acreedores, la resolución bancaria persigue objetivos distintos, pues se orienta a garantizar la continuidad de las funciones críticas del sistema financiero, prevenir efectos de contagio que puedan comprometer la estabilidad sistémica y reducir al mínimo el recurso a fondos públicos.

Sin embargo, la coexistencia de estos dos marcos normativos da lugar a notables tensiones, que derivan tanto de la disparidad de fines que persigue cada régimen como de la falta de armonización del derecho concursal en el seno de la Unión Europea. Esta descoordinación normativa se complica aún más por la aplicación de principios fundamentales en la resolución,

²⁸² Villarrubia González, J. (2022). *Supervisión y resolución bancaria...* Ob. Cit.



como el de que ningún acreedor debe recibir un trato peor que en un procedimiento concursal (*No Creditor Worse Off*), así como por el uso de herramientas específicas como el mecanismo de recapitalización interna o *bail-in*.

5.1. DEFINICIONES, OBJETIVOS, Y DIFERENCIAS

El procedimiento concursal, tal y como se contempla en el ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, y en el marco comunitario mediante el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, se presenta como un mecanismo judicial destinado a gestionar situaciones de insolvencia empresarial. Su finalidad es obtener el máximo valor posible de los activos del deudor, con el fin de satisfacer a los acreedores conforme al orden legal de prelación. En el caso particular de las entidades de crédito, el concurso supone la interrupción definitiva de su actividad, la enajenación de sus bienes y la posterior distribución del producto obtenido.

Por su parte, la resolución bancaria, se activa cuando una entidad es declarada inviable o próxima a serlo, no existen soluciones privadas viables y se aprecia un interés público que justifica la adopción de medidas extraordinarias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.1 del Reglamento del MUR. Estos supuestos son más amplios que los contemplados por el derecho concursal, donde la insolvencia se define con base en criterios económicos como la falta de liquidez o el exceso de pasivo sobre el activo.

En el ámbito de la resolución, la inviabilidad puede derivarse no solo de situaciones económicas adversas, sino

también del incumplimiento de requisitos regulatorios, como los niveles mínimos de capital, o de factores no financieros, así como de infracciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Esta amplitud confiere a las autoridades de resolución un margen de actuación discrecional más amplio que el que tienen los jueces en el procedimiento concursal.

Los fines de la resolución, recogidos en el artículo 14.2 del mismo reglamento, giran en torno a la preservación de funciones esenciales, la estabilidad del sistema financiero, la protección de fondos públicos, así como la salvaguarda de depositantes, inversores y activos de los clientes. Para ello, se dispone de instrumentos específicos, como la recapitalización interna, la transmisión de la actividad a un tercero o la constitución de una entidad puente, sin necesidad de acudir al procedimiento concursal convencional.

Frente al concurso, que responde a una lógica centrada en los intereses privados de los acreedores, el régimen de resolución introduce un enfoque orientado al interés general. Este carácter público justifica la adopción de medidas que, en circunstancias ordinarias, no serían admisibles, como la amortización forzosa de instrumentos de capital o la conversión de determinadas deudas en acciones. La resolución está concebida principalmente para entidades con relevancia sistémica, cuyo colapso podría tener efectos desestabilizadores sobre el conjunto del sistema económico, en cambio, el procedimiento concursal se reserva para instituciones cuyo eventual fracaso no entraña un riesgo sistémico significativo.

Además, las herramientas utilizadas en el proceso de resolución se caracterizan por su carácter inmediato y su finalidad de evitar la disrupción, por el contrario, el procedimiento concursal sigue una dinámica judicial más dilatada en el tiempo, en la que intervienen administradores concursales y se llevan a



cabo negociaciones estructuradas o procesos de liquidación supervisados²⁸³.

5.2. LA RECAPITALIZACIÓN INTERNA Y EL CRAMDOWN

La recapitalización interna, también conocida como *bail-in* y regulada por la Directiva de Resolución Bancaria (DRRB), constituye una herramienta esencial en los procesos de resolución de entidades inviables, pues permite que las pérdidas sean asumidas directamente por los accionistas y determinados acreedores de la entidad, mediante la amortización o conversión de sus derechos en instrumentos de capital, siguiendo el orden de prelación establecido. A diferencia de las soluciones negociadas entre partes, el *bail-in* actúa como una imposición administrativa adoptada por la autoridad de resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la DRRB y su finalidad principal es recapitalizar la entidad afectada o permitir la aplicación de medidas complementarias, como la venta de su negocio, evitando así recurrir a fondos públicos y limitando el riesgo moral asociado a los rescates financieros.

Ciertos pasivos, como los depósitos garantizados de hasta 100.000 euros por titular, están legalmente excluidos de este mecanismo, con el fin de preservar la confianza de los depositantes, sin embargo, otros instrumentos financieros, particularmente los subordinados, quedan expuestos a sufrir importantes pérdidas durante la ejecución del *bail-in*, reforzando así la responsabilidad de los inversores en la sostenibilidad del

²⁸³ Pulgarc, J. (2024). Resolución bancaria y derecho concursal: interacción y fricciones. *Revista de Estabilidad Financiera - Banco de España*, 47, 76-107. <https://doi.org/10.53479/38298c>

sistema financiero.

Por otro lado, 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, relativa a los marcos de reestructuración preventiva para empresas no financieras, introduce el concepto de *cramdown*, que permite imponer un plan de reestructuración a determinadas clases de acreedores y accionistas que no lo hayan aprobado. Este mecanismo puede aplicarse dentro de una misma clase (*intraclass*) o entre distintas clases de acreedores (*cross-class*), conforme al artículo 11 de la citada Directiva. A diferencia del *bail-in*, este procedimiento es fundamentalmente de naturaleza contractual, aunque se incorpora bajo supervisión judicial, y exige mayorías cualificadas de aprobación por parte de los acreedores. La aplicación del *cramdown* está sujeta al cumplimiento de la prueba del interés superior de los acreedores, prevista en el artículo 10.2.d, que asegura que ningún afectado sufra un perjuicio mayor al que habría experimentado en un procedimiento concursal, reflejando así un principio similar al de *No Creditor Worse Off*.

La recapitalización interna responde a un marco normativo administrativo, diseñado para preservar la estabilidad financiera, mientras que el *cramdown* se enmarca en procesos judiciales civiles con un enfoque más centrado en los derechos individuales de los acreedores. Además, mientras el *bail-in* actúa con celeridad ante crisis que requieren intervención urgente, los procedimientos de reestructuración preventiva admiten plazos más extensos, dado que su objetivo no es responder a una situación de inviabilidad inmediata, sino prevenirla mediante acuerdos de reorganización. El *bail-in* establece legalmente qué



pasivos están incluidos o excluidos, mientras que el *cramdown* permite mayor flexibilidad negociadora, adaptándose a las circunstancias concretas de cada caso.

5.3. PROTECCIÓN DE ACREDITORES Y ACCIONISTAS

El principio conocido como *No Creditor Worse Off* (NCWO), previsto en los artículos 34.1 y 73.b de la Directiva de Resolución Bancaria, como ya se ha explicado anteriormente, garantiza que ni los acreedores ni los accionistas resulten más perjudicados en un proceso de resolución que en una hipotética liquidación concursal ordinaria.

Para cumplir con esta garantía, resulta necesario realizar una valoración previa que estime las pérdidas que estos sujetos habrían soportado de haberse seguido un procedimiento concursal, y comparar dicha estimación con los efectos reales derivados de la resolución aplicada. Si se constata que los afectados han soportado pérdidas superiores a las que les habrían correspondido en la liquidación ordinaria, se reconoce su derecho a recibir una compensación económica, cuyo abono debe efectuarse con cargo al Fondo Único de Resolución, conforme al artículo 74 de la misma directiva. No obstante, esta valoración comparativa se ve entorpecida por la ausencia de una normativa armonizada en materia de prelación de créditos en el ámbito europeo, dado que cada Estado miembro establece una jerarquía distinta para sus acreedores.

Por su parte, en el marco de la reestructuración preventiva de empresas no financieras, 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, introduce la denominada prueba del interés superior de los acreedores (BIT). Esta evaluación tiene por finalidad salvaguardar los intereses de los acreedores durante el proceso de reestructuración, exigiendo que el resultado del plan aprobado no sea peor para ellos que el que se derivaría de una liquidación concursal o de cualquier otra alternativa razonable. A diferencia del NCWO, el BIT no lleva aparejado un derecho automático a indemnización en caso de perjuicio, ya que su aplicación queda sujeta a la decisión de cada Estado miembro.

A pesar de sus diferencias, ambos mecanismos comparten un mismo fundamento, evitar que determinados acreedores sufran un trato económico desfavorable. Sin embargo, el NCWO responde a consideraciones de orden público y regulación financiera, mientras que el BIT se enmarca en un contexto estrictamente económico y empresarial²⁸⁴.

5.4. JERARQUÍA DE ACREEDORES

El derecho concursal regula un orden de prelación de créditos basado en una estructura jerárquica y estricta, que distingue entre categorías como los créditos privilegiados, los ordinarios y los subordinados, la normativa concursal da preferencia a los créditos respaldados por garantías reales, seguidos por aquellos de carácter laboral y los de naturaleza pública, mientras que los acreedores subordinados quedan relegados al último lugar en la prelación. Este esquema normativo se aplica de manera rígida y sin excepciones discretionales durante el proceso de liquidación.

Por su parte, el marco de resolución bancaria adopta un

²⁸⁴ Villarrubia González, J. (2022). *Supervisión y resolución bancaria...* Ob. Cit.



enfoque diferente, conocido como “*in/out*”, que permite dejar fuera de la recapitalización interna ciertos pasivos. Esta exclusión puede estar fundamentada en la normativa, como ocurre con los depósitos garantizados o los pasivos protegidos según el artículo 44.2 de la DRRB, o bien derivarse de decisiones discrecionales de la autoridad de resolución, conforme al artículo 44.3 del mismo texto normativo²⁸⁵.

6. LA RESOLUCIÓN DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A

El Banco Popular Español S.A. se convirtió en un caso pionero al ser la primera entidad de crédito intervenida por las autoridades de la Unión Europea bajo el Mecanismo Único de Resolución. Esta operación, llevada a cabo en junio de 2017, fue coordinada por la Junta Única de Resolución, junto al Fondo de Reestructuración Ordenada de Bancos (FROB), siguiendo lo establecido en la Ley 11/2015 y la Directiva 2014/59/UE. La intervención destacó por ser el primer uso de las atribuciones conferidas al FROB, mostrando la celeridad y eficiencia del MUR, aunque también desató críticas debido a las pérdidas que afectaron a más de 300.000 inversores y acreedores.

A pesar de haber superado las pruebas de resistencia en 2016, el Banco Central Europeo, encargado de supervisar entidades relevantes, identificó a principios de 2017 una grave crisis de liquidez en el Banco Popular, este hecho pone en duda la efectividad de las evaluaciones realizadas, que no lograron prever los problemas que desencadenaron la resolución. La situación se vio agravada por una gestión interna ineficaz, mensajes públicos poco acertados, una retirada masiva de

²⁸⁵ Puglar, J. (2024). Resolución bancaria... Ob. Cit.

depósitos que superó los 9.000 millones de euros, un desplome del 33,44% en el valor de las acciones en medio año y la reducción de calificaciones por parte de agencias como *Moody's*, *DBRS* y *Standard & Poor's*.

6.1. TRAYECTORIA HISTÓRICA DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A

Para entender el proceso que llevó a la resolución del Banco Popular, resulta clave examinar su trayectoria histórica, desde su creación hasta el momento en que dejó de ser una entidad jurídica independiente.

El Banco Popular Español nació en 1926 y adoptó su nombre definitivo en 1947. A lo largo de nueve décadas, logró consolidarse en el mercado español y expandir su influencia hacia Europa y otras regiones, en 1989, forjó una alianza con *HypoBank* en Alemania, y en 1992 dio el salto a Portugal, donde en 2003 adquirió el Banco Nacional de Crédito Portugués, rebautizado como Banco Popular Portugal y en 2007, desembarcó en Estados Unidos con la compra de *TotalBank* por 218,11 millones de euros. Entre 2008 y 2009, integró varias filiales, como Banco de Andalucía, Banco de Castilla, Banco de Vasconia, Banco de Galicia y Banco de Crédito Balear, consolidando aún más su estructura.

Entre 2010 y 2014, el banco vivió una etapa de crecimiento estratégico. En 2010, selló un acuerdo con Crédit Mutuel CIC para ofrecer servicios conjuntos en varios países europeos y en 2011, lanzó una oferta pública de adquisición amistosa sobre Banco Pastor, que culminó en 2012. Durante 2012 y 2013, llevó a cabo ampliaciones de capital por 2.500 millones y un 24,9% adicional, respectivamente, destinadas a reforzar su solvencia y adquirir una participación en la mexicana BX+. En 2014, tomó el control total de su filial de banca privada tras pagar 49,2 millones de



euros a Dexia, vendió el 51% de su negocio de tarjetas a Värde Partners por 510 millones y adquirió Citibank España por 238,5 millones, sumando una valiosa cartera de clientes y activos.

A partir de 2016, los problemas comenzaron a hacerse evidentes. En mayo de ese año, el banco ejecutó una ampliación de capital por 2.505 millones de euros y puso en marcha un plan de reestructuración que implicó el cierre de 302 sucursales y la reducción de hasta 3.000 empleos, en diciembre de 2016, Ángel Ron, presidente durante más de cuatro décadas, anunció su salida, y en febrero de 2017 fue sucedido por Emilio Saracho. En mayo de 2017, el banco enfrentó una grave crisis, una fuga de depósitos superior a 9.000 millones de euros, una caída del 33,44% en su valor bursátil y rebajas en sus calificaciones crediticias. Las pérdidas de 2016, que alcanzaron los 3.485 millones de euros incluyendo provisiones, y las previsiones de 5.700 millones en pérdidas para 2017, junto con la baja calidad de los activos y una percepción negativa alimentada por la prensa, llevaron al banco a encargar a JP Morgan y Lazard la venta urgente de la entidad.

El desenlace llegó en junio de 2017, pues el 5 de ese mes, el Banco Central Europeo activó la Asistencia de Liquidez de Emergencia, inyectando entre 1.900 y 3.800 millones de euros, que se agotaron en apenas dos días. El 6 de junio, tanto el BCE como el Consejo de Administración del banco reconocieron su inviabilidad, incapaz de cumplir con sus compromisos financieros, esa misma noche, la Junta Única de Resolución aprobó la resolución, y el 7 de junio, Banco Santander adquirió el Popular por un euro simbólico, tras la amortización total de las acciones.

La operación se completó en una sola noche para asegurar que las oficinas pudieran abrir con normalidad al día siguiente. En julio de 2017, Santander ofreció bonos de fidelización a

pequeños inversores para mitigar sus pérdidas y en agosto, vendió el 51% de los activos inmobiliarios del Popular a Blackstone por 10.000 millones de euros. Ese mismo año, TotalBank pasó a manos del Banco de Crédito e Inversiones chileno, y Banco Popular Portugal fue absorbido por Santander Totta. Finalmente, en septiembre de 2018, el Banco Popular desapareció como entidad jurídica al fusionarse por completo con Santander²⁸⁶.

6.2. EL PROCESO DE RESOLUCIÓN DEL BANCO POPULAR

Dado su carácter sistémico, el banco, que atendía a 1,6 millones de clientes, gestionaba depósitos por 150.000 millones de euros y era un pilar en la financiación de pequeñas y medianas empresas, estaba bajo una estricta supervisión del BCE en materia de capital y cumplimiento normativo. No obstante, la información disponible, en parte restringida, revela contradicciones en la vigilancia ejercida previamente.

En 2016, el Banco Popular pasó las pruebas de resistencia del BCE, incluso sin contabilizar una ampliación de capital de 2.505 millones de euros. Estas evaluaciones, que consideraban escenarios tanto favorables como desfavorables, proyectaban niveles adecuados de solvencia y liquidez hasta 2018. Sin embargo, en 2017, una fuga masiva de depósitos, estimada entre 13.500 y 15.000 millones de euros entre abril y mayo, puso de manifiesto fallos en el Mecanismo Único de Supervisión.

La normativa de resolución permite declarar una entidad

²⁸⁶ Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. (2023). *Preguntas y Respuestas Relacionadas con la Resolución de Banco Popular*.

<https://www.frob.es/wp-content/uploads/2023/01/QA14062017v13web.pdf>



inviable por problemas de liquidez, más allá de la insolvencia, lo que precipitó la intervención. Factores como la insuficiente supervisión de riesgos de liquidez, la baja rentabilidad, activos de mala calidad y una cobertura mediática negativa, agravada por cambios en la presidencia y pérdidas reportadas, desencadenaron la crisis, lo que llevó al BCE a incorporar pruebas de estrés de liquidez en 2019.

El proceso de resolución comenzó el 6 de junio de 2017, cuando el BCE, tras el agotamiento de la línea de liquidez de emergencia (ELA) y la falta de compradores privados, calificó al Banco Popular como inviable o probablemente inviable. El Consejo de Administración del banco corroboró esta situación, indicando que no podía operar con normalidad. La JUR, notificada a las 23:00, confirmó los requisitos del artículo 18.1 del Reglamento del MUR: inviabilidad, ausencia de soluciones privadas viables, como una venta o recapitalización a tiempo, y la necesidad de proteger el interés público ante el riesgo de contagio y la amenaza a los depósitos no garantizados.

La resolución, aprobada el 7 de junio mediante la Decisión SRB/EES/2017/08, incluyó la amortización del capital social (2.098 millones de euros), la conversión y posterior amortización de instrumentos de capital adicional de nivel 1 (1.346 millones de euros), la conversión de instrumentos de nivel 2 (684 millones de euros) en nuevas acciones y la venta de estas a Banco Santander por un euro, sin requerir la aprobación de accionistas ni tenedores de instrumentos AT1 y T2.

La resolución se ajustó al Reglamento del MUR, la Ley 11/2015 y la Directiva 2014/59/UE, optando por la venta del negocio en lugar de la recapitalización interna contemplada en el plan de resolución de 2016. La JUR argumentó que la recapitalización no habría asegurado la viabilidad financiera a

largo plazo debido al colapso de liquidez. El proceso de venta fue transparente, competitivo y equitativo, aprovechando contactos previos del banco con cinco posibles compradores, dos de los cuales firmaron acuerdos de confidencialidad.

Santander presentó la oferta más sólida, aprobada por la Comisión Europea a las 5:13 del 7 de junio (Decisión UE 2017/1246). La valoración preliminar de Deloitte, conforme al artículo 20 del Reglamento del MUR, estimó un valor negativo de entre 2.000 y 8.200 millones de euros, descartando un escenario positivo de 1.300 millones. Esta valoración justificó la resolución y definió los términos de la venta, evitando el uso de fondos públicos y asegurando la continuidad de servicios esenciales, como préstamos a PYMEs y sistemas de pago, además de proteger a los depositantes y reducir el riesgo de contagio.

Los accionistas y tenedores de instrumentos AT1 y T2 sufrieron pérdidas totales, ya que sus acciones fueron amortizadas y los instrumentos, convertidos y vendidos. Se respetó la jerarquía de prelación, donde accionistas y acreedores subordinados asumen pérdidas antes que depositantes o tenedores de bonos senior, minimizando el impacto en recursos públicos.

Los clientes no experimentaron interrupciones, ya que Santander aseguró la continuidad de los servicios bancarios y la seguridad de los depósitos y los fondos de inversión y planes de pensiones, al no formar parte del balance del banco, quedaron protegidos. No se emplearon fondos públicos ni garantías, y Santander inyectó 13.000 millones de euros para estabilizar la liquidez.

El proceso reveló deficiencias en la supervisión del MUS, especialmente en la identificación temprana de riesgos de liquidez. Las pruebas de resistencia no detectaron



vulnerabilidades críticas, y las declaraciones de la presidenta de la JUR sobre una posible quiebra aceleraron la fuga de depósitos.

La falta de transparencia de la JUR, al divulgar documentos parcialmente censurados, afectó la confianza pública y contravino principios de buena administración. La ausencia de compensaciones para accionistas y acreedores, defendida por la JUR en 2020, generó debate, ya que no se probó de manera concluyente que las pérdidas en resolución fueran inferiores a las de un procedimiento de insolvencia ordinario²⁸⁷.

6.3. ROL DE LAS AUTORIDADES Y LECCIONES APRENDIDAS

La Unión Bancaria desempeñó un rol fundamental en la gestión de la crisis del Banco Popular. El Banco Central Europeo, mediante el Mecanismo Único de Supervisión, evaluó la situación de la entidad y determinó que no era viable, por su parte, la Junta Única de Resolución elaboró un plan de resolución que recibió el respaldo de la Comisión Europea y el Fondo de Reestructuración Ordenada de Bancos, en su papel de autoridad nacional, llevó a cabo la ejecución de manera efectiva, haciendo uso de las herramientas previstas en la Ley 11/2015.

La coordinación entre estas entidades reflejó la robustez del Mecanismo Único de Resolución, que logró abordar la crisis en una sola noche, previniendo un daño mayor a la estabilidad del sistema financiero. No obstante, la completa pérdida de valor para más de 300.000 inversores y acreedores pone de manifiesto la importancia de encontrar un equilibrio entre los objetivos de

²⁸⁷ Villarrubia González, J. (2022). *Supervisión y resolución bancaria...* Ob. Cit.

resolución y la salvaguarda de los intereses de los afectados.

El proceso evitó recurrir a una recapitalización precautoria, una medida destinada a bancos viables que enfrentan problemas de capital en situaciones de tensión, ya que el Popular sufría una crisis de liquidez insostenible. La celeridad en la actuación fue esencial, pero la escasa claridad en la información publicada y la sensación de un trato injusto hacia los accionistas generaron controversia. Este episodio motivó la implementación de pruebas de estrés enfocadas en la liquidez a partir de 2019 y abrió un diálogo sobre la necesidad de procedimientos más transparentes y equitativos en los procesos de resolución bancaria²⁸⁸.

6.4. FRENTES JUDICIALES Y PERSPECTIVAS DE LOS AFECTADOS

La decisión del FROB, emitida el 7 de junio de 2017 como un acto administrativo, habilitaba la posibilidad de presentar un recurso de reposición en el plazo de un mes, según lo dispuesto en los artículos 123 y siguientes de la Ley 39/2015, o bien un recurso contencioso-administrativo en dos meses ante la Audiencia Nacional, conforme al artículo 46 de la Ley 29/1998. No obstante, las peticiones de medidas cautelares, como la paralización de la resolución, fueron rechazadas por la Audiencia Nacional, que consideró que suspender la venta frustraría la decisión de la JUR y pondría en peligro el interés público.

Por otro lado, frente a la resolución de la JUR (SRB/EES/2017/08), los afectados han interpuesto 97 recursos de anulación ante el Tribunal General de la Unión Europea, amparados en el artículo 86 del Reglamento del MUR y el artículo

²⁸⁸ Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. (2023). *Preguntas y Respuestas...* Ob. Cit.



263 del TFUE.

Casos como T-478/17, T-497/17 y T-510/17 denuncian irregularidades graves, entre ellas la ausencia de claridad y justificación en la decisión, la vulneración de principios como la buena administración y el acceso a una tutela judicial efectiva, la afectación al derecho de propiedad, errores en la evaluación de la insolvencia, el incumplimiento del principio de proporcionalidad y un supuesto trato preferencial al Banco Santander en el proceso de venta. Asimismo, los demandantes han puesto en duda la valoración preliminar realizada por Deloitte, sosteniendo que no cumplió con los criterios de ser razonable, prudente y realista establecidos en el artículo 20 del Reglamento del MUR.

Según el artículo 18.6 del Reglamento del MUR, una valoración retrospectiva analizará si los accionistas y acreedores habrían tenido un trato más favorable en un proceso de liquidación ordinario. De confirmarse pérdidas desproporcionadas, el Fondo Único de Resolución (FUR) podría otorgar compensaciones, conforme al artículo 76.1.a).

Sin embargo, en 2020, la JUR resolvió (Decisión SRB/EES/2020/52) que no procedía compensación alguna, argumentando que una liquidación convencional habría generado mayores perjuicios. Esta postura, sumada a la percepción de falta de transparencia y las dificultades para resarcir los daños, deja a los afectados en una situación de gran vulnerabilidad, agravada por decisiones estratégicas de Santander, como la transferencia de activos inmobiliarios a Blackstone²⁸⁹.

²⁸⁹ Villarrubia González, J. (2022). *Supervisión y resolución bancaria...* Ob. Cit.

7. CONCLUSIONES.

El estudio desarrollado en este trabajo ha permitido adentrarnos en el complejo y dinámico marco de la resolución bancaria, un mecanismo que, tras la crisis financiera de 2007, se consolidó como una herramienta clave para preservar la estabilidad del sistema financiero europeo y mitigar los efectos devastadores de las quiebras bancarias.

A lo largo de este análisis, hemos explorado desde los orígenes de la regulación actual, motivada por la necesidad de superar las limitaciones de los enfoques nacionales y fragmentados, hasta la implementación práctica de estas normativas a través del caso paradigmático del Banco Popular Español S.A. en 2017. Este recorrido no solo pone de manifiesto los avances logrados en la gestión de crisis bancarias, sino que también evidencia los desafíos pendientes y las tensiones inherentes a un sistema que busca equilibrar intereses públicos y privados.

La Unión Bancaria Europea, con sus pilares fundamentales, el Mecanismo Único de Supervisión (MUS), el Mecanismo Único de Resolución (MUR) y el aún pendiente de plena implementación, Sistema Europeo de Garantía de Depósitos (SEGD), representa un esfuerzo ambicioso por armonizar la supervisión y resolución de entidades financieras en la zona euro.

La introducción de instrumentos como el *bail-in* y el Fondo Único de Resolución (FUR) han transformado la manera en que se abordan las crisis bancarias, priorizando que las pérdidas recaigan en accionistas y acreedores antes que en los ciudadanos. Este cambio de paradigma, consagrado en normativas como la Directiva 2014/59/UE y la Ley 11/2015 en



España, refleja un compromiso con la estabilidad financiera y la protección del interés público, pero también plantea problemas, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos de los inversores.

El caso del Banco Popular, como primer ejemplo de aplicación del MUR, ilustra tanto los puntos fuertes como las debilidades de este marco normativo. La celeridad con la que se ejecutó la resolución y la ausencia de recurso a fondos públicos demuestran la capacidad operativa del MUR y la eficacia de la coordinación entre el Banco Central Europeo, la Junta Única de Resolución y el FROB.

Sin embargo, las pérdidas totales sufridas por más de 300.000 accionistas y acreedores, junto con la percepción de falta de transparencia y las controversias judiciales subsiguientes, subrayan la necesidad de mejorar la comunicación, la equidad y la claridad en estos procesos.

La resolución del Banco Popular no solo puso a prueba el sistema, sino que también abrió un debate sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas y la protección de los derechos de propiedad, especialmente cuando las valoraciones económicas, como la realizada por Deloitte, son objeto de disputa.

Comparado con el procedimiento concursal ordinario, el régimen de resolución bancaria se distingue por su enfoque preventivo y su orientación hacia la continuidad de las funciones críticas del sistema financiero. Mientras el concurso persigue maximizar el valor de los activos para los acreedores, la resolución prioriza la estabilidad sistemática y la protección de los depositantes, lo que justifica medidas extraordinarias como la recapitalización interna.

Sin embargo, la coexistencia de ambos regímenes genera tensiones, agravadas por la falta de armonización en las normativas concursales a nivel europeo. Principios como el *No Creditor Worse Off* buscan mitigar estas tensiones, pero su aplicación práctica se ve obstaculizada por la complejidad de las valoraciones comparativas y las diferencias en las jerarquías de acreedores entre países.

Las lecciones aprendidas del caso Banco Popular han impulsado mejoras en el marco regulatorio, como la incorporación de pruebas de estrés de liquidez en 2019 y un mayor énfasis en la supervisión de riesgos no financieros. No obstante, persisten retos significativos, como la necesidad de avanzar en la implementación del SEGD, mejorar la transparencia en las decisiones de la JUR y garantizar que los procesos de resolución sean percibidos como justos por todos los actores involucrados.

En conclusión, el régimen de resolución bancaria es un pilar esencial para la resiliencia del sistema financiero europeo, pero su evolución debe ir acompañada de un esfuerzo constante por equilibrar eficiencia, justicia y transparencia. Este trabajo no solo ha permitido comprender la relevancia de estas normativas, sino que también nos invita a reflexionar sobre la responsabilidad compartida entre reguladores y supervisores, entidades financieras y la sociedad para construir un sistema financiero más sólido y equitativo.

El camino recorrido desde la crisis de 2007 es notable, pero aún queda mucho por hacer para perfeccionar un marco que, en última instancia, protege no solo la economía, sino también la confianza de los ciudadanos en las instituciones que la sostienen.



8. BIBLIOGRAFÍA

- Carrascosa, A. (2019). El Mecanismo Único de Resolución Bancaria. *Revista de Estabilidad Financiera - Banco de España*, 36, 7-24. https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/19/mando/Revista_EF_36_Primavera.pdf
- Cátedra de Derecho de los Mercados Financieros Universidad CEU San Pablo. (3 de noviembre de 2015). *Presentación de "La Gestión de la Crisis Bancaria Española y sus Efectos"* [Video]. YouTube. https://youtu.be/tz6lOdcgInk?si=mK6A30KKDFG_EFZr
- De Diego De Mingo, J. (2018). La regulación bancaria en el marco de la resolución de entidades de crédito en dificultades: tres casos de estudio. *Revista Universitaria Europea*, 29, 155-188. <https://www.revistarue.eu/RUE/122018.pdf>
- Fernando Conledo, Pinillos Lorenzana, Á., Galeote Muñoz, P., Colao Osorio, C., Campuzano Laguillo, A. B., Meléndez Huelin, Ó., Cristobal Espin Gutierrez, Teresa Mariño Garrido, Almendros Ruiz, A., Miguel Iribarren Blanco, Bataller Grau, J., Nuria Fernández Pérez, Juan Carlos Rodríguez Maseda, Madrazo, J., Lara, R., María Luisa Sánchez Paredes, Ma Rocio Quintáns Eiras, Abel B. Veiga Copo, Gómez Bermúdez, C., ... Miguel Díez de los Ríos Flores. (2013). *Los mercados financieros*. Editorial Tirant lo Blanch. <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788490335925>

- Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. (2023). *ABC de la Resolución Bancaria*. https://www.frob.es/wp-content/uploads/2023/07/202307-FROB_ABC_resolucion_bancaria.pdf
- Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. (2023). *Preguntas y Respuestas Relacionadas con la Resolución de Banco Popular*. <https://www.frob.es/wp-content/uploads/2023/01/QA14062017v13web.pdf>
- Hormaeche Lazcano. M. (2017). Los avances en materia de recuperación y resolución bancaria, un nuevo marco legislativo e institucional desde el año 2015. *ConsorSeguros Revista Digital*, 6. <https://consorsegurosdigital.com/almacen/pdf/los-avances-en-materia-de-recuperacion-y-resolucion-bancaria-un-nuevo-marco-legislativo-e-institucional-desde-el-ano-2015.pdf>
- Lora González, C. (2025). *¿Qué es la resolución bancaria? Respuestas desde el Derecho Administrativo*. Editorial Tirant Lo Blanch.
<https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788410719453>
- Pulgar, J. (2024). Resolución bancaria y derecho concursal: interacción y fricciones. *Revista de Estabilidad Financiera - Banco de España*, 47, 76-107.
<https://doi.org/10.53479/38298c>
- Single Resolution Board. *La Resolución: Preguntas más frecuentes*.



[https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2018_resolution_Q&A_\(ES\).pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2018_resolution_Q&A_(ES).pdf)

- Urbaneja Cillán, J. (2017). *El Régimen Jurídico de la Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito. La Compleja Transposición al Ordenamiento Español de la Normativa Europea.* *Revista General de Derecho Europeo*, 42, 86-127. <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/j-urbaneja-publicaciones/el-regimen-juridico-de-la-reestructuracion-y.pdf>
- Villarrubia González, J. (2022). *Supervisión y resolución bancaria: régimen jurídico europeo y español, (aproximación a los sistemas de garantía de depósitos)* [Tesis doctoral, Universidad de Valladolid]. E-Archivo. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/52425>

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



**DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LA
TRAMITACIÓN DEL CONCURSO SIN
MASA Y OBTENCIÓN DE LA
EXONERACIÓN DEL PASIVO
INSATISFECHO A PRÓPOSITO DE LA
ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY
16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE, DE
REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE
LA LEY CONCURSAL**

Dña. Miriam Romero Saiz

Abogada. Doble grado Derecho-ADE

Resumen: El objetivo del presente dictamen jurídico es analizar el desarrollo de un procedimiento concursal de dos personas físicas a propósito de la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. A tal fin se parte de la situación de insolvencia actual de dos personas físicas empresarias por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles a consecuencia de un sobre endeudamiento personal para poder salvaguardar la situación financiera de la mercantil para la que prestaban sus servicios y la necesidad, por ende, de intentar un acuerdo con sus entidades acreedoras a fin de reorganizar sus deudas y no verse inmersos en una situación de exclusión social. Y si bien este intento resulta infructuoso, declarándose, finalmente el

concurso de acreedores, los sujetos protagonistas obtienen la exoneración del pasivo insatisfecho, figura esta de gran relevancia que supone tanto un beneficio para el deudor que evidentemente se ve favorecido al obtener una segunda oportunidad como para los acreedores y para el conjunto de la sociedad en la medida que facilita el cobro de los créditos al mismo tiempo que evita la economía sumergida.

Palabras clave: Insolvencia, concurso de acreedores, exoneración del pasivo insatisfecho, personas físicas, acuerdo extrajudicial de pagos, beneficio, concurso sin masa, créditos, sobreendeudamiento.

Abstract: The purpose of this legal opinion is to analyze the evolution of the insolvency proceedings of two natural persons in the light of the entry into force of Law 16/2022 of 5 September 2002, reforming the revised text of the Bankruptcy Law. To this end, the starting point is the current insolvency situation of two natural persons who are entrepreneurs, due to their inability to regularly meet their obligations as a result of personal over-indebtedness, in order to safeguard the financial situation of the company to which they provided their services, and who therefore have to try to reach an agreement with their creditor entities in order to reorganize their debts and avoid being plunged into a situation of social exclusion. And even if this attempt is unsuccessful and bankruptcy is finally declared, the protagonists obtain the discharge of unsatisfied debts, a very important figure that is a benefit both for the debtor, who is obviously favoured by being given a second chance, and for the creditors



and for society as a whole, since it facilitates the recovery of credits and, at the same time, avoids the informal economy.

Key words: Insolvency, insolvency proceedings, discharge of unsatisfied debts, individuals, out-of-court settlement, profit, insolvency without assets, credits, over-indebtedness.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

AEP Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

BEPI Beneficio de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho.

DRI (UE) 2019/1023 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.

EPI Exoneración del Pasivo Insatisfecho.

LC Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 14/2013 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Ley 25/2015 Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Ley 16/2022 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.

LOPD y GDD Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

RD 892/2013 Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

RDL 1/2020 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

STS Sentencia Tribunal Supremo.

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLC Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.



Sumario

- I. OBJETO DEL DICTAMEN.
- II. ANTECEDENTES DE HECHO.
- III. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.
- IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS
 - IV.1 Contextualización
 - IV.2 Declaración conjunta del concurso tras fallido Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP). Regulación del concurso consecutivo y modificaciones tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal
 - IV.3 Concurso sin masa
 - 1. Regulación anterior del concurso sin masa y su relación con la conclusión del concurso. Cambios introducidos con la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la LC
 - 2. Análisis del papel del deudor y de los acreedores tras la especialidad prevista en la nueva redacción del artículo 37 ter del TRLC
 - IV.4 Exoneración del pasivo insatisfecho.
 - 1. Evolución de la figura.
 - 2. El deudor de buena fe como piedra angular de la regulación del EPI
 - 3. Modalidad de EPI aplicado al supuesto.
- V. CONCLUSIONES.
- VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



I. OBJETO DEL DICTAMEN.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el desarrollo de un procedimiento concursal de dos personas físicas. En efecto, lo que en este dictamen se abordará es el estudio de la declaración del concurso consecutivo de un matrimonio tras un fallido acuerdo extrajudicial de pagos, su consideración como concurso sin masa y, finalmente la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Para ello, como eje fundamental en el desarrollo del trabajo, se atenderá a las modificaciones que en la materia objeto del caso se introdujeron tras la entrada en vigor 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). El texto, como cabrá observar, modifica el régimen de los ya inexistentes concursos consecutivos, el denominado "concurso sin masa" y la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Partiendo de los hechos que fundamentan el presente trabajo y sin perjuicio de un mayor abundamiento en el



siguiente epígrafe, el análisis jurídico que se desarrollará parte de la situación de insolvencia actual de dos personas físicas empresarias por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles a consecuencia de un sobreendeudamiento personal para poder salvaguardar la situación financiera de la mercantil para la que prestaban sus servicios y la necesidad, por ende, de intentar un acuerdo con sus entidades acreedoras a fin de reorganizar sus deudas y no verse inmersos en una situación de exclusión social.

Hasta el momento, para iniciar un procedimiento concursal de persona física y obtener una posterior exoneración del pasivo insatisfecho resultaba necesario pasar obligatoriamente por una fase extrajudicial en la que se intentara un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores. Es por ello, que los sujetos protagonistas de este dictamen mediante solicitud presentada en el Registro Mercantil de Cuenca demandan el nombramiento de un mediador concursal a fin de que fuera este profesional el encargado en supervisar y dirigir las negociaciones con los acreedores.

Sin embargo, a pesar del intento de negociar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, el mismo, conforme se expondrá, resultó fallido, y, por ende, el matrimonio se vio obligado a presentar solicitud de declaración conjunta de concurso consecutivo, siendo esta, precisamente, la primera cuestión que se abordará por cuanto que tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, este tipo de concursos desaparece, no siendo necesario en la actualidad intentar lograr un acuerdo extrajudicial de pagos para

solicitar la posterior exoneración del pasivo insatisfecho.

Igualmente, y puesto que en el presente si bien la estimación de las deudas alcanzaba aproximadamente el millón de euros, el importe global de los bienes y derechos de los sujetos era prácticamente cero, de modo que, no disponiendo los deudores de activos suficientes para cubrir todas las deudas pendientes, el concurso objeto de análisis se configura como “concurso sin masa”, por cuanto que existe una imposibilidad de satisfacer los créditos contra la masa, y, siendo que este tipo de concursos es una de las modificaciones más relevantes que Ley de reforma ha introducido, se planteará una comparativa entre la anterior y la actual previsión normativa, en la que además de deslindarse el concurso sin masa de las causas de conclusión, se introduce un nuevo procedimiento en el que está previsto que los acreedores puedan jugar un papel clave, en efecto, los mismos, podrán nombrar a un administrador concursal que valore posibles acciones rescisorias o de responsabilidad.

No obstante, de no manifestarse los acreedores, como en el presente supuesto acontece, el deudor persona natural, puede presentar la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, figura esta de gran relevancia que se abordará en último término, pudiéndose adelantar que la misma no solo supone un beneficio para el deudor que evidentemente se ve favorecido al obtener una segunda oportunidad si no también una ganancia para los acreedores y en definitiva, para el conjunto de la sociedad en la medida que facilita el cobro de los créditos al mismo tiempo que evita la economía



sumergida.

II. ANTECEDENTES DE HECHO.

Como preámbulo de cuanto se expondrá, resulta preciso para el entendimiento del dictamen jurídico que nos ocupa ahondar de una forma más detallada en la situación que coloca a los dos sujetos protagonistas en un estado de insolvencia y los hechos que posteriormente se desarrollan, tanto en una esfera extrajudicial como posteriormente judicial hasta la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho.

1.- En primer lugar, se ha de partir de la situación en la que se encontraba el matrimonio que se ve inmerso en un procedimiento concursal de persona física. En este sentido precisar que, Don Antonio Ruiz Zamora y Doña Isabel López Gil, casados en régimen ganancial y con dos hijos fruto de ese matrimonio, se encontraban en situación de insolvencia actual por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles como consecuencia de un sobreendeudamiento en aras de salvar la situación financiera de la mercantil MODA Y PATRONAJE, S.L.

En efecto, el matrimonio tuvo que pedir préstamos personales a fin de poder enmendar la situación financiera de la referida sociedad, por cuanto que la misma también se encontraba en una situación de insolvencia, estando en trámite, en la actualidad, el concurso de la empresa ante el Juzgado de lo Mercantil de Cuenca bajo el número de autos 100/2020.

La estimación del importe global de las deudas del

matrimonio alcanzaba la cantidad de un millón cien mil euros (1.100.000 €), mientras que la estimación del importe global del valor de los bienes y derechos era prácticamente inexistente, por cuanto que la unidad familiar compuesta por ellos mismos contaba únicamente con unos ingresos mensuales de mil cuatro cientos ochenta y seis euros (1.486,00 €), correspondiendo a cada uno de los sujetos unos ingresos mensuales de setecientos cuarenta y tres euros (743,00 €).

En suma, el importe total de la relación de acreedores ascendía a la cantidad de un millón seiscientos veintidós mil doscientos cincuenta y cuatro con noventa euros (1.622.254,90 €).

2.- Ante la situación descrita, de conformidad con lo prevenido en los artículos 631 y siguientes del TRLC (anterior redacción) se insta por parte de los sujetos ante el Registro Mercantil solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos y designación de mediador concursal.

Ante la referida petición presentada por parte de Don Antonio Ruiz, se le designa como mediador concursal a Don Adrián Martínez Víndel, quien procede aceptar su cargo en fecha de 20 de julio de 2022. Por su parte, a Doña Isabel López, se le designa a Don José María Segovia Gómez, quién procede a aceptar el cargo en la misma fecha.

3.- En fecha de 25 de julio de 2022, de conformidad con lo establecido en los artículos 660 y 226 del TRLC (anterior redacción), los mediadores concursales procedieron a convocar, en plazo y forma a los



acreedores de los deudores a una reunión, remitiéndoles a tal efecto una propuesta de plan de pagos en los términos de los artículos 666, 667 y 668 de la anterior redacción del TRLC, la cual consistía en una quita del 90%, atendiendo los créditos resultantes en cuotas anuales de un único pago dentro de los diez primeros días del mes de diciembre de cada año, a año vencido, durante un plazo de cinco años y fijándose los dos primeros años de carencia.

Sin embargo, dado que no fue posible la aprobación del plan de pagos propuesto, ni posible discutir o proponer otro posible acuerdo, se consideró infructuoso el acuerdo extrajudicial de pagos tramitado, en tanto en cuanto, no se había alcanzado la mayoría exigida en el artículo 678 y siguientes de la anterior redacción del TRLC, y, por ende, se hizo por parte del mediador concursal la advertencia a los deudores sobre la necesidad y procedencia de instar el concurso consecutivo conforme venía estableciendo los artículos 695 y siguientes de la anterior redacción del TRLC.

A este efecto se ha de precisar, que el concurso de persona física objeto de dictamen comienza rigiéndose por lo estipulado en la redacción anterior del TRLC, y en septiembre de 2022, con la entrada en vigor la Ley de reforma, comienza a impregnarse del espíritu de la DRI (UE) 2019/1023 objeto de transposición, si bien atendiendo a un régimen transitorio.

4.- En consecuencia, bajo la representación procesal y asistencia técnica oportuna, el matrimonio presentó declaración conjunta de concurso consecutivo al amparo de lo prevenido en el TRLC, de conformidad a



lo estipulado en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 16/2022, la cual prevé expresamente que los concursos consecutivos a un acuerdo de refinanciación o a un acuerdo extrajudicial de pagos que se declaren se siguen rigiendo por lo establecido en los artículos 697 a 720 del TRLC, en la redacción dada por el RDL 1/2020.

Conviene precisar que, si bien en la actual redacción, como en los fundamentos jurídicos se expondrá los concursos consecutivos han desaparecido por cuanto que ya no es necesario para la obtención del EPI haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, la tramitación de los mismos se sigue rigiendo por la anterior redacción del TRLC, tal y como acontece en el presente.

5.- De este modo, en fecha de 3 de abril de 2023, se dicta auto por el que se declara el concurso de Don Antonio Ruiz Zamora y Doña Isabel López Gil, considerándose este como concurso sin masa habida cuenta que se daban los requisitos previstos en el artículo 37. bis del ya reformado TRLC, pudiendo los concursados, por ende, de conformidad con el artículo 501 del TRLC, presentar ante el juez el concurso la solicitud del EPI.

6.- Por consiguiente, no estando incursos los concursados en ninguna de las causas establecidas en el TRLC que impiden obtener la exoneración de las deudas, se procedió a solicitar, dentro del plazo legalmente establecido, el EPI, el cual, es concedido, mediante auto de fecha 21 de junio de 2023, con carácter definitivo dada la inexistencia de plan de pagos para el pago de los créditos y para la totalidad de las



deudas insatisfechas, que quedaron exoneradas en su totalidad, habida cuenta que, los concursados no eran deudores públicos y no constaba la existencia de deudas no exonerables.

III. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.

En atención a los hechos relatados en el expositivo anterior que fundamentan la explicación del presente dictamen, es preciso analizar las cuestiones nucleares que se abordarán y que permitirán obtener una visión global de la tramitación de los concursos sin masa de personas físicas.

1.- Previamente a ahondar en los fundamentos jurídicos, resulta imprescindible realizar una breve contextualización del paradigma actual de los concursos de persona física, así como, del objetivo perseguido por el legislador europeo con la DRI (UE) 2019/1023 y de qué forma el legislador español lo ha transpuesto en la Ley de reforma.

2.- Interesa al objeto del presente dictamen jurídico analizar la declaración de conjunta del concurso de persona física tras un fallido AEP. En efecto, se examinará la regulación de los concursos consecutivos en la redacción anterior del TRLC junto a los requisitos que resultaban necesarios para instarlo y la modificación de los mismos tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022.

3.- Siendo que, en el supuesto expuesto supra, los deudores carecían de masa activa, será necesario analizar la declaración conjunta de concurso con



constatación de supuesto de hecho de concurso sin masa.

A tal fin se hará una aproximación de lo que se entiende por concurso sin masa, para seguidamente estudiar los cambios introducidos en este tipo de concursos tras la entrada en vigor la Ley 16/2022 y la relación que los mismos guardan con la conclusión del concurso. En este sentido, se hará una comparación de ambas redacciones a fin de evaluar si los cambios han mejorado o no la situación de los deudores que necesitan obtener una exoneración de sus deudas.

4.- Para concluir, se atenderá a la figura del EPI, entrando a realizar un exhausto examen de la "buena fe" como pieza angular de la exoneración, del cambio de paradigma que sustituye el beneficio por derecho y de los itinerarios que el modelo español ha optado por prever en la nueva redacción del TRLC para obtener la exoneración y finalmente, del que se ha seguido en el supuesto objeto de análisis.

En este punto, será cuanto menos interesante analizar si existe un riesgo de abuso por parte del deudor, las restricciones del pasivo exonerable y la problemática existente en torno al crédito irresponsable, pues como cabrá observar no nos encontramos ante una simple reforma de la regulación del EPI, sino ante un auténtico cambio de paradigma.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

a. *Contextualización.*



Nos encontramos ante un paradigma en el que las secuelas del Covid-19, la inflación in crescendo que amenaza la economía desde el verano de 2021 y las guerras que alimentan la espiral inflacionaria, han golpeado no solo a numerosas empresas sino también a muchos particulares cuya situación de crisis financiera¹ les ha abocado a solicitar la declaración de concurso de acreedores de persona física.²

Es ante este escenario en el que el legislador español con la nueva redacción del TRLC³ ha optado por considerar a la persona física como destinatario de la regulación sobre la EPI, de hecho, ya lo hizo con anterioridad con la Ley 25/2015.⁴

En efecto, solo sobre la persona natural tiene graves consecuencias el principio de responsabilidad

¹En 2022, el número de deudores concursados ascendió a 14.424 en España, un 47,9% más que en 2021, según datos del Colegio de Registradores. De esa cifra, 9.669 fueron personas físicas, dos tercios del total y un alza del 71,1% respecto al año anterior, frente a 4.755 empresas, un 16% más que en 2021.

²

<https://www.expansion.com/economia/2023/02/13/63ea939c468aeb101d8b4611.html>, (consultada por última vez el 4/01/2024).

³ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. «BOE» núm. 127, de 07/05/2020.

⁴ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. «BOE» núm. 180, de 29/07/2015.

patrimonial universal⁵ por cuanto que el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros.⁶ De modo que de no haberse regulado la figura del EPI, una vez liquidado el patrimonio del deudor si le quedasen deudas pendientes se vería obligado a satisfacerlas y, por ende, su situación post concursal podría ser muy similar a la que tendría antes de declararse el concurso.

En España, la mayoría de los empresarios son personas físicas, por lo que la regulación del EPI tiene un impacto, cuanto menos, significativo,⁷ ello se debe, principalmente, a que nos encontramos con un “elemento humano” que provoca que el principio fundamental básico de la legislación concursal, esto es, la satisfacción de los intereses de los acreedores se tenga que conjugar con la rehabilitación y recuperación del deudor.

De hecho, la DRI (UE) 2019/2023 que el legislador español ha transpuesto con la nueva redacción del

⁵ El principio de responsabilidad patrimonial universal se encuentra regulado en el artículo 1911 del Código Civil que dispone que: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

⁶ SENEN MARTÍNEZ, S. (2023), “Artículos 37 bis a 37 quinquies del TRLC” en PULGAR EZQUERRA (Dir.), Comentario a la Ley Concursal. Tomo I, La Ley, Madrid 2023, págs. 370-379.

⁷ La necesidad de EPI no se da en la persona jurídica, que tras la liquidación o la insuficiencia de bienes para satisfacer las deudas se extingue y desaparece (salvo que aparezcan bienes o derechos de la citada persona jurídica cancelada).



TRLC, ya indicó en su título III, artículo 20, que:⁸

1. *Los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva.*

Los Estados miembros podrán exigir que haya cesado la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con que estén relacionadas las deudas de los empresarios insolventes.

2. *Los Estados miembros en que la plena exoneración de deudas esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario garantizarán que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario y, en particular, sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores.*
3. *Los Estados miembros velarán por que los empresarios que obtengan la exoneración*

⁸ Artículo 20 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. «DOUE» núm. 172, de 26/06/2019.

de sus deudas puedan disfrutar del apoyo empresarial que los marcos nacionales existentes ofrecen a los empresarios, incluido el acceso a información pertinente y actualizada sobre tales marcos.

En suma, el objetivo de la Directiva transpuesta con la Ley 16/2022,⁹ es que todas las normativas nacionales previeran al menos un procedimiento que pudiera desembocar en la plena exoneración de deudas del deudor persona natural empresario¹⁰ a fin de proporcionar una segunda oportunidad a las personas físicas, evitando, al mismo tiempo que los deudores acudan a otros países para acogerse a normativas que sí contemplaran este mecanismo.

⁹ 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), «BOE» núm. 214, de 06/09/2022.

¹⁰ A pesar de que la Directiva (UE) 2019/1023 fuera destinada a deudor persona natural empresario, en su considerando 21, se recomendaba su aplicación también a consumidores. Finalmente, el legislador español ha evitado esta distinción, efectuando un tratamiento general para la persona física insolvente.



Es por ello que, partiendo del objetivo perseguido, la Ley 16/2022 ha suprimido de la denominación de la institución el sustantivo “beneficio”, instaurando un sistema de exoneración por mérito, por cuanto que el mismo solo se obtendrá por aquel deudor que lo merezca, colocando el término “buena fe” como pieza angular de la nueva regulación.¹¹

Tanta era la necesidad de una reforma del mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho que tras la última reforma concursal, los concursos de personas físicas se mantienen por encima de los 4.000 trimestrales, alcanzándose, en el segundo trimestre de 2023, la cifra de 5.934 deudores concursados, lo que supone un incremento del 108,06% respecto al mismo período del año anterior, y un aumento del 21,23% respecto al trimestre anterior.¹²

b. Declaración conjunta del concurso tras fallido Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP). Regulación del concurso consecutivo y modificaciones tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.

¹¹ AHEDO PEÑA, O. (2022), “La Ley 16/2022 de reforma del texto refundido de la ley concursal como «solución» a los «desajustes» de la exoneración del pasivo insatisfecho”, *El Derecho*, 19 de octubre de 2022. Disponible en <https://elderecho.com/reforma-concursal-como-solucion-desajustes-exoneracion-pasivo-insatisfecho>, (consultado por última vez 9/01/2024).

¹² <https://www.registradores.org/-/estadistica-del-procedimiento-concursal-2023>, (consultada por última vez el 30/12/2023).

Para poder desarrollar este epígrafe, es necesario comenzar poniendo de manifiesto que en el caso que nos acontece, los sujetos protagonistas, Don Antonio y Doña Isabel, son dos personas físicas empresarias casadas en régimen de gananciales y, por ende, se da una de las situaciones en las que la legislación concursal permite presentar la solicitud de concurso de forma conjunta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 y siguientes del TRLC.

El citado precepto permite la declaración en concurso de varios deudores comunes a varios acreedores en un mismo auto declarativo, siendo su tramitación única, pero con piezas separadas, es decir, con formación de masa activa y pasiva, calificación y terminación independientes. Ello viene justificado no solo por la finalidad del procedimiento concursal, sino también por la mejor tutela de todos los intereses afectados que se verán beneficiados por la tramitación coordinada de los concursos acumulados desde el inicio del procedimiento.

En el presente, la tramitación conjunta se justifica por la unión de matrimonio,¹³ vínculo que justifica en estos concursos un tratamiento especial fundamentado en la existencia de una comunidad de bienes o patrimonio

¹³ GÓMEZ GUTIÉRREZ, F. (2022), "La vivienda habitual en el concurso consecutivo de los cónyuges", Máster de Acceso a la Abogacía, Universidad de Valladolid, febrero 2022, págs. 15-17, extraído de https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/53679/TFM-D_00347.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (consultada por última vez 20/01/2024).



común, en efecto, la vinculación conyugal tiene transcendencia patrimonial, pues, aunque la declaración de concurso de un cónyuge no conlleva también la declaración en concurso del otro, tal circunstancia¹⁴ genera una serie de consecuencias de trascendencia en el marco del concurso, con incidencia en cuestiones tales como la determinación de la masa activa y la clasificación de créditos de los que un cónyuge sea titular frente a otro.¹⁵

Y es que una de las mayores particularidades del concurso del deudor persona física deriva de sus relaciones materiales y su estado civil por la incidencia que el matrimonio posee en el concurso, habida cuenta que existe un patrimonio común, carente de personalidad jurídica que convive con el patrimonio de cada cónyuge. De este modo se pronuncia el Alto Tribunal en su Sentencia de 1 de enero de 2016:¹⁶

"La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, por lo que en sentido estricto no puede contraer deudas. Son los cónyuges los que aparecen como deudores. Ahora bien, si la deuda se ha contraído para satisfacer atenciones de la sociedad, habrán de utilizarse los bienes de ésta para su pago, y en caso de que sea el patrimonio de los cónyuges quien lo haga, tendrá un crédito contra el patrimonio ganancial. En este sentido puede hablarse de deudas a cargo de la

¹⁴ Artículos 193, 194, 195 y 196 del TRLC.

¹⁵ Artículo 282 del TRLC

¹⁶ STS de 10/2016 (rec. núm 25/2014) de 1 de febrero de 2016, extraída de <https://vlex.es/vid/593779914>, (consultada por última vez 22/12/2023).

sociedad de gananciales, en cuanto deben ser soportadas por su patrimonio. Pero no existe una estricta coincidencia entre el carácter de la deuda (ganancial y privativa) y el patrimonio que ha de responder, pues el Código Civil con un criterio generoso y favorecedor del tráfico hace responsables a los bienes privativos de deudas gananciales, sin perjuicio de los reintegros pertinentes y viceversa.”

Es evidente que nos encontramos, en este caso, ante una declaración conjunta de concurso y, por ende, ante una tramitación coordinada de los procesos concursales de ambos sujetos, en los que, además, es notorio que existe una confusión de ambos patrimonios dado el carácter ganancial del régimen económico matrimonial.

No obstante, conforme se refirió en los antecedentes de hecho, con carácter previo a formular la declaración conjunta de concurso consecutivo, cada uno de los cónyuges intentó alcanzar un AEP a fin de reordenar su situación financiera sin la necesidad de verse inmersos en un procedimiento concursal.

En efecto, Don Antonio y Doña Isabel, acuden a un despacho profesional de abogados a fin de regularizar su situación económica a través del mecanismo de segunda oportunidad, procediendo estos a presentar la solicitud pertinente ante el Registro Mercantil competente,¹⁷ sin embargo, dado que el acuerdo

¹⁷ La solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos se debía presentar en caso de deudor persona física consumidor ante el notario de su domicilio, y en el caso de persona física comerciante ante el Registro Mercantil, de conformidad con lo preceptuado en la anterior redacción del art. 638 del TRLC:



extrajudicial de pagos resultó infructuoso, como ya se adelantó, los deudores, se vieron abocados a presentar, a través de la representación procesal y asistencia letrada oportuna, declaración conjunta de concurso consecutivo al amparo de lo prevenido en el TRLC, de conformidad a lo estipulado en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 16/2022.

En atención a lo expuesto, se hace necesario, como núcleo esencial de este epígrafe, atender a la figura del concurso consecutivo,¹⁸ la cual fue creada con la Ley 14/2013,¹⁹ que vino a establecer determinadores procedimientos preconcursales para ayudar a deudores a enmendar su situación financiera y evitar de ese modo la declaración del concurso.

El concurso consecutivo, regulado en la anterior redacción del TRLC y eliminado de la actual, se trataba de una vía para solicitar el BEPI, constituyendo, por

“1. Si el deudor persona natural no fuera empresario o el deudor persona jurídica no fuera entidad inscribible en el Registro mercantil, la solicitud se presentará ante notario del domicilio del deudor.

2. Si el deudor persona natural fuera empresario o el deudor persona jurídica fuera entidad inscribible en el Registro mercantil, aunque no estén inscritos, la solicitud se presentará o se remitirá telemáticamente al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor.”

¹⁸ “Concurso consecutivo”, La Ley, extraído de <https://guiasjuridicas.laley.es>, (consultado última vez 2/01/2024).

¹⁹ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. «BOE» núm. 233, de 28/09/2013.

ende, la última fase del procedimiento de la Ley de Segunda de Oportunidad en aquellos casos en los que no se lograba alcanzar un AEP con los acreedores.

Por tanto, esta figura venía vinculada a un intento previo de mediación concursal o AEP infructuoso, siendo, requisito imprescindible para acceder a él la existencia de un trámite extrajudicial en el que deudor y acreedores intentaran llegar a un acuerdo.

Según se disponía en la anterior redacción del artículo 695 del TRLC, se consideraban concursos consecutivos:

- a) *El del deudor insolvente que, en caso de no haber alcanzado un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos tipificados en esta ley, se declare a solicitud del propio deudor, de acreedor o, en el caso de un acuerdo extrajudicial de pagos, también a solicitud del mediador.*
- b) *El del deudor insolvente que se declare a solicitud del deudor que manifieste no poder cumplir el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos que hubiera alcanzado con los acreedores, así como el que se declare a solicitud del propio deudor o de acreedor, anterior o posterior a cualquiera de estos acuerdos, en caso de incumplimiento del que se hubiera alcanzado.*
- c) *El del deudor insolvente que, en caso de declaración judicial de nulidad o de ineficacia del acuerdo alcanzado, se declare a solicitud del deudor o de acreedor anterior o posterior*



al acuerdo anulado o declarado ineficaz.

De un análisis del artículo, se colige, por tanto, que el concurso consecutivo lo podían solicitar, los siguientes sujetos:

En primer lugar, el mediador concursal cuando iniciado el AEP los acreedores que representaban la mayoría de las deudas y el deudor decidían no continuar, cuando la propuesta presentada por el mediador concursal a los acreedores no fuera aceptada por éstos o cuando el deudor no podía cumplir el AEP.

En segundo lugar, el deudor insolvente cuando no pudiera alcanzar el acuerdo con los acreedores o éste fuera anulado.

Y, en tercer lugar, los acreedores, por falta de acuerdo o anulación.

Luego, el procedimiento de concurso consecutivo constaba de dos fases distintas, una primera, que podríamos denominar "extrajudicial" en la que se intentaba lograr un AEP a fin de reestructurar la deuda y facilitar su pago. Esta etapa se encontraba dirigida por el mediador concursal que hubiera sido nombrado.²⁰

²⁰ Disponía el artículo 631 del TRLC que "El deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, que no hubiera sido declarado en concurso, podrá solicitar el nombramiento de un mediador concursal para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores."

Precisar a este respecto, que la solicitud de nombramiento del mediador concursal se hacía mediante formulario normalizado firmado por el deudor en el que se acompañaba un inventario de bienes y derechos y la lista de acreedores.²¹

Por lo que, una vez aceptado el cargo por el mediador, este debía comunicar al juzgado competente, el propósito del deudor de negociar con los acreedores un AEP.²² De este modo, dentro de los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal convocaba al deudor y a los acreedores que figurasen en la lista de acreedores a una reunión en la localidad en la que el deudor tuviera su domicilio,²³ debiendo remitir a estos una propuesta de AEP sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud.

La referida propuesta podía contener cualquiera de las siguientes medidas, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 667 del TRLC, esto es, esperas por un plazo que no excedieran los diez años, quitas, la conversión de los créditos en acciones o participaciones de la sociedad deudora o de otra sociedad, la conversión de los créditos en créditos participativos por período no superior a diez años, en obligaciones convertibles, en créditos subordinados, en créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero con características, rango o vencimiento distintos de aquellos que tuvieran los créditos originarios o la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad o parte

²¹ Artículo 635 de la anterior redacción del TRLC.

²² Artículo 648 de la anterior redacción del TRLC

²³ Artículo 662 de la anterior redacción del TRLC.



de sus créditos.

De esta forma, si no era posible alcanzar un AEP o dándose cualquiera de las otras circunstancias previstas del artículo 695 del TRLC, se podía presentar la solicitud de declaración de concurso consecutivo, abriendose con ello, la segunda etapa de este procedimiento en la que se analizaba la posibilidad de aprobar:

Bien un plan de pagos, cuya duración podía alcanzar los 5 años, y podía contar con condiciones particulares como quitas y esperas que podían guardar relación con deudas con Hacienda o la Seguridad Social, siempre que se cumplieran los requisitos del artículo 493 de la anterior redacción del TRLC, es decir, que el deudor no hubiera rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo, que no hubiera incumplido los deberes relativos a la colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal y que no hubiera obtenido el BEPI en los últimos diez años.

O el BEPI, cuestión en la que se incidirá en expositivos posteriores ²⁴ el cual se trataba de un sistema que permitía cancelar las deudas que no se podían afrontar y cuyo presupuesto objetivo, según lo dispuesto en el artículo 488 de la anterior redacción del TRLC era que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y además, que el deudor hubiera celebrado, o al menos, intentado celebrar un

²⁴ Vid. Infra. IV.4 Exoneración del pasivo insatisfecho, pág. 28.

AEP.

En este sentido precisa la STS de 13 de marzo de 2019 que para considerarse que se hubiera intentado alcanzar un AEP *"basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos"*.²⁵

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 16/2022, para la transposición de la DRI (UE) 2019/1023, el concurso consecutivo desaparece, en efecto, ya no es necesario acudir a una vía "extrajudicial" previa a la declaración del concurso para obtener una posterior exoneración de las deudas, si no que se simplifican los trámites, bastando con la presentación de la demanda de concurso, donde ya se deberá indicar la necesidad de exoneración del pasivo.

No obstante, dado que el presente análisis comienza con la anterior redacción del TRLC, era necesario atender al derecho transitorio,²⁶ y, por tanto, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 16/2022, la tramitación del mismo, se siguió sustanciando conforme a la redacción

²⁵ STS 150/2019 (rec. núm. 3355/2016) de 13 de marzo de 2019, extraída de <https://vlex.es/vid/774817685>, (consultado por última vez 15/12/2023).

²⁶ CABANAS TREJO, R. (2022), "La desaparición del acuerdo extrajudicial de pagos", Notarios y Registradores Consultado 14 de julio de 2023. Disponible en <https://www.notariosyregisradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-desaparicion-del-acuerdo-extrajudicial-de-pagos/>, (consultado última vez 5/01/2024).



dada por el RDL 1/2020,²⁷ salvo en lo referente al antiguo BEPI, pues, conforme a la disposición transitoria primera, apartado 3, 6º, la Ley 16/2022 comenzaba a ser de aplicación a todas las solicitudes de exoneración del pasivo, con independencia de que el concurso se hubiera declarado con anterioridad o posterioridad a su entrada en vigor.

De este modo, en el presente, cabe observar cómo habiéndose intentado un AEP, cuyo resultado fue ineficaz, se presentó la demanda instando el concurso consecutivo de acuerdo a la disposición transitoria primera de la Ley 16/2022 y se tramitó, con posterioridad, la solicitud del EPI de acuerdo a la nueva redacción del TRLC.

²⁷ Disposición transitoria primera 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): “Los concursos consecutivos a un acuerdo de refinanciación o a un acuerdo extrajudicial de pagos que se declaren a partir de la entrada en vigor de la presente ley se regirán por lo establecido en los artículos 697 a 720 del TRLC, en la redacción dada por el RDL 1/2020, de 5 de mayo.”

c. *Concurso sin masa.*

1. Regulación anterior del concurso sin masa y su relación con la conclusión del concurso. Cambios introducidos con la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la LC.

La sección 4^a del Capítulo V del Título I, que comprende de los artículos 37 bis a 37 quinquies, se ocupa de regular la declaración del concurso sin masa. Se introduce de este modo, tras la reforma operada por la Ley 16/2022, una sección especial dedicada a regular esta particular situación que antes se abordaba en el capítulo dedicado a la conclusión y reapertura del concurso, buscando, esta nueva organización, de forma evidente, deslindar el concurso sin masa de la causa de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa.

La legislación concursal considera la insolvencia como único presupuesto objetivo de la declaración de concurso, y, por tanto, producida la insolvencia surge la obligación del deudor de solicitar el concurso y constatada esta, la obligación del juez de declararlo, poniéndose, de este modo, en marcha un procedimiento que evidentemente genera una serie de gastos y que tiene como fin la satisfacción de los acreedores por medio del convenio o de la liquidación de los bienes del deudor. Es ante este escenario, ante el que la insuficiencia de masa impide tanto que el concurso pueda alcanzar su fin, como que los gastos generados puedan ser sufragados por el patrimonio del



deudor.

Por consiguiente, el problema que plantean estos concursos es un problema eminentemente práctico por cuanto que si la finalidad del concurso es satisfacer los créditos de los acreedores y el deudor carece de bienes para pagar a los mismos, ¿es posible iniciar un procedimiento concursal en el que, de un lado, no se va a alcanzar su objetivo y de otro, va a generar unos gastos que tampoco van a ser satisfechos?²⁸

A este respecto precisar que la LC²⁹ en su redacción original no daba una respuesta clara, siendo, una vez más los tribunales los que tuvieron que optar por interpretar la norma,³⁰ optando algunos por la declaración y tramitación ordinaria del concurso, en tanto en cuanto, entendían que la conclusión no podría producirse hasta la firmeza de la resolución que denegara o concediera el BEPI y otros por su conclusión inmediata.

Esta situación se intentó enmendar con el RDL 1/2020, por el que se refundía la LC, surgiendo, así, los denominados “concursos exprés”, en los que, el juez en

²⁸ MOLINA PLA, M. (2023), “El concurso sin masa”, *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº17, enero 2023, págs. 1-11.

²⁹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. «BOE» núm. 164, de 10/07/2003.

³⁰ La única referencia se preveía en el artículo 176.1.4 LC, que preveía la posibilidad de concluir el concurso en cualquier estado del procedimiento, cuando se comprobara la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores.

el mismo auto que acordaba la conclusión designaba a un administrador concursal que debía liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden establecido en la ley para los supuestos de insuficiencia de masa.³¹

No ha de obviarse que si bien el objetivo principal del concurso pasa por conseguir un pago ordenado de los créditos en caso de insolvencia del deudor, lo cierto es que junto al mismo coexisten otros objetivos, como por ejemplo, la protección de los acreedores y la satisfacción efectiva de su interés en la tramitación del concurso, de lo contrario los mismos quedarían apartados de las posibilidades de cobro que el concurso les ofrece, siendo en este caso clave la figura del administrador concursal, a la que se le hará especial incidencia en este expositivo dada la novedad que incorporada por medio de la Ley 16/2022.

En el caso objeto de dictamen los solicitantes del concurso manifiestan que carecen de bienes de todo tipo, recogiéndose de este modo en el Auto de declaración del concurso de Don Antonio y Doña Isabel,³² y, por ende, el mismo se tramita con arreglo a las disposiciones de concurso sin masa introducidas por la Ley 16/2022.

La nueva redacción de la legislación concursal en su artículo 37 bis del TRLC, define el concurso sin masa como aquel en el que concurren alguno de los

³¹ Artículo 472 de la anterior redacción del TRLC.

³² Auto de fecha 3 de abril de 2023, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Cuenca (Concurso ordinario 128/2023).



siguientes supuestos por el siguiente orden, debiéndose seguirse el mismo, de tal modo que si no concurre uno se pasa al siguiente:

El primero, que el concursado no disponga de bienes y derechos susceptibles de ser legalmente embargables.

El segundo, que el coste de realización de los bienes y derechos del concursado no fuera proporcional respecto al valor venal previsible.

Y, el tercero que los bienes y derechos del concursado que estuvieran libres de cargas fueran inferiores al coste que probablemente supusiera el procedimiento.

Es entonces cuando el juez del concurso valora si se da o no la inexistencia o insuficiencia de masa, teniendo en cuenta para ello, los datos facilitados por el deudor con su solicitud, si bien puede requerir documentación complementaria.³³

Llegados a este punto, es donde cabe apreciar una de las novedades introducidas con la Ley 16/2022, y es que con la actual redacción del TRLC, si bien la insuficiencia de masa puede constatarse y dar lugar a la conclusión del concurso en cualquier fase del

³³ Dispone el artículo 11.1 del TRLC que "Si el juez estimara que la solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto material o procesal o que la documentación es insuficiente, señalará al solicitante un único plazo de justificación o de subsanación que no podrá exceder de tres días".

procedimiento concursal, el tratamiento que hace la ley difiere en los casos en los que la insuficiencia de masa se constata en el momento de la declaración de concurso y en los que se constata en un momento posterior.

Sin embargo, en la anterior redacción del TRLC, en el artículo 470, se daba la posibilidad de que el juez acordara en el mismo auto que contenía la declaración del concurso, la conclusión del procedimiento concursal si se apreciaba de manera evidente que la masa activa iba a resultar insuficiente para la satisfacción de los posibles gastos del procedimiento y, si además, tampoco era previsible el ejercicio de acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable.

En efecto, con la anterior redacción era posible que, constatada la insuficiencia de masa, el juez declarara y concluyera el concurso simultáneamente. Actualmente, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 16/2022, no cabe tal posibilidad.³⁴

Según dispone el artículo 37 ter, si de la solicitud de declaración de concurso y de los documentos que la acompañen se extrae que el deudor se encuentra en cualquier de las situaciones a las que se refiere el artículo 37 bis, el juez procede a dictar auto declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más pronunciamientos, ordenando la remisión telemática al Boletín Oficial del Estado para su publicación en el

³⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M. (2022), Manual de Derecho Concursal, La Ley, noviembre 2023, págs. 625-630.



suplemento del tablón edictal judicial único y la publicación en el Registro público concursal con llamamiento al acreedor o a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, en el plazo de quince días puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente informe razonado y documentado sobre los extremos a los que se refiere el artículo 37 ter.

El juez en consecuencia no puede concluir el concurso en el mismo auto de declaración. Si entiende que a la vista de la documentación presentada con la solicitud no concurre ningún presupuesto del artículo 37 bis del TRLC, declarará el concurso normalmente.

En otro caso, es decir, si a la vista de los datos entiende que sí se da alguno de los supuestos del artículo 37 bis del TRLC, no puede concluirlo, sino que debe declararlo y publicar tal declaración, quedando a partir de ese momento en manos de los acreedores, la decisión sobre la continuación o el archivo del concurso, cuestión esta de especial transcendencia que será objeto de posterior análisis.

No obstante lo anterior, es posible que la insuficiencia o inexistencia de masa se produzca en un momento posterior, de ese modo lo prevé el artículo 465.7º³⁵, debiéndose atender, en ese caso a lo previsto en el artículo 473 del TRLC, por el que se dispone que:

³⁵ Artículo 465.7º del TRLC "Cuando, en cualquier estado del procedimiento, se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, y concurran las demás condiciones establecidas en esta ley."

"En caso de insuficiencia sobrevenida de la masa activa para satisfacer todos los créditos contra la masa, la administración concursal, una vez pagados o consignado el importe de aquellos ya devengados conforme al orden establecido en esta ley, deberá solicitar del juez la conclusión del concurso de acreedores, con rendición de cuentas".

De lo anteriormente expuesto, cabe extraer que la opción seguida por el legislador ha sido la de hacer desaparecer los autos que declaraban automáticamente la declaración del concurso y, al mismo tiempo su conclusión y archivo de las actuaciones por insuficiencia de masa activa. De este modo se ha introducido una regulación específica que combina la necesidad de satisfacer los intereses de los acreedores y la propia finalidad del concurso con la posibilidad de asumir los gastos que el concurso genera.

En definitiva, la nueva reforma asume la tesis de la necesidad de declarar el concurso aun cuando conste desde el inicio del procedimiento la inexistencia de bienes suficientes incluso para sufragar los gastos del mismo, distinguiéndose claramente dos supuestos, el primero, cuando la insuficiencia es patente desde el mismo momento de la solicitud y el segundo, cuando aquella acontece en el momento en el que el concurso ya se está tramitando. Por ende, la acción del legislador con la nueva reforma introducida pasa por sacar los denominados concursos exprés de la conclusión del concurso trasladándolos al momento procesal de la declaración, habida cuenta, que con anterioridad los concursos sin masa se encontraban ligados sistemáticamente a la fase de conclusión del concurso.



2. Análisis del papel del deudor y de los acreedores tras la especialidad prevista en la nueva redacción del artículo 37 ter del TRLC.

El artículo 37 ter del TRLC, como se ha indicado regula las especialidades de la declaración del concurso cuando se constata la insuficiencia de masa.

Conforme se ha venido exponiendo, la insuficiencia de masa puede constatarse y dar lugar a la conclusión del concurso en cualquier fase del procedimiento, no obstante, el tratamiento que la legislación concursal ha dispuesto es diferente en el caso en el que la insuficiencia de la masa se constata en el momento de la declaración del concurso, siendo especialmente relevante en este caso, el protagonismo que se le otorga al deudor y sobre todo a los acreedores.³⁶

La primera parte del referido precepto establece que:

"Si de la solicitud de declaración de concurso y de los documentos que la acompañen resultare que el deudor se encuentra en cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo anterior, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más

³⁶ GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2022), "Incertidumbres del nuevo concurso sin masa, tras la Ley 16/2022", Uría Menéndez, Boletín Mercantil nº113, 2022, págs. 1-11, extraído de <https://www.uria.com/es/publicaciones>, (consultado última vez 8/01/2024).

pronunciamientos³⁷, ordenando la remisión telemática al «Boletín Oficial del Estado» para su publicación en el suplemento del tablón edictal judicial único y la publicación en el Registro público concursal...”

Y, por tanto, del mismo cabe extraer que en el momento inicial del procedimiento, el legislador ha querido otorgar el papel de protagonista principal al deudor, por cuanto que será este, quien deba presentar la solicitud de declaración de concurso junto a la documentación pertinente a fin de que el juez tome la decisión de declarar el concurso sin masa.

Así pues, a la vista de la documentación aportada, el juez, si entiende que se dan alguno de los requisitos del artículo 37 bis, deberá declarar y publicar el concurso, pasando desde ese momento el protagonismo a los acreedores, en tanto en cuanto, serán en ellos en los que quedará la decisión sobre la continuación o el archivo del concurso. De este modo, dispone la segunda parte del artículo 37 ter que se llamaran a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, durante un plazo de quince días, puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente informe razonado y documentado a cerca de las siguientes cuestiones:

En primer lugar, si se hallan notorios indicios de que el

³⁷ El hecho de que se disponga sin “más pronunciamientos”, alude a que no se harán los pronunciamientos que ha de contener el auto de declaración del concurso en los términos recogidos en los artículos 28 y siguientes del TRLC, no obstante, la declaración del concurso sin masa produce todas las consecuencias y efectos que le son inherentes al concurso.



deudor hubiera llevado a cabo actos perjudiciales para la masa activa, susceptibles de ser rescindidos.

En segundo lugar, si se encuentran evidencias suficientes para el ejercicio de una posible acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada, o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones inherentes al cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados.

Y, en tercer lugar, que se sospeche sobre una posible calificación culpable del concurso.

Por tanto, son los acreedores los que tienen que solicitar el nombramiento de administrador concursal para que emita un informe, cuyo objeto es determinar si, a pesar de la insuficiencia o inexistencia de masa activa en el momento de la solicitud de declaración de concurso, aún es posible ejercitar alguna acción en el seno del concurso que permita incrementar la masa activa o dirigir la responsabilidad hacia un tercero, satisfaciendo de este modo el interés de los acreedores que constituye una de las finalidades del proceso concursal, lo que plantea cuestiones, cuanto menos, importantes de ser analizadas, especialmente la referente a la legitimación de los acreedores y al contenido del auto complementario en caso de

solicitarse nombramiento de un administrador concursal.³⁸

No obstante, merece especial mención, por cuanto que en el presente los acreedores de Don Antonio y Doña Isabel no presentaron solicitud de nombramiento de administrador concursal para que se emitiera informe, que ocurre cuando estos no se pronuncian o habiendo solicitado informe, en el mismo no se aprecia ningún indicio de los relacionados en el artículo 37 ter del TRLC.

Dispone a este respecto el apartado 2 del referido precepto, que:

"En el caso de que, dentro de plazo, ningún legitimado hubiera formulado esa solicitud, el deudor que fuera persona natural podrá presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho"

Y, por tanto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 501 del TRLC, el deudor, podrá presentar solicitud de EPI, en cuyo caso, no podrá dictarse auto de conclusión hasta que se resuelva sobre la exoneración, lo que constituye el único objeto del procedimiento.

Pero ¿qué hubiera ocurrido en el caso objeto de dictamen si alguno de los acreedores hubiera solicitado el nombramiento de un administrador concursal para que presentara un informe razonado a fin de conocer si existen los indicios que el artículo 37 ter expone?

³⁸ CUENA CASAS, M. (2023), "Artículos 486 a 502 del TRLC" en PULGAR EZQUERRA (Dir.), Comentario a la Ley Concursal. Tomo II, La Ley, Madrid, 2023, págs. 257-270.



Es evidente, que con la anterior redacción de la LC se atribuía el control sobre la concurrencia de los presupuestos que daban lugar a la conclusión del concurso sin masa al juez del concurso, lo que convertía en poco operativa la previsión normativa, en tanto en cuanto, resultaba cuanto menos complicado que el juez del concurso, en un momento inicial del procedimiento, pudiera valorar todas esas circunstancias sin más datos que los aportados, normalmente, por el propio deudor.

Sin embargo, con la actual redacción, como ya se adelantaba, son los acreedores los que podrán solicitar el nombramiento de un administrador concursal³⁹ que emita un informe específico en orden a valorar la continuación o la terminación del procedimiento concursal.

Esta relevancia de los acreedores en realidad constituye un “regalo envenenado”, en tanto en cuanto, son ellos mismos los que tienen que valorar si existen indicios para que puedan prosperar posibles acciones rescisorias, de responsabilidad de administradores o de calificación de culpabilidad, y quizás, no siempre disponen de la documentación precisa o no están dispuestos a pagar los honorarios del informe del administrador concursal.

En cualquier caso, si dentro de los quince días que establece el artículo 37 ter algún acreedor o acreedores

³⁹ JUANES MORENO-CERVERA, J. (2023), “Remuneración del administrador concursal, prohibiciones e incompatibilidades para su nombramiento”, Artículo 27. Abogados Economistas, julio 2023, págs. 1-5.

que representen al menos el 5% del pasivo solicitan el nombramiento de un administrador concursal, el juez del concurso debe nombrarlo por auto sin que quepa margen de discrecionalidad, dados los términos imperativos que ha empleado el legislador.

El pasivo al que se alude es el pasivo global que resulte de la documentación que aporte el deudor junto con su solicitud, con independencia de la clasificación del crédito, habida cuenta, que en ese momento todavía no se ha procedido a la misma.

Uno de los extremos que mayor suspicacia levanta, es la retribución del administrador concursal, en tanto en cuanto, si bien en el auto de nombramiento del mismo el juez debe fijar su retribución, la cual debe ser asumida por el acreedor solicitante, lo cierto es que nada prevé la norma a cerca de los criterios para la determinación del importe, el momento de satisfacción del pago, ni mucho menos de la clasificación de ese crédito.⁴⁰

En cualquier caso, resulta inequívoco, que de confirmarse la concurrencia de alguno de los indicios del artículo 37 ter, habría una ampliación de las expectativas de cobro de los acreedores, de forma que, aun con el riesgo de asumir nuevos costes, no es extraño que los acreedores opten por la solicitud del informe pues ello se traduce en la posibilidad de incrementar el valor de la masa activa del concurso.

Por ende, de existir indicios para el ejercicio de las acciones indicadas o la calificación culpable del

⁴⁰ Acuerdo Nº 8/2021 del Tribunal de Instancia Mercantil De Sevilla, de fecha 28 de junio de 2021.



concurso, el juez procedería de conformidad con lo establecido en el artículo 37 quinquies, que indica que:

1. Si en el informe el administrador concursal apreciara la existencia de los indicios a que se refiere el artículo 37 ter, el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en esta ley.
2. El administrador concursal deberá ejercitar las acciones rescisorias y las acciones sociales de responsabilidad antes de que transcurran dos meses a contar desde la presentación del informe a que se refiere el artículo anterior. Si no lo hiciera, el acreedor o los acreedores que hubieran solicitado el nombramiento de administrador concursal estarán legitimados para el ejercicio de esas acciones dentro de los dos meses siguientes. El régimen de las costas y de los gastos será el establecido en esta ley para los casos de ejercicio subsidiario de acciones por los acreedores.

Consecuentemente si existe un informe favorable que determina la necesidad de continuar el procedimiento, es necesario que el juez dicte otro auto que complemente el anterior e incluya todos los pronunciamientos que exigen los artículos 28, 30 y 31 del TRLC, además de los específicos que son relativos a la fase de liquidación, de modo que, el concurso se tramitaría de forma ordinaria.

En caso contrario debería dictarse auto de conclusión

de concurso, aunque podría ocurrir que el acreedor o acreedores solicitantes pudieran oponerse a la conclusión del concurso de conformidad con lo preceptuado en el artículo 475 del TRLC o solicitar la continuación del concurso si se dan los requisitos del artículo 476 del TRLC.

De lo extractado cabe inferir que el legislador ha optado por instaurar un sistema que favorece la celeridad del procedimiento y es que al margen de ciertas críticas que pasan por entender que la nueva regulación da cobertura al endeudamiento irresponsable, lo cierto es que nos encontramos ante un escenario en el que se ha optado por primar la rapidez, seguramente, por dar cobertura a numerosas personas que no pudieron acceder a un régimen de segunda oportunidad hasta el año 2015.

d. Exoneración del pasivo insatisfecho.

1. Evolución de la figura.

Hasta la reforma de la LC por la Ley 14/2013, la regla general en el derecho español era que el deudor persona física insolvente debía responder de las deudas impagadas tras la liquidación de su patrimonio por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal, previsto en el artículo 1911 del Código Civil. De modo que lo que ocurría en ocasiones es que la situación del deudor insolvente no se veía enmendada, incluso podía ocurrir que la misma fuera peor que antes de la declaración del concurso.

En efecto, hasta ese momento no existía en España no existía regulación alguna acerca del EPI, figura en



virtud de la cual el deudor de buena puede solicitar la extinción del pasivo exonerable tras la liquidación del patrimonio embargable, con la finalidad de que pueda volver a empezar sin el lastre que conllevan las deudas, denominándose también como régimen de segunda oportunidad o *fresh start*.⁴¹

No obstante, conviene precisar que lo que la Ley 14/2013 vino a establecer fue una muy limitada exoneración de las deudas, por cuanto que el deudor de buena fe solamente podía ver extinguidas sus deudas si abonaba un umbral mínimo de pasivo un tanto exigente.

Esta falta de un efectivo régimen de segunda oportunidad ha tenido un gran impacto económico en España, habida cuenta que ello provocaba desincentivar la iniciativa empresarial por culpa de la penalización del fracaso, lo que, además, constituía un estímulo positivo a la economía sumergida.⁴² De este modo, el deudor era condenado a la exclusión, convirtiéndose en acreedor de recursos públicos, lo que agravaba de forma evidente el déficit público.

Igualmente, se ha de tener en cuenta que si nos encontramos con un adecuado régimen de segunda oportunidad ello puede ser decisivo en el plano de la

⁴¹ CUENA CASAS, M. (2014), "Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*", *Anuario de derecho concursal*, nº31, 2014, págs. 123-159.

⁴² No se ha de obviar a este respecto que la persona física empresaria es la forma predominante en la constitución de las pequeñas y medianas empresas, de hecho, el 55,9 % de los empresarios son personas físicas.

prevención del sobreendeudamiento privado por cuanto que estimula la concesión responsable del crédito, cuestión esta de suma importancia que fue una de las causas de la crisis del año 2008. A este respecto, señala el Banco Mundial⁴³ que *"los acreedores que saben que sus deudores tienen acceso a una "salida de emergencia" tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión del crédito"*.

Consciente de esta situación y ante la presión de las autoridades europeas en las que se reclamaba una modificación legal que instaurara un régimen de segunda oportunidad real y efectivo, es en el año 2015 cuando el legislador español afronta el problema de la exoneración del pasivo a través de la Ley 25/2015, introduciéndose la figura del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el artículo 178 bis de la LC.

El régimen previsto en este precepto resultaba ser más amplio que el regulado en la Ley 14/2013, configurándose como un beneficio excepcional a la regla general de responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil. En efecto, el deudor debía abona un umbral de pasivo mínimo no exonerable bien de manera inmediata o bien a través de un plan de pagos.⁴⁴

⁴³ GARRIDO GARCÍA, J.M. (2014), "Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, Anuario de derecho concursal, enero-abril 2014", págs. 197-356.

⁴⁴ Art. 178 bis 3. 4º y 5º "Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: Que haya satisfecho



Ello resultaba un tanto absurdo por cuanto que, de un lado, poco sentido tenía liquidar el patrimonio del deudor y que aun así el mismo tuviera que abonar un plan de pagos y de otro, por cuanto que las condiciones eran más gravosas para el deudor que se acogía a un plan de pagos que para el que no lo hacía, de modo que, fueron los tribunales quienes intentaron solventar tales inconvenientes, si bien fuera del marco legal, y, por ende, creándose una enorme inseguridad jurídica.

Ante las dudas interpretativas que presentaba la LC, el legislador español tuvo que elaborar un texto refundido a fin de aclarar la regulación concursal, aprobándose de este modo el TRLC por el RDL 1/2020, el cual ha sido de nuevo modificado por la Ley 16/2022 que transpone la DRI (UE) 2019/1023, siendo la principal novedad, como ya se adelantó, que el EPI dejar de ser una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal, pasando a convertirse en un derecho del deudor, motivo este por el cual deja de usarse la palabra "beneficio".

Hasta el momento, es evidente que el sistema regulado no funcionaba del todo bien, siendo una de las principales razones el nivel de apalancamiento de las personas físicas, en tanto en cuanto, hasta el año 2015 no se había introducido la figura del BEPI, por lo que los

en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

5.º Que, alternativamente al número anterior:

i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.

ciudadanos españoles habían acumulado gran cantidad de pasivo como consecuencia de la crisis de 2008, lo que a su vez provocaba que las negociaciones se vieran truncadas.

Esta nueva regulación es una imposición de la DRI (UE) 2019/1023 para que todo empresario pueda tener acceso a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas, configurándose, por tanto, como un derecho que solo puede ser excepcionado cuando concurren las circunstancias del artículo 23 de tal directiva, no habiendo, además, límite cuantitativo salvo en el caso de deudas por créditos de Derecho Público.

Por consiguiente, existe una inversión de la carga de la prueba, el deudor ya no tiene que probar su derecho a la exoneración, sino que son los acreedores los que habrán de poner de manifiesto las posibles circunstancias impeditivas.

Otra de las novedades que se ha introducido y en la que ya se ha profundizado es que para solicitar el EPI deja de ser necesario intentar lograr un AEP. La posibilidad de acuerdo se mantiene, pero dentro del concurso, a través del convenio.

2. El deudor de buena fe como piedra angular de la regulación del EPI.

Dispone el artículo 486 del TRLC que el deudor persona natural podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho siempre que sea deudor de buena fe. La



exoneración de deudas o "discharge"⁴⁵ constituye un instituto jurídico, de origen legal, en virtud del cual, tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia, el deudor persona natural se ve liberado de la deuda no satisfecha en el seno del procedimiento concursal o tras el transcurso de un plazo establecido tras su conclusión.

En este sentido, por mucho que el EPI se configure como un derecho del deudor, no hay que olvidar que supone un sacrificio del derecho de crédito de los acreedores que no reciben compensación alguna. Por ello, la exoneración, desdesus inicios trata de proteger "*al deudor honesto pero desafortunado*"⁴⁶ que, por ciertas circunstancias, que no han de ser juzgadas, deviene insolvente.

La exposición de motivos de la Ley 16/2022 establece que el modelo de EPI español es normativo, y, por tanto, la buena fe sigue siendo una pieza angular de la exoneración. No obstante, en la DRI (UE) 2019/1023 se prescinde del concepto deudor de buena fe y solo se indica que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas

En el artículo 487 del TRLC establece una serie de excepciones a la obtención del EPI de carácter objetivo y de las que cabe entender que el concepto de buena fe se deduce al contrario de las mismas. Estas son:

⁴⁵ HOWARD, M. (1987), "A theory of discharge in consumer bankruptcy", *Ohio State Law Journal*, núm.48, 1987, pág. 1052

⁴⁶ CUENA CASAS (2023). op cit. pág 295

En primer lugar, cuando en los diez años anteriores a la solicitud del EPI, el deudor hubiera sido condenado por sentencia firme a penas privativas de libertad por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental o por delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, siempre que la pena máxima señalada del delito fuera igual o superior a tres años.

En segundo lugar, cuando en los diez años anterior a la solicitud del EPI, el deudor hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado un acuerdo firme de derivación de responsabilidad,

En tercer lugar, cuando el concurso hubiera sido declarado culpable. Sin embargo, si ello hubiera sido única y exclusivamente por haber incumplido el deudor el deber de solicitar la declaración de concurso, el juez puede valorar las circunstancias.

En cuarto lugar, cuando en los diez años anteriores a la solicitud del EPI el deudor haya sido declarado como persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero calificado como culpable.

En quinto lugar, cuando se hayan incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal.

Y, por último, cuando se haya proporcionado información falsa por parte del deudor o se haya comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus



obligaciones.

No obstante, de lo reseñado en este precepto, cabe extraer que, si bien el legislador español ha optado por un modelo normativo, en el mismo existe cierto matiz valorativo, en tanto en cuanto, el apartado sexto introduce un concepto de buena fe que permite al juez analizar la conducta del deudor a la hora de endeudarse sobre la base de unos criterios objetivos.⁴⁷

En suma, el requisito de buena fe viene hacer referencia al enjuiciamiento de la conducta del deudor, habiendo optado el derecho español por valorar esa conducta con base en la concurrencia de determinados supuestos específicos que se formulan de forma negativa en el artículo 487 del TRLC, y que permiten al juez tener cierta maniobra de actuación.

3. Modalidad de EPI aplicado al supuesto.

El modelo español que surge tras la reforma concursal prevé dos itinerarios para la obtención del EPI que debe ser solicitada por el deudor persona natural, con independencia de que sea o no empresario: liquidación de la masa activa y plan de pagos sin liquidación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 486 del TRLC.

La exoneración con sujeción a un plan de pagos⁴⁸ sin

⁴⁷ AZOFRA VEGAS, F. (2021), "La exoneración del pasivo insatisfecho", Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones, 2021, pág. 263.

⁴⁸ Artículo 495 del TRLC: "1. El deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo con sujeción a un plan de pagos y sin

previa liquidación de la masa activa, consiste en que previa valoración del patrimonio del deudor y siempre que este lo solicite, puede procederse a la exoneración a través de la imposición judicial de un plan de pagos que incluya novaciones, quitas, esperas... etc.⁴⁹

La principal novedad que presenta este itinerario es que no es precisa la liquidación del patrimonio del deudor y el plan de pagos no puede tener una duración superior a tres años.

Ello ha sido acogido en el derecho español por exigencia de la DRI (UE) 2029/1023, que ha incidido decisivamente en la regulación del plan de pagos. La misma, preveía que los estados miembros pudieran hacer depender la concesión del beneficio de la

liquidación de la masa activa. En la solicitud, el deudor deberá aceptar que la concesión de la exoneración se haga constar en el Registro público concursal durante el plazo de cinco años o el plazo inferior que se establezca en el plan de pagos. Deberá acompañar a la solicitud las declaraciones presentadas o que debieran presentarse del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los tres últimos ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud, y las de las restantes personas de su unidad familiar.

2. La solicitud de exoneración mediante plan de pagos podrá presentarse en cualquier momento antes de que el juez acuerde la liquidación de la masa activa.”

⁴⁹ Artículo 496 del TRLC: “1. En la propuesta de plan de pagos deberá incluir expresamente el deudor el calendario de pagos de los créditos exonerables que, según esa propuesta, vayan a ser satisfechos dentro del plazo que haya establecido el plan. 2. La propuesta de plan de pagos deberá también relacionar en detalle los recursos previstos para su cumplimiento, así como para la satisfacción de las deudas no exonerables”



exoneración de las deudas a un reembolso parcial de la deuda, pero debiendo garantizar que la correspondiente obligación de reembolso se basase en la situación individual del empresario, así como fuera proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, teniendo en cuenta, además, el interés equitativo de los acreedores.

El plan de pagos constituye, por tanto, una vía alternativa para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho que permite al deudor evitar la liquidación de su patrimonio, si bien compromete parte de sus ingresos al pago de las deudas exonerables.

La principal diferencia que puede observarse entre la nueva regulación y la ya derogada es que el plan de pagos vigente tiene por objeto deudas exonerables, mientras que antes el objeto del plan eran deudas no exonerables y las que debían ser exonerables para la obtención del EPI.

Es evidente que el plan de pagos exige cierta capacidad económica por parte del deudor, de modo que la propuesta del mismo, a tenor de lo preceptuado en los artículos 495 y 496 del TRLC debe acompañarse de cierta documentación acreditativa de los ingresos y gastos previstos.

De otro lado, el otro itinerario que prevé la legislación concursal es la exoneración inmediata tras la liquidación del patrimonio del deudor en los casos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa o por liquidación. Esta modalidad se encuentra regulada en el

artículo 501 del TRLC, por el que se indica que en aquellos supuestos de concurso sin masa en los que no se hubiera convenido llevar a cabo la liquidación de la masa activa, el concursado tiene la posibilidad de presentar ante el juez la solicitud de EPI dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo para que los acreedores legitimados puedan presentar el nombramiento de un administrador concursal sin que lo hubieran realizado o habiéndolo realizado, desde la emisión del informe por este en el que no se aprecien indicios suficientes para la continuación del procedimiento concursal.

Igualmente, el meritorio precepto indica que las mismas reglas serán de aplicación en los casos de insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa y en aquellos en los que una vez liquidada la masa activa, el líquido resultante sea insuficiente para cubrir la totalidad de los créditos concursales reconocidos. En este caso, por tanto, el concursado puede presentar ante el juez la solicitud del EPI dentro del plazo de audiencia que se concede a las partes para que formulen oposición a la solicitud de conclusión del concurso.

Es evidente que cuando el deudor no tiene nada debe abandonar rápido el procedimiento concursal y lograr una recuperación rápida, de modo que la liquidación del patrimonio continúa siendo el modo más sencillo para obtener el acceso a la exoneración, dado que el deudor no asume ningún compromiso en relación con el pago de la deuda exonerable que subsiste, si bien ve liquidados todos sus activos realizables, tras lo cual, si cumple los requisitos previstos legalmente obtiene inmediatamente la exoneración sin tener que esperar el



plazo de tres años o el que se establezca en el plan de pagos, la cual, además, es definitiva aunque revocable.⁵⁰

A la liquidación del patrimonio se suman los numerosos supuestos de concursos con insuficiencia de masa activa en los que como en el presente no llega abrirse formalmente la fase de liquidación. En estos casos, no es posible acudir para la obtención de la exoneración a un plan de pagos pues la normativa alude expresamente a acudir a la vía de la liquidación.

Igualmente, conviene precisar que en los casos de exoneración del pasivo insatisfecho tras la liquidación, los requisitos formales exigidos son mucho menos rigurosos que en el caso del plan de pagos, por cuanto que tal y como establece el artículo 501.3 del TRLC, en la solicitud el concursado tan solo debe manifestar que no está incursa en ninguna de las causas que impiden la obtención del EPI y acompañar las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los últimos años anteriores a la fecha de la solicitud.

Adentrándonos en el supuesto objeto de dictamen, se ha incidir en el hecho de que, si bien la elección de uno u otro itinerario es una decisión libre del deudor, en el caso de concurso sin masa, como es el presente, el

⁵⁰ AZGARA MALO, J., RAIMON TAGLIAVINI S. (2022), "Conclusión. El concurso sin masa no es con masa insuficiente" Uría Menéndez, octubre 2022, extraído de <https://www.uria.com/es/publicaciones/8123-conclusion-el-concurso-sin-masa-no-es- con-masa-insuficiente>, (consultado última vez 30/12/2023).

artículo 486 de TRLC impone acudir a esta vía. De este modo, el Auto de 21 de junio de 2023 dictado en el seno del procedimiento concursal de Don Antonio y Doña Isabel,⁵¹ por el que se les concede el EPI argumenta que:

"En el presente caso, no se ha formulado oposición y cumpliéndose con los presupuestos expuestos, la exoneración del pasivo insatisfecho se hace con carácter definitivo dada la inexistencia del plan de pagos para el pago de los créditos y para la totalidad de las deudas insatisfechas, las cuales son exonerables en su totalidad habida cuenta que el concursado no es deudor público y no consta la existencia de deudas no exonerables."

En efecto, desde el punto de vista procedural el acceso a la obtención del EPI tras la conclusión del concurso presenta ciertos problemas por cuanto que el deudor llega sin nada y no es previsible el ejercicio de las acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable.

Se ha de partir del hecho de que aun que se produzca insuficiencia patrimonial no necesariamente se traduce en una inexistencia de bienes. Por tanto, la anterior redacción del TRLC⁵² preveía que era necesario nombrar

⁵¹ Auto de fecha 21 de junio de 2023, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Cuenca, (Concurso Ordinario 128/2023).

⁵² Artículo 472 de la anterior redacción del TRLC: "Si el concursado fuera persona natural, el juez, en el mismo auto que acuerde la conclusión, designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden establecido en esta ley para el supuesto de insuficiencia de masa."



un administrador concursal para liquidar los bienes existentes, y en su caso, pagar los créditos contra la masa. De este modo, una vez concluida tal liquidación, el concursado tenía un plazo de quince días para solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho.

Sin embargo, ¿qué es lo que ha ocurrido con la entrada en vigor de la Ley 16/2022? ¿Por qué el Auto por el que se concede el EPI a Don Antonio y Doña Isabel si bien opta por el itinerario de la liquidación, no abre formalmente esta fase?

El interrogante que surge tras la reforma es si resulta necesario o no liquidar el escaso patrimonio del deudor en los casos de masa activa por cuanto que se ha de tener en cuenta que no porque los bienes no sean suficientes para hacer frente al pago de los gastos del procedimiento signifique que no existan bienes susceptibles de ser liquidados.

Conforme se ha expuesto antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2022 si resultaba necesario proceder a la liquidación, nombrándose a tal efecto un administrador concursal, sin embargo, en la actualidad esto no sucede por cuanto que se ha optado por otorgar un mayor poder de control a los acreedores, siendo, por tanto, ellos los que decidan (siempre que representen el 5% del pasivo), el nombramiento de un administrador concursal, decisión esta que en el presente decidieron no ejercitar.

El resultado es, por tanto, que ante esta hipótesis el procedimiento concursal puede concluirse sin que se haya liquidado el patrimonio y sin que se abra pieza de

calificación, con los riegos que conlleva desde el punto de vista de la EPI.

En pocas palabras, si se trata de un concurso sin masa parece que el deudor puede obtener la exoneración a través del itinerario de la liquidación sin que se haya abierto la fase propiamente de liquidación.

Este planteamiento, sin duda, resulta ciertamente contradictorio con el artículo 501 del TRLC y con la propia DRI (UE) 2019/1023, que no permite la exoneración sin liquidación. De modo que realizada la solicitud de exoneración deberían liquidarse los bienes del deudor, en tanto en cuanto, si bien la liquidación no es un requisito para concluir un concurso por insuficiencia de masa, si lo es para obtener la exoneración.

Desde luego que la falta de previsión de un régimen especial de liquidación cuando se trata de pedir la exoneración con posterioridad a la acreditación de la insuficiencia de la masa, genera ciertas dudas interpretativas en la nueva regulación y lo más importante, es que atendiendo a la propia finalidad de la norma, admitir la conclusión del concurso sin masa, sin liquidación ni apertura de la fase de calificación abre un “agujero” en el sistema, generando incentivos a la declaración de este tipo de concursos, lo que es contrario a la propia finalidad del proceso concursal que pretende, además de la recuperación de la vida económica del deudor, la satisfacción de los créditos de los acreedores.

En definitiva, al haberse privado al juez del poder de la apertura de la fase de liquidación, son los acreedores



que representen al 5% los que tienen en su mano esa decisión, y, por ende, se puede dar la circunstancia que si no la ejercitan se proceda a conceder, como en el caso de Don Antonio y de Doña Isabel, el EPI sin haber abrir formalmente la fase de liquidación.

Finalmente, dispone el artículo 502 del TRLC que, si la administración concursal y los acreedores personados mostraran conformidad a la solicitud del deudor o no se opusieran a ella dentro del plazo legal, el juez del concurso, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos pertinentes concederá el EPI en la resolución en la que declare la conclusión del concurso, siendo esta de carácter definitivo.

De este modo, puede observar en la parte dispositiva del Auto de fecha 21 de junio de 2023 que acuerda:

1. La exoneración definitiva del pasivo insatisfecho de los deudores Don Antonio Ruiz Zamora y Doña Isabel López Gil.
2. Concluir el presente procedimiento concursal por encontrarse en el supuesto de inexistencia de masa.
3. Archivar definitivamente las actuaciones, una vez firme la resolución, con devolución de toda la documentación original aportada
4. Dar la publicidad de la resolución en los términos previstos en el TRLC.
5. Comunicar a los acreedores afectados la exoneración acordada a los sistemas de información crediticia a los que previamente hubieran informado del impago o de la mora de deuda exonerada para la debida actualización de sus registros.

6. Librar testimonio de la resolución.

Por último, en línea con el contenido de los puntos 4 y 5 de la resolución supra referida, merece especial mención la publicidad que se le debe dar al dato de la obtención de exoneración del pasivo y la protección de datos personales a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 7 de diciembre de 2023.⁵³

Conforme se ha venido exponiendo a lo largo del presente trabajo, uno de los objetivos principales de la DRI (UE) 2019/1023 que se ha plasmado en la nueva redacción del TRLC, es que el deudor de buena fe obtenga una exoneración plena de su pasivo y pueda reanudar su vida económica y empresarial.⁵⁴

Sin embargo, el estigma asociado a los procedimientos concursales en ocasiones frustra este objetivo. En efecto, si lo pretendido es que la persona física que ha obtenido el EPI pueda acceder a financiación y pueda reiniciar una actividad económica es cuanto menos necesario que se dé la publicidad oportuna a este dato.

⁵³ Sentencia del TJUE. Asunto C-518/22 (AP Assistenzprofis) de 7 de diciembre de 2023.

⁵⁴ CUENA CASAS, M. (2023), "Protección datos personales y publicidad del dato de la obtención de la exoneración del pasivo. (A propósito de la sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2023",

Hay Derecho, diciembre 2023. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2023/12/18/proteccion-datos-personales-y-publicidad-del-dato-de-la-obtencion-de-la-exoneracion-del-pasivo-a-proposito-de-la-sentencia-del-tjue-de-7-de-diciembre-de-2023/>, (consultado última vez 14/01/2024).



En este sentido, el primer paso que debe llevarse a cabo es la supresión de los datos negativos de solvencia, debiéndose proceder a cancelar el dato de morosidad gracias a la obtención de la exoneración, para ello existen dos momentos.

De un lado, cuando el deudor se ha acogido a la exoneración a través de un plan de pagos. En este supuesto se ha de publicar el dato de la exoneración provisional durante el plazo de duración del plan, según lo dispuesto en el artículo 495 del TRLC.

Y de otro lado, cuando el deudor obtiene la exoneración definitiva tras la liquidación o sin ella (cuando se trate de concurso sin masa), en este caso, la legislación concursal ordena la inscripción de la resolución en el Registro Público Concursal,⁵⁵ si bien en este caso el RD 892/2013 no establece un plazo explícito por cuanto que el EPI⁵⁶ no estaba vigente cuando se aprobó el

⁵⁵ Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal. «BOE» núm. 289, de 3/12/2013.

⁵⁶ No obstante, se está tramitando un Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Registro público concursal que prevé en su art. 9.1.e) que “los datos relativos a los deudores que hubieran obtenido el beneficio de la exoneración podrán cancelarse desde la publicación del auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho. Transcurridos otros cinco años desde esta cancelación de estos datos podrá procederse a su supresión”, cuestión esta que habrá de ser interpretada conforme a la sentencia del TJUE de fecha 7 de diciembre de 2023.

mismo.

No obstante, el mismo dispone en su artículo 6 que:

"Los datos de carácter personal incluidos en las resoluciones concursales y en los asientos registrales insertados en el Registro Público Concursal en cualquiera de sus secciones serán cancelados dentro del mes siguiente a que finalicen sus efectos, sin perjuicio de su disociación para su utilización posterior"

Ello, en todo caso se refiere a los registros públicos, por lo que para poder examinar el plazo en el que este dato negativo de solvencia puede permanecer en los registros privados habría que acudir a LOPD y GDD,⁵⁷ que dispone que estos datos se mantengan en el sistema mientras persista el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito.

Por tanto, cabe observar una discordancia de la regulación de la publicidad del EPI entre los registros públicos y los sistemas de información crediticia privados. No obstante, el TJUE en sentencia de 7 de diciembre de 2023, se ha pronunciado a este respecto en relación con la discrepancia existente en el Derecho alemán respecto de la conservación del dato de la publicidad de la concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho, habiendo considerado que es contrario a

⁵⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. «BOE» núm. 294, de 06/12/2018.



derecho que las agencias privadas conserven los datos negativos de solvencia durante más tiempo que el registro público de insolvencia.

De modo que, aplicando esta doctrina a nuestro derecho, debe ser de aplicación la duración un mes que se prevé en el RD 892/2013, por cuanto que como expresamente refiere el TJUE, *"transcurrido el plazo de publicidad en Registro público la conservación es ilícita y los derechos y los intereses del interesado prevalecen sobre los intereses del público a disponer de esa información"*.

En suma, si el objetivo pretendido es que el deudor insolvente de buena fe obtenga una segunda oportunidad, los datos negativos de insolvencia y morosidad deben desaparecer a fin de brindarle la oportunidad de acceder de nuevo a la vida empresarial.

V. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Habiendo realizado un estudio del caso podemos concluir que la entrada en vigor de la Ley 16/2022 ha supuesto un cambio, cuanto menos, significativo en los concursos de acreedores de personas físicas, especialmente en lo relativo a los concursos consecutivos a un AEP, en los concursos sin masa y en la obtención del EPI, que deja de configurarse como un beneficio y pasa a ser un derecho para todos los deudores que cumplan ciertos requisitos.

De lo extractado a lo largo de los expositivos anteriores cabe observar como Don Antonio Ruiz Zamora y Doña Isabel López Gil, quienes se encontraban en situación

de insolvencia, en tanto en cuanto, no podían cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles dado que se habían sobre endeudado con préstamos personales a fin de salvar la situación financiera de la mercantil de la que eran socios, se ven abocados a un procedimiento concursal, que finalmente, desemboca en la obtención del EPI, lo que ha supuesto, indudablemente, para estos sujetos comenzar de nuevo su vida financiera sin el lastre de las deudas a las que ya no podían hacer frente, conforme se alentaba en la DRI (UE) 2019/1023, objeto de transposición.

SEGUNDA.- Atendiendo al supuesto de hecho, Don Antonio y Doña Isabel, empresarios personas físicas casadas en régimen de gananciales a fin de regularizar su situación financiera intentan lograr un AEP con sus acreedores de conformidad con la antigua redacción del TRLC, en tanto en cuanto, en ese momento todavía no había entrado en vigor la Ley 16/2022, sin embargo el mismo resulta infructuoso y por ende, se ven obligados a presentar la demanda de concurso consecutivo de acuerdo con la Disposición Transitoria Primera de la citada ley.

El concurso consecutivo, que ya no se prevé en la vigente redacción, constituía una vía para obtener el BEPI, de modo que, si el objetivo perseguido por los deudores era obtener una exoneración de sus deudas, debían haber intentado con anterioridad, en una fase estrictamente extrajudicial, negociar con sus acreedores, sin embargo, como cabe observar en los fundamentos jurídicos desarrollados, el legislador español en aras de dar celeridad a los procedimientos concursales de persona física ha optado por suprimir esta fase, seguramente, motivado por la situación



financiera de numerosos empresarios personas físicas que hasta el año 2015 no pudieron acceder a un régimen de segunda oportunidad.

TERCERA.- No obstante, como no es extraño que suceda, los sujetos protagonistas llegan al concurso sin patrimonio suficiente con el que satisfacer no solo los créditos de sus acreedores, si no los propios gastos que se generan durante la tramitación del concurso, tratándose, por ende, de un concurso sin masa.

Estos concursos que con la anterior redacción del TRLC, podían ser declarados y concluidos ("concursos exprés") en un mismo auto, se han visto modificados significativamente con la entrada en vigor de la Ley 16/2022, en efecto, el legislador ha tratado de deslindar los mismos de las causas de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, intentándose lograr, de este modo, un justo equilibrio de los objetivos que persigue el concurso de acreedores.

Consecuentemente, el juez ya no puede declarar y concluir un concurso simultáneamente, si no que, si a la vista de la documentación infiere que no existe masa suficiente, deberá declararlo, y será, en los acreedores que representen al menos el 5% del pasivo, en los que quede el poder de decisión de que el mismo continúe o se archive.

En efecto, los acreedores que sospechen de la existencia de algún indicio relativo a posibles acciones rescisorias, de responsabilidad de administradores, o de calificación de culpabilidad podrán solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que



emita un informe sobre tales extremos, si bien los mismos deberán hacerse cargo de los honorarios de este, lo que plantea ciertas dudas, en tanto en cuanto, la previsión normativa no ha regulado nada acerca de los criterios para la determinación del importe, del momento de la satisfacción del pago ni de la clasificación que recibiría ese crédito.

Sin duda, ello supone un cambio de paradigma, en tanto en cuanto, hasta el momento era el juez el que tomaba la decisión de concluir el concurso, lo que de un lado parece lógico, habida cuenta que no siempre los acreedores van a disponer de información suficiente sobre el concursado que les permita observar que este ha actuado de forma contraria a derecho ni, por supuesto, van a estar dispuestos siempre a hacerse cargo de los honorarios de un administrador concursal. Es evidente, por tanto, que la nueva previsión normativa ha optado por dar celeridad a los procedimientos concursales, lo que, a su vez, ha suscitado críticas por la posibilidad que ello entraña de dar cobertura al endeudamiento irresponsable.

Sin embargo, la actual redacción, no tiene por qué suponer un beneficio para los deudores irresponsables, en tanto en cuanto, son los propios acreedores, en la mayoría de los casos, entidades bancarias, los que han de valorar las posibilidades de cobro reales que existen cuando conceden un crédito a favor de una persona física, en efecto, no hemos de juzgar para qué destina el deudor un crédito, si no las posibilidades de reembolso que existen cuando se le concede, lo que implica, sin duda, cierta responsabilidad también para los acreedores.



CUARTA.- La DRI (UE) 2019/1023 que ha sido objeto de transposición en la Ley 16/2022, alentaba a que todo empresario pudiera obtener acceso a un procedimiento que pudiera desembocar en la plena exoneración de sus deudas.

Es por ello que el legislador español ha dejado de considerar la exoneración como un beneficio excepcional a la regla general de responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil, para considerarlo como un derecho.

Por consiguiente, tratándose el concurso objeto de dictamen de un concurso consecutivo a un AEP, en el que además los deudores carecían de patrimonio suficiente para satisfacer los créditos de sus acreedores, es obvio que la solución buscada y, además, la más coherente en aras de enmendar la situación financiera que les acaecía y lograr una recuperación rápida, era solicitar la exoneración de sus deudas.

Con la nueva previsión normativa se prevén dos itinerarios para la obtención del EPI, de un lado, a través de un plan de pagos sin liquidación de la masa activa o de otro lado, a través de la liquidación de la masa, siendo esta vía la que se ha de escoger si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa.

En este caso, por ende, tratándose de un concurso sin masa y no habiéndose presentado por ninguno de sus acreedores el nombramiento de un administrador

concursal que emitiera un informe razonado sobre posibles acciones de responsabilidad, rescisorias o de culpabilidad, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 501 del TRLC, que alude expresamente a los concursos sin masa, Don Antonio y Doña Isabel presentaron la solicitud del EPI en el plazo concedido a tal efecto.

Es en este punto, donde se han planteado ciertas dudas desde el punto de vista procedural y que suponen cierta novedad con respecto a la anterior redacción del TRLC, por cuanto que la misma, preveía la necesidad de nombrar un administrador concursal para liquidar los bienes existentes, y si era posible, pagar los créditos contra la masa.

Sin embargo, esa previsión deja de tener carácter imperativo en la actual redacción, habida cuenta, que el poder de decisión queda en manos de los acreedores, que serán los que decidan sobre el nombramiento de un administrador concursal, lo que se está traduciendo, en el caso de los concursos sin masa, en la posibilidad de que se concluya el concurso sin que se haya liquidado el patrimonio y sin que se haya abierto pieza de calificación.

Este planteamiento, que además es el que acontece en el presente caso, es ciertamente contradictorio con el propio artículo 501 del TRLC y con la propia DRI (UE) 2019/1023, que no permiten la exoneración sin liquidación, sin embargo, la falta de previsión de un régimen especial de liquidación cuando se trata de solicitar el EPI con posterioridad a la acreditación de la insuficiencia de la masa, ha generado una laguna normativa que entraña, indudablemente, ciertos riesgos en lo que a seguridad jurídica e incentivación de



los concursos sin masa se refiere.

QUINTA.- Concluido el concurso y habiéndose obtenido el EPI, los sujetos ya concursados deben poder volver a participar en la vida empresarial y por tanto, es necesario que los datos negativos de insolvencia y morosidad deban desparecer.

El estigma asociado a un concurso de acreedores en ocasiones frustra uno de los objetivos inherentes al mismo y es el relativo a que el deudor se recupere y pueda comenzar a reanudar su actividad, máxime si ha obtenido la EPI, por consiguiente, procede que tanto, agencias privadas, conforme la jurisprudencia del TJUE, como los registros públicos, mantengan durante el mínimo tiempo posible los datos negativos de insolvencia, debiendo prevalecer en el caso de España el plazo de un mes previsto en el RD 892/2013.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Libros, obras, trabajos y revistas.

AHEDO PEÑA, O. (2022), "La Ley 16/2022 de reforma del texto refundido de la ley concursal como «solución» a los «desajustes» de la exoneración del pasivo insatisfecho, *El Derecho*, 19 de octubre de 2022.

Disponible en <https://elderecho.com/reforma-concursal-como-solucion-desajustes-exoneracion-pasivo-insatisfecho>, (consultado por última vez 9/01/2024).

AZGARA MALO, J., RAIMON TAGLIAVINI S. (2022), "Conclusión. El concurso sin masa no es con masa insuficiente", *Uría Menéndez*, octubre 2022, extraído de <https://www.uria.com/es/publicaciones/8123-conclusion-el-concurso-sin-masa-no-es-con-masa-insuficiente>, (consultado última vez 30/12/2023).

AZOFRA VEGAS, F. (2021), "La exoneración del pasivo insatisfecho", *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, 2021, pág. 263.

CABANAS TREJO, R. (2022), "La desaparición del acuerdo extrajudicial de pagos", *Notarios y Registradores*, 14 de julio de 2023. Disponible en <https://www.notariosyregisradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-desaparicion-del-acuerdo-extrajudicial-de-pagos/>, (consultado última vez 5/01/2024).

CUENA CASAS, M. (2014), "Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", *Anuario de derecho concursal*, nº31, 2014, págs. 123-159.

CUENA CASAS, M. (2023), "Artículos 486 a 502 del TRLC" en PULGAR EZQUERRA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*. Tomo II, La Ley, Madrid 2023, págs. 257- 270.

CUENA CASAS, M. (2023), "Protección datos personales y publicidad del dato de la obtención de la exoneración del pasivo. (A propósito de la sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2023", Hay Derecho, diciembre 2023. Disponible en <https://www.hayderecho.com/2023/12/18/proteccion-datos-personales-y-publicidad-del-dato-de-la-obtencion-de-la-exoneracion-del-pasivo-a-proposito->



[de-la-sentencia-del-tjue-de-7-de-diciembre-de-2023/](#), (consultado última vez 14/01/2024).

“Concurso consecutivo”, La Ley, extraído de <https://guiasjuridicas.laley.es>, (consultado última vez 2/01/2024).

GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2022), “Incertidumbres del nuevo concurso sin masa, tras la Ley 16/2022”, *Uría Menéndez*, Boletín Mercantil nº113, 2022, págs. 1-11, extraído de <https://www.uria.com/es/publicaciones>, (consultado última vez 8/01/2024).

GARRIDO GARCÍA, J.M. (2014), “Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, *Anuario de derecho concursal*, enero- abril 2014”, págs. 197-356.

GÓMEZ GUTIÉRREZ, F. (2022), “La vivienda habitual en el concurso consecutivo de los cónyuges”, Máster de Acceso a la Abogacía, Universidad de Valladolid, febrero 2022, págs. 15-17, extraído de

https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/53679/TFM-D_00347.pdf?sequence=1&isAllowed=y,

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M. (2022), “La exoneración del pasivo insatisfecho del deudor concursado persona natural” en PULGAR EZQUERRA (Dir.), *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, noviembre 2023, págs. 625-630.

HOWARD, M. (1987), “A theory of discharge in consumer bankruptcy”, *Ohio State Law Journal*, núm.48, 1987, pág. 1052.



JUANES MORENO-CERVERA, J. (2023), "Remuneración del administrador concursal, prohibiciones e incompatibilidades para su nombramiento", *Artículo 27. Abogados Economistas*, julio 2023, págs. 1-5.

MOLINA PLA, M. (2023), "El concurso sin masa", *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº17, enero 2023, págs. 1- 11.

SENEN MARTÍNEZ, S. (2023), "Artículos 37bis a 37 quinquies del TRLC" en PULGAR EZQUERRA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*. Tomo I, La Ley, Madrid 2023, págs. 370-379.

- **Resoluciones judiciales.**

Sentencia del TJUE. Asunto C-518/22 (AP Assistenzprofis) de 7 de diciembre de 2023.

STS de 10/2016 (rec. núm 25/2014) de 1 de febrero de 2016, extraída de <https://vlex.es/vid/593779914>, (consultada por última vez 22/12/2023).

STS 150/2019 (rec. núm. 3355/2016) de 13 de marzo de 2019, extraída de <https://vlex.es/vid/774817685>, (consultada por última vez 15/12/2023).

Acuerdo N° 8/2021 del Tribunal de Instancia Mercantil De Sevilla, de fecha 28 de junio de 2021.

Auto de fecha 3 de abril de 2023, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Cuenca, (Concurso ordinario 128/2023).

Auto de fecha 21 de junio de 2023, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Cuenca, (Concurso Ordinario 128/2023).



Es mi criterio fundado en derecho, que así expreso



REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

¿PUEDEN LAS VÍCTIMAS RECURRIR REVISIONES DE CONDENA? UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA STC 105/2025, DE 29 DE ABRIL . (ECLI:ES:TC:2025:105)¹

Dª. Paloma Cascales Bernabeu

Abogada, y Profesora de Derecho Constitucional de la
Universidad de Alicante.

Resumen: La STC 105/2025 representa un hito relevante en la evolución de la tutela judicial efectiva de las víctimas de violencia sexual. La sentencia reconoce su derecho a recurrir revisiones de condena cuando estas alteran sustancialmente una sentencia firme, corrigiendo una interpretación judicial excesivamente formalista. Este trabajo analiza la resolución desde una perspectiva constitucional y de género, contextualizando su impacto en el sistema procesal penal español y en relación con los compromisos internacionales asumidos por España.

Abstract: Judgment STC 105/2025 marks a significant development in the protection of victims of sexual violence within the Spanish constitutional framework.

¹ Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 105/2025



The Constitutional Court upholds the right of victims to appeal sentencing reviews that substantially modify final judgments, rejecting a formalistic judicial interpretation. This paper critically examines the ruling from a constitutional and gender-based perspective, assessing its implications for Spanish criminal procedure and international commitments such as the Istanbul Convention.

Palabras clave: tutela judicial efectiva, víctimas, recurso, perspectiva de género, Tribunal Constitucional, violencia sexual, STC 105/2025

Keywords: effective judicial protection, victims, appeal, gender perspective, Constitutional Court, sexual violence, STC 105/2025

I. Introducción.

No es infrecuente que las víctimas de violencia sexual se sientan ajenas a un proceso penal que, paradójicamente, existe para protegerlas. Cuando una resolución reduce sustancialmente la condena del agresor y a la víctima no se le concede siquiera la posibilidad de recurrirla, el principio de tutela judicial efectiva se resiente. La STC 105/2025 nos enfrenta a esta realidad: ¿puede considerarse constitucionalmente aceptable que una víctima no tenga voz para impugnar una revisión judicial que modifica sustancialmente el contenido de una sentencia firme?

Este comentario propone una lectura crítica del fallo, examinando sus implicaciones desde el artículo 24 CE² y la necesaria incorporación de una perspectiva de género. En un contexto donde el acceso a la justicia no puede entenderse como un tecnicismo procesal, sino como una manifestación sustantiva de los derechos fundamentales, esta sentencia resulta clave para repensar el lugar procesal de las víctimas.

II. Marco constitucional y procesal del derecho a recurrir desde la óptica de la víctima

El artículo 24 CE garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende no solo el acceso al proceso, sino también el derecho a obtener una resolución fundada y a recurrirla cuando la ley lo permita. Aunque el sistema de recursos queda al diseño del legislador, el contenido esencial del derecho impide que su acceso

² **Artículo 24** 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.



quede limitado por formalismos vacíos o interpretaciones restrictivas.

En el ámbito penal, este derecho se ha concebido tradicionalmente desde la óptica del acusado. No obstante, la evolución normativa (Directiva 2012/29/UE³, Estatuto de la Víctima del Delito⁴) ha ampliado progresivamente el papel procesal de la víctima. Esta debe ser considerada sujeto procesal activo cuando el desarrollo del procedimiento le afecta de forma directa.

Si una resolución revisa una condena firme, reduciendo la pena o modificando medidas de protección, y la víctima queda excluida de su impugnación, se rompe el equilibrio procesal. En ausencia de previsión legal expresa, debe aplicarse una interpretación conforme al artículo 24 CE, que permite su participación efectiva.

III. La revisión de sentencias firmes por aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁵ y su impacto en las víctimas.

³ [Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.](#)

⁴ <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4/con>

⁵ <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, reformó en profundidad el Código Penal. Uno de sus efectos más visibles fue la unificación de los tipos penales de abuso y agresión sexual, con un nuevo marco punitivo que, en muchos casos, resultó más favorable para los condenados.

Con fundamento en el principio de retroactividad penal favorable (art. 2.2 Código Penal⁶), numerosos tribunales iniciaron procedimientos de revisión de sentencias firmes. Estas revisiones, aunque técnicamente justificadas, implicaron para muchas víctimas la modificación sustancial de resoluciones previamente consolidadas.

La cuestión de si la víctima puede recurrir una resolución de revisión no está expresamente prevista en la ley procesal. Sin embargo, la **Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Nº 606/2018, de 28 de noviembre**⁷ afirmó que:

⁶ **Artículo 2.2** No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

⁷

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/ad06132964e56d54/20181211>



“Este tipo de resoluciones ha de gozar del mismo régimen de impugnación que la sentencia a la que afectan y complementan de forma sobrevenida”

El Tribunal Supremo considera, por tanto, que las víctimas deben poder recurrir si ostentaban esa facultad frente a la sentencia original. Esta doctrina ha sido reafirmada en otros pronunciamientos de la Sala de lo Penal.

La **STC 105/2025** da un paso más. En ella, el TC declara inconstitucional la inadmisión del recurso de apelación interpuesto por una menor víctima de agresión sexual, cuya participación fue rechazada pese a haber sido parte en la causa. Según la **Nota Informativa 43/2025⁸**:

“La negativa a permitir el recurso de apelación, sin razonar por qué se descarta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo permite, resulta irrazonable y vulneradora del art. 24.1 CE.”

Esta sentencia refuerza el contenido sustantivo de la tutela judicial efectiva en clave de víctima, y establece que no puede excluirse su derecho al recurso en casos donde se vean directamente afectadas por la revisión de una sentencia firme.

III. Resumen del caso.

La STC 105/2025 resuelve el recurso de amparo interpuesto por una menor víctima de agresión sexual y su madre, en su calidad de representante legal, contra

⁸ [NOTA INFORMATIVA Nº 43-2025.pdf](#)

dos autos dictados por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Estos autos inadmitieron su recurso de apelación frente a la revisión de condena realizada por la Audiencia Provincial de Lugo, la cual, en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, redujo de 12 a 10 años la pena impuesta al condenado.

En 2020, la Audiencia Provincial dictó sentencia firme condenatoria por un delito continuado de agresión sexual, imponiendo la pena de 12 años de prisión. Tras la entrada en vigor de la nueva normativa penal, el condenado solicitó la revisión de la sentencia. La Audiencia Provincial accedió a dicha revisión y redujo la pena, en virtud del principio de retroactividad penal más favorable.

La víctima y su madre interpusieron recurso de apelación, alegando que dicha revisión menoscababa sus derechos como parte en el proceso. No obstante, el TSJ de Galicia declaró inadmisible el recurso por falta de previsión legal expresa. Ante esta decisión, acudieron al Tribunal Constitucional invocando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

La STC 105/2025 estima el recurso de amparo. El Tribunal Constitucional concluye que la interpretación realizada por el TSJ gallego fue excesivamente formalista e irrazonable, al negar a la víctima la posibilidad de recurrir una revisión que afectaba sustancialmente a la condena. El fallo subraya que, aun en ausencia de previsión legal expresa, debe garantizarse el acceso al recurso si del contenido del auto revisado se derivan efectos sustantivos para las partes.



IV.- Comentario de la STC 105/2025.

Son los ecos del revuelo provocado por la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 los que enmarcan la STC 105/2025. En ese escenario, el Tribunal Constitucional aborda un supuesto que evidencia una de las tensiones más problemáticas del momento: la revisión de una condena firme que redujo la pena impuesta a un agresor sexual, en un procedimiento del que la víctima, menor de edad, quedó completamente al margen. Ni se le permitió participar, ni se le reconoció el derecho a recurrir la decisión que afectaba directamente al resultado del proceso.

Lo que hace el Tribunal es reconocer que el derecho a la tutela judicial efectiva no puede vaciarse de contenido por omisiones legislativas o por una lectura estrictamente formal del procedimiento. El artículo 24 CE, en su interpretación más asentada, obliga a garantizar que los recursos no solo existan formalmente, sino que estén al alcance real de quienes se ven directamente afectados por las decisiones judiciales.

Lo relevante del fallo no reside únicamente en que revoca una interpretación anterior. Lo que hace es sentar las bases para entender que, cuando una resolución judicial revisa de forma sustancial una sentencia firme, la víctima tiene algo que decir. El reproche que lanza el TC —al considerar “irrazonable” y excesivamente formalista la actuación del TSJ gallego— conecta con otras decisiones donde se advierte de los riesgos de

negar el acceso al recurso en contextos especialmente sensibles.

IV. Valoración crítica.

El fallo marca un hito en la consolidación de los derechos procesales de las víctimas. Reafirma que el equilibrio en el proceso penal exige una participación activa de quienes han sufrido el delito, especialmente en revisiones de condena que alteran sustancialmente el fallo original. Desde una perspectiva práctica, impone a los tribunales ordinarios una interpretación amplia y garantista del derecho al recurso.

La sentencia invita a repensar el proceso penal desde una lógica inclusiva, que no invisibilice a las víctimas en momentos clave como las revisiones de condena. La protección no puede limitarse a la fase inicial del juicio: debe proyectarse también en aquellas instancias donde el contenido de una sentencia firme puede cambiar radicalmente.

VI. Antecedentes jurisprudenciales y contexto normativa

1.- Marco legal aplicable.

La cuestión sobre la posibilidad de recurrir autos de revisión penal encuentra un contexto normativo fragmentado. La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en su artículo 236⁹ que solo se admitirán recursos de

⁹ **Artículo 236.** Contra los autos de los Tribunales de lo criminal podrá interponerse el recurso de súplica ante el



apelación contra autos “en los casos expresamente previstos”. Por su parte, el artículo 846.1 ter LECrim¹⁰ permite el recurso de apelación contra sentencias dictadas por las audiencias en primera instancia, pero no menciona expresamente los autos de revisión.

2.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En la STS 606/2018, el Alto Tribunal sostuvo que los autos de revisión de condena deben ser recurribles mediante los mismos recursos que cabrían frente a la sentencia original. Este criterio se ve reforzado en la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Nº 473/2023, de 15 de junio de 2.023¹¹, donde se reconoce expresamente la viabilidad del recurso de apelación frente a autos que resuelvan sobre revisiones de

mismo que los hubiese dictado y de apelación únicamente en aquellos casos expresamente previstos en la Ley.

¹⁰ Artículo 846 ter. 1. Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia.

¹¹

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/88e6d175073160e5a0a8778d75e36f0d/20230707>

condena derivadas de la entrada en vigor de la LO 10/2022.

3.- Disparidad entre tribunales superiores de justicia.

Mientras algunos TSJ —como los de Navarra o Andalucía— han admitido recursos de apelación basándose en esta doctrina del TS, otros, como el TSJ de Galicia, han optado por una lectura estrictamente literal del artículo 236 LECrim. Esta divergencia introduce un problema de desigualdad en el acceso a los recursos por parte de las víctimas, dependiendo del territorio, lo que resulta incompatible con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 CE.

VII. Consideraciones finales

La STC 105/2025 trasciende el plano estrictamente técnico. Aunque su objeto inmediato es una cuestión procesal, lo que realmente pone sobre la mesa es una idea de fondo: el deber del sistema judicial de no silenciar a quienes tienen un interés legítimo en el resultado del proceso. En casos como el resuelto, en los que se revisa una condena firme, resulta muy cuestionable —por no decir incompatible con los principios del Estado de Derecho— negar a la víctima el derecho a recurrir, amparándose únicamente en vacíos legales o en una lectura inflexible de las normas.

No es menor el hecho de que el Tribunal Constitucional insista aquí en la necesidad de leer el artículo 24 CE con perspectiva de género. Las reglas procesales, aplicadas



en contextos de violencia sexual, pueden generar efectos muy distintos según el lugar que ocupe cada parte. Y quizá por eso la sentencia conecta bien con compromisos internacionales como el Convenio de Estambul, en los que se insiste, una y otra vez, en la necesidad de construir sistemas procesales sensibles a las víctimas. Este pronunciamiento ofrece, al menos, un punto de partida sólido para avanzar en esa dirección.



REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO SOCIAL

CLÁUSULAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUAS APLICAÇÕES NO DIREITO EMPRESARIAL

D. Adriano da Silva Ribeiro

Professor na Graduação em Direito e no Programa de
Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da
Universidade FUMEC – Brasil.

Professor Diretor de Tese no Doutorado em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social
Argentino - UMSA.

D. Estevão Grill Pontone

Doutorando em Ciências Jurídicas pela UMSA -
Universidad del Museo Social Argentino

Resumo: O presente artigo analisa os limites, extensões e funções das cláusulas de resolução de conflitos no âmbito empresarial, utilizando exemplos práticos, teóricos e doutrinários. O trabalho aborda a justiça multiportas e a sua importância para a legislação brasileira, que abriu novas formas de resolução de conflitos, como as *deadlock resolution* e os negócios



jurídicos processuais atípicos que em conflitos empresariais são fundamentais para resolução rápida do litígio, seja incentivando os litigantes a chegar consensualmente na solução, ou implementando mecanismos que desincentivem a escalação do conflito de forma a prejudicar a companhia. Ainda é abordado algumas alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica na legislação civil e na interpretação dos negócios jurídicos empresariais, o que possibilita a inserção das cláusulas de resolução de conflitos com maior liberdade e autonomia. O estudo qualitativo, básico e exploratório empregou uma abordagem hipotético-dedutiva. Denota-se que os métodos alternativos de resolução de conflitos são uma realidade no Direito Brasileiro, tendo importância ímpar para a resolução de conflitos na seara empresarial.

Palavras-chave: Justiça Multiportas, Cláusulas de resolução de Conflitos, Lei da Liberdade Econômica, Contratos Empresariais Paritários e negócios jurídicos processuais atípicos.

Resumen: Este trabajo analiza los límites, extensiones y funciones de las cláusulas de resolución de conflictos en el ámbito empresarial, utilizando ejemplos prácticos, teóricos y doctrinales. La obra aborda la justicia de múltiples puertas y su importancia para la legislación brasileña, que abrió nuevas formas de resolución de conflictos, como la resolución de puntos muertos y los negocios jurídicos procesales atípicos que en los conflictos empresariales son fundamentales para la rápida resolución de la disputa, ya sea incentivando a los litigantes a llegar a una solución consensual, ya sea



implementando mecanismos que desestimulen la escalada del conflicto de forma que perjudique a la empresa. También se abordan algunos cambios impulsados por la Ley de Libertad Económica en la legislación civil y en la interpretación de los negocios jurídicos societarios, que permite la inserción de cláusulas de resolución de conflictos con mayor libertad y autonomía. El estudio cualitativo, básico y exploratorio empleó un enfoque hipotético-deductivo. Es claro que los métodos alternativos de resolución de conflictos son una realidad en el Derecho brasileño, teniendo importancia inigualable para la resolución de conflictos en el ámbito empresarial.

Palavras Clave: Justicia de múltiples puertas, cláusulas de resolución de conflictos, derecho de libertad económica, contratos comerciales iguales y negocios jurídicos procesales atípicos.

Sumário:

1. Introdução.
2. Justiça multiportas.
3. A preponderância de contratos empresariais sobre a lei e a possibilidade de negócios processuais atípicos.
4. Aplicações práticas para resolução de conflitos e deadlock resolution.
5. Considerações finais

1. INTRODUÇÃO

O artigo irá analisar os limites, extensões e funções das cláusulas de resolução de conflitos no



âmbito empresarial. Para tanto, os leitores terão exemplos práticos da aplicação da temática, sua interpretação jurisprudencial e a base legal para sua estruturação.

A importância do tema é elementar para o cenário empresarial, uma vez que a busca pelo lucro se dá com um cenário de previsibilidade e segurança jurídica. A inserção das cláusulas possibilita a diminuição de riscos, o incremento de previsibilidade e segurança jurídica e em alguns casos, a redução de custos; contribuindo para o crescimento e desenvolvimento de empresas e da liberdade econômica.

Utilizou-se de pesquisa e revisão bibliográfica, que buscou analisar o pensamento entre diversos autores e perspectivas científicas. O principal método utilizado é o hipotético-dedutivo, partindo de elementos gerais para os específicos. Opta-se pela ênfase ao modelo de pesquisa qualitativa, aderindo subsidiariamente ao modelo descritivo sempre que exigido.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em 3 (três) capítulos, o primeiro explicará a origem e evolução das formas de resolução de conflitos com a justiça multiportas, o segundo descreverá a preponderância dos contratos empresariais sobre a lei e a possibilidade de Convenções Processuais Atípicas e o último as hipóteses de aplicação das cláusulas em contratos empresariais.

2. JUSTIÇA MULTIPORTAS

A Justiça Multiportas é um conceito criado pelo Reitor associado de Harvard, Frank Sander; o pesquisador, em 1976 apresentou o conceito de que o Judiciário seria insuficiente para atender as demandas dos cidadãos, sendo necessário possibilitar outros caminhos para solução dos conflitos (CNJ, 2021).¹²

Para Luis Fernando Guerrero o sistema multiportas:

É uma tendência, não necessariamente nova, de se buscar formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de conflitos. Essas formas podem ser realizadas a partir de uma postura amigável ou adversarial das partes.¹³

Desta forma, o sistema brasileiro começou a criar mecanismos, já em 2010, para incentivar a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos, com destaque para a Resolução do Conselho Nacional de

¹² CNJ (2021, February 14). Justiça Multiportas oferece caminhos adequados à solução de conflitos em MT. Conselho Nacional de Justiça. Retrieved September 18, 2023, from <https://www.cnj.jus.br/justica-multiportas-oferece-caminhos-adequados-a-solucao-de-conflitos-em-mt/>.

¹³ GUERRERO, Luis Fernando. Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios. São Paulo: USP, 2012, 255 p. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, pág. 13.



Justiça de nº 125/2010¹⁴, que implementou a primeira normativa das técnicas autocompositivas nos Tribunais Brasileiros.

Neste ínterim, o Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105¹⁵, introduziu como etapa obrigatória a audiência de conciliação e mediação, elencando que a contestação só seria apresentada se as partes não lograssem êxito na tentativa de conciliação.

Leciona Luis Alberto Warat:

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de uníaco. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam uni choques de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de

¹⁴ Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (2010). Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado de <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>

¹⁵ Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm



ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.¹⁶

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editou a Recomendação nº 71, de 2020¹⁷, que recomendou que todos os Tribunais do país criassem os CEJUSC'S Empresariais (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), para solução pacífica no âmbito empresarial.

Os CEJUSC'S foram criados através da experiência da Lei de Juizados ou Pequenas Causas, Lei 9099/1995¹⁸, que já tinha como etapa obrigatória a conciliação e a simplificação do rito processual.

Os órgãos colaboraram para a introdução da conciliação não obrigatória pré-processual, além de homologações judiciais de acordo, que dinamizaram e levaram a solução pacífica das controversas, tirando a

¹⁶ WARAT, Luiz Alberto (Org.). Surfando na pororoca: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pág. 60.

¹⁷ Recomendação 71, de 5 de agosto de 2020 do Conselho Nacional de Justiça (2020). Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Brasília, DF. Recuperado de <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Recomendacao-712020-05082020.pdf>

¹⁸ Lei 9099, de 26 de setembro de 1995 (1995). Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm



sobrecarga do Poder Judiciário.

Outro ponto interessante que o Código de Processo Civil, Lei 13.105 (2015) possibilitou foi a celebração de acordos processuais atípicos, a fim de que as partes pudessem continuar com o litígio, contudo, determinando prazos especiais e acordos para produção de provas, e entre outros.

Neste contexto de desjudicialização e incentivo à adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos, houve também mudanças na legislação trabalhista, Lei 13.467 (2017)¹⁹, possibilitando que a negociação entre sindicatos de empresas e de trabalhadores, pudessem ter preponderância sobre a lei em determinadas hipóteses.

Carlos Eduardo de Vasconcelos bem relata que a negociação:

É o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou

¹⁹ Lei 13467, de 13 de julho de 2017 (2017). Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm



trocas de interesses. A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte.²⁰

Para tanto, na Consolidação das Leis Trabalhistas, Decreto-Lei nº 5452 (1943) foi adicionado o Art. 611-A, que dispõe sobre as matérias passíveis de negociação; e no Art. 611-B as matérias em que é vedada a negociação coletiva. Dentre as matérias passíveis de negociação, estipulou-se que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei, ou seja, o pactuado valerá mais que o legislado.²¹

Dentre as matérias possíveis, cite-se como exemplo a diminuição do intervalo intrajornada (para almoço) para 30 (trinta) minutos (Art. 611-A, III), banco de horas (Art. 611-A, II), registro de jornada de trabalho (Art. 611-A, X), enquadramento do grau de insalubridade (Art. 611-A, XII) e entre outros. Estabeleceu-se, ainda, que a Justiça do Trabalho terá um papel limitado na análise destas convenções coletivas, analisando-as de forma restritiva e com atuação interpretativa mínima (Decreto-Lei nº 5452, 1943).

Ou seja, caberá ao Judiciário analisar apenas se houve algum elemento essencial do negócio jurídico que

²⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, pág. 60.

²¹ Decreto-Lei 5452, de 1 de maio de 1943 (1943). Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm



não foi respeitado (dolo, coação, erro, estado de necessidade e semelhantes), em atenção ao Código Civil, Lei 10.406 (2002). Saliente-se que a Reforma Trabalhista, 13.467, de 2017 (2017), trouxe possibilidade de modificação do grau de insalubridade do trabalhador, o que, em tese, teria garantia constitucional.

Deste modo, se um trabalhador labora em grau máximo de insalubridade como, por exemplo, a coleta de lixo urbano, poderia o sindicato da categoria pactuar com o sindicato patronal a diminuição do grau de insalubridade de 40% (quarenta por cento) para 20% (vinte por cento) ou 10% (dez por cento), sem a necessidade de qualquer contrapartida, a teor do Art. 611-A, §2 da Decreto-Lei nº 5452 (1943).

Isto demonstra que o legislador elencou as principais cláusulas irrenunciáveis, com proteção constitucional, vide Art. 611-B, dando aos sindicatos (legítimos representantes das partes), o direito de negociar sobre o restante. Interessante salientar que uma das cláusulas do artigo, estabelece a proibição de reduzir ou suprimir o prazo prescricional (Art. 611-B, XXI) (Decreto-Lei nº 5452, 1943).

Outra lei mais antiga, Lei 9307 (1996), possibilitou o instituto da arbitragem em diversas áreas, facultando que as partes elegendessem um árbitro ou uma junta em específico para julgar determinado conflito de forma



soberana, podendo inclusive a administração pública utilizar-se da referida alternativa (Art. 1, §1).²²

Na atualização da legislação trabalhista, Lei nº 13.467 (2017), foi estabelecido no Art. 507-A, que o trabalhador que recebe duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, aproximadamente, R\$15.014,98 (quinze mil e quatorze reais e noventa e oito centavos), poderia pactuar a arbitragem com o empregador, de forma a afastar o conflito da justiça do trabalho.

A iniciativa da Justiça Multiportas ainda encontrou abrigo no âmbito do direito penal, com a introdução do Acordo de Não Persecução Penal, Lei 13.964/2019²³, e a manutenção da Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo, institutos que já existiam na Lei de Juizados, Lei 9099/1995 (1995).

Denota-se, portanto, que a aplicação e ampliação dos métodos alternativos de resolução de conflitos é política executiva e legislativa da república federativa do Brasil, a fim de que os jurisdicionados alcancem a duração razoável do processo e a paz social. Neste compasso, a realidade empresarial buscou se adaptar para esta nova realidade.

²² Lei 9307, de 23 de setembro de 1996 (1996). Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

²³ Lei 13964, de 24 de dezembro de 2019 (2019). Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm



3. A PREPONDERÂNCIA DE CONTRATOS EMPRESARIAIS SOBRE A LEI E A POSSIBILIDADE DE NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Diferente de outras áreas do Direito, na seara Empresarial, é lícito que as partes, se utilizando da autonomia privada, estabeleçam regras e formas de interpretação do Contrato Empresarial, mitigando eventuais riscos jurídicos existentes. Neste contexto, observa-se que o Art. 3º, inciso VII da Lei nº 13.874/2019 dispõe:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma **a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado**, exceto normas de ordem pública;²⁴

²⁴ Lei 13874, de 20 de setembro de 2019 (2019). Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a



Deste modo, a legislação permite que as partes façam disposições contratuais *contra legem*, desde que estas disposições não violem normas de ordem pública. Somente na ausência de estipulação é que será aplicado as normas de Direito Empresarial.

A legislação permite a inversão da Pirâmide de Kelsen, permitindo que os contratos e aditivos tenham preponderância sobre o Código Civil, estando hierarquicamente superior aos contratos apenas as normas de ordem pública, como a Constituição Federal e outros regramentos.

O avanço é substancial, consagrando a autonomia privada e incentivando a liberdade econômica das partes para avençar e cumprir com o que fora pactuado. Neste ponto, André Santa Cruz (2022) explica que a Lei 13.874/2019 (2019) orienta o Poder Administrativo e Judiciário sobre a Liberdade Econômica:

Por fim, o inciso III, que trata da “intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”, consagra outro princípio legal que está em plena consonância com o texto constitucional,

Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado de

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm



especialmente os arts 173 e 174 da Carta Magna: o primeiro deixa claro que o Estado só deve explorar diretamente atividade econômica em situações realmente excepcionais (segurança nacional ou relevante interesse público), e o segundo determina que o Estado só deve criar normas para regular a atividade econômica com o objetivo de fiscalizar, incentivar e planejar, sendo que tal planejamento, no tocante ao setor privado, deve ser meramente indicativo.²⁵

A mesma Lei (Lei 13874, 2019), introduziu mudanças nos artigos 113 e 421-A do Código Civil (Lei 10406, 2002)²⁶, permitindo que as partes contratantes estipulem parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução, que em todo modo, vincularão o julgador.

Deste modo, conclui-se que com o advento da Lei nº 13.874/2019 (2019), as empresas poderão alterar Contratos/Estatutos Sociais a fim de prever regras de interpretação e hipóteses de Conflito de Interesses ou outras normativas de interesse eminentemente privado, ainda que estas contrariem o disposto em Lei, já que na maioria dos casos, não se tratam de normas de ordem pública.

²⁵ Cruz, A. S. (2022). Manual de Direito Empresarial: Volume Único. JusPodivm, pág. 87.

²⁶ Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002 (2002). Institui o Código Civil. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

Uma das formas é estipular que havendo parentes que sejam sócios, não será considerado Conflito de Interesses (material ou formal) o voto de ambos na mesma deliberação; outra forma é estipular no próprio contrato social que o Sócio Administrador será livre para contratar parentes ou conhecidos se preenchido os requisitos técnicos do cargo. Em ambas as hipóteses, limita-se a interpretação aberta da cláusula, permitindo-se sobretudo em Sociedades Anônimas Fechadas e Sociedades Limitadas em que há maior preponderância do interesse privado.

Poderá o Estatuto/Contrato Social determinar regras de Usufruto, formas de extinção ou revogação; e ainda, meios do exercício do usufrutuário, criando previsibilidade e segurança jurídica para o Doador, Donatário e Usufrutuário em Sociedades Familiares.

Em outro norte, em um Acordo de Sócios/acionistas, que envolva todos os sócios, as Convenções Processuais do Art. 190 do Código de Processo Civil (Lei 13105, 2015) poderão estabelecer mudanças no procedimento judicial para ajustá-las as necessidades, cuja redação se extrai:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste



artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.²⁷

As partes poderiam ajustar que em caso de conflito, será permitido apenas a interposição de Agravo de Instrumento contra a liminar, não sendo possível a interposição de Agravo Interno em caso de não atribuição do efeito suspensivo ao recurso; ou ainda, não será admitido recurso aos Tribunais Superiores, renunciando às partes ao direito de recorrer face à celeridade que esperam.

Podem ainda ajustar que em caso de conflito, farão o escalonamento; primeiro buscando a mediação, e somente se infrutífero após certo número determinado de tentativas, é que será lícito o procura de outros meios judiciais ou arbitrais.

A possibilidade de Convenções Processuais Atípicos pela pura vontade das partes, independentemente do objeto, foi uma das novidades do Código de Processo Civil de 2015, cuja matéria é retratada nos artigos 190 e 191 do *Codex*. O Artigo 190, permitiu que as partes estipulassem Cláusula Geral, para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar

²⁷ Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm



sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (Lei 13105, 2015).

Diferente do Art. 191, o Art. 190, permite que as partes convencionem negócios processuais, que independem de homologação pelo Juízo, com aplicação imediata (Lei 13105, 2015). Saliente-se que a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13874, 2019), trouxe ainda mais limitação ao controle de validade das disposições, já que pela normativa que introduziu mudanças no Código Civil, determinando no Art. 421, parágrafo único e Art. 421-A, que em relações privadas, prevalecerá a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, presumindo-se paritários e simétricos os contratos civis e empresariais (Lei 10406, 2002).

Deste modo, as convenções processuais atípicas celebradas por partes capazes, simétricas e com objeto não vedado pela lei, serão presumidamente válidas, não necessitando de intervenção do Judiciário para sua aplicação, podendo excepcionalmente este poder revisar as disposições privadas de direito.

A doutrina de Nery Junior & Nery (2016), debruçando-se sobre a temática, entende que as Convenções Processuais são um desdobramento do Dever de Cooperação, com natureza dúplice (material e processual) e cujo objetivo é a produção de efeitos processuais antes, no curso ou depois do processo.²⁸

²⁸ NERY JUNIOR, N., & Nery, R. M. d. A. (2016). Código de Processo Civil Comentado (16th ed.). Revista dos Tribunais.



Como bem salientado por Nery Junior e Nery (2016), já antes da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13874, 2019), na dúvida sobre a homologação da Convenção Processual prevalecerá o *in díubio pro libertate*, em suma, a liberdade dos contraentes.

GAJARDONI et al. (2018) defendem 6 (seis) critérios de validade para o Negócio Jurídico Processual:

- 1) as partes sejam as titulares da situação jurídica a respeito do qual pretendam dispor, sendo vedada convenção processual que atinja deveres, direitos, ônus e faculdades de terceiros; 2) o objeto da convenção seja lícito, de modo a não se admitir negócios jurídicos processuais que acabem por violar o conteúdo mínimo do processo constitucional (regras constitucionais de competência, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação, a licitude da prova, etc.); 3) a celebração da convenção seja feita por escrito (especialmente no negócios jurídicos pré-processuais), pois só assim é possível se operacionalizar judicialmente, com o mínimo de segurança e presteza, a alteração da regra legal por convenção das partes; 4) haja preservação da autonomia da vontade do contratantes, devendo o juiz deixar de aplicar a convenção processual nos casos de nulidade (erro, dolo, coação, etc.), inserção abusiva em contrato de adesão ou vulnerabilidade manifesta de um dos celebrantes; 5) as partes sejam civilmente capazes, vedada a celebração de convenção por incapazes, ainda que representados ou assistidos; e 6) o direito objeto da convenção processual seja

autocomponível, isto é, esteja na esfera de disponibilidade das partes.²⁹

Neste ínterim as disposições devem respeitar a base do sistema jurídico brasileiro, a Constituição Federal (1988), não podendo, por exemplo, suprimir o Duplo Grau de Jurisdição (Art. 5, LV), as tutelas de evidência e urgência (Art. 5, XXXV), alterar interpretação dada por Súmula Vinculante ou Controle Concentrado de Constitucionalidade (Art. 102 e Art. 103-A), recursos *per saltum* (do primeiro para Tribunais Superiores), dado o impedimento legal (Art. 102 e 105) e dentre outros.³⁰

Neste mesmo sentido, vale a transcrição do Enunciado nº 37 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.³¹

²⁹ GAJARDONI, F. d. F., DELLORE, L., Oliveira, A., & Junior, Z. D. (2018). Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC/2015 (2nd ed.). Método, pág. 683-688.

³⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF, 05 de outubro de 1988. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituciona/constitucao/ao.htm

³¹ ENFAM (2015). ENUNCIADOS APROVADOS. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Retrieved



Saliente-se que os enunciados servem como orientação, mas não cravam a resposta definitiva sobre às questões postas, já que caberá aos Tribunais Superiores manifestarem-se por meio da jurisprudência sobre a legalidade, amplitude e liberdade das disposições processuais atinentes aos processos.

O dissenso interpretativo é grande, os grandes juristas Nery Junior & Nery, 2016, p.763) defendem que é possível estabelecer negócios jurídicos processuais acerca da não recorribilidade da sentença (o que estes poderia ser interpretado como uma violação ao Duplo Grau de Jurisdição), aplicação da *Lex mercatória* ao caso e a dispensa de determinada produção de prova, por exemplo, pericial (o que influiria no poder instrutório do magistrado).³²

É fato que após a promulgação da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13874, 2019) houve maior liberdade na inserção de dispositivos de interpretação, já que na redação da nova lei do Art. 421-A, inciso I, do Código Civil (Lei 10.406, 2002) é possível estabelecer parâmetros objetivos de interpretação do contrato, estabelecendo pressupostos para revisão ou resolução,

September 18, 2023, from chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf, pág. 4.

³² NERY JUNIOR, N., & Nery, R. M. d. A. (2016). Código de Processo Civil Comentado (16th ed.). Revista dos Tribunais, pág. 763.

o que permitiria que as partes estabelecem que caso houvesse algum conflito na interpretação daquele contrato, prevaleceria a *Lex mercatória* como interpretação primária, aplicando apenas subsidiariamente a legislação empresarial, tal como disposto no Art. 3, inciso VIII da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13874, 2019).

As cláusulas em contratos empresariais paritários poderiam estabelecer limites técnicos ao exercício da perícia, em caso de litígio, como por exemplo, que tipo de perícia resolveria o litígio (contábil, matemática, física, paisagística e entre outros), ou pressupostos básicos para o requerimento da parte ofendida.

Decerto que as disposições constituem uma limitação às partes pactuantes, mas não podem ultrapassar àqueles que não são signatários, como julgadores, interessados e terceiros envolvidos, pois se assim ocorresse, estaria o contrato criando uma norma vinculante com efeito *erga omnes*, o que não é o objetivo do legislador na Lei da Liberdade Econômica (Lei 13874, 2019).

É certo que convenções processuais tem o objetivo de auxiliar o trabalho do magistrado, e tem como base o dever de cooperação das partes, acontece que em certas situações às partes poderão cooperar de forma tão profunda, que poderão limitar o próprio exercício da jurisdição.

Imagine que duas empresas estão em litígio pela falta de entrega dos produtos na forma pactuada, a contratante alega que a falta de entrega dos produtos



gerou prejuízos à empresa. Decidem no curso do processo e antes da instrução probatória, de forma convencionada, que não recorrerão aos Tribunais Superiores e que não utilizarão qualquer espécie de perícia para análise do contrato descumprido em razão do alto custo. O problema é que na visão do magistrado a única forma de averiguar se os produtos tinham a qualidade exigida no contrato é por meio de uma perícia técnica, cuja prova as partes expressamente convencionaram não produzir.

Neste caso, é claro que as referidas disposições contratuais não podem inibir a atuação do julgador ou violar normas de ordem pública, como por exemplo, a faculdade de requerer de ofício determinada perícia, Art. 464 e 480 do Código de Processo Civil, ou ainda, hipóteses de impedimento ou suspeição do perito, Art. 465 do Código de Processo Civil (Lei 13105, 2015).

Até mesmo porquê o Art. 190, parágrafo único do Código de Processo Civil (Lei 13105, 2015) determina que o julgador de ofício ou a requerimento controlará a validade das convenções. A última parte do parágrafo único determina que o julgador só poderá anular as disposições se for demonstrado a vulnerabilidade e ausência de paridade. Tal princípio coaduna com as disposições do Art. 3, inciso VIII e as demais disposições da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13874, 2019) que exigem a paridade e a mínima intervenção estatal.

O texto legal voltará em cheque, perguntando-se a jurisdição é direito que admite autocomposição plena nos termos do Art. 190 do Código de Processo Civil? Se

a resposta for afirmativa, então as partes podem convencionar sobre direitos alheios aos contratantes e sobre a função judicante do Estado, interpretação que tem como base que o Estado deve intervir minimamente e as partes podem decidir até mesmo retirar o direito estatal de julgamento, como em cláusulas arbitrais. Se a resposta for negativa, defendendo-se que o juiz pode julgar cláusulas processuais nulas, por qualquer que seja o motivo, então perderia todo sentido e segurança jurídica das convenções processuais e os métodos alternativos de resolução de conflitos, pois não se saberia o que e como dispor acerca dos negócios jurídicos processuais.

Há algum tempo era comum que empresas inserissem que eventuais conflitos serão resolvidos em determinado foro de competência, visando a agilidade ou especialização, contudo, o legislador, em 2024, realizou novas modificações a fim de proibir a referida prática, modificando o parágrafo primeiro do Art. 63:

Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

§ 1º A eleição de foro somente produz efeito quando constar de instrumento escrito, aludir expressamente a determinado negócio jurídico e guardar pertinência com o domicílio ou a residência de uma das partes ou com o local da obrigação, ressalvada a pactuação



consumerista, quando favorável ao consumidor. (Lei 13105, 2015)³³

Ou seja, pouco a pouco empresas são limitadas até mesmo de dispor onde será julgado o seu conflito, se entenderem que ambas exercem influência em determinado estado e desejarem que este seja julgado em outro estado não poderão! Em contrariedade ao disposto no Art. 190 do Código de Processo Civil, pois o parágrafo primeiro do Art. 63 (Lei 13105, 2015), passa a ser norma de ordem pública e não uma disposição das partes.

A ausência de segurança jurídica impera, e aquelas cláusulas de eleição de contratos realizados antes da alteração legislativa de 2024 seriam válidos? O poder judiciário poderia rejeitar o foro de eleição? Entendemos que sim, pois as normas processuais aplicam-se ao tempo do processo e não da obrigação, infelizmente.

Por isto, o mais seguro, nestes casos, é a inserção de Negócios Jurídicos Processuais, em que as partes renunciem, aditem ou alterem direitos que envolvam unicamente os signatários, que não pode ser suscitadas de ofício pelo julgador, e que dependem unicamente da implementação de uma das partes, como a propositura de recursos, o estabelecimento dos limites

³³ Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

indenizatórios, os limites aos pedidos iniciais e defensivos.

Isto reforça a importância da inserção de cláusula objetivas de interpretação dos contratos, sobretudo os “considerandos”, explicando ao intérprete as razões que levaram as partes a pactuarem certas disposições. O contrato deve, se possível, falar e dizer até mesmo àquelas disposições e razões que as partes pretendem ocultar; pois àqueles que assim o fazem, ocultando as razões que levaram a exigência de determinada cláusula no contrato, que sabidamente poderá ser questionada, podem prejudicar a base do contrato, por interpretações indesejavelmente intervencionistas.

Por isto, muitas empresas optam pela inserção de cláusulas arbitrais, direcionando os conflitos para àqueles que efetivamente entendem a situação e o conflito *in loco*, aumenta-se o custo inicial da jurisdição, mas ganha-se com previsibilidade, segurança jurídica e agilidade. Tal situação é benéfica para empresas que operam no mercado de ações, em razão do sigilo e da agilidade, porém prejudicam o necessário avanço da jurisdição estatal.

Por ser um tema tão delicado, que pode cercear o primado da existência da jurisdição, deve ser sempre revisitado e analisado sobre as novas legislações e tendências jurisprudenciais. O fato é que o Direito Empresarial, por ter interesses eminentemente privados, terá maior grau de autonomia para busca de métodos alternativos de resolução de conflitos, seja pela inserção de terceiros no processo, ou pela disposição própria dos contraentes para autotutela na resolução dos conflitos.



4. APLICAÇÕES PRÁTICAS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E DEADLOCK RESOLUTION

No escopo de autotutela de resolução de conflitos e tendo em vista a Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874, 2019), as partes podem dispor em sobre a adoção de Cláusulas Societárias de Resolução de Conflitos, chamadas de *Deadlock Resolution*. Uma das Cláusulas é a *shotgun ou buy or sell* (compra e venda) com suas diversas variações, ela é ativada na existência de um conflito societário previamente estipulado. O notificante (sócio) notifica o outro, informando o preço, forma de pagamento e valor da quota/ação, e o notificado informará se deseja comprar ou vender suas quotas/ações naquelas condições. Evita-se que o notificante estabeleça preços desproporcionais, já que o notificado-sócio poderá utilizar-se da discrepância dos valores para comprar ou vender suas quotas/ações.

Na existência de uma empresa, em que um sócio tem 50% (cinquenta por cento), e os 2 (dois) sócios, cada um deles têm 25% (vinte e cinco por cento), pode-se estipular em acordo de Sócios ou Contrato/Estatuto Social a Cláusula *Drag Along*, nela estabelece-se que em caso do acionista majoritário queira vender sua parte para um terceiro, poderá obrigar que os minoritários alienem suas ações pelo mesmo preço unitário, termos e condições, vendendo a integralidade da empresa para um terceiro, evitando que a sociedade empresária fique paralisada e dependendo do Poder Judiciário para deliberar sobre a venda e mudança na posição societária.

Enquanto a Cláusula *Drag Along* é uma proteção ao majoritário, também podem ser estipuladas cláusulas de proteção dos minoritários, a Cláusula *Tag Along*. Na existência de uma empresa que é administrada há anos pelo sócio que possui 40% (quarenta por cento) das ações e os 3 (três) outros sócios possuem 20% (vinte por cento) cada. O majoritário decide aposentar-se, vendendo suas ações para uma multinacional, os minoritários, contudo, estavam no negócio apenas por causa do majoritário, que é amigo de longa data, e desejam vender suas ações.

A Cláusula *Tag Along* permite isto, garantindo o direito dos minoritários de serem comprados pelo mesmo valor e condição oferecida ao majoritário/controlador. Torna-se um instrumento que obriga o comprador a adquirir a integralidade das quotas, evitando conflitos internos e posteriores, que poderiam surgir pela oposição dos minoritários em conjunto.

A *Tag Along* tem princípios na norma acionária, vide Art. 254-A da Lei de Sociedade Anônima (Lei 6.404,1976), que estabelece que companhias abertas poderiam dispor a venda conjunta de modo a assegurar aos acionistas o preço mínimo de 80% (oitenta por cento). Nada impede, que empresas limitadas, que apliquem subsidiariamente as normas da lei de sociedade anônima, façam a referida disposição,



inclusive estabelecendo porcentagens às distintas na normativa.³⁴

Isto porquê, em uma sociedade anônima aberta, muitos investidores não possuem o acesso adequado para entender as disposições contratuais que tenham prevalência sobre a lei, o que levaria a ausência de paridade e a patente vulnerabilidade destes, motivo pelo qual nestas companhias há necessária limitação no direito às disposições que violem normas empresariais.

A Cláusula de Escalonamento, utilizada em conjunto com o Art. 190 do Código de Processo Civil, Lei 13.105 (2015), permitiria maior previsibilidade e redução de custos em conflitos empresariais. A título de exemplo, a redação de uma cláusula:

Nos termos do Art. 190 do Código de Processo Civil e do Art. 3, inciso VIII da Lei da Liberdade Econômica, as partes pactuam que antes de ingressar com qualquer demanda relativa ao presente contrato empresarial realizarão reunião presencial ou por videoconferência para expor suas controvérsias.

Parágrafo primeiro – Na hipótese de uma das partes ingressarem com processo judicial antes da realização da reunião disposta na cláusula anterior, o processo será

³⁴ Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (1976). Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm



extinto sem resolução de mérito, a fim de que a parte cumpra com o disposto acima.

Parágrafo segundo – A solicitação da reunião deverá ser feita por *e-mail* ou correspondência no endereço qualificado da parte e por mensagem em aplicativo de conversa (se existente e possível), indicando que esta é realizada na forma da Cláusula 8.1, devendo a parte solicitada marca-la em até 1 (uma) semana do recebimento do *e-mail*, interpretando o silêncio como recusa.

Parágrafo terceiro – Não se inclui na vedação das cláusulas anteriores as hipóteses de Tutela Urgência e Evidência (Art. 300 a 311 do Código de Processo Civil).³⁵

Nesta hipótese previu-se a reunião prévia obrigatória antes do ingresso de ações judiciais, contudo, poderia prever ainda, a reunião prévia, seguida de tentativa de mediação e não sendo possível a arbitragem. As partes empresariais e em paridade são livres para estipular procedimentos a fim de ajustar as suas necessidades e a segurança jurídica dos contratos.

Destaque para o parágrafo terceiro, que não exclui a possibilidade de Tutela de Urgência e Evidência, uma vez que estas são normas de ordem pública, sob o qual as partes não podem dispor, sendo um direito constitucional fundamental a apreciação da lesão ou

³⁵ Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm



ameaça de direito, Art. 5, XXXV da Constituição Federal (1988).³⁶

Em mais uma hipótese de resolução de conflitos, as partes podem dispor a aplicação total ou parcial de normas já revogadas, mas cuja disposição não se encontra em normas atuais. Como exemplo, uma empresa possui 2 (dois) sócios, um sócio administrador com 60% (sessenta por cento) e outro sócio não-administrador com 40% (quarenta por cento), que acusa o majoritário de subtrair recursos, não prestando contas devidamente. Ao mesmo tempo, deseja um interventor externo que apure as contas da empresa e evite que o conflito judicial contamine os resultados presentes e futuros da empresa. Neste caso, não há disposição legal que regule como se dará a atuação e escolha do interventor.

Ademais, em caso de demonstração de subtração de recursos pelo majoritário, haveria necessária exclusão por falta grave, com consequente apuração de haveres. A permanência do mesmo na administração poderia levar a alteração de perspectivas futuras da sociedade empresária, interferindo nos cálculos de apuração de haveres.

O Código de Processo Civil de 1939, diferente das atuais legislações, tem título específico sobre isto:

³⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF, 05 de outubro de 1988. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm

Art. 657. Se o juiz declarar, ou decretar, a dissolução, na mesma sentença nomeará liquidante a pessoa a quem, pelo contrato, pelos estatutos, ou pela lei, competir tal função.

§ 1º Se a lei, o contrato e os estatutos nada dispuserem a respeito, o liquidante será escolhido pelos interessados, por meio de votos entregues em cartório. A decisão tomar-se-á por maioria, computada pelo capital dos sócios que votarem e, nas sociedades de capital variável, naquelas em que houver divergência sobre o capital de cada sócio e nas de fins não econômicos, pelo número de sócios votantes, tendo os sucessores apenas um voto.

§ 2º Se forem somente dois (2) os sócios e divergirem, a escolha do liquidante será feita pelo juiz entre pessoas estranhas à sociedade.

§ 3º Em qualquer caso, porém, poderão os interessados, si concordes, indicar, em petição, o liquidante.³⁷

Sobre este aspecto Marcelo Lauar Leite (2023) diz:

Na falta de previsão específica, os julgados que recorriam aos fundamentos legais da dissolução total para intervenção provisória em conflitos societários o faziam por analogia. Ocorre que, com a superveniência do CPC/2015, foi revogado não apenas o diploma adjetivo civil de 1973, mas, em consequência, os dispositivos do CPC/1939 que permaneciam vigentes por

³⁷ Decreto-Lei nº 1608, de 18 de setembro de 1939 (1939). Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, RJ. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm



força do CPC/1973. Assim, decisões nomeantes precisarão se socorrer de outros instrumentos a fim de motivar legalmente a (não) intervenção judicial sobre sociedades.³⁸

Denota-se que o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105, 2015) não tem disposições neste sentido, de forma que as partes poderiam redigir da seguinte forma no contrato social:

Nos termos do Art. 190 do Código de Processo Civil e do Art. 3, inciso VIII da Lei da Liberdade Econômica, os sócios pactuam que ocorrendo divergências sobre a forma de administrar a sociedade empresária, o prejudicado poderá demonstrando indícios de abuso de direito ou a violação a lei, e requerer a nomeação de interventor judicial que sujeitará aos ônus e deveres do TÍTULO XXXVIII do Código de Processo Civil de 1939, até que seja apurado a falta grave e ocorra a apuração dos haveres.

Neste exemplo de cláusula, as partes optaram pela atuação judicial em caso de conflito societário administrativo, mas nada impede que decidam pela não atuação judicial, seja pela eleição de métodos autocompositivos, cláusulas resolutivas (como Tag Along, Drag Along, *buy or sell* ou outras) ou ainda, pela arbitragem; o que não podem, é deixar que conflitos societários sejam resolvidos por critérios genéricos, sem

³⁸ Leite, M. L. (2023). Intervenção Judicial em Conflitos Societários (2nd ed.). Lumen Juris, pág. 24-25.

a existência de cláusulas específicas de resolução de conflitos.

Outra situação é a delegação do litígio a um mediador, que buscará a conciliação entre as partes por certo período determinado em contrato, constrangendo que cheguem a um acordo antes da implementação das próximas “fases”. Estabelecendo, que não ocorrendo a conciliação no tempo designado, ocorrerá certo evento, predeterminado pelas partes em um procedimento de múltipla escolha.

Nesta etapa de procedimento de múltipla escolha, as partes podem designar vários escalonamentos, de acordo com a gravidade do conflito, como por exemplo, compra e venda forçada, dissolução total e apuração de haveres às partes litigantes, propositura de ação judicial ou procedimento arbitral, ou ainda, a administração de terceiro na companhia até que as partes cheguem a um consenso.

Os sócios poderão estabelecer as escalas de intervenção judicial ou de agentes externos no contrato social, como interventor fiscalizador, interventor fiscalizador-controlador, interventor cogestor, interventor substitutivo. A referida limitação é prevista no Art. 170 da Constituição Federal (1988) que consagra a livre iniciativa, de forma que não pode o interventor judicial ter mais poderes do que àqueles que já eram outorgados aos demais administradores.

As partes ainda podem dispor sobre limites ao direito de informação dos sócios minoritários, aplicando subsidiariamente a legislação de outro país, ou inserindo



nas próprias disposições contratuais limitações ao acesso de informações, que embora relevantes, possam não ser de interesse social à sua divulgação, como àquelas regras existentes pela Limited Liability Companies Act (LLCA) de Delaware (Torres, 1998).³⁹

Uma outra forma de dissuasão é a implementação de cláusulas que punam financeiramente o litigante que restar vencido em uma demanda que envolva a sociedade empresária. O objetivo é que a parte prejudicada somente inicie uma demanda quando tiver provas concretas do direito alegado, evitando demandas que visem a manipulação de mercado, paralização da empresa ou a saída de acionistas/sócios.

Em parte, esta é a estratégia adotada na cláusula *poison pill*, em que a companhia implementa uma proteção aos demais acionistas, quando a parte adquirente, beneficiando de turbulências de mercado, busca adquirir parcelas da companhia para obter a maioria do capital relevante em valores inferiores aos múltiplos da companhia. Nestes casos, a cláusula obriga que o adquirente, após atingir determinada porcentagem, faça uma oferta pública da integralidade das ações, evitando que um conflito surja com os demais acionistas.

É importante destacar que as Cláusulas de Resolução de Conflitos podem ser fixadas em qualquer contrato empresarial paritário, como por exemplo,

³⁹ Torres, C. M. P. (1998). *O direito à informação nas sociedades comerciais* (1st ed.). Coimbra.

acordo de sócios e contrato social, contudo, é importante que se observe os efeitos que cada um gera. Isto porquê, o contrato social é registrado na junta comercial do qual a sua publicidade confere maiores efeitos a todos os signatários e eventuais interessados, enquanto o acordo de sócios, vinculará apenas os signatários e somente indiretamente a companhia (se averbada na mesma).

Por isto, quanto mais drástica a solução adotada para a resolução do conflito, mais recomendável que ela esteja prevista no contrato social ou estatuto social (sociedades anônimas), a fim de que ninguém alegue seu desconhecimento, sempre ressaltando, o direito do sócio dissidente de retirar-se da sociedade caso não concorde com a implementação daquela cláusula no contrato ou estatuto social.

Os Acordos entre Sócios e negócios empresariais são de livre estipulação, sendo lícito que os contraentes estipulem formas de interpretação ou normas internas distintas da prevista em lei. Estas disposições retiram a sobrecarga do Poder Judiciário e possibilitam a plena aplicação da Justiça Multiportas no cenário empresarial, seja pela aplicação das *Deadlock Resolution*, mediação, conciliação, arbitragem ou ainda as Convenções Processuais Atípicas no âmbito empresarial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto, denota-se que os métodos alternativos de resolução de conflitos são uma realidade no Direito Brasileiro, tendo importância ímpar para a resolução de conflitos na seara empresarial.



Para tanto, o Direito Brasileiro, no cenário comercial, possui instrumentos adequados, para que garanta a isonomia e celeridade da resolução de conflitos, evitando que este perpetue-se interferindo na capacidade produtiva de companhias.

Foram citados como exemplos, disposições em Contrato Social ou Contrato Empresariais que criem mecanismos de saída ou venda automática, escalonamento de métodos alternativos de resolução de conflitos, limitação ao direito de recorrer ou produzir prova, e ainda, disposições empresariais livres sobre a atividade empresarial e o relacionamento entre parceiros comerciais e entre sócios.

Por isto, torna-se necessário a propagação dos métodos alternativos de conflitos supracitados, a fim de aumentar a previsibilidade, segurança jurídica, autonomia das partes e consagrar a duração razoável do processo, elementos que incentivam a liberdade econômica e o desenvolvimento de um país.

REFERÊNCIAS

CNJ (2021, February 14). Justiça Multiportas oferece caminhos adequados à solução de conflitos em MT. Conselho Nacional de Justiça. Retrieved September 18, 2023, from <https://www.cnj.jus.br/justica-multiportas-oferece-caminhos-adequados-a-solucao-de-conflitos-em-mt/>

Cruz, A. S. (2022). Manual de Direito Empresarial: Volume Único. JusPodivm.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF, 05 de outubro de 1988. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Decreto-Lei 5452, de 1 de maio de 1943 (1943). Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

ENFAM (2015). ENUNCIADOS APROVADOS. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Retrieved September 18, 2023, from chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf

GAJARDONI, F. d. F., DELLORE, L., Oliveira, A., & Junior, Z. D. (2018). *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC/2015* (2nd ed.). Método.

GRIEBLER, Jaqueline Beatriz; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; NIELSSON, Joice Graciele. Sistema multiportas: vias de acesso à justiça no enfrentamento da violência de gênero e violência doméstica. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v.



17, n. 1, p. 342, 2022. DOI:
<https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8511>.

GUERRERO, Luis Fernando. *Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios*. São Paulo: USP, 2012, 255 p. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC, São Paulo, 2012.

Leite, M. L. (2023). *Intervenção Judicial em Conflitos Societários* (2nd ed.). Lumen Juris.

NERY JUNIOR, N. , & Nery, R. M. d. A. (2016). *Código de Processo Civil Comentado* (16th ed.). Revista dos Tribunais.

Torres, C. M. P. (1998). *O direito à informação nas sociedades comerciais* (1st ed.). Coimbra.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

WARAT, Luiz Alberto (Org.). *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Decreto-Lei nº 1608, de 18 de setembro de 1939 (1939). Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, RJ. Recuperado de

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm

Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002 (2002). Institui o Código Civil. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

Lei 13467, de 13 de julho de 2017 (2017). Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm

Lei 13874, de 20 de setembro de 2019 (2019). Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do



Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado de

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm

Lei 13964, de 24 de dezembro de 2019 (2019). Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm

Lei 9099, de 26 de setembro de 1995 (1995). Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm

Lei 9307, de 23 de setembro de 1996 (1996). Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (1976). Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm

Recomendação 71, de 5 de agosto de 2020 do Conselho Nacional de Justiça (2020). Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Brasília, DF. Recuperado de

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Recomendacao-712020-05082020.pdf>

Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (2010). Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado de

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 43

Septiembre 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BASES PARA LA
DIRECCIÓN**



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social



de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.



III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma (**"EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS"**).

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.



IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.

- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vítae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista:
revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes



que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en



el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*⁴⁰. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espacio entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

⁴⁰ Se utiliza tipografía “*Verdana*”, ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.



La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “op. cit.,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura



“pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen: (De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.- A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE



Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

